



**Cadernos Ibero-Americanos
de Direito Sanitário**

Cuadernos Iberoamericanos
de Derecho Sanitário

**NÚMERO 1
VOLUME 9**

JANEIRO/MARÇO

2020

Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário

Expediente

Volume 9, número 1, jan./mar. 2020

ISSN 2358-1824

Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário (CIADS) é uma publicação trilingue (português, espanhol e inglês), trimestral, de acesso livre, editada pelo Programa de Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz/Brasília. É dirigida a professores, pesquisadores e estudantes de Direito, Ciências da Saúde e Ciências Sociais; operadores do Direito; profissionais de saúde e gestores de serviços e sistemas de saúde. Seu objetivo é difundir e estimular o desenvolvimento do Direito Sanitário na região ibero-americana, promovendo o debate dos grandes temas e dos principais desafios do Direito Sanitário contemporâneo.

Editoras Científicas

Maria Célia Delduque - Fundação Oswaldo Cruz/Brasília

Sandra Mara Campos Alves - Fundação Oswaldo Cruz/Brasília

Editora-executiva

Gláucia Cruz - Fundação Oswaldo Cruz/Brasília

Conselho Editorial Científico

André den Exter	Erasmus University Rotterdam, Erasmus School of Law, Holanda
André Gonçalo Dias Pereira	Universidade de Coimbra, Portugal
Angel Pelayo Gonzáles-Torre	Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Espanha
Caristina Robaina	Instituto Nacional de Salud de los Trabajadores, Cuba
Eli Iola Gurgel Andrade	Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Medicina, Brasil
Giancarlo Corsi	Università Degli Studi Di Modena e Reggio Emilia, Itália
Hernando Torres Corredor	Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Colômbia
Joaquín Cayon de las Cuevas	Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, Espanha
Jose Geraldo de Sousa Junior	Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil
Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira	Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil
Miriam Ventura da Silva	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Estudos em Saúde Coletiva, Brasil
Paula Lobato de Faria	Universidade Nova de Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública, Portugal
Vera Lucia Raposo	Universidade de Macau, Faculdade de Direito, China

Pareceristas Ad Hoc

Adail Afrânio Marcelino do Nascimento	Faculdade da Grande Fortaleza
Agustín Carignani	Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba
Aline Albuquerque	Universidade de Brasília
Ana Carla Vasco de Toledo	Faculdade de Bertioga
Ana Elisabete Ferreira	Centro de Direito Biomédico de Coimbra
Ana Paula Menezes Sóter	Senado Federal
André Vinícius Pires Guerrero	Fundação Oswaldo Cruz
Ángela Ruiz Sáenz	Universidad de Cantabria
Angélica Carlini	Universidade Paulista
Amanda Nunes Lopes Espineira Lemos	Fundação Oswaldo Cruz/Brasília
Amanda Madureira	Universidade Ceuma
Armando Martinho Bardou Raggio	Fundação Oswaldo Cruz/Brasília
Bárbara Coelho Vaz	Fundação Oswaldo Cruz/Brasília
Bruno Naundorf	Secretaria Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul
Caristina Robaina Aguirre	Universidad de Havana
Carlos Henrique Falcão de Lima	Procuradoria-Geral do Estado do Maranhão
Catarina de Sá Guimarães Ribeiro	Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco
Claudia Viviana Madies	Universidad Isalud
Clenio Jair Schulze	Tribunal Regional Federal da 4 ^o Região
Cristina Câmara Wanderley Queiroz	Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco
Daniel Cardoso	Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina
Daniel dos Santos Rodrigues	Conselho Nacional do Ministério Público
Daniel Pérez González	Universidad de Cantabria
Daniel Pitangueira de Avelino	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
Daniela Oliveira de Melo	Universidade Federal de São Paulo
Danitza Buvnich	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Danylo Santos Silva Vilaça	Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal
Denise Gonçalves de Araújo Melo Paranhos	Justiça Federal de Goiás
Diana del Pilar Colorado Acevedo	Universidad Nacional de Colombia
Edith Maria Barbosa Ramos	Universidade Federal do Maranhão
Eduardo André Viana Alves	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Eduardo Antônio da Silva Figueiredo	Universidade de Coimbra
Elizena de Jesus Barbosa Rossy	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
Egon Rafael dos Santos Oliveira	Fundação Oswaldo Cruz/Brasília

Pareceristas Ad Hoc

Evandro Alencar	Universidade Federal do Pará
Fernando Alcantara Castelo	Procuradoria-Geral do Estado do Paraná
Geraldo Lucchese	Câmara dos Deputados
Guillermina Navarro Caballero	Universidad de Cantabria
Gustavo Merino Gómez	Universidad de Cantabria
Heber Dobis Bernarde	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
Igor Veloso Ribeiro	Procuradoria-Geral do Estado de Rondônia
Inmaculada Vival Tesón	Universidad de Sevilla
Ivaldo Trigueiro	Universidade Federal da Bahia
Jairo Bisol	Conselho Nacional do Ministério Público
Janaína Machado Sturza	Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul
Jarbas Ricardo Almeida Cunha	Defensoria Pública da União
José Agenor Alvares da Silva	Fundação Oswaldo Cruz/Brasília
José Francisco Nogueira Paranaguá	Fundação Oswaldo Cruz/Brasília
José Luiz Souza de Moraes	Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo
Katharina de Lourdes Costa Meneses	Fundação Oswaldo Cruz
Krishina Day Ribeiro	Universidade Federal do Pará
Letícia Canut	Centro Universitário Estácio de Sá de Santa Catarina
Lídia Cunha Schramm	Universidade Estadual do Maranhão
Lívia Gimenes Dias da Fonseca	Universidade Federal do Rio de Janeiro
Lourdes Lemos Almeida	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
Luís Bernardo Delgado Bieber	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Luiz Carlos Pelizari Romero	Senado Federal (aposentado)
Marcelo Lamy	Universidade Santa Cecília
Maria Auxiliadora Minahim	Universidade Federal da Bahia
Maria João Estorninho	Universidade Nova de Lisboa
Maria Olga Sánchez Martínez	Universidad de Cantabria
Martinho Braga Batista e Silva	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Mauricio Carlos Ribeiro	Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro
Mercia Pandolfo Provin	Universidade Federal de Goiás
Moacyr Rey Filho	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Nathália Gomes Oliveira de Carvalho	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Natan Monsores	Universidade de Brasília

Pareceristas Ad Hoc

Nayara Albrecht	Universidade de Brasília
Oswaldo José Barbosa Silva	Ministério Público Federal (aposentado)
Patrícia de Carli	Secretaria da Saúde do Estado do Rio Grande do Sul
Raúl Pesquera Cabezas	Ministério de la Salud de Cantabria
Renata Barbosa de Almeida	Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira
Renata Curi Hauegen	Fundação Oswaldo Cruz/Rio de Janeiro
Rodrigo Garcia Schwarz	Universidade do Oeste de Santa Catarina
Rossana Maria Souto Maior Serrano	Universidade de Brasília
Sandra Regina Martini	Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Sephora Luyza Marchesini Stival	Universidade de Coimbra
Sergio Francisco Piola	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
Sérgio Túlio Tarbes de Carvalho	Tribunal de Contas da União
Silvana Pereira	Senado Federal
Silvia Badim Marques	Universidade de Brasília
Uirá Azevêdo	Universidade do Estado da Bahia
Victor Hugo de Almeida	Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Vítor Laerte Pinto Junior	Universidade Nova de Lisboa
Viviana Gaciela Perracini	Universidad de Cordoba
Yara Oyam Ramos Lima	Universidade Federal da Bahia

Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. Brasília, 9(1): 1-241, jan./mar., 2020

Sumário

9	Apresentação <i>Foreword</i> <i>Apresentación</i>
10-23	Editorial Artigos <i>Articles</i> <i>Artículos</i>
24	Parte 1 Em prol da Saúde: o debate ético em contexto clínico <i>Part 1</i> <i>In favor of health: the ethical debate in a clinical context</i> <i>Parte 1</i> <i>A favor de la salud: el debate ético en un contexto clínico</i>
25-35	Problemas contemporâneos: entre Valores y Derecho <i>Contemporary problems: between Values and Law</i> <i>Problemas contemporâneos: entre Valores e Direito</i> Angelo Anzalone
36-58	Saúde global, inovação biotecnológica e risco(s) <i>Global health, biotechnological innovation and risk(s)</i> <i>Salud global, innovación biotecnológica y riesgo(s)</i> Eduardo António da Silva Figueiredo
59-84	Danos causados por medicamentos: responsabilidade civil do produtor no âmbito da legislação portuguesa <i>Damage caused by medical drug: producer liability under Portuguese law</i> <i>Daño causado por medicamentos: responsabilidad del productor según la ley portuguesa</i> Mickael Martins
85-95	A autonomia na relação médico-paciente: breves considerações <i>Autonomy in the patient-physician relationship: brief considerations</i> <i>Autonomía en la relación médico-paciente: breves consideraciones</i> Maria Auxiliadora Minahim
96	Parte 2 Em prol da legalidade: o enquadramento jurídico da Saúde <i>Part 2</i> <i>In favor of legality: the legal framework of Health</i> <i>Parte 2</i> <i>A favor de la legalidad: el marco legal de la salud</i>

- 97-119** **Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres**
Obstetric violence in Brazil: a concept under construction to guarantee the integral right to women's health
Violencia obstétrica en Brasil: un concepto en construcción para garantizar el derecho integral a la salud de las mujeres
Silvia Badim Marques
- 120-140** **Violência obstétrica e os direitos da parturiente: o olhar do Poder Judiciário brasileiro**
Obstetric violence and the parturient's rights: the glance from the Brazilian Judiciary
Violencia obstétrica y los derechos de la parturienta: la visión del Poder Judicial brasileño
Cecília Maria C. de Brito, Ana Carolina Gondim de A. Oliveira, Ana Paula Correia de A. Costa
- 141-156** **A era digital na Antropologia Forense**
A digital age in Forensic Anthropology
Una era digital en Antropología Forense
Catarina Coelho
- 157-169** **As (novas) tecnologias e o (velho) problema da determinação da responsabilidade penal nas equipas médicas**
The (new) technologies and the (old) problem of the determination of criminal liability in medical teamwork
Las (nuevas) tecnologías y el (antiguo) problema de determinar la responsabilidad penal en equipos médicos
Sónia Fidalgo
- 170-195** **Mediação de conflitos na gestão da saúde (médica, clínica e hospitalar): humanização do direito médico**
Mediation of conflicts in health management (medical, clinical and hospital): humanization of medical law
Mediación de conflictos en la gestión sanitaria (médica, clínica y hospitalaria): humanización del derecho médico
Dulce Maria Martins do Nascimento
- 196-210** **Os esqueletos humanos são dignos de proteção**
Human skeletons are worth protecting
Vale la pena proteger los esqueletos humanos
Marta Stoffels
- Comunicação breve**
Brief communication
Comunicación breve
- 211-221** **Direitos humanos na Sociedade Mundial do Risco: quatro reflexões intempestivas**
Human rights and in the World Risk Society: four untimely thoughts
Derechos humanos en la Sociedad Mundial del Riesgo: cuatro reflexiones inoportunas
Silvério Carlos Rocha-Cunha

Jurisprudência e legislação sanitária comentadas

Jurisprudence and health law

Jurisprudencia y legislación sanitaria

222-231

O Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional de 7 de maio de 2018: análise e comentário da decisão judicial à luz da Lei da Procriação Medicamente Assistida e da figura da gestação de substituição no ordenamento jurídico português

Judgment n.º 225/2018 of the Constitutional Court of May 7, 2018: analysis and comment of the judicial decision in the light of the Medically Assisted Procreation Law and the surrogacy in the Portuguese legal system

Sentencia n.º 225/2018 del Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 2018: análisis y comentario de la decisión judicial a la luz de la Ley de la decisión judicial a la luz de la Ley de Procreación con Asistencia Médica y la figura de gestión de substitución en el sistema legal portugués

Micaela Fernandes Martins

Resenha

Review

Reseña

232-241

Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial

Vanguards of Responsibility: Law, Neurosciences and Artificial Intelligence

Vanguardias de Responsabilidad: Derecho, Neurociencias e Inteligencia Artificial

José Pedro Matos Fernandes

Apresentação

2020: o ano de grandes mudanças para os Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário

Foreword

2020: the year of great changes for Ibero-American Journal of Health Law

Presentación

2020: el año de grandes cambios para os Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario

Nascido em 2012 com o objetivo de difundir e estimular o desenvolvimento do Direito Sanitário na região ibero-americana, em 2020 os Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário (CIADS) assumem o desafio de ampliar seu alcance geográfico e se tornar mais internacional na discussão dos desafios contemporâneos sobre a Saúde e o Direito.

Para tanto, apresenta mudanças no conselho editorial, incorporando colaboradores da Universidade de Macau, China; *Erasmus University of Rotterdam*, Holanda; e *Instituto Nacional de Salud de los Trabajadores*, Cuba.

Nessa mesma perspectiva, o CIADS apresenta uma nova identidade visual, mais compatível com o alcance mundial que se pretende. Também passaremos a utilizar o ORCID para a identificação dos autores cujos artigos forem publicados no CIADS, contribuindo assim com um melhor compartilhamento da identificação das pesquisas.

As mudanças também acarretarão, de forma natural, uma ampliação no número de artigos submetidos, e para tanto, o CIADS já está preparado para avaliar e responder aos autores no menor espaço de tempo possível, vez que as informações contidas em um artigo têm uma temporalidade por vezes limitada, além de atender ao desejo de nosso autor com uma devolutiva mais célere sobre a sua submissão. Novas chamadas para credenciamento de avaliadores serão realizadas ao longo do ano, de modo a ampliar o seu número.

É com esse espírito aguerrido que o CIADS inaugura o ano de 2020, convidando os autores, pareceristas e demais colaboradores para trilhar juntos essa nova etapa de publicações.

Sandra Mara Campos Alves

Maria Célia Delduque

Editoras científicas

Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário (CIADS)

Editorial

Nos idos de março de 2020: lutar contra a doença, vencer o desespero, pensar a Saúde

In March 2020: to fight against disease, to overcome despair, and to think about Health

En marzo de 2020: luchar contra la enfermedad, superar la desesperación, pensar en la salud

Manuel Curado¹

João Vaz Rodrigues²

André Dias Pereira³

Poucas coisas parecem irmanar o ano 50 a.C. ao ano de 2020 d.C. Os milénios que apartam as duas datas impedem que a segunda tome a primeira como espelho. Estar na vanguarda do tempo cria a ilusão de que os problemas são novos e que a inteligência humana está melhor preparada para os solucionar do que qualquer época histórica anterior. Talvez...

O poeta romano Tito Lucrécio Caro tentou reunir os conhecimentos científicos mais avançados do seu tempo aos conceitos filosóficos mais sofisticados. Alguns dos seus últimos versos abordam, curiosamente, um surto de peste em Atenas. Essa cidade não terá sido escolhida por acaso. O símbolo perfeito da melhor ciência da Antiguidade foi atingido por uma doença que tudo dizimou. Lucrécio descreve as lágrimas, os gemidos, o desespero e a morte. Mas não só. Sob o império da dor, diz Lucrécio, “a alguns os tomou até o esquecimento de tudo, a ponto de não se reconhecerem a si mesmos” (1, p. 403). Perante essa forma subtil de morte em vida, quase tão estranha quanto a própria morte, não há grande ciência ou pensamento filosófico brilhante a que se possa apelar. A peste, quando surge, priva Atenas da sua identidade mais profunda.

¹ Doutor; professor auxiliar do Departamento de Filosofia, Instituto de Letras e Ciências Humanas, Universidade do Minho, Braga, Portugal. <https://orcid.org/0000-0003-3159-086X>. E-mail: curado.manuel@gmail.com

² Doutor; professor auxiliar da Escola de Ciências Sociais, Universidade de Évora, Portugal; membro da diretoria do Centro de Direito Biomédico, Universidade de Coimbra, Portugal. <https://orcid.org/0000-0001-7898-0000>. E-mail: vaz.rodrigues@vrcpsc.com

³ Doutor em Direito; professor auxiliar da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal; diretor do Centro de Direito Biomédico, Universidade de Coimbra, Portugal. <https://orcid.org/0000-0001-9871-5298>. E-mail: andredpereira@icloud.com

O ano de 2020 começa com uma pandemia global que está a abalar muitas certezas. Superficialmente, parece que é um evento que se limita a continuar a longa série de descrições da guerra milenar da humanidade contra a doença e a morte. Teríamos apenas um aspecto do que está em causa no texto inquietante de Lucrécio. Reconhecemos os caminhos desertos de que ele fala, o desespero, a contagem das vítimas, as cidades vazias de pessoas e, até, a surpreendente semelhança na origem longínqua do mal: “tendo surgido do território do Egipto, vindo de longe, atravessou os ares e as líquidas planuras” (1, p. 399). Se mudássemos o país, também nos pareceria a nós que o Covid-19 atravessou os ares e as líquidas planuras. Há, contudo, características novas no evento contemporâneo. Se as quarentenas obrigatórias, os limites aos direitos de reunião e de circulação e outras medidas excepcionais têm uma história rica e atormentada, o que dizer da desproporção entre o vasto conhecimento científico do século XXI e a aparente pequenez do agente biológico? O que dizer da enorme facilidade em construir e direccionar o medo colectivo através da comunicação social? O que dizer também das suspeitas recorrentes de que, sendo fácil brincar a Deus numa qualquer garagem que tenha *kits* de biologia, a essência do fenómeno poderá não ser a que aparentemente se manifesta (uma pandemia) mas, diferentemente, uma vasta experiência de engenharia social? De facto, se pessoas com conhecimentos científicos elementares conseguem criar agentes patogénicos, o que dizer de instituições estatais e particulares, conhecidas e desconhecidas, apoiadas por vastos recursos? Numa época em que os vírus podem ser planeados num computador e lançados na realidade, um surto epidémico contemporâneo será o mesmo fenómeno que os surtos epidémicos descritos por veneráveis autores do passado, como Lucrécio, certamente, mas também Hipócrates, Políbio, Tucídides e muitos outros? Numa época em que acabaram os limites à síntese artificial de vírus e de bactérias (2, p. 352), o que está de facto em causa numa epidemia poderá ainda ser considerado um assunto médico ou deverá ser reclassificado como assunto de engenharia, para nada dizer de possíveis classificações militares e políticas? Muitas perguntas desse tipo poderiam ser formuladas para sublinhar as diferenças entre Lucrécio e o ano de 2020. O que é decisivo parece ser a surpresa causada pela dissonância entre as crenças sobre a capacidade científica da humanidade e a experiência do desamparo e da impotência. As pessoas sentem-se tão desprotegidas quanto os atenienses que Lucrécio descreve. Surtos diferentes, perplexidade igual.

O espelho antigo parece um espelho inútil, apenas reservado a eruditos. Não se vê que as sociedades de hoje precisem de conhecer as antigas epidemias. Na educação que tiveram, o conhecimento histórico foi simplificado, e boa parte dos cidadãos dos países avançados do século XXI desconhece as tradições intelectuais a que pertence. Num vasto processo de lobotomia cultural, como se poderia denominar, partes importantes da formação de uma pessoa foram afastadas dos currículos educativos. As pessoas só vivem no presente: o passado foi-lhes retirado por uma educação deliberadamente simplificadora, e o futuro foi sabotado pela aversão à dimensão ideal da vida humana. Importa a sensação e o prazer que se pode sentir no presente; já não importa a memória nem a aspiração a melhor. Num mundo sem identidade, o drama humano perante a doença é especialmente intenso devido ao efeito da surpresa. Deste ponto de vista, os velhos atenienses estavam mais bem preparados para enfrentar a doença, já que tinham memória histórica dos surtos anteriores.

Por uma cegueira difícil de explicar, não se vê o que é comum aos dois eventos. Não se trata da grande ou pequena surpresa que as comunidades experienciam ao ser atingidas pela doença; trata-se, sim, da impotência da racionalidade humana para resolver de vez problemas milenares, problemas que podem ser identificados, descritos e equacionados, mas que não podem, aparentemente, ser solucionados ou evitados. Todos os sistemas de ensino do Ocidente estão baseados na crença com algo de fantástico de que o conhecimento serve para resolver as questões. No fim, todas as pessoas são afectadas pelas doenças e todas morrem. Os sobreviventes esquecem rapidamente a experiência do desamparo e da incapacidade de resolver os problemas fundamentais, passando a acreditar em mitos sobre as alegadas capacidades salvíficas da ciência, da clínica e da técnica. Passa-se um bom tempo, e depois tudo acaba.

Também os investigadores estão reféns desta situação. Compreendem os constrangimentos, certamente, mas não sabem nem podem prescindir da abordagem racional. Toda a Medicina é uma longa e heróica história sobre os poderes da razão humana. Não se vê, infelizmente, que a continuação dessa história resolva de facto os problemas. Alteram-se, reconfiguram-se, criam-se outros; no fim, todos estaremos tão desamparados quanto os atenienses quando a peste os atingiu. Pior ainda, a servidão voluntária que cresce todos os dias nas sociedades contemporâneas faz com que desapareça o drama da doença e da morte. Aceita-se tudo isso como se fosse normal. Ora, um mundo que teve Platão, Da

Vinci, Newton, Shakespeare, Mozart, Bach e Einstein *não* deveria ter epidemias. É tão simples quanto isso. Se houve génio bastante para compor as suites para violoncelo, como se explica que um modesto vírus cause tanta dor? Se se compreendeu que a matéria se transforma em energia, por que razão se perde tempo com problemas de saúde dos seres humanos?

Talvez precisemos de novas formas de interpretar o que acontece. Entre o agente causador da doença e os efeitos sociais da mesma, há uma estrutura de conceitos a organizar a visão da realidade. As narrativas sobre o contágio são surpreendentemente semelhantes às narrativas religiosas, como vários estudiosos já repararam. Como viu com perspicácia Priscilla Wald, “Contagion is more than an epidemiological fact. It is also a foundational concept in the study of religion and of society, with a long history of explaining how beliefs circulate in social interactions⁴” (3, p. 2). Não será preciso também relembrar as reflexões profundas que um René Girard fez sobre uma passagem da biografia do taumaturgo Apolónio de Tiana escrita por Filóstrato: a peste, parecendo um facto duro na ordem biológica da realidade – uma coisa real ou um processo objectivo, por assim dizer –, pode ser um efeito da violência intrínseca às rivalidades sociais (4, p. 71-84). Existe no mundo o que existe no mundo, mas também o que acreditamos que existe no mundo. Não é fácil apartar umas coisas das outras. A doença e a saúde não são maravilhosas excepções nesta construção complexa de algo a que apressadamente designamos como *realidade*. O que sim sabemos é que não há seres humanos que não recorram a conceitos, a narrativas e a interpretações para tentarem chegar ao âmago do que lhes acontece. Entre os vírus e as pessoas, há cultura, há pensamento, há sociedade.

Perante isto, não há forma de desistir e de abandonar a reflexão. A ciência nunca se vai embora. É uma das forças mais notáveis do espírito humano. A natureza humana não vai mudar, nem a ordem geral das coisas irá mudar. Compreende-se com a racionalidade, mas também com crenças e com esperanças. Não se vê como possa ser possível substituir os meios humanos de compreensão. Sendo isto hipoteticamente verdadeiro, impõe-se não desistir e perseverar na procura de uma compreensão mais profunda dos problemas da saúde humana. O assunto é demasiado importante para que nos privemos do debate e da

⁴ O contágio é mais do que um facto epidemiológico. É também um conceito fundacional no estudo da religião e da sociedade, com uma longa história de explicação como as crenças circulam nas interações sociais. (Tradução do autor)

investigação. Gostaríamos de ter capacidades mais alargadas de pensamento, mas não está ao nosso alcance substituir as que temos. Está, sim, ao nosso alcance o esforço continuado de perceber sem verniz os problemas da vida humana. Como os investigadores são profissionais, interpretam muitas vezes os frutos do seu labor assim como o operário em construção de Vinicius de Moraes (5) interpretava o resultado da sua acção antes de ter consciência de que é ele que faz todas as coisas. De modo semelhante, parece aos investigadores que apenas escrevem artigos ou livros, que apenas organizam colóquios e jornadas de reflexão, que apenas investigam e divulgam. Pois cada um desses verbos simpáticos deveria ver o seu alcance multiplicado pelo tamanho do céu. Como na *Aquarela* de Vinicius cantada por Toquinho, gira-se “um simples compasso” e “num círculo” se faz o mundo.

É este espírito que motiva os autores dos artigos e os editores convidados deste primeiro número de 2020 dos *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, organizado no âmbito das actividades da Associação Lusófona de Direito da Saúde (ALDIS). Vivemos uma época excepcional, que permite unir como nunca os países falantes do português. As possibilidades de comunicação em tempo real criadas pela internet e a mobilidade transcontinental facilitada por uma certa democratização do transporte aéreo permitem criar um espaço científico e profissional de diálogo e aprendizagem mútua. A ALDIS reúne um conjunto de juristas de qualidade interessados no Direito da Medicina, e já realizou um congresso internacional, via internet, com base em Brasília, no Programa de Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz (Prodisa/Fiocruz). A ALDIS quer contribuir para o desenvolvimento em todos os países da doutrina e da legislação na área científica do Direito da Saúde. Com os pequenos traços, cores e compassos que estão ao alcance dos investigadores (na lógica do poema de Vinicius), tem-se estabelecido uma colaboração académica muito produtiva entre investigadores dos dois lados do mar, colaboração que se consubstancia na participação em provas académicas de pós-graduação, na edição conjunta de obras e na organização de encontros científicos. Um desses encontros foi o colóquio *Objectivos do Milénio, Direitos Humanos e Sociedade de Risco*, organizado pelo Centro de Investigação em Ciência Política da Universidade de Évora, pela Ordem dos Advogados-Conselho Regional de Évora e pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de

Coimbra, evento que aconteceu na Escola de Ciências Sociais da Universidade de Évora no dia 30 de Maio de 2019.

É no contexto desse colóquio que aqui se reúnem trabalhos científicos e de reflexão sobre as relações ricas e problemáticas que se estabelecem entre a Saúde, o Direito e os novos desafios societários. Este volume organiza-se em duas partes principais, sendo complementado por uma secção de jurisprudência comentada e por uma recensão a um livro apresentado publicamente no encontro eborense.

Na primeira parte, *Em prol da Saúde: o debate ético em contexto clínico*, reúnem-se quatro estudos. A começar, Angelo Anzalone, da Universidade de Córdoba, Espanha, no texto *Problemas contemporâneos: entre Valores y Derechos*, mostra que os discursos meramente técnicos ou científicos que pretendam estar totalmente livres de questionamentos filosóficos não são possíveis. Equacionando as questões do ponto de vista das relações entre ciência e valores, convida a reflectir sobre alguns casos em que alguns cientistas ultrapassam os limites metodológicos das respectivas ciências e formulam juízos sobre questões morais. Mais ainda, reflectindo sobre o papel das comissões de ética da ciência, que tendem a dar cobertura ética às actividades científicas através abordagens baseadas em procedimentos e normativas, o autor reclama a dignidade ontológica do ser humano, sem subserviência aos interesses circunstanciais, económicos ou de outra natureza.

Eduardo António da Silva Figueiredo, ligado ao Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra, Portugal, na reflexão que faz em *Saúde global, inovação biotecnológica e risco(s)*, levanta questões que permitem à comunidade académica e à sociedade em geral pensar sobre alguns dos desafios colocados pela assim denominada Quarta Revolução Industrial. Tomando como ponto de referência a *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*, da Organização das Nações Unidas, critica o modelo exclusivamente científico-biológico que ignora as diferentes idiossincrasias políticas, económicas, sociais e culturais de cada região do globo. Esse modelo, do ponto de vista do autor, não é adequado para a resolução dos desafios sanitários de geometria variável que vão emergindo à escala global. Os actores institucionais têm um relevo muito grande na vida contemporânea. Recordem-se os que surgiram já depois da criação das Nações Unidas em 1945, como é o caso da Organização Mundial da Saúde (OMS), da *Food and Agriculture*

Organization (FAO), da *United Nations Children's Fund* (UNICEF), da Organização Internacional do Trabalho (OIT), do Fundo Monetário Internacional (FMI) ou do Banco Mundial. A esses, acrescem variadíssimos actores de natureza não-estadual (v.g. empresas multinacionais e parcerias público-privadas), os quais têm o poder de influenciar, de forma cada vez mais veemente, as políticas nacionais e internacionais na matéria. Elencam-se também os documentos europeus relevantes e ainda outros do Direito do Comércio Internacional (o conhecido Acordo TRIPS), da Organização Mundial do Comércio (OMC), que em muito influenciam as estruturas sociais e jurídicas que condicionam a protecção da Saúde. Face aos desafios da *biotecnociência*, Eduardo Figueiredo aponta a necessidade de promover uma verdadeira cooperação entre os vários entes estaduais à escala global, desde os mais desfavorecidos, aos mais ricos, devendo esses encarar aqueles não apenas como futuros consumidores, mas antes como entidades que, dentro das suas possibilidades, poderão desempenhar um papel relevante no processo de inovação sanitária.

Mickael Martins, investigador do Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra, Portugal, no estudo *Danos causados por medicamentos: responsabilidade civil do produtor no âmbito da legislação portuguesa*, ocupa-se de um problema complicado ligado à produção do medicamento, nomeadamente a responsabilidade civil do produtor de fármacos. A procura de meios medicamentosos acontece muitas vezes na zona estreita da vanguarda do conhecimento humano. Há questões epistemológicas e éticas fascinantes ligadas ao desconhecimento dos efeitos futuros dos medicamentos e dos seus usos não planeados. O contributo do autor reside na denúncia das insuficiências do regime em vigor que prevê a exclusão da responsabilidade no caso de riscos de desenvolvimento. Advogando a necessidade de modificar a lei, em tempos de riscos imprevisíveis desproporcionadamente danosos, propõe que a socialização do risco deveria proteger as potenciais vítimas futuras de danos que não são conhecidos, nem cognoscíveis, no momento da investigação dos testes clínicos e da entrada no mercado.

Maria Auxiliadora Minahim, da Universidade Federal da Bahia, Brasil, na reflexão que faz no texto *A autonomia na relação médico-paciente: breves considerações*, equaciona os problemas amplos da autonomia e do paternalismo. Entre as concepções extremadas de ambas, a autora propõe uma terceira via, na senda de Pellegrino e Thomasma, a chamada “beneficência em confiança”. Parecendo dois conceitos bioéticos reservados aos

pensadores da Ética e do Direito, trata-se de facto de construções culturais que estruturam a percepção contemporânea da realidade. É muito difícil, para não dizer impossível, pensar as relações entre os profissionais de saúde e os pacientes sem se recorrer a esses conceitos que têm uma influência talvez desproporcionada. Como se pensa essas relações no contexto de uma sociedade que promove o combate ao paternalismo e que tende a endeusar o princípio de autonomia, é um exercício intelectualmente violento ponderar o que de facto está em causa. Quando se estuda o escopo de um determinado conceito no passado por mero interesse erudito (como o das técnicas do cuidado de si no final do pensamento greco-latino), não há consequências relevantes para a sociedade em geral; cenário diferente acontece na reflexão sobre a autonomia e o paternalismo. Nesse caso, não há distância crítica entre os fenómenos, os protagonistas humanos dos mesmos e os intelectuais que tentam compreender a relação de uns com os outros. A complicar tudo isto, a pressão social e os movimentos culturais enviesam inevitavelmente o pensamento. Todos os contributos para se ver com clareza o que está em causa neste debate são, pois, preciosos.

A segunda parte deste volume, *Em prol da legalidade: o enquadramento jurídico da Saúde*, inicia-se com um texto de Sílvia Badim Marques, da Universidade de Brasília, Brasil, com o título *Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres*. No contexto do debate brasileiro em torno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, a autora reflecte sobre o biopoder na sua forma mais extrema de paternalismo e de machismo. O corpo da mulher precisa de protecção suplementar devido à medicalização extrema que sobre ele impende nas sociedades contemporâneas. A artificialização do corpo humano tem no contexto da Saúde um caso privilegiado, mas haveria de acrescentar o contexto estético. Um autor como Stephen Bayley chega a falar da mulher como fruto do *design* (6).

O ponto de vista de Sílvia Badim Marques trabalha sobretudo a questão da violência. Há, infelizmente, inúmeros actos de grande violência praticados por agentes sociais contra as mulheres durante o ciclo gravídico puerperal, incluindo as situações de interrupção da gravidez. A autora advoga a necessidade de uma atenção diferenciada a esse capítulo especialmente delicado das relações entre os géneros. Mais uma vez, a reflexão sobre clássicos como Lucrecio é preciosa, na sua famosa diatribe contra o amor, para nada dizer sobre a utilização política da mulher na utopia política por excelência do Ocidente, A

República, de Platão. Quando se vê que esse debate tem séculos, não é possível evitar o desencanto melancólico, estado de espírito que inquina qualquer reflexão neutra a esse respeito. É possível que as relações entre os gêneros tenham sempre um elemento problemático, mas é importante confrontar os casos regionais em que se dificulta o reconhecimento e a aceitação de conceitos que estruturam a percepção do que se passa em sociedades violentas em geral e, especialmente, violentas para a mulher.

Também se ocupam da violência obstétrica as autoras Cecília Maria Costa de Brito, da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, Brasil, Ana Carolina Gondim de A. Oliveira e Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa, ambas da Universidade Federal da Paraíba, Brasil, no texto *Violência obstétrica e os direitos da parturiente: o olhar do Poder Judiciário brasileiro*. Um aspecto especialmente relevante desse artigo prende-se com o facto de muitas mulheres terem passado por situações de violência obstétrica sem terem conseguido compreender que os acontecimentos por elas vivenciados eram violentos e mitigadores de direitos. A causa da estranha invisibilidade da violência contra as mulheres em contexto gravídico deve-se ao facto de ela ter sido de algum modo naturalizada em algumas sociedades e por muitas instituições de saúde, públicas e privadas. O leitor mais desprevenido poderá pensar que se trata de uma narrativa que inflaciona de modo meramente retórico o que se passa com muitas mulheres no período da gravidez e do parto. A beleza desse período da vida humana contribui para que seja impensável a sua associação a violência. É uma conexão de temas que não chega facilmente à inteligência. Sabendo tudo isso como ninguém, as autoras contribuem para educar a percepção de todos a esse respeito. O inventário de problemas pode ofender a sensibilidade de muitas pessoas, mas é importante que seja feito. Repare-se apenas nas formas mais comuns de violência obstétrica que estão no horizonte do estudo realizado pelas autoras: tratamento desumanizado e grosseiro; agressões verbais; humilhações; episiotomia (i.e., corte na vulva para facilitar a saída do bebé); usos indevidos da manobra antiquada de Kristeller (i.e., empurrões na barriga da mulher para alegadamente facilitar a saída do bebé); imobilização; posição horizontal durante o trabalho de parto; negação do direito ao acompanhante; separação do bebé em relação à mãe nos primeiros minutos de vida; tricotomia (i.e., raspagem dos pêlos pubianos); lavagem intestinal; exames de toque vaginal em número excessivo e por diversos profissionais, muitas vezes não habilitados para essa tarefa;

rompimento da bolsa propositalmente durante o toque vaginal; etc. Diz a historiadora da ciência Mary Poovey (7) que o registo contabilístico de dupla entrada que se introduziu na Itália do Renascimento contribuiu para que a noção de facto científico fosse descoberta e promovida, porque a separação das colunas dos valores numéricos em relação à coluna dos comentários contabilísticos criou a convicção de que há uma ordem de coisas independente do pensamento e das crenças das pessoas envolvidas (6, p. 41). Ora, a lista impressionante de casos de violência obstétrica tem um efeito semelhante. Pessoas que pensariam que o mundo não tem semelhante coisa, quando a lêem rapidamente descobrem uma estrutura estranha na sociedade humana. A violência obstétrica torna-se tão factual quanto um campo magnético, a força gravítica ou uma pedra na calçada. Continuamos a colecionar casos porque esse procedimento, que não tem infelizmente o prestígio da grande teoria, é um dos meios que auxilia a ver o que existe na realidade.

Catarina Coelho, investigadora da Universidade de Coimbra, Portugal, no artigo *A era digital na Antropologia Forense*, aborda o campo vasto da análise de dados em formato 3D. As novéis técnicas da imagiologia a que pode recorrer a investigação forense contribuem para enriquecer a reflexão do direito à integridade pessoal, do direito à imagem e do direito à intimidade, num tempo em que o virtual parece que tem força suficiente para se vir a confundir com a própria realidade. Mais ainda, num tempo em que as fronteiras da morte, aparentemente inabaláveis desde tempos imemoriais, se parecem desvanecer num mundo digitalizado. Essas técnicas imagiológicas poderão inclusivamente ajudar a resolver dilemas éticos ou religiosos. Alguns grupos religiosos colocam por vezes dificuldades no que diz respeito à realização de autópsias. A autora acredita que a técnica da virtópsia, por exemplo, poderá contribuir para que esses dilemas sejam atenuados.

Sónia Mariza Florêncio Fidalgo, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, no artigo *As (novas) tecnologias e o (velho) problema da determinação da responsabilidade penal nas equipas médicas*, faz uma reflexão sobre o modo com se equaciona a problemática da responsabilidade no contexto de procedimentos médicos que exijam equipas de especialistas e técnicas sofisticadas. A autora reflecte sobre a divisão do trabalho no seio dessas equipas e propõe que o princípio de confiança seja adoptado com validade universal, de modo a permitir que cada membro da equipa se concentre nas suas próprias tarefas médicas, e a equipa como um todo possa garantir a segurança do paciente.

Estando consciente dos perigos de desumanização de uma Medicina que recorre quotidianamente a meios científicos e técnicos avançados, a autora não esconde o seu pensamento ao defender que o benefício derivado do uso desses meios não deve ser pago pela perda da dimensão *humana* nos cuidados médicos. O adjectivo parece ter um significado evidente; sendo, contudo, o que irmana todas as pessoas, tem uma estranha natureza ideal que, mais do que representar o que somos, aponta para o que gostaríamos que fôssemos.

A jurista Dulce Maria Martins do Nascimento, especialista em resolução estratégica de conflitos, no artigo *Mediação de conflitos na gestão da saúde (médica, clínica e hospitalar): humanização do direito médico*, apresenta o processo de mediação de conflitos que acontecem entre os vários grupos profissionais que se movem nas instituições que prestam cuidados de saúde. Está em causa a alteração do paradigma que coloca em vias paralelas o sistema administrativo e o sistema assistencial dessas instituições. Defende-se a importância de se promover canais de comunicação que possibilitem o diálogo efectivo. Em complemento, faz-se a apologia do profissional de mediação de conflitos, que, sem poder decisório, auxilia à criação do diálogo entre as partes. Não se trata, pois, de denunciar a impotência da justiça clássica; diferentemente, atravessa este artigo a convicção de que é necessário reinventar os meios de resolução de conflitos nas instituições cuidadoras.

A antropóloga forense Marta Stofells, da Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade de Coimbra, Portugal, no texto *Os esqueletos humanos são dignos de protecção*, começa por reflectir sobre o caso inédito da exportação de esqueletos de portugueses, não reclamados pelas famílias, para um país estrangeiro, de modo a aí constituir-se uma colecção de referência que possa ser usada na investigação e no ensino. Seguindo um fio de pensamento que passa pela reflexão filosófica sobre a dignidade dos seres humanos, a autora defende que o esqueleto humano deve ser objecto de protecção, impedindo-se, por conseguinte, a comercialização e exportação de ossos. O diálogo entre a Antropologia Forense e o Direito é indubitavelmente original, já que o modo como cada sociedade dispõe dos cadáveres contribui para definir a sua humanidade. Alguns investigadores já reflectiram sobre o modo como os cadáveres e as colecções osteológicas têm uma importância vasta na investigação forense. A abordagem bem-humorada de Mary

Roach (8) à utilização de cadáveres nesse contexto contribuiu para isso, popularizando o assunto, mas é evidente que novos estudos sectoriais e regionais se impõem.

Este número é ainda enriquecido com três colaborações específicas. Silvério Carlos Rocha-Cunha, da Universidade de Évora, Portugal, propõe uma comunicação breve com o título *Direitos humanos na Sociedade Mundial do Risco: quatro reflexões intempestivas*. A primeira dessas reflexões aborda as relações entre sistema económico e o sistema político, sublinhado os efeitos da sociedade de abundância sobre o discurso político e sobre o sistema jurídico. A segunda delas mostra que a Modernidade é fundamentalmente contraditória, porque, no seu âmago, estão em conflito a pulsão que promove a autonomia crescente do indivíduo e a pulsão que exige o controlo social sobre o indivíduo. A terceira reflecte sobre o que o autor considera “a insanável contradição” entre o liberalismo e a racionalidade dos direitos. Finalmente, reflecte-se sobre a relação entre o discurso dos direitos e um possível direito comum da Humanidade.

A jurista Micaela Fernandes Martins, por sua vez, faz uma análise e comentário ao Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional, de 7 de Maio. A autora debate as tendências opostas que têm surgido na sociedade portuguesa em matérias relacionadas com a procriação medicamente assistida (PMA). Tendo o Tribunal Constitucional português imposto o critério gestacional, que concede à gestante o direito de arrependimento, mantendo dessa forma a maternidade da criança após o parto, as várias tentativas legislativas foram no sentido de um estabelecer contrato vinculativo em que o consentimento da gestante, antes de iniciar os procedimentos, a vincularia após o parto. A autora aborda com manifesto entusiasmo e indisfarçável competência esse debate, perspectivando-o do ponto de vista da urgência que sentem os casais que desejam ter filhos com recurso às técnicas de PMA.

Uma revista científica sem resenhas bibliográficas pareceria um livro colectivo de estudos. Honrando o espírito do que deverá ser uma revista, este número dos *Cadernos* termina com uma recensão a uma obra de ciência, pensamento e história intelectual. José Pedro Matos Fernandes, do Instituto Politécnico de Beja, Portugal, publica o texto da sua intervenção no colóquio de Évora em que apresentou o livro colectivo *Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial* (9). Depois de analisar cada um dos capítulos da obra colectiva, o autor conclui com verve, afirmando que fazia “falta

reflectir sobre um assunto tremendo”. A complexa noção de responsabilidade é esse assunto tremendo, um assunto que parece ser o sangue subtil que irmana toda a acção humana. Na sua ausência, esta torna-se fantasmática, caminhando em direcção ao impensável.

É esta, pois, a riqueza de abordagens que o primeiro número de 2020 dos *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário* propõe aos leitores. Numa época em que a ciência se assemelha à produção de mercadorias, parecerá a um olhar desprevenido que se trata de textos *superficiais*, como se tal coisa fosse possível. Não, não se trata disso. Nos assuntos que todos os textos abordam está em causa o que Lucrécio discerniu com acutilância. Se perdermos o combate contra a doença e contra outras formas de caos social, poderemos vir a ser como as vítimas da peste na Atenas antiga: seres que já não se reconhecem a si mesmos, sombras do que foram. Se há castelos, aviões e mundos que o menino da *Aquarela* de Vinicius pode construir, que estes estudos, com os seus traços e cores conceptuais, possam contribuir para o mundo grande do Direito e da Saúde. Nos surpreendentes idos de março de 2020, essa intenção tem um dramatismo que não se compreenderia noutra época. Pensar a Saúde quando todo o mundo está a lutar contra uma pandemia especialmente grave dá um sentido heróico ao trabalho dos intelectuais e dos investigadores. Compreender é também um modo de lutar pela vida; mais, por uma vida com sentido.

Referências

1. Lucrécio. Da natureza das coisas. Tradução (do latim), introdução e notas de Luís Manuel Gaspar Cerqueira. Lisboa: Relógio d'Água, 2015.
2. Garrett L. Biology's Brave New World: the promise and perils of the synbio revolution. *Foreign Affairs*. 2013; 92:28.
3. Wald P. *Contagious: cultures, carriers, and the outbreak narrative*. Durham NC: Duke University Press; 2008.
4. Girard R. *Eu via Satanás cair do céu como um raio*. Trad. Vasco Farinha. Lisboa: Instituto Piaget; 2002.
5. Moraes, V. *O Operário em Construção e Outros Poemas*. Lisboa: Dom Quixote; 1977.
6. Bayley S. *Woman as Design: Before, Behind, Between, Above, Below*. London: Conran Octopus/Hachette Livre UK; 2009.
7. Poovey M. *A history of the modern fact: problems of knowledge in the sciences of wealth*

and society. Chicago: The University of Chicago Press; 1998.

8. Roach M. Stiff: The Curious Lives of Human Cadavers. New York: W. W. Norton; 2003.

9. Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]

Submetido em: 14/03/20
Aprovado em: 17/03/20

Como citar este artigo:

Curado M, Rodrigues JV, Pereira AD. Nos idos de março de 2020: lutar contra a doença, vencer o desespero, pensar a Saúde. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 10-23.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.647>



Parte 1

Em prol da Saúde: o debate ético em contexto clínico

Part 1

In favor of Health: the ethical debate in a clinical context

Parte 1

A favor de la Salud: el debate ético en un contexto clínico

Problemas contemporáneos: entre Valores y Derecho

Contemporary problems: between Values and Law

Problemas contemporâneos: entre Valores e Direito

Angelo Anzalone¹

Resumen

Objetivo: en este trabajo queremos destacar la importancia del dialogo constructivo entre planteamientos éticos e innovaciones científicas. **Metodología:** para ello analizaremos parte de la literatura que se ha expresado sobre estas cuestiones y, evidentemente, nos serviremos de algunas posturas para formular una propuesta dialéctica. **Resultados:** veremos como un discurso meramente técnico o científico, que pretende huir de cualquier cuestionamiento filosófico, no puede sostenerse. **Conclusión:** por tanto, será necesario reivindicar actitudes conciliadoras y útiles para la salvaguardia del bien común en todo tipo de proceso decisonal (abstracto o concreto que sea).

Palabras clave: Valores. Derecho. Filosofía. Ciencia.

Abstract

Objective: in this work we want to highlight the importance of constructive dialogue between ethical approaches and scientific innovations. **Methodology:** we will analyze part of the literature that has expressed itself on these issues and, obviously, we will use some positions to formulate a dialectical proposal. **Results:** a merely technical or scientific discourse, which seeks to flee from any philosophical questioning, cannot be sustained. **Conclusion:** it will be necessary to demand conciliatory and useful attitudes for the safeguarding of the common good in any kind of decision process (abstract or concrete).

Keywords: Values. Law. Philosophy. Science.

Resumo

Objetivo: neste trabalho, queremos destacar a importância do diálogo construtivo entre abordagens éticas e inovações científicas. **Metodologia:** analisaremos parte da literatura expressa sobre essas questões e, obviamente, usaremos algumas posições para formular uma proposta dialéctica. **Resultados:** veremos como um discurso puramente técnico ou científico, que procura escapar de qualquer questionamento filosófico, não pode ser sustentado. **Conclusão:** será necessário reivindicar atitudes conciliatórias e úteis para salvaguardar o bem comum em qualquer tipo de processo de decisão (abstrato ou concreto).

Palavras-chave: Valores. Direito. Filosofia. Ciência.

Notas introductorias: ¿saberes en conflicto?

Las siguientes páginas recogen algunas conclusiones de un trabajo preparado y presentado con ocasión del coloquio *Objetivos do Milênio, Direitos Humanos e Sociedade*

¹ Doutor; professor na Universidad de Córdoba, España. E-mail: ji2anana@uco.es

de Risco, organizado por el Centro de Investigação em Ciência Política, el Ordem dos Advogados-Concelho Regional de Évora, el Centro de Direito Biomédico y la Universidade de Évora, celebrado en la Escola de Ciências Sociais de la Universidade de Évora el día 30 de mayo de 2019, al que he sido invitado para presentar una intervención titulada *Problemas Contemporâneos: Entre Valores e Direito*. En este sentido, mi sincero agradecimiento va dirigido a los profesores de la comunidad académica evorense que cursaron dicha invitación, los Doctores João Vaz Rodrigues y Silvério Rocha e Cunha. Es de justicia reconocer que las notas que siguen no son el resultado de reflexiones o ideas elaboradas por un especialista en materia de bioética, de salud, de medicina o derecho sanitario. No tendré la pretensión, por tanto, de invadir ramas de conocimiento que, desde un perfil especializado, se me escapan; en este sentido, si el lector se siente vulnerado en sus propios dominios de conocimiento me disculpará. No obstante, en condición de investigador y docente en filosofía del derecho suelo entretenerme buceando en temáticas y problemáticas que, de modo transversal, tocan la delicada relación existente entre la realidad jurídica y el mundo ético. Estas líneas, por tanto, solo pueden ser justificadas si serán capaces de transmitir algunas ideas, a veces olvidadas o deliberadamente abandonadas, sobre las que deberíamos reflexionar más que nunca. Entre ellas, destaca la necesidad de comunicación, cada vez más exigente, entre saberes científicos y filosóficos, así como la preocupación por los potenciales peligros que derivan de una contemplación del mundo desde los puntos de vista meramente científico y técnico. Por ello, resulta importante recordar que una actitud de recíproca hostilidad es fruto de incompreensión e incultura, ridiculizándose el científico que, racionalizando las técnicas, rehúsa de las especulaciones filosóficas, y ridiculizándose el filósofo que, en su búsqueda de la verdad, prescinde de los preciosos avances ofrecidos por la ciencia. Creemos importante recordarlo puesto que se trata de una idea que hemos mantenido también en otras ocasiones y que, principalmente, tiene su fuente de inspiración en la posición teórico-jurídica del ilustre ius-filósofo italiano Felice Battaglia. Además, es preciso señalar que, en literatura reciente, existen sugerencias muy interesantes sobre las relaciones entre los saberes filosófico y científico (1).

Ya se nos advirtió que una concepción positivista y funcional de la naturaleza humana crea serias dificultades para establecer un dialogo hacía el ethos o el derecho, pues, con mucha probabilidad, proporcionaría solamente nuevas respuestas funcionales. En este sentido, la visión positivista, que en muchos ambientes recibe la consideración de única

visión científica, anula las fuentes de conocimiento clásicas y deja en fuera de juego el discurso filosófico. Por esto, Benedicto XVI nos dijo que el concepto positivista de naturaleza y razón, y, en general, la visión positivista del mundo, es una parte grandiosa del conocimiento humano a la que no debemos renunciar; pero también nos señaló que no es la única posible, ya que por sí misma se muestra insuficiente para la plena realización del hombre y de su humanidad. Como el lector podrá imaginar, nos referimos a las tajantes observaciones contenidas en el Discurso del Santo Padre pronunciado en su viaje apostólico a Alemania, con ocasión de la visita al Parlamento Federal – Reichstag, Berlín, en septiembre de 2011 – (2). Creemos necesario, por tanto, insistir sobre la complementariedad del saber científico y filosófico, ya que ciencia y filosofía son formas de saberes ciertos, seguros, sistemáticos y omnicomprensivamente válidos, pues responden a dos manifestaciones del saber que, a su vez, satisfacen dos puntos de vista correspondientes a dos actitudes necesarias (3, p. 82-94) (4, p. 75-87).

El progreso científico es incluso más rápido que las polémicas y los debates en materia de vida humana. Puede que sea conveniente recordar que no es tarea de las ciencias biológicas, por ejemplo, emitir juicios (pretendidamente) decisivos acerca de cuestiones estrictamente filosóficas y morales, como podrían ser, entre otras, la que concierne el *momento exacto* en que se constituye la persona humana o la que se refiere al *momento exacto* a partir del cual la vida humana deja de ser digna (una postura, en este último caso, que implica necesariamente una concepción de dignidad humana de tipo instrumental). Es cierto que, tradicionalmente, la teología moral católica ha estudiado los problemas éticos ligados a la vida, aunque, lentamente y en virtud de diversas causas de orden científico, cultural y social, ha tenido necesariamente que profundizar dichos problemas para dar respuestas precisas a dilemas éticos que el desarrollo científico ponía, sintiendo pues la necesidad de establecer reglas claras para las ciencias biomédicas. En cualquier caso, aquí solamente deseamos señalar que todo posicionamiento especulativo debería preocuparse de estimular la conciencia del individuo, fomentando el mantenimiento (o la recuperación) de un cierto sentido cívico de la población, así como del respeto hacia el ser humano y su entorno natural. Creemos que, hoy más que nunca, se trata de importantes reivindicaciones, ya que:

con frecuencia pensamos que toda evolución de la situación humana y de la relación entre el ser humano y su entorno natural es – y ha sido – siempre a

mejor. Nada más lejos de la realidad. La Historia, tanto la de la Humanidad como la de las ideas, nos muestra que en ocasiones hemos sufrido grandes retrocesos en el respeto hacia el ser humano y hacia el medio ambiente – en el que incluyo a todos los animales –, y ahora nos encontramos en uno de los momentos críticos. Triunfan unas doctrinas y corrientes que no sólo han instrumentalizado completamente a la Naturaleza, sino también al ser humano, al que se concede en ocasiones un valor inferior al reconocido a los animales o a la vegetación. Ello supone un retroceso de casi tres milenios en cuanto a la protección jurídica del ser humano, pero en algunos sectores ideológicos contemporáneos esta infravaloración carece de importancia (5, p. 47).

El lugar de nuestras actuaciones

Todos los operadores sociales – juristas, docentes, filósofos, médicos, técnicos, científicos, políticos, abogados, etc. – tienen la obligación de interrogarse sobre el alcance y los límites de su obrar. Todos están llamados a decidir y/o actuar en órdenes que, en ocasiones, pueden ser más abstractos y, en otras, algo más concretos. Los asiduos visitantes de los meandros filosóficos solemos realizar viajes, pues nos sentimos preparados para ello, que, partiendo desde las nubes de la abstracción, se dirigen hacia las afiladas revelaciones de la concreción. Solemos tener las maletas preparadas para desplazamientos intelectuales que, teniendo como necesario origen lo abstracto y como inevitable destino lo concreto, parecen ser de sola ida; recorridos que, por tanto, transmiten la idea de dos regiones del mundo que no se tocan y que no contactan. En efecto, no es del todo inusual calificar negativamente supuestas actitudes abstractas y, viceversa, ostentar algo más orgullosamente pretendidas conductas concretas (6). No obstante, como asiduos visitantes y viajeros que somos, nos deberíamos preguntar dónde se debe buscar la verdad: ¿la encontraremos en un cielo abstracto o un más cercano mundo concreto? Y, luego, la duda inquieta: ¿No será que esa oposición y aislamiento regionalista es solo aparente? ¿No será que la verdad absoluta no reside en ninguno de los dos polos sino en ambos? ¿De verdad es un viaje de sola ida?

Desde el punto de vista teórico-jurídico se han ido alternando posturas y soluciones de diferente calado sobre cómo hacer el derecho y sobre los modos de conocer al derecho. Los binomios producción-interpretación y conocimiento-aplicación de lo jurídico han ocupado y siguen atormentando autores y escuelas que, en ocasiones a sabiendas y en otras no, realizan ese viaje al que aludimos. En efecto, la vida jurídica participa necesariamente de lo abstracto y lo concreto, siendo dos momentos indispensables para las facetas teóricas y

prácticas que tiene lugar en el derecho (7). Y el derecho, nos guste o no, tiene a que ver con nuestras vidas en todas y cada una de sus dimensiones. Es así que podemos definir al derecho como un conjunto de reglas que ofrecen un peculiar punto de vista sobre el actuar humano, ya que el derecho, sea en el momento de su creación que en el siguiente momento de aplicación, siempre tiene la mirada puesta a la esfera del obrar humano. Esto se debe a que nuestro actuar es el resultado de decisiones que, en la vida, en general, implican responsabilidades y consecuencias.

Pero la juridicidad, decíamos, no se escapa a esa tensión y dinámica relación existente entre ámbitos abstractos y concretos que tiene lugar en nuestras vidas, pues en la juridicidad se hacen vivos ambos momentos y es nuestra obligación (como operadores sociales que somos) saber mediar entre ellos. Miremos, por ejemplo, a las diferencias que pueden existir entre la actividad decisoria de quien legisla y crea una norma (a grande o pequeña escala) y la de quien aplica su contenido material (un juez, un funcionario de la administración, etc.). En el primer caso suele utilizarse “el lenguaje de la decisión abstracta y general”; en el segundo “el lenguaje de la decisión concreta, dirigida a particularizar el contenido de la decisión abstracta, poniéndola en contacto con la vida real” (8, p. 203-204). En consecuencia, la responsabilidad de quien actúa y decide en abstracto es de tipo mediata e indirecta, mientras que la de quien actúa y decide en concreto es inmediata y directa; es decir, el primero trabaja y reflexiona sobre el “hombre abstracto”, mientras que el segundo “no opera con abstracciones más o menos idealizadas, sino con la realidad viva y palpitante de cada caso” (9, p. 109-110).

Ahora bien, diferencias aparte, en ambos supuestos es imposible no apreciar que, cuando se decide, ¡se desencadenan consecuencias y responsabilidades! En ambos supuestos están en juego valores, es decir el auténtico contenido y la más profunda raíz de la manifestación formal de lo jurídico; y una decisión, por muy abstracta o concreta que sea, no podrá recibir la consideración de justa por el mero hecho de haber seguido un procedimiento o un protocolo normativo, sino también por haber ponderado adecuadamente, mediante un delicado ejercicio hermenéutico, el conjunto de valores en juego. Una tarea que, en determinados casos, se presenta como ardua y complicada.

Por ejemplo – tal y como ha sido indicado por Gino Scaccia – el “constitucionalismo por valores”, teniendo que enfrentarse a sistemas sociales plurales desde el punto de vista moral y religioso, tiene la tendencia a acortar la distancia existente entre un derecho

políticamente producido y un derecho jurisprudencialmente aplicado, atacando de lleno uno de los pilares básicos de los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica: la idea según la cual la decisión colectiva pública muestra una fuerza racional y posee un valor moral superiores respecto a la decisión individual concreta. Esto querrá decir que el derecho va asumiendo, cada vez con más frecuencia, una fisionomía normativa menos rígida para dejar espacio a la intervención jurisdiccional; una instancia, ésta última, capaz de gestionar con mayor eficiencia los valores de referencia en una maquinaria estatal *multinivel*. En otras palabras, el momento aplicativo del derecho equivale a verdadera creación y a mejor ponderación de los valores en juego (sean éstos ordinamentales o extra-sistémicos). La realización de los valores ligados a la persona humana y a su dignidad, pues, es una tarea asignada históricamente a la ley (en una óptica meramente formal, general y abstracta) y que, hoy, necesariamente, debe quedar abierta a la integración material que tiene lugar en el momento aplicativo. Es decir, “la presencia de una estructura normativa abierta a la integración judicial, en lugar de constituir un defecto de la ley, será en este sentido una de sus más preciosas virtudes” (10, p. 4-5).

¿Qué valores?

En este escenario, nos preguntamos si los derechos pueden representar *el valor prioritario y dominante* y estar *cargados de una connotación moral*. El ius-filósofo italiano Francesco Viola, tratando la difícil autosuficiencia normativa de una ética de los derechos, admite que este tema implica necesariamente la aproximación a una teoría de la justicia que se enfrenta a un gran dilema, ya que incluso un posicionamiento teórico debe decidir si adoptar mecanismos de *neutralidad* o dinámicas de *preferencias*. En el primer caso, las reglas de las que se ocuparía la teoría de la justicia son aquellas que gestionan los conflictos de libertades, teniendo un carácter procedimental que no le consiente guiar o mantener una concepción específica del bien; en el segundo, en cambio, no se mantiene una posición neutral y se procede a la elaboración de criterios para seleccionar ciertas preferencias consideradas socialmente legítimas para, luego, transformarlas en derechos (11).

En cualquiera de los casos, desde el neutralismo, el preferencialismo o, incluso, el objetivismo, una adecuada teoría de la justicia requiere también el rescate de la vertiente de los deberes, pues cuando la comunidad estima que es un deber comportarse de un determinado modo, es porque existe una consciencia y una creencia colectiva de carácter

sentimental arraigada en valores. Sobre la delicada implicación de los valores en los procesos de tomas de decisión, pueden ciertamente resultar de interés las tesis que, quizás desde una perspectiva algo constructivista, mantiene el filósofo español Diego Gracia (12). La existencia de un núcleo duro de deberes, por tanto, es el fiel espejo de valoraciones sociales, dando lugar a expectativas que, desde un punto de vista técnico-jurídico, pueden ser llamadas derechos. Pero el mayor problema al que tiene que enfrentarse todo posicionamiento teórico sobre la justicia llega de la depresión axiológica que se ha extendido en los tejidos sociales que nos rodean. Ha sido sostenido que esta crisis de valores es el producto combinado de factores ideológicos y psicológicos, ya que, en el primer caso, se asiste al fomento del relativismo ético, con la consecuente apertura a los constructivismos, y, en el segundo, se va perdiendo el sentido del deber, con el consecuente fortalecimiento del sentido de los derechos (a todo y para todos) (13, p. 88-89).

Valor entre los valores debería ser la persona humana y su dimensión axiológica, encarnada en su dignidad ontológica. Razón ética y razón técnica deben buscar una posible reconciliación y una recíproca limitación, sin buscar dinámicas de sumisión o supremacía (13, 95-112). Ese diálogo, crítico y constructivo, permitiría encontrar una adecuada comunicación entre la contingencia y la permanencia, entre la forma y la esencia y, por qué no, entre la inmanencia y la trascendencia. Si consideramos el derecho como un instrumento práctico para la satisfacción de las necesidades éticas de la vida, entenderemos que el sentimiento de justicia justifica la creación de normas preordenadas a las exigencias éticas. Evidentemente, dichas exigencias podrán depender, en parte, del momento cultural e histórico de la sociedad de referencia, logrando ser, a veces, antitéticas y diversas. Aunque sea de justicia reconocer que “la determinación del derecho implica siempre para el juzgador la necesidad de formular juicios de valor, de modo que debe posicionarse respecto de los valores que siente o reconoce como tales en el conflicto que debe resolver”, teniendo que realizar esos juicios “a la luz de las circunstancias particulares y respetando el carácter individual y casuístico de toda controversia” (3, p. 252), consideramos preciso señalar que el supuesto pluralismo ético (al que aludíamos) no puede ser la excusa para enmascarar todo tipo de constructivismo que, finalmente, acaba por ser un instrumento al servicio de los intereses políticos-legislativos del momento, los cuales podrán, sin grandes dificultades, y sobre la base de un tejido social algo desorientado, adoptar normas de contenido pseudo-

ético. El lector podrá intuir que sostenemos, pues, la existencia de una ley moral que es la que es, más allá de voluntades de mayorías que puedan modificarla o someterla a debate.

Reflexiones finales: el desafío científico

Tal y como ha sido observado recientemente por Diego Medina (14, p. 7-14), uno de los desafíos más grandes para el hombre llega seguramente del mundo científico, ya que deberíamos preguntarnos qué papel ha de desempeñar respecto del hombre. La ciencia es un modo o un método concreto del saber, una forma de conocer la realidad, un método de percibir lo que es. Pero “el ser percibido por la ciencia es el ser empírico o ser material”, ya que “mediante la ciencia se intentan resolver las incógnitas que presenta el mundo físico, con aspiración de formularlas y explicarlas a través de leyes físicas irrefutables y empíricamente comprobables”. La ciencia, por tanto, “se queda con la inmanencia del ser renunciando a cualquier tipo de transcendencia”. Es por esto que cuando la ciencia se ocupa de la vida humana, lo hace desde un punto de vista meramente biológico, y no cultural, histórico o espiritual (14, p. 8).

En este orden de ideas, podemos afirmar que “la ciencia se manifiesta como un método de conocimiento que está al servicio del hombre”, pues le ofrece secuencias técnicas para que pueda “desarrollar actividades que le reporten resultados de tipo científico”. Estos resultados y estos fines podrán ser calificados por el hombre desde su moralidad; es más, el hombre debe calificarlos como buenos o malos. El autor no mantiene aquí que la ciencia puede ser juzgada moralmente, sino que moralmente se debe juzgar “el uso que de sus principios y descubrimientos haga el ser humano” (14, p. 9). ¿Porqué? La razón es muy sencilla: “bien y mal no son, precisamente, conceptos que la ciencia pueda resolver” (14, p. 10). Atención, por tanto, pues cruzar los potenciales peligros del desafío o progreso científico con las dinámicas, en boga, del relativismo y constructivismo ético, puede dar como resultado una mezcla explosiva.

“La ética no es una cuestión de mayorías”, no es una cuestión meramente procedimental, ni es algo que pueda ser calificada y rebajada a mero producto convencional. No podemos darnos por satisfechos con el mero dominio de un saber capaz de reconocer la realidad tangible, que nos indica lo que se puede o no se puede hacer; deberíamos, más bien, preocuparnos seriamente de rescatar el cuestionamiento del se debe o no se debe (hacer). En un futuro seremos juzgados, más o menos severamente, por sociedades

venideras – nos sugiere Medina –. Pues bien, tanto en el caso de los comités éticos como en el caso de la bioética, es importante evitar caer en un mero formalismo burocrático mediante el cual se pretenda dar cobertura ética (y procedimental-normativa) a ciertas actividades científicas (14, p. 11-14). Desde el punto de vista sustancial, se debe tener presente, ante todo, al hombre, a su dignidad ontológica, y, en ningún caso, intereses económicos o meramente comerciales. No se trata de tener en cuenta lo justo, sino el bien común, ya que lo justo no es necesariamente una cualidad moral de las personas, sino de las instituciones y de las reglas; el bien común, en cambio, es aquel conjunto de valores y fines que pertenecen a nuestro plan de vida, a nuestro *yo con los demás*. El bien común es sustancial, lo justo es procedimental; el bien común es intersubjetivo (con y para los demás) y objetivo a la vez (15, p. 32-33), ya que nos hace sentir la necesidad de hacer el bien (y evitar el mal) no en cuanto bueno según percepciones meramente subjetivas, sino porque es lo que debe hacerse.

La relación entre ciencia y ética caracteriza la esencia de la bioética, una disciplina que, como sabemos, requiere reflexionar sobre el ser humano, sus valores y su naturaleza a la luz de los incesantes avances que el mismo ser humano ha realizado en ámbito biotecnológico. Se trata de una aproximación teórica y práctica a la vez, ya que su tarea es la de proporcionar ayuda para tomar decisiones concretas en delicados sectores. Por tanto, influye (o, cuanto menos, debería) en el seno de las decisiones políticas y legislativas que se refieren a la interacción entre ciencia y vida humana. Innegable, pues, el necesario dialogo entre ciencia, tecnología y disciplinas humanísticas, un dialogo ciertamente complejo y que debe ser libre de condicionamientos económicos o políticos, pues su único fin consiste en la promoción de un adecuado conocimiento de los límites y el alcance de determinadas actuaciones que interfieren con los valores en juego, todos ellos directamente relacionados con la vida humana (16). En este último sentido, por ejemplo, e invocando un duro núcleo y patrimonio ético sobre el cual no debería haber discusión alguna, ha sido observado que las cuestiones bioéticas relativas al derecho a morir o al criterio de muerte representan la muerte de la reflexión bioética misma (17, p. 21-31). El hombre en abstracto no existe, pues somos seres humanos inmersos siempre en situaciones muy concretas (18, p. 224). Solamente desde estas perspectivas podremos fomentar actividades y disciplinas altamente críticas, suficientemente autónomas y dirigidas hacia el bien común, resistiendo, pues, a la jaula de las meras categorías abstractas y formales, constructivistas y relativistas, que, si tomadas

en consideración exclusiva, ahogan el milagro de la vida y empalidecen las bellezas concretas de este mundo.

Referencias

1. Garrido Gómez MI. Pluralidad y unidad de la Filosofía del Derecho. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. 2018; Serie V-anno XCV-nn. 2/3-aprile/settembre: 456-458.
2. Benedicto XVI. Discurso del Santo Padre, http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html (última consulta 8 de mayo de 2019).
3. Sánchez Hidalgo AJ. *Epistemología y metodología jurídica*. Valencia: Tirant Lo Blanch; 2019.
4. Medina Morales D. *Temática Filosófico-Jurídica. Sobre el conocimiento filosófico del derecho*. Granada: Ediciones Adhara; 1993.
5. Megías Quirós JJ. *Naturaleza, Ser Humano y Biotecnología*. En: Albert Márquez JJ – Medina Morales D. *Bioética y Bioderecho*. Córdoba: SFD; 2009.
6. Ferrater Mora J. *Diccionario de Filosofía, Tomo I (A-K)*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana; 1964: 35 ss. y 328 ss.
7. Anzalone A. *Lo abstracto y lo concreto en la Teoría del Derecho de Battaglia*. Barcelona: Atelier; 2013.
8. Robles G. *Problemas abiertos en la filosofía del Derecho (Ejemplar dedicado a:)*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho. 1984; nº 1.
9. Robles G. *La decisión en el Derecho y la tópicica jurídica*. Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universidad de Palma de Mallorca. 1983; nº. 6.
10. Scaccia G. *Valori e diritto giurisprudenziale, Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*. Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza 26 ottobre 2009, texto en línea <http://www.ginoscaccia.it/wp-content/uploads/2018/05/40-Valori-e-diritto-giurispr....pdf> (última consulta 28 de mayo de 2019).
11. Viola F. *La ética de los derechos*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. 1999; nº. 22.
12. Gracia Guillén D. *La cuestión del valor, Discurso de recepción del Académico de Número Excmo. Sr. D. Diego Gracia Guillén, sesión del día 11 de enero de 2011, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*.

13. Robles G. Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual. Madrid: Editorial Civitas; 1997.
14. Medina Morales D. La verdad no nos pertenece. Reflexiones sobre Bio-ética. En: Albert Márquez JJ – Medina Morales D. Bioética y Bioderecho. Córdoba: SFD; 2009.
15. Viola F. Il senso dell'etica. Orientamenti Sociali. 1994; (6) 3.
16. Guerra L. Il valore e il senso della riflessione bioetica nella società contemporanea. Scienza Attiva, Centro di Bioetica, Istituto Auxologico Italiano di Milano, texto en línea http://www.agorascienza.it/application/files/2214/9908/3960/A_stam_valore_e_senso_bioetica_Guerra.pdf (última consulta 26 de mayo de 2019).
17. Balistreri M. La morte nella riflessione bioetica: il diritto a morire, il criterio di morte e la speranza dell'immortalità. Philosophical Readings. 2016; VIII.1.
18. Viola F. La volontà del malato e l'etica del medico: il problema del conflitto. Ragion pratica. 1994; 2.

Submetido em: 07/11/19
Aprovado em: 10/01/20

Como citar este artigo:

Anzalone A. Problemas contemporâneos: entre Valores y Derecho. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 25-35.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.603>



Saúde global, inovação biotecnológica e risco(s)

Global health, biotechnological innovation and risk(s)

Salud global, innovación biotecnológica y riesgo(s)

Eduardo António da Silva Figueiredo¹

Resumo

Objetivo: refletir sobre o conceito de saúde global, a sua origem, sentido(s) e notas caracterizadoras. Compreender em que medida a doutrina se vem referindo a um *Direito da Saúde Global*, analisando quais os seus principais méritos, limitações e inconvenientes. Analisar alguns dos avanços biotecnológicos que têm aberto as portas a novas potencialidades de incrementação da saúde e do bem-estar à escala global. **Metodologia:** foi utilizado o método dedutivo a partir da análise de obras monográficas, artigos de revistas da especialidade, bem como de documentos emanados por diversas entidades nacionais e estrangeiras. **Resultados:** num contexto de crise tecnocientífica, a inovação biotecnológica, embora contribua para a melhoria da saúde global, acarreta inúmeros riscos. Cada vez mais, se tem afirmado a importância do chamado Direito da Saúde Global, o qual procura contribuir para a otimização das possibilidades de melhoria dos índices de saúde à escala global, mormente através da formulação de respostas precaucionais adequadas. **Conclusão:** a melhoria dos índices de saúde à escala global depende, *inter alia*, da inovação biotecnológica, a qual só será viabilizada através de uma adequada gestão do risco a realizar a partir do conceito de *diligência devida*. O *Direito da Saúde Global*, enquanto sub-ramo jus-internacional do Direito da Saúde, poderá dar valiosos contributos nesse sentido, não obstante as suas múltiplas limitações e dificuldades.

Palavras-chave: Saúde global. Direito à Saúde. Biotecnologia. Risco. Precaução.

Abstract

Objective: to reflect on the concept of global health, its origins, meaning(s) and main characteristics. To understand to what extent the doctrine has been referring to a *Global Health Law*, analyzing its main merits, limitations and inconveniences. To examine some of the biotechnological advances that have opened the doors to the possibility of increasing health and well-being on a global scale. **Methodology:** the deductive method was used from the analysis of monographies, articles from specialized reviews, as well as documents originating from several national and international entities. **Results:** in the context of a techno-scientific crisis, biotechnological innovation, although contributing to the improvement of global health, carries numerous risks. Increasingly, the importance of the so-called Global Health Law has been affirmed; it seeks to contribute to the optimization of health indices on a global scale, especially through the development of adequate precautionary responses. **Conclusion:** the improvement of health indices on a global scale depends, *inter alia*, on biotechnological innovation, which will only be made possible through an adequate risk management to be carried out on the concept of *due diligence*. The Global Health Law,

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas; assistente convidado da Secção de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: efigueiredo.1995@gmail.com

understood as an international branch of Health Law, can make valuable contributions in this regard, despite its multiple limitations and difficulties.

Keywords: Global health. Right to health. Biotechnology. Risk. Precaution.

Resumen

Objetivo: reflexionar sobre el concepto de salud global, sus orígenes, significados y notas características. Comprender en qué medida la doctrina se ha referido a un *Derecho de la Salud Global*, analizando sus principales méritos, limitaciones e inconvenientes. Examinar algunos de los avances biotecnológicos que han abierto la puerta a nuevas potencialidades para la mejora de la salud y del bienestar a la escala mundial. **Metodología:** el método deductivo ha sido utilizado a partir del análisis de trabajos monográficos, artículos de revistas especializadas, así como de documentos emitidos por varias entidades nacionales y extranjeras. **Resultados:** en un contexto de crisis tecnocientífica, la innovación biotecnológica, aunque contribuya para la mejora de la salud global, conlleva numerosos riesgos. Cada vez más, se ha afirmado la importancia del llamado Derecho de la Salud Global, el cual busca contribuir para la optimización de las posibilidades florecimiento de los índices de salud global, especialmente a través de la formulación de respuestas precaucionales adecuadas. **Conclusión:** la mejora de los índices de salud global depende, *inter alia*, de la innovación biotecnológica, la cual sólo será posible a través de la gestión adecuada del riesgo a partir de la movilización del concepto de *debida diligencia*. El Derecho de la Salud Global, entendido como una rama internacional del Derecho de la Salud, puede hacer contribuciones valiosas a este respecto, a pesar de sus múltiples limitaciones y dificultades.

Palabras clave: Salud Global. Derecho a la Salud. Biotecnología. Riesgo. Precaución.

Introdução: uma nova revolução em curso?

Estamos a vivenciar a Quarta Revolução Industrial, assistindo-se ao surgimento de novas tecnologias (v.g. digitais, biotecnológicas, informacionais) e de novas formas de encarar e entender o mundo que desencadeiam disruptivas alterações nos sistemas políticos, económicos, financeiros e nas próprias estruturas sociais. Segundo Klaus Schwab, as suas ramificações são bem mais “profundas do que qualquer outro período da história humana”, impactando governos, empresas, a sociedade civil e os próprios indivíduos (1).

Nesse contexto, cada vez mais, o progresso científico-tecnológico avança à velocidade da luz (porventura, demasiado rápido, deixando para trás a *tartaruga* ético-jurídica) e o *Homo Evolutis* – que tem a capacidade de projetar mentalmente o seu futuro – parece não desistir da pretensão de construir uma sociedade e um planeta à sua medida.

Aos poucos, o ser humano procura controlar o seu próprio substrato biológico, incrementando as suas capacidades físicas, psicológicas e emocionais, já não apenas por via do melhoramento de instrumentos externos, mas também pela própria “melhoria do espírito e corpo humanos, ou uma fusão direta com aqueles instrumentos” (2) – questões que, inclusivamente,

têm feito questionar o que significa, atualmente, ser-se *humano* e, indo ainda mais longe, qual o estatuto, mormente ético e jurídico, que devemos reconhecer, no futuro, aos chamados *transumanos* – os quais apresentarão uma constituição biológica aperfeiçoada, seja pela melhoria do seu *pedigree* genético, seja pela fusão do seu corpo com o de outras espécies animais (o que nos remete para o problema da criação de híbridos ou quimeras) – ou aos *pós-humanos* surgidos da hibridação entre o homem e a máquina (os conhecidos ciborgues). Há mesmo quem, no limite, avance com tentativas – *ab initio* frustradas – de definir cientificamente a pessoa, como se esta não fosse uma categoria ético-axiológica, ainda que com pontes reconhecidamente ontológicas (3).

Além disso, como a própria história se encarregou de nos ensinar – a maior parte das vezes, da forma mais hedionda possível –, importa não esquecer que o avanço científico não é, nem pode ser, neutro (*scilicet*, inserido num vácuo desassociado de quaisquer valores morais ou sociais); antes, ele encontra-se profundamente comprometido com distintas concepções mundividenciais, diferentes premissas axiológico-valorativas e interesses políticos, económico-financeiros, sociais e individuais heterogêneos (por vezes mesmo, conflitantes). A ciência pretende servir, portanto, a sociedade e o indivíduo, mas não partindo de uma formulação absolutamente holística que abarque todas as formas como estas se nos apresentam empiricamente (ou até, de forma bem mais complexa, num plano metafísico). Queremos com isso dizer que um determinado advento científico visará sempre servir, ao menos num primeiro momento, a específica e historicamente situada concepção ou ideologia social e/ou individual que funda e justifica a(s) escolha(s) científica(s) apoiada(s) pela comunidade ou tomada(s) pelo próprio investigador (4). Será exigível, portanto, um elevado sentido de responsabilidade a todos os membros da comunidade científica, cuja atuação se encontra, cada vez mais, sujeita a escrutínio e dependente de legitimação por via de intensa participação democrática no momento da tomada de decisões fraturantes que, em larga medida, moldam o futuro da humanidade (5).

Incumbe-nos ainda referir o conhecido e já largamente explorado *dilema do duplo-uso* ou *dual-use dilemma*, que se prende com o facto de uma mesma tecnologia poder ser utilizada, simultaneamente, para a prossecução de um conjunto de finalidades absolutamente louváveis e socialmente valorizadas, mas também para o cometimento de um conjunto de atos nefastos que colocam em causa os mais básicos e fundamentais direitos e liberdades dos indivíduos – e até, quem sabe, a própria sobrevivência da espécie humana e das demais espécies que compartilham conosco esse planeta, já hoje largamente ameaçado (6). Esse fator é, em grande parte,



responsável pela atual frustração dos investigadores e descrença da sociedade na ciência, impondo-se a tomada de medidas urgentes de reconciliação desta com aquela, e vice-versa (7).

Por outro lado, mesmo a utilização da tecnologia para fins socialmente valorizados – como são casos exemplares a proteção da saúde, do ambiente ou do bem-estar humano – acarreta inúmeros riscos desconhecidos ou, pelo menos, incertos, obrigando os indivíduos a tomar decisões sob um *véu de ignorância* significativo quanto aos efeitos negativos que dela podem resultar (8) – e que hoje dificilmente conhecerão fronteiras, quer no âmbito espacial, quer temporal. Assim, o diálogo com o risco é, nos dias que correm, uma constante incontornável, geradora de profundas tensões que resultam, não raras vezes, em discursos perigosos de demonização da ciência ou, em alternativa, de total subestimação (senão mesmo omissão) tecnocrática dos seus riscos intrínsecos.

Ora, nesse sentido, iremos refletir sobre o impactante conceito de saúde global, procurando compreender a sua origem, bem como colocar em destaque o(s) seu(s) sentido(s) e as suas notas caracterizadoras fundamentais. Além disso, aproveitaremos este ensejo para analisar a evolução daquilo a que parte da doutrina jurídica vem chamando de *Direito da Saúde Global*, evidenciando alguns dos seus méritos, mas também certas limitações e inconvenientes. Em seguida, procuraremos analisar quais os principais avanços científicos que, no quadro da biotecnologia, têm aberto as portas a novíssimas potencialidades de incrementação da saúde e do bem-estar humano à escala global. Iremos focar-nos especialmente em algumas tecnologias genéticas de índole profilática ou terapêutica e que, pelos seus impactos revolucionários, são objeto de discussão acérrima um pouco por todo o globo. Posto isso, não deixaremos igualmente de abordar, ainda que de forma breve, a questão do risco, mais especificamente no que respeita à necessidade de se procurar encetar uma adequada gestão do mesmo, evitando-se, nomeadamente no plano jurídico, que as respostas precaucionais possam ser desadequadas ou excessivas e, desse modo, obstem à otimização das potencialidades acarretadas pelos novos avanços técnico-científicos para a melhoria dos índices de saúde à escala global.

Em termos metodológicos, note o leitor que, ao longo da presente investigação, recorreremos ao método dedutivo a partir da análise de obras monográficas, artigos de revistas da especialidade, bem como de documentos emanados por diversas entidades nacionais e estrangeiras. Mais do que dar respostas, procuraremos levantar questões que permitam à comunidade académica (e à sociedade em geral) refletir sobre alguns dos desafios hercúleos com que esta *Quarta Revolução Industrial* nos brindará.

Saúde global: uma brevíssima análise por referência à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU)

A saúde é uma necessidade básica, objetiva, histórica e generalizável de todo o ser humano (9). São inúmeros os ordenamentos que a reconhecem como um verdadeiro bem jurídico, inclusive ao nível constitucional, tutelando-o por via do reconhecimento de direitos e/ou da imposição de deveres de proteção.

Por nossa parte, não nos parece despicienda a distinção entre *saúde individual* e *saúde pública*. Se a primeira nos remete para um *status* do indivíduo (que o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde [OMS] designa, de forma algo utópica, de “completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não a mera ausência de doença ou enfermidade”), já a segunda não se basta com a simples soma das saúdes individuais, remetendo-nos antes para o conjunto de “condições que, de acordo com o desenvolvimento tecnológico e científico de cada época, garantem um nível de bem-estar, físico e psíquico, à generalidade das pessoas” (10). Subjacente a essa última conceção está, portanto, a análise do “papel do Estado e da sociedade civil na promoção da saúde e prevenção da doença” num determinado contexto histórico e geográfico delimitado (11).

Inicialmente, as ações de cariz internacional levadas a cabo no domínio sanitário apresentavam um carácter relativamente circunscrito, limitando-se a evitar a propagação além-fronteiras de certas doenças infectocontagiosas (12).

Hoje em dia, o conceito de saúde global remete-nos para um campo de atuação muito mais vasto, emergido, no essencial, da comunitarização e considerável internacionalização das preocupações de melhoria dos níveis gerais de saúde, de combate às iniquidades no acesso a serviços sanitários e a medicamentos, de proteção e preservação do meio ambiente e de prestação de cuidados de saúde em países desfavorecidos, que se encontrem em situação de emergência ou de conflito armado (13). Assim sendo, os seus ecos fazem-se sentir, de forma especial, no domínio da saúde pública (embora sejam igualmente evidentes as suas inúmeras repercussões no quadro da saúde individual).

Essa evolução (ou, se quisermos, expansão) do conceito de saúde global é fruto da globalização – ou, como bem pontua Boaventura de Sousa Santos, das *globalizações* (14) –, a qual nos brinda com um novo “espaço-velocidade, ao tornar supérfluas as discontinuidades geográficas, colocando todos os lugares à mesma distância-velocidade” (15). Alguns fenómenos – como as alterações climáticas, o escalar das ameaças à paz e ao desenvolvimento, a utilização

de novas tecnologias, a internacionalização das trocas comerciais e do consumo, a deslocação de grandes massas populacionais um pouco por todo o globo ou a transformação dos estilos de vida (os quais se encontram, paradoxalmente, cada vez mais estandardizados) – têm contribuído para o desvanecer das fronteiras clássicas entre *saúde no plano nacional* e *saúde no plano global*. Os seus profundos impactos económicos, políticos, tecnológicos, culturais e ambientais colocam, pois, novíssimos desafios à saúde humana e planetária que só podem ser enfrentados por via de uma cooperação multilateral efetiva e promotora de equidade (16).

Atualmente, a doutrina tem identificado duas abordagens distintas no que respeita ao modo como a saúde global tende a ser encarada: por um lado, há quem parta de uma compreensão desta enquanto bem social e juridicamente reconhecido como valioso, que deve ser protegido, promovido e efetivado por meio de um conjunto de atuações orientadas por valores de justiça social, equidade e solidariedade entre os Estados à escala planetária; por outro lado, há quem utilize a saúde global como uma “ferramenta para viabilizar interesses [específicos] de países mais preocupados com a sua própria segurança sanitária, em aspetos transfronteiriços, militares, económicos e comerciais” (17). Essa última abordagem afigura-se bastante problemática, porque se encontra, não raras vezes, profundamente manchada por interesses egoísticos de alguns Estados que, por via da instrumentalização de diferentes mecanismos de cooperação e solidariedade internacionais, se limitam a promover a saúde dentro das suas próprias fronteiras, legitimando discursos que redundam na defesa inaceitável de uma *saúde global apenas para alguns*.

Além disso, gostaríamos de destacar o necessário pendor multidisciplinar das abordagens e atuações que são levadas a cabo nesse domínio – as quais surgem, na grande maioria das vezes, na intersecção entre diferentes disciplinas. Está suficientemente comprovado que um modelo exclusivamente científico-biológico, que ignore as diferentes idiosincrasias políticas, económicas, sociais e culturais de cada região do nosso globo e de cada uma das suas complexas sociedades, não poderá afirmar-se como adequado para a resolução dos desafios sanitários de geometria variável que vão emergindo à escala global (17).

A Agenda 2030 da ONU, criada em 2015, estabeleceu 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (na terminologia anglo-saxónica, *Sustainable Development Goals*) a fim de “erradicar a pobreza e criar uma vida com dignidade e oportunidades para todos, dentro dos limites do planeta” (18). Destacamos, *hic et nunc*, o terceiro objetivo, intitulado Saúde de Qualidade, o qual pressupõe, *inter alia*, que se atinja a chamada *cobertura universal de saúde*, o acesso a serviços

de saúde básicos de qualidade, o desenvolvimento e disponibilização de medicamentos e vacinas essenciais, bem como o reforço da capacidade de todos os países, em particular dos países de baixa-renda, para o alerta precoce, a redução de riscos e a gestão de riscos nacionais e globais de saúde (19).

Já em 2016, a Declaração de Shangai, resultante da 9ª Conferência Global sobre a Promoção da Saúde, veio reconhecer que a saúde e o bem-estar humano devem constituir o centro dessa agenda global destinada a alcançar o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, esta foi reafirmada como um direito universal, um objetivo social compartilhado e uma verdadeira prioridade política para todos os Estados (20), os quais devem promover a satisfação de “necessidades básicas de sobrevivência” – como o bom funcionamento dos sistemas de saúde, a existência de condições mínimas de higiene sanitária, o acesso a água potável e a alimentos não contaminados, a disponibilização de produtos e serviços seguros (pressupondo uma adequada gestão do risco), o acesso à vacinação e a medicamentos essenciais (11).

Recentemente, identificaram-se como principais desafios à saúde global, *inter alia*, o agravamento da poluição atmosférica e das alterações climáticas, a elevada incidência de doenças não-transmissíveis (como a diabetes, o cancro ou as doenças cardiovasculares), a proliferação de ambientes em estado de crise prolongada (principalmente nos denominados *Estados-frágeis*, *i.e.* aqueles que se encontram em situação de conflito ou de pós-conflito) e onde os serviços de saúde são absolutamente insuficientes e precários, o aumento da resistência aos antibióticos, a insistência na não vacinação, assim como o escalada da dengue e do HIV (21).

Como se pode ver, o caminho a percorrer é ainda bastante longo e não será feito sem dificuldades. Impõe-se, pois, que utilizemos, de forma cooperada e solidária, todos os meios (humanos, económicos, científico-tecnológicos) de que dispomos para lograr alcançar esses objetivos, permitindo a todo o ser humano usufruir do mais elevado nível de saúde possível.

A emergência de um Direito da Saúde Global?

Algumas delimitações conceituais

Inicialmente, a saúde surgia como um “bem de natureza meramente individual, cuja promoção não [cabia] à comunidade política organizada” (12). Foi o carácter comunitário de certos fenómenos de doença (*v.g.* as epidemias) e o estabelecimento de uma conexão clara entre o estado de saúde das populações e as condições de salubridade do espaço público que contribuíram para a comunitarização deste bem, passando a incumbir-se o Estado da

manutenção da “ordem pública sanitária” (12) – o que não deixa de nos remeter para o chamado “direito de polícia sanitária” (22).

Por sua vez, já durante o séc. XX, o surgimento do *Welfare State* veio alargar a intervenção pública neste domínio, responsabilizando-se o Estado pela promoção da saúde – aqui entendido como um “superdescritor” (23) – das suas populações e, progressivamente, da própria saúde global (12). Se, numa primeira fase, as medidas tomadas nesse último domínio foram relativamente tímidas e pouco impactantes, hoje em dia, são identificáveis inúmeros atores – de natureza estadual e não estadual – que adotam importantes medidas para a promoção da mesma.

Como referem Lawrence Gostin e Allyn Taylor, foi o processo de globalização que veio reforçar a necessidade de criação de novos mecanismos de governança no quadro da saúde global (11). Nesse sentido, têm-se destacado os contributos (diretos ou indiretos) de um conjunto de atores internacionais, emergidos já depois da fundação da ONU em 1945, como é o caso da OMS, da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO, em inglês), da Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef, em inglês), da Organização Internacional do Trabalho (OIT), do Fundo Monetário Internacional (FMI) ou do Banco Mundial. A esses, crescem variadíssimos atores de natureza não-estadual (v.g. empresas multinacionais e parcerias público-privadas), os quais têm o poder de influenciar, de forma cada vez mais veemente, as políticas nacionais e internacionais na matéria (13).

No plano jurídico, a doutrina tem-se referido à emergência de um *Direito da Saúde Global*, também apelidado por alguns autores de *Direito Internacional da Saúde*, embora este último nos remeta para uma abordagem mais tradicional da questão (13). Segundo Lawrence Gostin, este abrange o conjunto de “normas jurídicas, processos e instituições necessárias para a criação de condições favoráveis a que as populações de todo o mundo possam alcançar, na medida do possível, o mais elevado nível de saúde física e mental” (24).

De forma bastante ampla, podemos dizer que o *direito da saúde global* se afirma como um direito misto (ou um direito interdisciplinar ou transversal [12]), que se encontra no cruzamento entre direito público e privado (22) – direito constitucional, direito internacional, direito civil, direito administrativo, direito penal –, abarcando um conjunto de normas que, de forma direta ou indireta, contribuem para a melhoria do nível de saúde física e mental das populações e dos indivíduos – note-se que, em última instância, a proteção e promoção da saúde no plano interno sempre contribuirá para uma melhoria da saúde à escala global (embora tenhamos de admitir que essa

leitura pode, em certos casos, afigurar-se claramente redutora e até mesmo equivocada). Parece, pois, que, de acordo com essa formulação lata, o *direito da saúde global* se confunde com o ramo – bem mais delimitado e autonomizado do ponto de vista jurídico-dogmático – do *direito da saúde* (25), o que pode afigurar-se problemático.

Se optarmos, porém, por uma abordagem mais estrita, enquadraremos aqui apenas aquelas normas que, à escala internacional ou supranacional, prosseguem esse mesmo desiderato. Note-se, porém, que são raros os autores que se referem ao *direito da saúde global* (*stricto sensu* considerado) como um ramo jurídico autónomo ou mesmo como um ramo específico do direito internacional público (13, 22); antes, ele corresponde à dimensão jus-internacional do *direito da saúde*, afirmando-se, nessa medida, com um sub-ramo do mesmo – o que, a nosso ver, não nos parece ser uma maneira desadequada de o situar no quadro dos saberes jurídicos. Por razões sistemáticas (e não só), será essa a abordagem que, para efeitos da presente investigação, iremos mobilizar.

Algumas fontes do “Direito da Saúde Global”

Do ponto de vista das suas fontes, o *direito da saúde global* é constituído, maioritariamente, por um conjunto de convenções internacionais que se espraiam por áreas tão diversas como os direitos humanos, o direito humanitário (mormente no que respeita à necessária proteção dos indivíduos contra o uso de armas biológicas, químicas ou nucleares), a proteção ambiental e os direitos dos pacientes (26). Todos eles têm em comum o facto de colocarem em destaque a responsabilidade dos Estados pela manutenção e/ou melhoria do nível de saúde das suas populações, bem como pelo cumprimento das suas obrigações de cooperação sanitária com outros Estados, organizações e demais atores jurídico-internacionais de relevo (11).

Destacamos, no quadro da OMS, a chamada *Convenção Quadro para o Controlo do Tabaco* (2003) ou o *Regulamento Sanitário Internacional* (datado de 1951, tendo sido profundamente revisto em 1969 e 2005), identificando, *inter alia*, um conjunto de procedimentos necessários à avaliação da saúde pública num contexto transfronteiriço. Bastante interessante é, ainda, a estratégia da OMS para o controlo da gripe no mundo (*pandemic influenza preparedness*), a qual pode ser qualificada como um instrumento jurídico híbrido: estamos ante verdadeiro *soft law* (e, portanto, desprovido de força jurídica vinculativa), mas que tem o potencial de criar obrigações jurídicas por via de acordos assinados no âmbito do bem-sucedido *Global Influenza Surveillance and Response System* (GISRS). Por fim, cabe uma brevíssima referência

a um conjunto de recomendações – como o *Código Internacional de Marketing de Substitutos de Leite Materno* (1981) ou o *Código de Prática de Recrutamento Internacional de Profissionais de Saúde* (2010) – cuja considerável força normativa tem levado os Estados a adotar várias medidas que vão de encontro ao seu conteúdo (27).

Por sua vez, no quadro do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacamos o art. 25º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948) ou, de forma mais significativa, o art. 12º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC, 1966), bem como o Comentário Geral nº 14, emanado pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que identificou e conferiu densidade às quatro dimensões essenciais do direito à proteção da saúde: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade.

Cabe ainda referir, dessa vez no plano (pan-)europeu, o art. 11º da Carta Social Europeia (CSE, 1996), o art. 35º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE, 2000), bem como várias normas da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina (CDHB, 1997) ou da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH, 1951), ambas emanadas pelo Conselho da Europa. No quadro da União Europeia (UE), assume, igualmente, destaque o art. 168.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), o qual dispõe, de forma geral, que na “definição de todas as políticas e ações da União será assegurado um elevado nível de proteção da saúde”. Como pontuam Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha, a competência da União nesse domínio serve, essencialmente, como instrumento de apoio e complementação das políticas estaduais – embora seja verdade que, cada vez mais, se tem expandido e adquirido novas vestes (12).

Na maioria desses documentos, denota-se que o *direito à proteção da saúde* é formulado como um direito com uma dimensão tipicamente prestacional ou positiva (que incumbe os Estados de tomarem medidas, sob a forma de políticas públicas, destinadas à prevenção da doença e seu tratamento), mas também uma dimensão negativa (traduzida na possibilidade de se exigir do Estado ou de terceiros que se abstenham de praticar quaisquer atos que possam ser considerados prejudiciais à saúde) (28).

É evidente que a realização dessa dimensão prestacional se encontra dependente de um conjunto de dimensões fáticas, económicas e sociais, impondo, num quadro de escassez, que o legislador, dentro da sua margem de conformação, leve a cabo algumas escolhas quanto ao modo



como os recursos devem ser alocados (o que, há que admiti-lo, nem sempre é realizado da forma mais racional e eficiente). Ainda assim, não devemos deixar de reconhecer a existência de um núcleo essencial do direito à proteção da saúde que tem de ser, necessariamente, satisfeito (12, 23, 29).

Hodiernamente, colocam-se, nessa seara, um conjunto de novos desafios, como os problemas da redefinição crescente do conceito de saúde – que se tem subjetivizado, confundindo-se com pretensões hedonísticas, o que faz com que os indivíduos exijam cada vez mais (quer quantitativa, quer qualitativamente) de sistemas de saúde já largamente debilitados (30) – ou da regulamentação da questão do acesso aos cuidados de saúde, mormente graças ao aumento, num mundo sem fronteiras, dos casos de *turismo médico* (31).

Além disso, tenha-se em conta que, atualmente, a efetivação dessas duas dimensões não onera exclusivamente os entes estaduais, mas também um conjunto de outras entidades e *stakeholders* (como os profissionais de saúde, as famílias, as comunidades locais, as organizações inter- e não-governamentais, a sociedade civil, e alguns atores de natureza empresarial), falando-se de uma *responsabilidade partilhada* (13).

Em alguns casos, a tutela desse bem jurídico é assegurada igualmente por via do reconhecimento de deveres (verdadeiramente jurídicos), os quais tendem a levantar alguns problemas do ponto de vista jurídico-dogmático que não iremos, *hic et nunc*, tratar. No quadro temporal, alguns desses diplomas vão além da mera tutela das gerações presentes, abraçando também a proteção da saúde das gerações futuras (23). Em última instância, o seu objetivo é o de permitir a todos os indivíduos, se quisermos recorrer à terminologia de Martha Nussbaum e Amartya Sen, ter a mesma capacidade (*capability*) para atingir um elevado nível de saúde e, assim, se autorrealizar (32).

Note-se ainda que, fruto da interdependência própria de todos os direitos humanos, são reconhecíveis um conjunto de fortes conexões – ainda que em planos distintos – entre o direito à proteção da saúde e outros direitos fundamentais e humanos, como é o caso do direito à vida, à integridade física, a um meio ambiente sadio, à informação ou à educação (13).

Por fim, cabe-nos destacar que, pelo menos de forma indireta, também o Acordo sobre os aspetos relativos aos direitos de propriedade intelectual (o conhecido *Acordo TRIPS*), da Organização Mundial do Comércio (OMC), pode ser incluído no elenco das fontes deste “Direito da Saúde Global” (24).

Méritos, desafios e dificuldades

Apesar dos inúmeros méritos reconhecíveis a esse sistema internacional e supranacional de normas jurídicas destinadas a promover e efetivar a saúde física e mental dos vários indivíduos e sociedades à escala global, a verdade é que não podemos deixar de referir alguns dos relevantes desafios e dificuldades a enfrentar. E note-se, na grande maioria dos casos, esses não são novos, levando-nos a revisitar os já conhecidos territórios tortuosos dos limites da aplicação e efetivação das normas de direito internacional.

Desde logo, na maior parte das vezes, a aplicação dessas normas está, em larga medida, dependente da boa-vontade dos entes estaduais. Há casos em que chegam mesmo a recusar a assunção de certas obrigações no plano jurídico-internacional, procedendo à não ratificação seletiva de alguns diplomas internacionais ou estabelecendo inúmeras reservas ao seu conteúdo, aceitando apenas a vinculação a normas dotadas de escassa força jurídico-normativa (11). Tal deve-se, em parte, ao facto de os Estados demonstrarem uma grande resistência à delegação dos seus poderes de autoridade no domínio sanitário aos vários atores internacionais (24).

Existem também casos em que os entes estaduais, ainda que ratificando as várias convenções internacionais ou revelando abertura ao cumprimento de certas recomendações, o fazem de uma forma meramente simbólica, com a intenção última de caírem nas *boas graças* da comunidade internacional, mas sem que tencionem adotar as medidas necessárias à execução e efetivação do seu conteúdo (13). É exemplo de uma tal realidade a relutância que, na prática, os países de alta renda (essencialmente preocupados com a liberalização das trocas) têm demonstrado no que respeita ao fornecimento de financiamento e outros apoios aos países de baixa renda para os ajudar na promoção do seu nível de desenvolvimento, nomeadamente no quadro da saúde (24).

Por outro lado, a monitorização do comportamento dos Estados tem-se revelado altamente deficitária, seja pela falta de mecanismos adequados de vigilância sanitária, seja pela recusa dos Estados (por vezes mesmo em violação direta de normas constantes de diplomas internacionais a que estes se vincularam) na divulgação de certos relatórios cujos resultados possam apresentar reflexos negativos no plano económico-financeiro, nomeadamente por via da diminuição do investimento estrangeiro no país (26).

A temerária falta de harmonia e de coerência regulatória no seio de um campo tão amplo e que alberga fontes plurais e de naturezas tão diversas – o que tem sido agravado pela intervenção exponencial de um conjunto vasto de instituições e organizações com objetivos tão

variados (13) –, bem como o recurso excessivo a *standards* vagos e a conceitos indeterminados, deixando-se aos Estados uma grande margem de manobra (porventura, demasiado extensa), afiguram-se, igualmente, como limitações claras, as quais aprofundam as já crônicas dificuldades no processo de responsabilização dos Estados pelo desrespeito – por ação ou omissão – dessas normas. Inclusive nos casos em que estamos ante diplomas consagradores de direitos humanos, os quais apresentam uma natureza jurídica verdadeiramente vinculativa (não constituíssem esses verdadeiro *jus cogens*), tem-se colocado a questão de saber como reagir nas situações em que os entes estaduais não cumprem (ou deixam de cumprir com) as suas obrigações jurídico-internacionais de proteção e promoção da saúde das suas populações devido a uma total incapacidade económico-financeira, política, tecnológica ou até mesmo socio-conjuntural de o fazer (11). Resta saber, nesse contexto, em que medida os demais Estados ficam vinculados pelos seus deveres de cooperação e solidariedade internacionais, os quais, a nosso ver, tendem a afirmar-se, na prática, como um mero *law in the books*.

Inovação biotecnológica, genética e saúde

Em termos bastante amplos, pode afirmar-se que a biotecnologia abrange um conjunto de processos e produtos que oferecem o potencial de alterar e, em certa medida, de controlar o fenómeno da *bios* (da ‘vida’). Num plano maioritariamente conceitual e ético, a mesma afirma-se como uma expressão do espírito tecnológico, de um desejo e disposição racional de compreender, predizer e, eventualmente, controlar os eventos e obras da natureza, com a finalidade última de beneficiar o ser humano (33).

Do mesmo modo, há quem se refira ao desenvolvimento de uma *biotecnociência*, que valoriza a “ação concreta, por meio de técnicas e dispositivos, sobre problemas” (34), afirmando-se como o resultado de vários progressos no campo biológico, nomeadamente no quadro da biologia molecular, da bioquímica, da genética, das neurociências ou da nanotecnologia (34).

Iremos, *hic et nunc*, referir-nos exclusivamente aos principais avanços científicos na área da genética que contribuem (ou que têm o potencial de contribuir), direta ou indiretamente, para a promoção da saúde global, chegando mesmo, em certos casos, a transformar os atuais paradigmas e modelos em que repousam os atuais sistemas de saúde.

Desde o término do Projeto do Genoma Humano (em 2003), que culminou com o mapeamento e sequenciação do genoma humano, tem-se assistido ao aumento exponencial do conhecimento sobre as várias doenças genéticas, bem como os genes nelas implicados (35). Tal

facilitou, como é evidente, o desenvolvimento de novas terapêuticas, assim como de novos instrumentos que poderão ser utilizados na prevenção e diagnóstico deste tipo de enfermidades – como é o caso dos testes genéticos, os quais são cada vez mais fiáveis, precisos e económicos, tornando “possível prever (antes mesmo de aparecer qualquer sintoma) a ocorrência de (...) ou a predisposição para uma determinada doença genética, no indivíduo a quem o teste é realizado” (36). Acontece que, ao contrário dos testes genéticos clássicos (baseados no estudo individual de cada gene), os testes genéticos *de nova geração* analisam, de forma sequencial, “segmentos do genoma, quer levando a cabo uma análise global do mesmo, quer de alguns segmentos importantes para a identificação ou confirmação do diagnóstico de uma doença genética” (37). Assim, torna-se possível a tomada de medidas profiláticas ou o início antecipado (ou, pelo menos, atempado) da terapia, impedindo-se o aparecimento da doença ou, pelo menos, retardando-o.

Por outro lado, a identificação das mutações genéticas responsáveis por certas doenças hereditárias, abriu as portas à possibilidade de elaboração de uma “nova forma de terapia na qual o ADN é o medicamento” (38) – fala-se, a esse propósito, da chamada terapia génica, hoje em dia levada a cabo através da mobilização de técnicas tão variadas como as *ZFNs*, as *TALENs* e a *CRISPR/Cas* (39). A discussão tem sido, aliás, bastante polémica no que respeita à admissibilidade ético-jurídica da edição da linha celular germinal para fins preventivo-terapêuticos, a qual permite (não sem consideráveis riscos) a erradicação intergeracional de algumas doenças genéticas nefastas (39). Indo mais longe, há mesmo quem diga que será possível editar os genes com vista ao melhoramento das características físicas e psicológicas individuais, dando lugar ao surgimento de *super-homens* (a transumanos) e à total transformação (senão mesmo destruição) das hodiernas estruturas sociais (40).

É nesse contexto de progresso técnico-científico no âmbito da saúde, mormente no campo da genética clínica, da proteómica e da farmacogenómica, que se tem vindo a promover a implementação – ainda mais desejada, que efetiva – de um modelo sanitário personalizado (fala-se de uma *medicina personalizada de precisão*) que prime, por um lado, por um discurso profilático e, por outro lado, pela elevada eficácia e segurança dos tratamentos médico-farmacológicos a aplicar. A transição para um tal modelo, não obstante as suas potencialidades, nunca deverá ser levada a cabo sem que sejam tomadas em conta as múltiplas limitações técnicas, económico-financeiras, sociais e pessoais à sua implementação e as suas respetivas repercussões no campo jurídico (41).

Podíamos ir mais longe e mencionar outros avanços científicos que, ainda no âmbito biotecnológico, têm procurado contribuir para a melhoria dos níveis de saúde dos indivíduos e das populações (como é o caso da nanomedicina, da investigação e utilização de células estaminais, etc.). Estamos em crer, porém, que essa pequena amostra que, *hic et nunc*, apresentámos (ainda que de forma muito breve) já é, *per se*, suficientemente elucidativa do modo como o ser humano tem procurado colocar a ciência ao serviço da *vida* e da *saúde*, desenvolvendo mecanismos que permitam a todas as pessoas, as de hoje e as de amanhã, autorrealizar-se em toda a sua plenitude.

Ainda que grande parte desses progressos sejam oriundos dos chamados *países de elevada-renda* – os quais são dotados de mais e melhores recursos humanos, técnicos e económico-financeiros –, não podemos ignorar a existência de casos em que foram os *países de baixa-renda* a dar o seu contributo significativo para o desenvolvimento de novos *processos, intervenções e sistemas*, nomeadamente no quadro da saúde – é aquilo que alguns autores chamam de *inovação reversa*. Por isso é que é tão importante, e não nos cansamos de o afirmar, que se promova uma verdadeira cooperação entre os vários entes estaduais à escala global (desde os mais desfavorecidos, aos mais ricos), devendo esses encarar aqueles não apenas como futuros consumidores, mas antes como entidades que, dentro das suas possibilidades, poderão desempenhar um importantíssimo papel no processo de inovação sanitária (42). Do mesmo modo, e porque a inovação só contribuirá verdadeiramente para a promoção da saúde global se estiver ao alcance de todos, é importantíssimo que os vários Estados se revelem solidários, mormente através da partilha de benefícios resultantes de qualquer investigação científica, bem como das suas aplicações. Assim, a dimensão coletiva da liberdade de investigação científica tem, a nosso ver, de ser levada a sério, prevalecendo sobre interesses meramente económicos e colocando, de forma efetiva, a ciência ao serviço de toda a humanidade.

Um diálogo constante e incontornável com o risco

No antropoceno, o risco assume-se como “predicado nuclear das científico-tecnicamente polarizadas e económico institucionalmente complexas sociedades contemporâneas integradas no nosso arco civilizacional” (43), apresentando novos contornos e afirmando-se como uma das principais ameaças à qualidade de vida e, até mesmo, à sobrevivência das espécies.

Foi na década de 80 do século passado que, no seguimento do discurso em torno da chamada *sociedade técnica de massas*, o grande motivo condutor passou a ser a “sociedade de risco” (44). O fenómeno da globalização e o aumento considerável do avanço científico-tecnológico contribuíram para a exponenciação dos riscos da ação humana, hoje marcada por uma clara transterritorialidade e transtemporalidade que abrem portas a crises intra- e intergeracionais que fazem da vida em sociedade uma autêntica “experiência-limite, em que se toma consciência dos limites da Modernidade” (45). O seu estudo tem sido levado a cabo no quadro da chamada *riscologia*, enquanto conjunto de ciências que se dedicam ao estudo do risco (46).

Todos os avanços no quadro da chamada biomedicina, tal como relembra João Loureiro, ao mesmo tempo que atenuam a fragilidade e a vulnerabilidade biológicas, desencadeiam novas feridas no nosso ser (22), contribuindo para que as expetativas comunitárias oscilem entre o “otimismo ingénuo e serôdio da Modernidade e [um] novo obscurantismo apocalíptico” (47). Cada vez mais, a questão do risco deixa de se compadecer com uma mera racionalidade técnico-científica, exigindo uma ponderação verdadeiramente valorativa e normativa, mormente no que respeita à alocação estratégica de recursos para evitar a materialização de uma qualquer catástrofe (48).

Atualmente, o princípio da precaução tem-se afirmado como verdadeiro princípio reitor e orientador das entidades públicas na investigação, avaliação e, essencialmente, na gestão do risco (10). A sua aplicação verifica-se naqueles casos em que um determinado “fenómeno, produto ou processo acarretam riscos graves, mas cuja avaliação científica não nos permite determiná-los, com suficiente certeza, quer qualitativamente, quer quantitativamente” (49). Ora, no campo da genética (e da biotecnologia em geral), os riscos, além de graves, são incertos (principalmente quanto à sua verificação e à sua gravidade), não havendo forma de saber se a mesma contribuirá para tornar mais aprazível a vida em sociedade ou se os seus já identificados riscos biológicos, demográficos, sociais e económicos poderão conduzir a autênticas catástrofes (50).

Alguns autores defendem que o princípio da precaução justifica a total proibição do recurso a essas técnicas (mesmo para fins preventivo-terapêuticos) ou, pelo menos, a aprovação de uma moratória internacional que paralise temporariamente a sua utilização. Tais soluções afiguram-se desadequadas e simplesmente representam uma sucumbência do ser humano à *heurística do medo*, devendo sempre ter-se em consideração que o risco-zero, especialmente no quadro da saúde, é uma total ficção.

Assim, o discurso bicéfalo entre técnica e risco encontra-se profundamente ultrapassado, devendo dar lugar ao confronto de distintos riscos: o risco de levar a cabo um determinado procedimento ou de aplicar uma técnica específica face ao risco de não o fazer. Será sempre necessário, portanto, que se corram riscos, colocando-se apenas a questão de saber quais são aceitáveis e até que ponto o devem ser (39).

Como já defendemos em outros momentos, tal implicará um respeito escrupuloso por um conjunto de regras materiais e procedimentais de *diligência devida*, bem como uma cuidada análise casuística dos potenciais custos e benefícios de cada intervenção. Nesse sentido, sempre haverá que ser considerada a gravidade das doenças que esperamos prevenir ou tratar, a existência de terapias alternativas que sejam científica, social e eticamente preferíveis, bem como a existência (ou não) de registos de consequências negativas a curto, médio ou longo prazo decorrentes da utilização dessas mesmas técnicas. Garantir a qualificação dos próprios profissionais, a devida monitorização ou fiscalização de todo o processo por órgãos competentes e independentes, a prestação do consentimento esclarecido, bem como o respeito por todos os direitos e liberdades dos indivíduos colocados em cheque são outros dos passos que garantem uma resposta precaucional adequada – uma resposta que, como se vê, não ignora o risco, mas tampouco se deixa dominar por ele (39).

Estamos, pois, conscientes de que uma qualquer decisão precaucional sempre acarretará riscos, desde logo aqueles que resultam de uma aversão inflexível aos mesmos – o que, não raras vezes, redundará numa limitação dos próprios direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos em nome de uma afirmação absoluta do valor da segurança (48). Devemos, pois, recorrer a uma “estratégia de pequenos passos” (51), procurando que esses nos permitam, no futuro, alcançar um estado de desenvolvimento técnico que reduza o risco a níveis científica e socialmente aceitáveis e, assim, permita a utilização das várias biotecnologias para a promoção da saúde à escala global.

Conclusão

Feitas estas (breves) considerações sobre as temáticas da saúde global, da inovação biotecnológica e da gestão do risco, cremos ter logrado colocar em evidência as distintas e heterogêneas relações que é possível estabelecer entre as mesmas. Não raras vezes, tais afinidades desaguam em tensões e conflitos de difícil resolução porquanto, muito embora a inovação biotecnológica (aliada a outros fatores, é certo) possa contribuir, de forma efetiva, para

a melhoria dos índices de saúde à escala global, a verdade é que os seus riscos (na maioria das vezes, ainda incertos) podem, igualmente, despoletar novas feridas que evidenciem (ou aprofundem) as vulnerabilidades de um ser humano, já *per se*, frágil.

Num primeiro momento, demos conta de alguns dos desafios da ciência na *Quarta Revolução Industrial*, nomeadamente a superação do mito da sua neutralidade, compreendendo-se que o avanço científico surge comprometido com uma particular conceção do mundo, da sociedade e dos indivíduos. Por outro lado, manifestámos a nossa preocupação para com o modo como o *dilema do duplo-uso*, assim como um certo discurso científico-societário maquiavélico (que ora demoniza, ora santifica – sempre de forma redutora – o progresso científico) têm quebrado a confiança da sociedade na ciência, e vice-versa. Todo esse quadro surge agravado com a ascensão dos chamados tecnocratas, cujo discurso se centra irremediavelmente no clássico *imperativo tecnológico* – o qual propugna que se é possível conceber determinada tecnologia, ela será, de forma inevitável, desenvolvida e utilizada (4).

Em seguida, abordámos o conceito de saúde global, o qual tem, com o aprofundamento do(s) processo(s) de globalização, ganho cada vez mais autonomia e densidade dogmática (principalmente face aos conceitos de *saúde individual* e de *saúde pública*). Esse remete-nos, sempre a partir de uma abordagem multidisciplinar, não só para uma certa comunitarização e internacionalização das preocupações de melhoria dos níveis gerais de saúde, mas também para problemas, *inter alia*, de justiça distributiva, equidade ou justiça ecológica.

É nesse contexto, aliás, que parte da doutrina jurídica se tem referido a um *direito da saúde global*, o qual deve ser encarado, a nosso ver, como um sub-ramo do já muito explorado *direito da saúde*. A esse propósito, fizemos referência a algumas das fontes jus-internacionais que o compõem e à sua diversidade (quer quanto à sua origem, matéria, natureza jurídica ou força normativa), bem como a vários dos seus méritos, mas também das suas limitações e dificuldades.

Além disso, para aclarar as conexões entre inovação biotecnológica e saúde global, propusemo-nos fazer uma brevíssima referência a algumas das mais recentes conquistas no quadro da genética – e que tornam patente que vivemos, atualmente, uma verdadeira *Revolução Genómica*. Nesse sentido, mencionámos os chamados *testes genéticos de nova geração*, os diferentes e revolucionários avanços no quadro da engenharia genética, bem com alguns progressos no quadro da proteómica, da genética clínica e da farmacogenómica, os quais têm alavancado a implementação de uma *medicina personalizada de precisão*, que ousa colocar em causa dos clássicos paradigmas que, hodiernamente, sustentam os nossos sistemas de saúde.

Todos esses avanços têm em comum a possibilidade de facilitar a prevenção e o tratamento de inúmeras doenças e enfermidades que têm causado considerável sofrimento e perdas.

Apesar disso, não nos podemos alhear da temática do risco, o qual se afigura como uma verdadeira constante na nossa *Sociedade Mundial do Risco* (44). Impõe-se, pois, uma atitude precaucional adequada, mormente que exija a observância estrita de um conjunto de requisitos materiais e procedimentais de *diligência devida*, propiciando uma adequada gestão do risco, ao mesmo tempo que se evita a tomada de medidas desadequadas ou excessivas que representem uma submissão a uma certa *heurística do medo*, necessariamente limitadora (ou até mesmo vulneradora) de direitos e liberdades dos indivíduos.

A saúde é, sem dúvida alguma, um dos bens mais valiosos de todo o ser humano, condição essencial à sua autorrealização e afirmação plena. Devemos, pois, trabalhar (em conjunto e de forma solidária!) para procurar que o maior número de pessoas possa alcançar o mais elevado nível de saúde possível. As novas tecnologias, nomeadamente as biotecnologias, podem, sem dúvida alguma, ajudar-nos nesse desiderato, cabendo-nos, porém, “perceber o que se está a passar e decidir o que fazer com elas, antes que elas o decidam por nós” (2). Sejamos, pois, cautos e cuidadosos, procurando sempre mobilizar a técnica para o *bem comum*, traçando um destino que se afigura risonho e, quem sabe, livre de tanta angústia e sofrimento.

Referências

1. Schwab K. A quarta revolução industrial (trad.). Portugal: LEVOIR; 2017.
2. Harari YN. Homo Deus: história breve do amanhã (trad.). 4.^a Edição. Amadora: Elsinore; 2017.
3. Loureiro J. Bios, tempo(s) e mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico. In: Andrade MC, Antunes MJ, Sousa AS, coordenadores. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol IV. Coimbra: Coimbra Editora; 2009.
4. Rose S, Rose H. Can science be neutral?. *Perspectives in Biology and Medicine*. 1973, 16 (4): 605-624.
5. Nelkin D. *Technological decisions and democracy: European experiments in public participation*. California: Sage Publications; 1977.
6. Feito Grande L. *El sueño de lo posible: bioética y terapia génica*. Madrid: Comillas; 1999.
7. Kahn A. *Société et révolution biologique*. Paris: INRA Éditions; 1998.



8. Loureiro J. Estatuto del *nasciturus*: una(s) mirada(s) europea(s) – vulnerabilidad, derecho(s) y el ‘imperativo tecnocientífico’. In: Sánchez Sáez AJ, coordenador. La protección jurídica del *nasciturus* en el derecho español y comparado. Granada: Editorial Comares; 2018.
9. Talavera P. El actual paradigma subjetivista de la salud y sus repercusiones en su configuración como derecho humano y su cobertura universal. In: Santos JA, Albert M, Hermida C, editores. Bioética y nuevos derechos. Granada: Editorial Comares; 2016.
10. Sousa SA. Saúde pública, direito penal e ‘novos riscos’: um triângulo com lados desiguais. In: Gomes CM, coordenadora. Direito(s) dos riscos tecnológicos. Lisboa: AAFDL Editora; 2014.
11. Gostin LO, Taylor AL. Global Health Law: a definition and grand challenges. Public Health Ethics. 2008, 1 (1): 53-63.
12. Estorninho MJ, Macieirinha T. Direito da Saúde. Lisboa: Universidade Católica Editora; 2014.
13. Toebes B. International health law: an emerging field of public international law. Indian Journal of International Law. 2015, 55 (3): 299-328.
14. Santos BS. Os processos da globalização. In: Santos BS, coordenador. Globalização: fatalidade ou utopia. Porto: Editora Afrontamento; 2001.
15. Marques MR. A hipertrofia do presente no direito da era da globalização. Revista Lusófona das Humanidades e Tecnologias. 2009, 12: 121-132.
16. Woodward D, Drager N, Beaglehole R, Lipson D. Globalization and health: a framework for analysis and action. Bulletin of the World Health Organization. 2001, 79 (9): 875-881.
17. Fortes P, Ribeiro H. Saúde global em tempos de globalização. Saúde Soc. 2014, 23 (2): 366-375.
18. Conselho Empresarial para o Desenvolvimento Sustentável. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://www.ods.pt/ods/>. [Acesso em: 31.out.2019].
19. Centro Regional de Informação das Nações Unidas. Objetivo 3 – Saúde de Qualidade. Disponível em: <https://www.unric.org/pt/ods-link-menu/31972-objetivo-3-saude-de-qualidade>. [Acesso em: 31.out.2019].
20. World Health Organization. Promoting health in the SDGs: report on the 9th global conference for health promotion: all for health, health for all. 21-24 november 2016. Disponível em: <https://www.who.int/healthpromotion/conferences/9gchp/shanghai-conference-report/en/>. [Acesso em 28.out.2019].

21. Cardoso AP. As 10 piores ameaças à saúde global em 2019, segundo a OMS. DN Life. 21 jan 2019. Disponível em: <https://life.dn.pt/as-10-piores-ameacas-a-saude-global-em-2019-segundo-a-oms/saude/347962/>. [Acesso em: 28.out.2019].
22. Loureiro J. Em busca de um direito da saúde em tempo de risco(s) e cuidado(s): sobre a incerteza do(s) nome(s) e da(s) coisa(s). In: Loureiro J; Pereira AD; Barbosa C, organizadores. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Vol. I. Coimbra: Almedina; 2016.
23. Loureiro J. *Aegrotationis medicinam ab iure peto?* Notas sobre saúde, a doença e o direito. Cadernos de Bioética. 2001, 25: 19-53.
24. Gostin LO. Global Health Law. USA: Harvard University Press; 2014.
25. Pereira AD. A emergência do direito da saúde. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2016, 5 (3): 180-200.
26. Rueger JP. Normative foundations of global health law. Georgetown Law Journal. 2008, 96 (2): 423-443.
27. Gostin LO, Sridhar D. Global health and the Law. The New England Journal of Medicine. 2014, 370 (18): 1732-1740.
28. Canotilho JJG, Moreira V. Constituição da república portuguesa anotada. Vol. I. 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora; 2014.
29. Canotilho JJG. Para uma revisão da dogmática da jusfundamentalidade. In: Correia FA; Silva JC; Andrade JCV; Canotilho JJG; Costa JMC, coordenadores. Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo. Coimbra: Almedina; 2013.
30. Abellán-García Sánchez F. Diagnostico genético embrionario y eugenesia: un reto para el derecho sanitario. Derecho Sanitario. 2007, 15 (1): 75-98.
31. Binet JR. Droit de la bioéthique. France: LGDJ – Lextenso Éditions; 2017.
32. Nussbaum M, Sen A. The quality of life. New York: Oxford University Press; 1993.
33. The President's Council on Bioethics. Beyond therapy: biotechnology and the pursuit of happiness. Washington D.C., October 2003.
34. Pyrrho M, Schramm FR. Nanotecnociência e humanidade. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra; 2016.
35. National Institutes of Health. Fact Sheet – Human Genome Project, outubro de 2010. Disponível em: <https://report.nih.gov/nihfactsheets/viewfactsheet.aspx?csid=45>. [Acesso em: 28.out.2019].



36. Melo HP. Implicações jurídicas do projeto do genoma humano. Coimbra: Gráfica de Coimbra II; 2007.
37. Santos HG, Pereira AD. Genética para todos: a prática, a ética, as leis e a sociedade. Lisboa: Gradiva; 2019.
38. Vieira LM. O conhecimento do genoma humano e suas implicações. Os Açores e o resto do mundo. O essencial no fim de século. Açores: Instituto Açoriano da Cultura; 1998.
39. Figueiredo E. Desagrilhoar Prometeu? Direito(s), genes e doença(s): Desafios constitucionais na era da engenharia genética [Tese]. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; 2019.
40. Figueiredo E. Super-Man Syndrome: Vulnerability(ies) and Enhancement(s). *Revista de Derecho y Genoma Humano*. 2019, 50: 89-115.
41. Figueiredo E, Campos J. A proteção de dados genéticos em tempos de (r)evolução dos sistemas de saúde. *Cadernos Lex Medicinæ: saúde, novas tecnologias e responsabilidades*. Vol. I. Coimbra: Instituto Jurídico/FDUC; 2019.
42. Syed S, Dadwal V, Martin G. Reverse innovation in global health systems: towards global innovation flow. *Globalization and health*. 2013, 9 (36): 1-2.
43. Bronze FP. Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado? (Tópicos para um diálogo pedagógico. *In*: Bronze FP, autor. *Analogias*. Coimbra: Coimbra Editora; 2012.
44. Beck U. Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida (trad.). Lisboa: Edições 70; 2015.
45. Loureiro J. Constituição e Biomedicina – I [Tese]. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; 2003.
46. Aragão A. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do CEDOUA*. 2008, 2: 9-57.
47. Loureiro J. Da sociedade técnica de massas à sociedade do risco: prevenção, precaução e tecnociência. *In*: AA.VV. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora; 2001.
48. Moniz AR. Os direitos fundamentais e a sua circunstância: crise e vinculação axiológica entre o Estado, a sociedade e a comunidade global. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra; 2017.
49. Commission of the European Communities. Communication from the Commission on the precautionary principle. 2.fev.2000. Disponível em: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21676661-a79f-4153-b984-aeb28f07c80a/language-en>. [Acesso em: 30.out.2019].



50. Ferreira AE. A intangibilidade da identidade genética humana – um direito humano?. *Lex Medicinæ*. 2011, 16: 107-125.

51. Melo AB. Crise e Crises: uma perspectiva jurídico-política. *Temas de Integração*. 2010, 29/30: 11-20.

Submetido em: 02/11/19
Aprovado em: 18/12/19

Como citar este artigo:

Figueiredo EAS. Saúde global, inovação biotecnológica e risco(s). *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2020 jan./mar.; 9(1): 36-58.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.600>



Danos causados por medicamentos: responsabilidade civil do produtor no âmbito da legislação portuguesa

Damage caused by medical drug: producer liability under Portuguese law

Daño causado por medicamentos: responsabilidad del productor según la ley portuguesa

Mickael Martins¹

Resumo

Objetivo: analisar, por um lado, o regime jurídico aplicável em caso de danos causados por medicamentos e, por outro lado, as dificuldades que se erigem com as (in)suficiências desse mesmo regime. **Metodologia:** foi realizada análise bibliográfica sobre este tema. **Resultados:** muito embora o regime legal em vigor se revele adequado à generalidade dos produtos, não se pode afirmar o mesmo em relação a alguns aspetos de regime quando em causa esteja um produto-medicamento, atentas as suas características próprias e a interação com o corpo humano que de imediato se estabelece. **Conclusão:** à imagem do que sucedeu em outros ordenamentos jurídicos europeus, poderia equacionar-se legislar especificamente sobre a responsabilidade civil decorrente de danos causados por medicamentos, como é o caso da Alemanha, ou consagrar algumas diferenças de regime quando em causa esteja um medicamento, como sucedeu em Espanha.

Palavras-chave: Preparações farmacêuticas. Responsabilidade civil. Segurança de produtos para o consumidor.

Abstract

Objective: to analyze, on the one hand, the legal regime applicable in case of damages caused by medicines and, on the other hand, the difficulties that arise with the (in) sufficiencies of that same regime. **Methodology:** a bibliographic analysis was carried out on this topic. **Results:** although the legal regime in force proves to be adequate to most products, the same cannot be said when a medicine is concerned, taking into account its own characteristics and the interaction with the human body that immediately establishes itself.

Conclusion: as in other European legal systems, it could be envisaged to legislate specifically on civil liability arising from damage caused by drugs, as is the case in Germany, or to enshrine some regime differences when a drug is concerned, as happened in Spain.

Keywords: Pharmaceutical preparations. Civil liability. Product safety for the consumer.

Resumen

Objetivo: analizar, por un lado, el régimen legal aplicable en caso de daños causados por medicamentos y, por otro lado, las dificultades que surgen con la (in)suficiencia de ese mismo régimen. **Metodología:** se realizó un análisis bibliográfico sobre este tema.

Resultados: aunque el régimen legal vigente resulta adecuado para la mayoría de los productos, no se puede decir lo mismo cuando se trata de un medicamento, teniendo en cuenta sus características propias y la interacción con el cuerpo humano que se establece de inmediato. **Conclusión:** como fue el caso en otros sistemas legales europeos, podría

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; investigador do Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Portugal. <https://orcid.org/0000-0002-0216-9649>. E-mail: mickaelmartins94@hotmail.com.

preverse legislar especificamente sobre la responsabilidad civil derivada del daño causado por los medicamentos, como es el caso en Alemania, o consagrar algunas diferencias de régimen cuando se trata de uno medicamento, como sucedió en España.

Palabras clave: Preparaciones farmacêuticas. Responsabilidad civil. Seguridad del produto para el consumidor.

Introdução

Caso Stalinon

Medicamento colocado no mercado em 1953, em França, indicado para o tratamento da *furunculose* e certas doenças de pele, responsável pela morte de 102 pessoas em virtude da neurotoxicidade do produto.

Caso Talidomida

Também conhecido como caso *Contergan*, esse fármaco começou a ser comercializado na Europa a partir de 1956, inicialmente como sedativo, anti-inflamatório e hipnótico e, posteriormente, iniciou-se a sua utilização durante o período de gravidez como forma de controlar as náuseas sentidas pelas gestantes. Nessa senda, só na Alemanha, país onde foi fabricado, mais de quatro mil bebés nasceram com malformações físicas ou ausência total de membros.

Caso MER-29

Medicamento destinado ao tratamento do colesterol, introduzido no mercado estadunidense em 1960, e que acabaria por ser retirado logo em 1962, em virtude de ter provocado graves reações adversas a mais de cinco mil pessoas, nomeadamente a formação de cataratas e cegueira.

Caso Dietilestilbestrol (DES)

Medicamento colocado no mercado dos Estados-Unidos da América (EUA) na década de 40 do século passado – e também comercializado na Europa –, o qual passou a ser utilizado sobretudo a partir de 1948 com o objetivo de prevenir o aborto espontâneo. Só em 1971, com a publicação de um estudo de caso-controlo elaborado por HERBST (1), é que se estabeleceu a relação causal entre a toma do fármaco e os seus efeitos nocivos, concretamente, o desenvolvimento de adenocarcinoma vaginal nas filhas das mulheres que tomaram esse medicamento, expostas ao mesmo *in utero*.

Caso Mohrange

Data de 1972, quando mais de duas centenas de crianças foram intoxicadas por esse talco, tendo a grande maioria falecido – em causa estava um *defeito de fabrico*, dado que o talco continha mais de 6% de hexaclorofeno, tornando-se tóxico.

Caso Mediator

Em causa está um medicamento indicado para o tratamento da diabetes, mas igualmente utilizado no controlo de apetite, ao qual se associou o surgimento de patologias cardíacas, afetando as válvulas e impedindo o seu correto funcionamento, sendo que este fármaco foi responsável pela morte de 500 pessoas em França e cerca de 3.500 pessoas foram hospitalizadas por complicações relacionadas com o mesmo.

A segurança dos medicamentos não é absoluta – nem se exige que assim o seja. Determinante é que aqueles, a fim de serem comercializados pelos laboratórios farmacêuticos, apresentem uma *relação benefício-risco* positiva/favorável, isto é, que os benefícios advenientes do consumo de um medicamento superem os potenciais riscos que o mesmo possa desencadear (2). A fim de aferir da *qualidade, segurança e eficácia* terapêutica de um determinado medicamento, o mesmo é submetido a ensaios pré-clínicos – mediante a realização de ensaios de laboratório e em animais – e clínicos, destinados à análise do metabolismo do fármaco e a conhecer os efeitos farmacológicos e farmacodinâmicos, nomeadamente, os riscos e efeitos secundários mais relevantes. Com base nos resultados obtidos nessa fase de *experimentação*, o laboratório produtor requer ao Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde (Infarmed), Instituto Público (IP) de Portugal, a concessão de uma autorização de introdução no mercado (AIM), de que depende, *salvo disposição em contrário*, a comercialização de medicamentos no território nacional. (3)

Não obstante, os casos com que iniciámos o presente texto são a evidência fáctica de que a *avaliação e monitorização* da qualidade, segurança e eficácia terapêuticas não se podem limitar aos ensaios clínicos prévios à concessão de uma AIM e, portanto, prévias à comercialização dos medicamentos. Por um lado, porque – sobretudo por força do desastre da *talidomida* – são hoje evidentes as demais limitações próprias de um ensaio clínico, a exigirem a instituição de sistemas de farmacovigilância, com vista à vigilância constante dos medicamentos, que tiveram como *projeto-piloto de monitorização internacional* o *Programa Internacional de Monitorização de Reações Adversas*, coordenado pela Organização Mundial

de Saúde (OMS), em 1968 (4). Por outro lado, porque, já depois de introduzido no mercado, pode muito bem suceder que o fármaco revele determinados riscos de reações adversas que não foram possíveis detetar aquando da sua introdução no mercado, atento o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, também eles a exigirem uma resposta célere daqueles sistemas e a evidenciarem a necessidade de monitorização constante dos medicamentos e a imporem, v.g., sobre o laboratório produtor, após a concessão de autorização, o dever de adoção e de manutenção de um sistema de farmacovigilância, dispondo, nomeadamente, de modo permanente e contínuo, de uma pessoa responsável pela farmacovigilância – para além da elaboração de *relatórios periódicos de segurança* e da realização de *estudos de segurança pós-autorização*, como veremos.

Ao Infarmed, enquanto entidade responsável pelo acompanhamento, coordenação e aplicação do Sistema Nacional de Farmacovigilância, incumbe a adoção de todas as medidas necessárias para a notificação de reações adversas por parte de todos aqueles que integram a estrutura daquele sistema, v.g., pela *promoção de formação na área da farmacovigilância*. Ainda que existam várias metodologias, a principal – e que constitui o método mais relevante de monitorização de reações adversas – ocorre por via da notificação espontânea (5) (6) (7). Sucede que, embora essa tendência se tenha vindo a alterar paulatinamente, é transversal aos vários sistemas nacionais o *baixo número* de notificações espontâneas, por múltiplos fatores, estimando-se que apenas uma percentagem reduzidíssima da suspeita de reações adversas seja efetivamente comunicada às entidades responsáveis em cada país. É com base nessa factualidade que se tem procurado *agilizar* o ato de notificar, sobretudo através do recurso e da implementação da tecnologia nesse domínio, seja, por exemplo, pela *informatização* desse procedimento e pela implementação, entre nós, do *Portal de Notificação de Reações Adversas*, seja, v.g., pelo desenvolvimento de novas *aplicações para smartphone* – é o caso da *VigiBip*, desenvolvida em França pela Universidade de Toulouse –, colocando à *distância de um clique* a notificação de uma suspeita de reação adversa.

Mas ainda assim, mesmo com todos estes progressos em ordem à salvaguarda da *saúde pública* e, em particular, daqueles que tomam determinado fármaco, pode muito bem suceder que este não apresente a *segurança com que legitimamente se pode contar*. Quer isto dizer que pode advir a uma pessoa uma *reação nociva e não intencional* a um medicamento e cuja *natureza, gravidade, intensidade* ou *consequências* sejam incompatíveis com os dados constantes do resumo das características do medicamento (RCM) – são essas reações

adversas *graves e inesperadas* que poderão desencadear a eventual responsabilização do laboratório produtor, porquanto, por um lado, as reações adversas que tenham sido detetadas no âmbito dos ensaios pré-clínicos e clínicos – tradicionalmente designadas de *efeitos secundários* – integram o RCM e, portanto, derivam da conclusão de que os benefícios concedidos pelo medicamento em questão superam os potenciais riscos associados ao mesmo, sem que se possa falar de *defeito* do medicamento e, por outro lado, porque aquelas reações adversas graves e inesperadas, porque não previstas, não foram consideradas na avaliação da relação benefício-risco do medicamento, podendo chegar-se à conclusão que a mesma é *desfavorável* e, em consequência, ser tal circunstancialismo subsumível no regime da *responsabilidade decorrente de produtos defeituosos* (8).

Esse regime – que não prejudica, nem afasta, o eventual recurso às regras gerais da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, surgindo como um *acréscimo* de proteção da pessoa lesada – encontra-se previsto no Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de Novembro (8), atualmente com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de Abril, que procedeu à transposição, para o ordenamento jurídico português, da Diretiva n.º 85/374/CEE, de 25 de Julho de 1985 (9), relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, e consagra a responsabilidade objetiva do produtor pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação (artigo 1.º). Essa Diretiva surgiu como resposta às modificações ocorridas no âmbito dos processos de produção, nomeadamente, através da sua automatização, da produção em série e da distribuição em cadeia dos produtos (10), que puseram em evidência a inadequação das regras tradicionais em ordem à tutela eficaz da pessoa lesada em virtude de um dano causado por um determinado produto – mormente por força do ónus da prova da culpa que impende sobre esta última.

Da responsabilidade civil decorrente de produtos defeituosos

Pelo advento da industrialização dos processos de produção surgiram novos produtos, aperfeiçoaram-se outros tantos e, sobretudo, tornou-se possível a produção em série, abrangendo um cada vez maior número de pessoas, sendo inegável a melhoria qualitativa de vida que a proliferação de determinados produtos trouxe para a coeva sociedade do século XX.

Não obstante, por via de todas essas inovações, alcançáveis através da automatização do processo produtivo, com a introdução de máquinas complexas e sofisticadas, as quais, as

mais das vezes, procedem à substituição total da mão-de-obra humana – com o revés de exponenciarem a verificação de acidentes generalizados e inevitáveis. A produção em série – com a padronização dos produtos e a sua multiplicação, conduzindo a um aumento de produtividade e da distribuição em cadeia, passando o produtor a dedicar-se em exclusivo ao fabrico do seu produto –, erigiu entre este e o consumidor final uma cadeia *por vezes longa de transmissão* (10), com a consequência de se verificar uma não coincidência entre aquele e a pessoa do vendedor, por um lado, mas também uma não coincidência entre o adquirente do produto e o seu efetivo consumidor ou utilizador. Desvirtuou-se, assim, a tradicional relação que se estabelecia entre produtor e consumidor, respetivamente parte e contraparte da relação jurídica de compra e venda, – globalmente considerados como os “verdadeiros pressupostos económicos e dados materiais ou infraestruturais da responsabilidade civil do produtor” (10) – e verificou-se, simultaneamente, um aumento exponencial dos *acidentes de consumo* (10), porquanto o fenómeno da produção em massa encontra necessariamente, como seu correspondente, o consumo de massas, erigindo-se o problema dos danos causados por produtos defeituosos como um problema social a que urgiu dar uma resposta cabal por parte dos vários ordenamentos jurídicos.

Naturalmente que sempre se poderá arguir existirem já, ao tempo de todas estas alterações no âmbito dos processos de produção, mecanismos tendentes à reparação do dano causado por um determinado produto defeituoso, quais sejam o da responsabilidade contratual ou o da responsabilidade extracontratual. Sucede que as profundas modificações operadas evidenciaram a *inadequação do direito tradicional* para assegurar uma *idónea proteção da pessoa lesada*.

Por um lado, o regime constante do Código Civil português (11), nos seus artigos 913.º e seguintes (sob a epígrafe *venda de coisas defeituosas*), não tutela diretamente a relação produtor-consumidor porquanto, como vimos, o advento da distribuição em cadeia teve como consequência o afastamento do primeiro em relação ao segundo, levando a que o consumidor não possa fazer valer os seus direitos diretamente contra o produtor por essa via – atenta a relatividade dos contratos e a sua eficácia *inter partes* –, apenas podendo fazê-lo contra o vendedor do produto em questão e, além disso, essa disciplina legislativa não é aplicável a consumidores não adquirentes, simples utentes ou *bystanders* – todos eles potenciais lesados. É muito frequente, nomeadamente no que aos medicamentos diz respeito, a pessoa lesada em

virtude da toma de um medicamento defeituoso, não corresponder à pessoa que adquiriu o respetivo fármaco, não tutelando eficazmente a sua posição.

Por outro lado, no que concerne à responsabilidade civil extracontratual de direito comum, agigantam-se as dificuldades de prova, especialmente no que concerne ao ónus da prova da culpa, atento o disposto nos artigos 483.º e 487.º do Código Civil (11). Com efeito, cabe ao lesado, numa ação de responsabilidade civil extracontratual, provar a ilicitude do facto, a existência de um dano, o nexo de causalidade entre defeito e dano e, ainda, a culpa do produtor – quanto a esta, a prova revela-se diabólica para o lesado, porquanto este não detém os conhecimentos científicos e técnicos necessários para detetar o defeito e demonstrar que este procede de culpa do produtor, a que acresce o “caráter estatisticamente inevitável de certos acidentes e falhas técnicas que escapam ao mais elevado grau de diligência do homem e de simples erros humanos (...)” (10), independentes de qualquer culpa, revelando impossível a prova desta pelo lesado.

Todos estes argumentos conduziram ao reconhecimento da necessidade de responsabilizar diretamente o produtor, fazendo-o responder pelos danos causados pelos produtos defeituosos que coloca no mercado – e a cuja responsabilidade se eximira por via da cisão entre a produção e a comercialização dos seus produtos –, tutelando igualmente de forma efetiva todas as eventuais vítimas de danos causados por defeito do produto.

É nesse contexto que surge a Diretiva n.º 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de julho de 1985 (9), relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos – transposta para o nosso ordenamento jurídico através do DL n.º 383/89, de 06 de Novembro (8), o qual analisaremos já em seguida.

Metodologia

Foi realizada análise bibliográfica sobre este tema, para indagar sobre as dificuldades que se erigem com (in)suficiências do regime legal em vigor (8), quando em causa esteja um medicamento-produto.

Resultados e discussão

Resulta do estudo levado a cabo que, muito embora o regime legal em vigor se revele adequado à generalidade dos produtos, o mesmo já não se pode afirmar quando em causa esteja um produto-medicamento em relação a alguns aspetos de regime, atentas as suas

características próprias e a interação com o corpo humano que de imediato se estabelece. À imagem do que sucedeu em outros ordenamentos jurídicos europeus, poderia equacionar-se legislar especificamente sobre a responsabilidade civil decorrente de danos causados por medicamentos, como é o caso da Alemanha, ou consagrar algumas diferenças de regime quando em causa esteja um medicamento, como sucedeu em Espanha.

O Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro

Consagra o artigo 1.º desse decreto que o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação (8) – resultando assim inequívoca a responsabilidade objetiva do produtor, cabendo ao lesado a alegação e prova do defeito do produto, do dano e do nexo de causalidade entre defeito e dano.

Considerado pela Diretiva Comunitária (9) o único meio de resolver de modo adequado o problema, atenta a crescente tecnicidade e complexidade dos processos produtivos, entendeu-se que a responsabilidade objetiva viria assim assegurar uma proteção adequada e eficaz ao consumidor, induzindo o produtor a adotar todas as medidas que se afigurem necessárias em ordem à máxima segurança dos produtos que coloca no mercado, incentivando-o a investir na investigação a fim de reduzir o risco de comercialização de um produto defeituoso, *maxime*, de eliminar definitivamente esse mesmo risco, impondo, assim uma obrigação de segurança a cargo do produtor.

Noção de produtor

Para efeitos de responsabilidade objetiva por produtos defeituosos, considera o artigo 2.º do DL n.º 383/89 como sendo produtor o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo (n.º 1), e ainda, aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua atividade comercial, importe do exterior da mesma produtos para venda, aluguer, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição ou qualquer fornecedor de produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses, igualmente por escrito, a identidade de um ou outro, ou a de algum fornecedor precedente (8).

Dessa definição ampla de produtor para efeitos de aplicação do mencionado DL, podemos destringir o conceito de produtor real, produtor aparente ou ainda de produtor presumido.

Por produtor real entende-se o *realizador do produto*, o seu fabricante, seja do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria prima (1.^a parte do n.º 1 do artigo 2.º) (8), entendendo-se como parte componente aquela que se destina à incorporação e constituição do produto final, e matéria prima como sendo os materiais e as substâncias destinados à produção de produtos finais e/ou de partes componentes.

Considera-se também produtor quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo, o denominado produtor aparente (4, 10). Com efeito, não raras vezes, são difundidos no mercado produtos aos quais são apostos sinais distintivos de determinada pessoa, humana e/ou jurídica, quando na realidade este é produzido por outrem, segundo as suas instruções, criando face ao consumidor a aparência de que se trata de um produto próprio – falamos, a este propósito, dos grandes distribuidores, grossistas, cadeias comerciais, mas também daquele “que encarrega outra empresa ou mesmo uma sociedade – uma “sociedade filha” – de produzir um produto que ele difunde no mercado como próprio” (10) –, residindo precisamente nesta o fundamento e a justificação da responsabilidade, em ordem à proteção do lesado que tem a impressão de que aquele é o produtor, não lhe sendo exigível a identificação do produtor real. Naturalmente, se em determinado produto, para além da aposição de um sinal distintivo do comerciante, constar também a identificação do produtor real, é este que deve ser demandado, porquanto não se verifica nesta situação a dita *aparência* de produção. (4)

Por último, o mencionado artigo considera ainda como produtor o importador na Comunidade Europeia e o fornecedor de produto anónimo (alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 2.º, respetivamente) (8) – falando-se aqui da noção de produtor presumido.

Não obstante esta densificação de conceitos, cumpre salientar, atento o disposto no artigo 6.º do DL n.º 383/89, que se várias pessoas forem responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade. (8)

Noção de produto

Entende-se por produto qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel – artigo 3.º do DL n.º 383/89 (8). Dessa noção não resultam dúvidas que de o

medicamento, enquanto coisa móvel, é considerado como um produto para efeitos de aplicação desta legislação, abrangendo, pela sua amplitude, os medicamentos produzidos industrialmente, mas também os medicamentos manipulados.

Noção de defeito

Se o produtor responde, nos termos do n.º 1 do DL n.º 383/89 (8), independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que coloca em circulação, importa dilucidar quando é que se considera um produto defeituoso.

Nesse sentido, estabelece o artigo 4.º, n.º 1 que um produto é defeituoso quando *não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar*, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação (8). A pedra de toque para a consideração de um produto como defeituoso deixa assim de repousar na inaptidão ou inidoneidade deste para a realização do fim a que se destina – e que conforma o regime da venda de coisas defeituosas constante do Código Civil (11) – para assentar na segurança – *rectius*, na falta dela – do produto em questão, como conceito mais abrangente, desencadeadora da responsabilidade do produtor.

Como salientámos neste texto, não se exige que o produto ofereça uma segurança absoluta, mas tão-somente aquela com que legitimamente se possa contar, avaliada objetivamente – razão pela qual, na valoração do carácter defeituoso do produto, se deve atender

[...] não às expectativas subjetivas do lesado, à segurança com que ele pessoalmente contava, mas às expectativas objetivas ‘do público em geral’, isto é, à segurança esperada e tida por normal nas concepções do tráfico do respectivo sector de consumo, v.g., de adultos, de menores, de deficientes, etc. (10)

Para tanto, o DL n.º 383/89 (8) consagrou algumas das circunstâncias a que deve atender o julgador, designadamente, a apresentação do produto – v.g., pela adequação ou inadequação das informações que acompanham o produto, bem como o que se refere às instruções de utilização –, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita – englobando aqui, para além da utilização específica a que o produto se destina, outras utilizações razoavelmente previsíveis que do mesmo possam ser feitas, excluindo-se apenas uma utilização abusiva do produto – e o momento da sua entrada em circulação – se o produto, nesta data, ponderadas todas as

circunstâncias, oferecia a segurança com que legitimamente se pode contar, não poderá ser considerado defeituoso.

Em suma,

[...] se um produto não é defeituoso porque oferece um bom nível de segurança conforme às legítimas expectativas do público ou se é defeituoso porque comporta um grau de insegurança com que legitimamente não se pode contar, só o juiz o pode determinar, tendo em atenção a *peculiaridade do produto em causa* e todas as circunstâncias do caso concreto. (10) (grifo nosso)

E aqui, concretamente no que se refere aos medicamentos, será de suma importância atender à relação benefício-risco do medicamento – pensemos no fármaco em que, apesar de acarretar a verificação de determinados efeitos secundários, os benefícios advenientes da sua utilização superam em muito o risco criado, revelando-se aquele de extrema importância na prática médica e no combate a determinadas doenças, levando a que se reconheça que tais efeitos devem ser suportados – desde que devidamente comunicados ao paciente –, e que estamos em face de um medicamento não defeituoso, enquanto este mantiver uma relação benefício-risco positiva, concretamente avaliada.

Apesar de a lei da responsabilidade do produtor (8) nada dizer, consagrando tão-somente a noção ampla de defeito do produto, a doutrina tem identificado e distinguido vários tipos de defeitos que podem recair sobre o mesmo – falamos dos defeitos de conceção, dos defeitos de fabrico, dos defeitos de informação e dos defeitos de desenvolvimento. (4, 10, 12).

Vejamos sucintamente cada um deles.

Defeito de conceção

Estaremos perante um defeito de conceção quando este se verifica ao nível da conceção ou idealização do produto – seja, por exemplo, por força de uma fórmula de composição errada ou por lhe ser inerente um efeito secundário perigoso, seja pelo recurso a uma matéria-prima de má qualidade ou ainda pela utilização de técnicas de produção ou controlo de qualidade impróprias. (4, 10, 12)

Porque existentes logo na fase inicial de preparação da produção, estes defeitos acabam por figurar em todos os produtos da série fabricada, sendo responsáveis, em consequência, pela materialização de danos em série.

No que se refere aos medicamentos, estes apresentarão um defeito de concepção, principalmente, por via da “eleição de uma concreta composição química” (4), que se manifestará em todos os medicamentos produzidos com base na mesma fórmula, ou com recurso às mesmas substâncias.

Defeito de fabrico

Os defeitos de fabrico surgem já na fase propriamente dita de produção, em execução daquela idealização, e derivam de falhas mecânicas e/ou humanas, próprias da standardização da produção e da sua automatização (v.g., deficiente empacotamento, erro na mistura de componentes, etc.). (4, 10, 12)

Contrariamente aos defeitos de concepção, que afetam todos os produtos da série fabricada, os defeitos de fabrico recairão apenas sobre algum ou alguns exemplares de uma série regular – assim, porque os exemplares defeituosos diferem do resultado esperado pelo produtor, a sua deteção torna-se mais fácil, bastando a sua comparação com outros produtos da mesma série. (10)

Defeito de informação

Contrariamente aos defeitos de concepção ou aos defeitos de fabrico, os defeitos de informação são *extrínsecos* ao produto propriamente dito, em si mesmo não defeituoso (4, 10, 12). Não obstante, o produto revela-se inseguro por falta, insuficiência ou inadequação das informações, advertências ou instruções sobre a sua utilização – v.g., os efeitos secundários de um medicamento, porque conhecidos antes da comercialização do mesmo, devem figurar no folheto informativo que o acompanha.

Como evidencia Calvão da Silva (10), as advertências e instruções *integram* ou *complementam* o *design*, na medida em que

[...] há produtos com deficiências intrínsecas de concepção ou design, conhecidas mas inelimináveis ou incorrigíveis cientificamente – é o caso dos efeitos secundários de certos medicamentos – que são considerados legitimamente seguros se e só se acompanhados das adequadas informações e advertências. (10) (grifo nosso)

Nessa medida, o folheto informativo que acompanha o medicamento deverá, entre outros, conter os seguintes elementos, atento o disposto no artigo 106.º, n.º 3 do Estatuto do Medicamento (3): nome do medicamento, indicações terapêuticas, contraindicações,

precauções de utilização adequadas, instruções de utilização – incluindo-se aqui, v.g., a posologia, o modo e via de administração, a frequência de administração, a duração do tratamento – e a descrição das reações adversas que podem surgir com a utilização normal do medicamento (alíneas a), c), d), e) e g), respetivamente). Note-se que não basta a mera inclusão de todas essas informações – seja no domínio dos medicamentos, seja no domínio dos produtos em geral –, antes se exigindo a sua apresentação de forma *clara, explícita e sucinta*, com vista ao cabal esclarecimento da pessoa a quem se destina o produto/medicamento. Nesse sentido, estabelece o artigo 107.º do Estatuto do Medicamento (3) que a inscrição dessas informações seja redigida em língua portuguesa, em termos indeléveis, facilmente legíveis, claros, compreensíveis e fáceis de utilizar para o doente (3).

Em suma, apesar de em si mesmo não se apresentar como defeituoso – porque devidamente concebido e fabricado – o produto poderá configurar-se como defeituoso quando não seja acompanhado das adequadas informações, advertências e instruções de utilização, porque e na medida em que não apresenta a segurança com que legitimamente se pode contar.

No entanto, não se pense que o dever de informação que impende sobre o produtor cessa a partir do momento da sua colocação no mercado. Com efeito, sobre este impende o dever de observar e vigiar continuamente os seus produtos, mesmo após aquele momento – obrigação de vigilância *post-marketing* – tanto mais que essa monitorização poderá permitir a deteção de imperfeições anteriormente não conhecidas, nem cognoscíveis, induzindo-o a tomar todas as precauções, nomeadamente, pela imediata comunicação aos consumidores dos riscos em que incorrem ou até a imediata retirada do produto do mercado, sob pena de vir a ser responsabilizado.

Defeito de desenvolvimento

A doutrina tem ainda distinguido um quarto tipo de defeito, o denominado defeito de desenvolvimento (4, 10, 12). Consubstanciam esse tipo de defeito aqueles que são incognoscíveis e *indetetáveis* perante o estado da ciência e da técnica no momento da colocação do produto no mercado. Mas, sobre esses, referir-nos-emos, *infra*, quando abordarmos as causas de exclusão da responsabilidade, em particular, a causa de exclusão da responsabilidade por riscos de desenvolvimento.

Danos ressarcíveis

Pressuposto da responsabilidade civil do produtor é a existência de um dano, nos termos do artigo 1.º do DL n.º 383/89 (8).

Conjugando esse preceito com o artigo 8.º do mesmo diploma, serão ressarcíveis os danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente esse destino.

Naturalmente que, no âmbito da responsabilidade do laboratório produtor por medicamentos defeituosos, assumem maior relevância os danos resultantes de morte ou lesão pessoal. Assim, serão ressarcíveis quer os danos patrimoniais – suscetíveis de avaliação pecuniária que resultam da lesão do bem vida ou integridade pessoal, sejam os danos emergentes, v.g., as despesas médicas, de hospitalização, de reabilitação, sejam os lucros cessantes, incluindo-se aqui os salários e/ou benefícios que deixaram de ser recebidos por força de incapacidade, temporária ou permanente, para o trabalho –, quer os danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito, sendo que o montante da compensação deverá ser fixado equitativamente pelo tribunal, atento o disposto no artigo 496.º do Código Civil (11).

Causas de exclusão da responsabilidade

Considerando que uma justa repartição dos riscos entre o lesado e o produtor implica que esse último se possa eximir da responsabilidade se provar a existência de determinados factos que o isentem, a Diretiva n.º 85/374/CEE (9) consagrou, no seu artigo 7.º, um conjunto de causas de exclusão da responsabilidade, transpostas para o nosso ordenamento jurídico e previstas no artigo 5.º do DL n.º 383/89 (8), consagrando-se uma responsabilidade objetiva *limitada* ao invés de uma responsabilidade absoluta.

Assim, desde logo, o produtor poderá afastar a sua responsabilidade se provar que não pôs o produto em circulação (alínea a) do artigo 5.º do DL n.º 383/89) – considerando-se a colocação em circulação do produto o momento em que aquele o lança livre, voluntária e conscientemente no tráfico para comercialização, o produtor poderá excluir a sua responsabilidade v.g., se lograr provar que este lhe foi furtado ou roubado. (8)

Depois, estabelece a alínea b) do artigo 5.º que o produtor não é responsável se provar que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito

no momento da entrada do produto em circulação. Tem-se aqui em vista aquelas situações em que, por exemplo, um mau acondicionamento por parte de um qualquer distribuidor torna o produto defeituoso, sem que o defeito possa ser imputado ao produtor. Quer isto dizer que a lei parte de uma presunção, a de que o defeito existente teve origem no processo produtivo – facultando ao produtor a possibilidade de excluir a sua responsabilidade se lograr demonstrar ser plausível ou razoável a inexistência do defeito no momento da sua colocação no mercado. (8)

Por seu turno, estabelece a alínea c) que o produtor não é responsável se provar que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objetivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua atividade profissional, pressupostos estes de verificação cumulativa. (8)

Nos termos da alínea d), o produtor não é responsável se provar que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas. Assim, não bastará ao produtor a demonstração da conformidade com as normas imperativas, devendo este provar o nexo de causalidade entre o defeito de que padece o produto e a conformidade à norma imperativa, tem que provar que o conteúdo obrigatório da norma é que originou o defeito do produto. (8, 10)

A alínea e) do artigo 5.º do DL n.º 383/89 consagrou a denominada causa de exclusão por riscos de desenvolvimento – assim, o produtor não é responsável se provar “que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito” –, mas sobre essa referir-nos-emos mais desenvolvidamente *infra*. (8)

Por último, consagra a alínea f) do artigo 5.º que o produtor não é responsável se provar que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à conceção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo. (8)

Consoante o tipo de produto que esteja em causa, é natural que uma ou outra causa de exclusão da responsabilidade assumam maior relevância do que as demais. Concretamente no que se refere ao medicamento-produto e, bem assim, aos laboratórios farmacêuticos enquanto produtores, assumem especial relevância as causas de exclusão da responsabilidade constantes das alíneas a) não colocação do produto em circulação, b) inexistência do defeito à data da colocação em circulação e e) riscos de desenvolvimento.

Em particular: a causa de exclusão da responsabilidade por riscos de desenvolvimento

O produtor não é responsável se provar “que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito” – alínea e) do artigo 5.º do DL n.º 383/89 (8). Equivale isso a dizer que o produtor não é responsável por riscos de desenvolvimento.

Esse trecho do decreto-lei, que corresponde à transposição para o nosso ordenamento jurídico do artigo 7.º, alínea e) da Diretiva n.º 85/374/CEE, talvez tenha sido o mais problemático aquando da sua redação e consequente aprovação. Daí que a solução tenha passado por consagrar aqueles riscos como uma causa de exclusão da responsabilidade do produtor, não deixando de admitir, contudo, que essa possibilidade pode ser considerada em determinados Estados-membros como uma restrição injustificada da proteção dos consumidores (9), possibilitando, por essa mesma razão, ao abrigo do artigo 15.º, n.º 1, alínea b) da Diretiva, que os Estados-membros, possam optar por manter ou prever na sua legislação que o produtor é responsável mesmo se provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detetar a existência do defeito – não foi o caso de Portugal. (10)

A primeira grande questão que se coloca é a de saber o que deve se entender por *estado dos conhecimentos científicos e técnicos*? Tem-se aduzido que o critério previsto na lei é um critério objetivo, isto é, requer-se a impossibilidade *absoluta* e *objetiva* de detetar a existência do defeito, “crucial e decisivo é a incognoscibilidade do defeito e periculosidade do produto segundo o estado geral da arte, o estado planetário dos conhecimentos científicos e técnicos, no sector” (10).

Assim compreendido, e reconhecendo *ab initio* que a consagração dessa causa de exclusão da responsabilidade teve em vista, a par da previsão de um prazo de prescrição e de caducidade, não onerar demasiado a posição do produtor, optando pela consagração de uma responsabilidade objetiva limitada, ao invés de uma responsabilidade absoluta, somos levados à segunda grande questão: considerando os interesses aqui presentes, particularmente quando em causa esteja um medicamento defeituoso, não terá essa limitação da responsabilidade do produtor frustrado a intencionalidade subjacente a esse regime, a de tutelar adequadamente a pessoa lesada? Importa, para tanto, aduzir dos argumentos que têm sido erigidos a favor e

contra a consagração de uma tal causa de exclusão da responsabilidade (4), para respondermos àquela questão.

Desde logo, a favor da consagração dessa causa de exclusão, invoca-se tradicionalmente o excesso de penalização do produtor ao responsabilizá-lo por defeitos que eram indetetáveis aquando da colocação do produto no mercado. Depois, porque a responsabilização por riscos de desenvolvimento dificultaria a contratação de seguros, nomeadamente, pelo aumento dos prémios que, sendo repercutidos no preço dos produtos, conduziriam a um aumento do preço dos mesmos. Da conjugação desses dois argumentos resultaria um *desincentivo* à investigação e desenvolvimento de produtos de alto risco, desacelerando a inovação tecnológica.

No sentido contrário, isto é, contra a consagração dessa causa de exclusão e, portanto, propugnando pela responsabilização dos produtores, tem-se invocado os benefícios advenientes da colocação de um produto no mercado, a implicar a consequente assunção dos riscos que daí derivam por parte daqueles. Depois, tem-se entendido que a admissão dessa causa de exclusão constitui um obstáculo à realização da responsabilidade objetiva, com óbvio prejuízo para o lesado (4), admitindo-se a exoneração da responsabilidade precisamente numa área em que os riscos e eventuais danos sobrevividos são mais sensíveis (4). Também nesse sentido é frequente o argumento trazido à colação de que a responsabilidade por riscos de desenvolvimento incentivaria a investigação *antes* da colocação do produto no mercado, com as vantagens daí advenientes para a segurança dos produtos. (4)

Ponderados os argumentos que têm sido esgrimidos num e noutro sentido, estamos em condições de afirmar o seguinte: prever que um produtor se possa exonerar de responsabilidade, provando, para o efeito, que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos não permitia detetar a existência do defeito, é frustrar precisamente aquilo que se quis acautelar, leia-se, é frustrar a tutela eficaz do lesado. Senão vejamos: uma coisa é a existência do defeito, outra é a sua detetabilidade; ainda que seja indetetável, o defeito existe – e existe no momento em que o produto é colocado em circulação no mercado. Assim, se em virtude desse defeito advêm danos, as mais das vezes danos em massa, graves e irreversíveis, não nos parece aceitável a sua não ressarcibilidade, verificados que estão os pressupostos para que exista responsabilidade civil do produtor.

Além do que fica dito, somos levados a questionar se, no que concerne à indústria farmacêutica – e tendo presentes as limitações inerentes aos ensaios clínicos prévios à

comercialização de um determinado medicamento –, os defeitos serão verdadeiramente incognoscíveis e indetetáveis aquando da sua colocação no mercado, ou simplesmente não foram detetados por força daquelas mesmas limitações?

Dificuldades de prova em matéria de nexo de causalidade

Para que determinada pretensão seja procedente com base no regime da responsabilidade objetiva do produtor, deve o lesado fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado, a saber, (i) a existência de um dano; (ii) o defeito do produto; e (iii) o nexo de causalidade entre defeito e dano, atento o disposto no artigo 4.º da Diretiva n.º 85/374 (9) e o artigo 342.º do Código Civil português. (11)

Tendo já feito alusão ao defeito do produto e aos danos ressarcíveis, resta-nos atentar no pressuposto do nexo de causalidade entre o defeito do produto e o dano sobrevivendo. Não dispondo o DL n.º 383/89 (8) de norma especial relativamente a esse pressuposto, terá aqui plena aplicação o artigo 563.º do Código Civil (11), segundo o qual a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.

Este é talvez o pressuposto que mais dificuldades levanta para o lesado, dificuldades essas que se agigantam quando em causa esteja um medicamento defeituoso. E porquê? Porque, por um lado, os efeitos adversos provocados por um determinado medicamento têm de característico só se manifestarem decorrido um amplo lapso de tempo desde o momento da sua administração – denominado período de latência –, levando a que não ressalte de imediato que a verificação desses efeitos se deve a um qualquer defeito do fármaco. Por outro lado, a reação eventualmente sofrida pode não derivar causa-efeito da toma do medicamento e, portanto, de um seu defeito, mas antes de uma predisposição da pessoa lesada, eventualmente da evolução do seu estado de saúde – se padecesse já de uma qualquer patologia – ou, ainda, de uma qualquer reação medicamentosa em virtude do tratamento simultâneo com vários medicamentos e em que a reação adversa advém mais da sua combinação, e menos de um defeito de um dos medicamentos administrados.

Para além de todas as dificuldades apontadas e que derivam, sobretudo, da especificidade do medicamento enquanto produto, particularmente problemático se tem revelado, não raras vezes, a identificação do concreto laboratório produtor do medicamento defeituoso, não obstante a noção ampla consagrada entre nós no artigo 2.º do DL n.º 383/89

(8), quando em causa estão medicamentos genéricos, produzidos e comercializados por diferentes laboratórios, sob fórmula idêntica, por via de um *licensing agreement*, a que acresce o facto de, geralmente, a pessoa lesada consumir o fármaco comercializado pelos diferentes produtores v.g., porque o mesmo é distribuído pelos vários laboratórios na farmácia onde habitualmente os adquire. Assim,

[...] se formos inflexíveis na observância da regra de que cabe ao lesado demonstrar quem é o agente concreto causador dos danos, dentro do princípio de que cada um responde apenas pelos prejuízos que provoca, a responsabilidade do produtor ou produtores demandados será quase sempre recusada neste tipo de casos por falta de prova da identificação do causador real e específico dos danos [...] (10).

Exemplo paradigmático do que acaba de ser dito é o caso DES, a que fizemos referência. O dietilestilbestrol foi um medicamento genérico colocado no mercado dos Estados-Unidos da América (EUA) na década de 40 do século passado – e também comercializado na Europa –, o qual passou a ser utilizado, sobretudo a partir de 1948, com o objetivo de prevenir o aborto espontâneo. Só em 1971, com a publicação de um estudo de caso-controlo elaborado por HERBST (1), é que se estabeleceu a relação causal entre a toma do fármaco e os seus efeitos nocivos, concretamente, o desenvolvimento de adenocarcinoma vaginal nas filhas das mulheres que tomaram esse medicamento (comumente designadas de *DES daughters*), expostas ao mesmo *in utero*, porquanto o cancro só se manifestou entre 12 a 25 anos depois da sua administração às progenitoras. Esse genérico era, na altura, produzido por cerca de 200 laboratórios, tendo-se revelado difícil – senão mesmo impossível – identificar o concreto produtor do medicamento consumido, gerador de danos por via de defeito que lhe era inerente. (4)

“Reconhecida e assumida a dificuldade-impossibilidade de identificação do produtor específico causador do dano concreto, há que remediar a situação com uma solução que socorra o lesado no estado de necessidade de prova em que se encontra” (13). Nos EUA, a mencionada solução foi alcançada por via da teoria da *market share liability* (MSL), naquele que é considerado o verdadeiro *leading case* em matéria de responsabilidade civil de laboratórios produtores de medicamentos – o caso *Sindell v. Abbot Laboratories*. Aquela era uma das *DES daughters* que, não logrando identificar o concreto produtor do fármaco, propôs uma ação contra vários laboratórios produtores de DES – *in casu*, cinco dos duzentos produtores que, no seu conjunto, representavam 90% do mercado. O Supremo Tribunal da Califórnia responsabilizou

os vários produtores demandados, na proporção das respetivas quotas de mercado (4). Ainda que, como veremos, essa teoria venha sendo rejeitada nos vários ordenamentos jurídicos europeus, entre os quais se inclui Portugal (10, 13, 14), não pode deixar-se de enfatizar o objetivo com que a mesma foi erigida, isto é, o de facilitar à vítima a identificação do concreto responsável pelos danos causados, assente na consideração de que entre ela e os produtores de um produto defeituoso, devem ser esses últimos a suportar os danos causados.

Apesar da intencionalidade subjacente a essa teoria, a mesma não deixa de ser isenta de críticas (4, 10, 13, 14). Desde logo, porque responsabilizando os vários produtores em função da sua quota de mercado, leva, por um lado, a que a responsabilidade não seja solidária, fazendo recair sobre o lesado o risco de algum dos produtores se vir a tornar insolvente ou simplesmente desaparecer do mercado, bem como o risco de um ou algum dos produtores conseguir demonstrar que não produziu ou não distribuiu o produto causador do dano e, por outro, porque respondendo os vários produtores em função da sua quota de mercado, incentiva-se a vítima a demandar todos os produtores do medicamento com vista à reparação integral do seu dano, quando, na verdade, “o círculo dos possíveis responsáveis – aqueles que criaram o risco abstracto susceptível de se ter materializado no caso concreto –” se limita a alguns daqueles produtores (4, 10, 13, 14).

A teoria da *market share liability* tem sido rejeitada nos ordenamentos jurídicos europeus (4, 10, 13, 14). Ao invés, o problema da dificuldade/impossibilidade de identificação do concreto laboratório produtor tem sido resolvido em sede de causalidade alternativa. Para tanto, muito contribuiu a decisão do Supremo Tribunal Holandês datada de 09 de outubro de 1992, onde expressamente se rejeitou a aplicação da teoria da MSL, pugnando pela desnecessidade da sua aplicação em casos como esses. Em causa estava uma ação proposta por seis vítimas de danos causados pelo medicamento DES contra dez produtores do mencionado fármaco, alegando, em síntese, que os dez haviam produzido e colocado em circulação o medicamento no período correspondente ao consumo pelas suas progenitoras, razão pela qual deveriam ser solidariamente responsabilizados, por aplicação do artigo 99.º do Livro VI com Código Civil Holandês. (4)

O Supremo Tribunal acabaria por responsabilizar solidariamente cada um dos produtores demandados, aplicando o mencionado preceito, e rejeitando a aplicação da teoria da MSL, considerando inadmissível que o risco de insolvência ou desaparecimento do mercado de um dos produtores corresse por conta das vítimas e, ainda, que a aplicação da mencionada teoria

“exige que a vítima demande suficientes produtores para que possam representar uma significativa quota do mercado do produto em questão” (4) (10).

Entre nós, considera Calvão da Silva (10) que, nesses casos, será suficiente – mas necessário – a prova da razoável probabilidade de o laboratório demandado ser o responsável no caso em concreto. Debruçando-se sobre o caso DES, considera o autor que

[...] se o risco abstracto criado por cada produtor de DES é susceptível de constituir a causa real e concreta dos danos, não parece conforme a qualquer razão prática e jurídica que a vítima não o possa imputar aos fabricantes pelo simples facto de que o produtor não possa ser individualizado. (10) (13)

Assim, aderindo à formulação negativa da causalidade adequada, entende o autor que bastará à vítima provar que a atuação dos produtores é *conditio sine qua non*, presumindo-se causa adequada do dano, suscetível de constituir a causa real e concreta dos danos – recaindo sobre aqueles o ónus de demonstrar que não foi o medicamento por si produzido e comercializado o causador do dano.

A responsabilidade estabelecida nestes termos seria, de acordo com o artigo 497.º do Código Civil, solidária, respondendo cada um dos produtores pela prestação integral (artigo 512.º do mesmo diploma). (11)

Prescrição

Estabelece o artigo 11.º do DL n.º 383/89 (8) que o direito ao ressarcimento prescreve no prazo de três anos a contar da data em que o lesado teve ou deveria ter tido conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor. A menção feita a esses três elementos na parte final do artigo é deveras importante, pois que só a partir deste momento é que o lesado se encontra verdadeiramente na condição de poder intentar uma ação

Com efeito, não raras vezes, o dano exterioriza-se posteriormente à sua verificação – só se tornando cognoscível pelo lesado a partir desse momento – ou, ainda, pode o mesmo ser insignificante de início, e só posteriormente assumir relevância tal que justifique a proposição da ação – circunstâncias que ocorrem com particular incidência no domínio dos medicamentos.

Também nesse domínio serão aplicáveis as disposições que regulam a suspensão ou a interrupção do prazo de prescrição, constantes do Código Civil (artigos 318.º a 327.º do Código Civil) (11), atento o disposto no artigo 10.º/2 da Diretiva. (9)

Caducidade

Para além da previsão de causas de exclusão da responsabilidade e do estabelecimento de um prazo de prescrição, também a fixação de um prazo de caducidade teve em vista não onerar demasiado a posição de produtor, por se considerar que a sua eventual responsabilização não deveria ser ilimitada no tempo.

Assim, prevê o artigo 12.º do DL n.º 383/89 que, decorridos 10 anos sobre a data em que o produtor pôs em circulação o produto causador do dano, caduca o direito ao ressarcimento, salvo se estiver pendente ação intentada pelo lesado. (8)

Temos que o prazo de 10 anos se compreenderá quando em causa estejam produtos em que a vida útil do mesmo corresponde sensivelmente àquele – pensemos, v.g., nos eletrodomésticos. No entanto, tal prazo revela-se manifestamente insuficiente quando estejamos perante um medicamento defeituoso, principalmente se tivermos em linha de conta o carácter dito latente de certos efeitos, levando a que os danos sobrevividos sejam, não raras vezes, de manifestação muito tardia – nesse sentido, recordemos o caso DES, em que as consequências da toma daquele fármaco só se revelaram entre 12 a 25 anos depois da sua administração, e que ainda hoje continuam a manifestar-se, bem como no caso da talidomida – precludindo, assim, a possibilidade de obter uma indenização com base no regime da responsabilidade civil do produtor.

Decorrido o prazo de 10 anos, e porque o regime da responsabilidade do produtor não afasta a responsabilidade decorrente de outras disposições legais (artigo 13.º) (8), restará ao lesado socorrer-se das regras gerais da responsabilidade civil, com todas as dificuldades que lhe são inerentes, como vimos, mormente, a exigência de prova da culpa, diabólica para o lesado.

Conclusão

Iniciámos o presente texto com a constatação de que a segurança dos medicamentos não é absoluta. Dissemos também que tal não é exigível – preponderante é que a relação benefício-risco de um concreto medicamento seja favorável –, mas talvez nesse domínio em particular se deva almejar o quase absoluto.

Sem prescindir, é igualmente imperativo, face à evolução dos conhecimentos científico-técnicos, com a natural consequência de surgirem mais medicamentos, cada vez mais complexos, com propriedades cada vez mais abrangentes e intervenientes, que a sua

monitorização seja máxima e constante. Para tanto, impor-se-á continuar com o trabalho desenvolvido em ordem ao incremento da atividade de farmacovigilância, atividade essa que será garante da prevenção, mas sobretudo, garante do não surgimento de novas catástrofes como as já analisadas. Nesse sentido, é de salientar o aumento verificado no número de notificações espontâneas de RAM – e, de entre estas, o aumento do número de notificações de reações adversas graves e inesperadas. Tal aumento é expressivo do maior conhecimento e consciência quanto à preponderância daquela atividade, mas, simultaneamente, a evidência de que tais reações ocorrem, a que acresce o facto de constituírem a segunda maior causa de verificação de um evento adverso em internamento hospitalar, em Portugal, e de afetarem cerca de 7% da população em geral.

O que acaba de ser dito é a evidência de que as reações a medicamentos constituem, ainda hoje, um problema de saúde pública, o mesmo problema que esteve em parte na origem da Diretiva em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos e, em consequência, do diploma de transposição – entre nós, o DL n.º 383/89 (8) –, na senda da *products liability*, originariamente surgida nos EUA, e que rapidamente se espalhou ao continente europeu, não fosse o desastre da talidomida, ocorrido na Alemanha. Da análise daquele diploma, também levada a cabo, ressalta a inadequação de certos aspetos de regime quando em causa esteja o produto-medicamento, a saber, a causa de exclusão da responsabilidade por riscos de desenvolvimento – parecendo-nos mais consentânea a ideia da sua consagração em geral, mas excluindo a possibilidade da sua invocação quando em causa esteja um medicamento – e a insuficiência do prazo de prescrição de 10 anos constante do mesmo diploma legislativo, considerada a manifestação tardia de certos efeitos, que não raras vezes se verifica, à qual se associa, v.g., a dificuldade de associação de uma determinada reação à toma de um medicamento defeituoso, nomeadamente, pela similitude com reações que derivam da evolução do estado de saúde da pessoa lesada.

A par dessas insuficiências, ainda que tenha sido *dado o passo* no sentido da objetivação da responsabilidade do produtor, como via natural para a eficaz proteção da pessoa lesada, nem por isso essa última se deixa de deparar com inúmeras dificuldades, atenta a tecnicidade inerente a esse tipo de produto e em relação ao qual os eventuais lesados se afiguram totalmente leigos, levando a questionar se aquela proteção se encontra efetivamente concretizada – mormente pela generalização da produção e comercialização de medicamentos genéricos, produzidos por uma multiplicidade de laboratórios, levando a que se revele

difícil/impossível a identificação do concreto laboratório produtor do concreto medicamento defeituoso, gerador de danos na esfera físico-psíquica da pessoa lesada. Ora, não existindo no nosso ordenamento jurídico norma idêntica às dos ordenamentos jurídicos holandês e alemão, a consagrar expressamente a solidariedade dos vários laboratórios, contanto que seja feita prova de que pelo menos uma das condutas se revela apta a produzir o dano verificado, sem que consiga provar-se qual delas realmente causou o dano, e ainda que o sentido de justiça nos revele de imediato a solidariedade da responsabilidade como a melhor solução, sempre dependerá da prova produzida em juízo e, bem assim, do labor da jurisprudência portuguesa, já que aplaudida pela doutrina.

Aqui chegados, da constatação efetuada supra de que se verifica um aumento do número de notificações de reações adversas graves e inesperadas e, por outro lado, da inexistência no nosso ordenamento jurídico de decisões atinentes à responsabilidade civil do laboratório produtor de um determinado medicamento, estamos em condições de afirmar que existem danos causados por medicamentos defeituosos que não são ressarcidos, seja porque não notificados, seja porque não demandados os seus produtores. Ora, aqui, à imagem da evolução verificada no exercício da medicina, mais do que uma lógica de responsabilização, devem imperar os princípios da transparência, da solidariedade existencial e do ressarcimento do dano injustificado. Assim, por um lado, evita-se a repetição desnecessária de eventos adversos, só possível através do estudo dos já verificados e do aperfeiçoamento da atividade em saúde, v.g., pelo aperfeiçoamento de protocolos clínicos, pela criação de bases de dados de reações adversas, entre outras medidas e, por outro lado, ressarce-se aqueles que acabam lesados por uma indústria que a todos aproveita. Além das razões aduzidas, porque os medicamentos estão sujeitos, durante todo o seu ciclo de vida, ao controlo de uma entidade administrativa – entre nós, o Infarmed –, somos levados a considerar que esta deve ter um papel ativo também – mas sobretudo – quando do consumo de um determinado medicamento advenha um dano, consequência de um qualquer defeito do mesmo, mas também, quando se verifica um dano *desproporcionado*, com a certeza de que teve origem medicamentosa, sem que se consiga estabelecer a causalidade com um concreto defeito do medicamento em questão.

Seja por via da revisão do regime de responsabilidade por produtos defeituosos em geral – a qual se começa já a desenhar ao nível das instituições europeias –, seja excetuando a aplicação de certos preceitos quando em causa esteja um medicamento defeituoso, *para quando uma mudança de paradigma?*

Referências

1. Herbst AL, Poskanzer DC. Adenocarcinoma of the vagina. Association of maternal stilbestrol therapy with tumor appearance in young women. *N Engl J Med*, 1971, 284(15), 878-81. Disponível em: <http://docs.bvsalud.org/biblioref/2019/12/1046556/femina-2019-4711-831-833.pdf> [acesso em 11.fev.2020].
2. Raposo VL. Danos Causados por Medicamentos: Enquadramento Jurídico à Luz do Ordenamento Europeu. Portugal: Edições Almedina; 2018.
3. Portugal. Decreto Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto. Estabelece o Regime Jurídico dos Medicamentos de Uso Humano. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1884&tabela=leis [Acesso em 11.fev.2020]
4. Silveira DM. Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos. Coimbra: Coimbra Editora; 2010.
5. Batel-Marques F, Mendes D, Alves C, Penedones A, Dias P, Martins A et al. Farmacovigilância em Portugal: Atividade da Unidade Regional do Centro. *Ata Médica Portuguesa*, mar.-abr., 2015: p. 222-232.
6. Ribeiro-Vaz I, Herdeiro MT, Polónia J, Figueiras A. Estratégias para aumentar a sensibilidade da Farmacovigilância em Portugal. *Revista de Saúde Pública*. 2011: p. 129-135.
7. Romão N. Farmacovigilância – Qual a perceção da Indústria Farmacêutica em relação à Farmacovigilância, 2016.
8. Portugal. Decreto Lei n.º 383/89, de 06 de novembro. Transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 85/374/CEE, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=729&tabela=leis&so_miolo= [Acesso em 11.fev.2020]
9. União Europeia. Diretiva 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31985L0374> [Acesso em 11.fev.2020]
10. Silva JC. Responsabilidade Civil do Produtor. Coimbra: Coimbra Editora; 1999.
11. Portugal. Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis [acesso 11.fev.2020]



12. Carla G. A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa. Coimbra: Coimbra Editora; 2008. p. 145-152.

13. Silva JC. Causalidade alternativa: L'arrêt DES. European Review of Private Law. 2. 1994. p. 465-469.

14. Barbosa M. Responsabilidade por danos em massa: reflexões em torno da teoria da market-share liability. In: Estudos de Direito do Consumidor, n.º 10. 2016: p. 175-220.

Submetido em: 24/10/19

Aprovado em: 10/01/20

Como citar este artigo:

Martins M. Danos causados por medicamentos: responsabilidade civil do produtor no âmbito da legislação portuguesa. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 59-84.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.607>

A autonomia na relação médico-paciente: breves considerações

Autonomy in the patient-physician relationship: brief considerations

Autonomía en la relación médico-paciente: breves consideraciones

Maria Auxiliadora Minahim¹

Resumo

Objetivo: discutir os ganhos e problemas gerados pelo impacto que a autonomia – por meio da figura do consentimento – e sua juridificação têm causado na relação entre médico e paciente. **Metodologia:** o trabalho foi realizado a partir de revisão na literatura sobre a relação médico-paciente na atualidade, recorrendo-se tanto a autores da área do Direito quanto da medicina, numa perspectiva crítica. **Resultados:** o conceito de autonomia não oferece segurança suficiente para servir como elemento fundante da relação médico-paciente. A ingerência do Direito na relação médico-paciente traz aspectos positivos e outros que ameaçam a qualidade do vínculo. **Conclusão:** a atenção despertada no Direito e na Bioética pela autonomia não prescinde da observação e inclusão de outros elementos das relações interpessoais que podem proporcionar maiores ganhos nessa vinculação.

Palavras-chave: Autonomia pessoal. Relações médico-paciente. Direitos do paciente.

Abstract

Objective: to discuss the gains and problems generated by the impact that autonomy – through the consent form – and its legalization have caused in the relationship between doctor and patient. **Methodology:** the work was carried out from a review of the literature on the doctor-patient relationship today, using both authors in the field of law and medicine, in a critical perspective. **Results:** the concept of autonomy does not offer enough security to serve as a fundamental element of the doctor-patient relationship. The interference of the Law in the doctor-patient relationship brings positive and other aspects that threaten the quality of the bond. **Conclusion:** the attention autonomy generates in Law and Bioethics does not dispense other elements of interpersonal relationships that can provide greater gains in this connection.

Keywords: Personal autonomy. Physician-patient relations. Patient rights.

Resumen

Objetivo: discutir las ganancias y los problemas generados por el impacto que la autonomía, representado por consentimiento, y su juridificación se han generado en la relación médico-paciente. **Metodología:** el trabajo se realizó en base a una revisión de la literatura sobre la relación médico-paciente actual, utilizando autores en el campo del Derecho y medicina, en una perspectiva crítica. **Resultados:** el concepto de autonomía no ofrece suficiente seguridad para servir como elemento fundamental de la relación médico-paciente. La interferencia del Derecho en la relación médico-paciente trae aspectos positivos y otros que amenazan la calidad del vínculo. **Conclusión:** la atención suscitada en Derecho y Bioética

¹ Doutora; professora titular de Direito Penal do Departamento de Direito Público, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil; mestre e doutora em Direito. <http://orcid.org/0000-0002-9183-7011>. E-mail: minahim@terra.com.br

por la autonomía no prescinde de la observación e inclusión de otros elementos de las relaciones interpersonales que pueden proporcionar mayores ganancias en esta conexión.
Palabras clave: Autonomía personal. Relaciones médico-paciente. Derecho del paciente.

Considerações iniciais

Historicamente, a relação médico-paciente foi caracterizada pela assimetria: o paciente sempre subordinado àquele, haja vista que a atuação do médico, supostamente, visaria o bem do paciente (paternalismo beneficente). A partir do fim do século passado a ideia de autonomia tem sido fortemente introduzida como argumento para equalizar essa relação assimétrica. A pavimentação desse caminho em direção à simetria é feita pela autonomia, que ganhou concretização com a juridificação da relação médico-paciente.

Este trabalho busca fazer uma breve reflexão sobre algumas consequências do prestígio dado à autonomia e ao consentimento no Direito no âmbito da relação paciente/terapeuta e as vantagens e desvantagens da formalização da relação pela lei.

O trabalho foi realizado a partir de revisão na literatura sobre a relação médico-paciente na atualidade, recorrendo-se tanto a autores da área do Direito quanto da medicina, numa perspectiva crítica. A literatura sobre juridificação, neologismo sobre a ingerência das leis na vida social, foi tomada como ponto central das reflexões, em razão do seu acerto no plano intelectual e coerência com o conjunto de acontecimentos conhecidos por meio da experiência apresentadas nas obras.

Breve análise do curso histórico e das novas razões

Nas últimas décadas, as relações sofreram importantes transformações, conforme tem sido realçado por setores doutrinários da medicina e do Direito. (1-4)

Hoje, apesar do crescente avanço tecnológico e científico da medicina, o médico assume um lugar comum na sociedade à espera de rostos anônimos. Muitas vezes, ele próprio é um desconhecido, cuja relação com o paciente é intermediada por instituições hospitalares e planos de saúde. Sua atividade é cada vez mais regulada, apesar da autoridade que detém em razão do conhecimento que o qualifica. Afinal, em sociedades individualistas, a confiança no outro se estabelece prioritariamente por meio de instrumentos formais, uma vez que há dificuldades em olhar e reconhecer nesse outro uma extensão de todo eu. “O semideus de branco tornou-se um normal prestador de serviço que pode ser levado diante do magistrado” (5).

Após séculos de um controle de natureza religiosa e moral, o Direito, no processo designado por Habermas (6) como juridificação da vida, pôs-se como instrumento capaz de gerar uma relação justa entre parceiros no âmbito da atividade terapêutica. A história da medicina, em regra, foi a história do poder do médico sobre o *infirmus* ser débil, sem vontade – expressão que denota com precisão a posição do paciente diante do médico. Pode-se lembrar, a propósito, que outros termos que se referem ao doente também sugerem um vínculo fundado na autoridade de uma das partes para comandar os rumos da relação, no caso, o processo terapêutico a ser desenvolvido.

De acordo com Guilherme de Oliveira (7), “toda a caminhada do sofrimento humano garantiu à medicina um estatuto superior e estabilizado que não se compadecia com a humana prestação de contas”.

O avanço das ciências e das tecnologias, dentre outros fatos, passou a reclamar que o paciente, a razão de ser de todas transformações, viesse a ser incluído no processo terapêutico como a sua mais importante dimensão.

A exigência do consentimento como expressão da autonomia pessoal do enfermo, reconhecida no final do século passado como qualidade que integra o ser humano, submeteu o médico à observação da anuência do seu cliente. Procedimentos para preservar a integridade física ou a vida de outrem podem, via de regra, ser punidos como crimes exatamente em razão da violação da autonomia.

A tendência em enfatizar a autonomia e o consentimento, sem dúvida, prestigia o indivíduo que, ao menos no plano teórico, teria condições de decidir sobre o tratamento que deseja que lhe seja dispensado, ou mesmo, se prefere não ser submetido a qualquer tratamento.

A rede global de sistemas de computadores, por seu lado, ampliou de tal forma a qualidade e quantidade de informações, que proporcionou ao paciente notícias atualizadas sobre seus males. Tal fato, de acordo com Pierron (1), desestabilizou a autoridade do médico que se presumia ancorada, de um lado, sobre os conhecimentos que ele detinha e, de outro, sobre a ignorância do enfermo. Dotado de informações suficiente, o paciente, segundo o mesmo autor, não quer apenas escutar. Espera mais ser ouvido e menos ser informado, com vistas a encontrar os cuidados necessários para sua saúde.

O enfermo não quer, tão pouco, ser apenas a pessoa identificada por suas lesões, secreções ou mal funcionamento orgânico, mas como um outro: aquele que dá significação e sentido à própria atividade médica.

O Direito convoca para si essa responsabilidade e abre múltiplas possibilidades de responsabilização do profissional, inclusive na área penal, por meio de figuras como as do constrangimento ilegal conforme o artigo 146 do Código Penal Brasileiro (8); das lesões corporais, observadas no artigo 223 do Código Penal Alemão (9); ou ainda das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, consoante o artigo 150 do Código Penal Português (10), ainda que o médico tenha logrado êxito terapêutico com sua intervenção. Isso significa que o valor autonomia tem uma proteção no Direito penal hierarquicamente superior à vida e à integridade física.

O grande trunfo do paciente para a simetria e parceria desejadas foi a incorporação da autonomia como princípio, traduzida em consentimento pela norma jurídica. O significado da expressão, todavia, não é irrefutável, como se verá na próxima seção.

Autonomia: conceitos

É preciso que lembremos, ainda que brevemente, o conceito desenvolvido por Kant (11) para quem o homem, ser livre – portanto dotado de livre arbítrio –, escolhe agir conforme o dever. Tal escolha se faz independentemente de qualquer vontade que não seja a lei moral. A lei moral seria, assim, auto imposta, razão pela qual os homens não apenas são capazes de cumpri-la, mas devem fazê-lo já que se trata de autoimposição.

Hoje, o sentido que lhe é atribuído é diferente, existindo mesmo uma visão leiga de que autonomia significa fazer aquilo que se deseja, independentemente dos resultados, conquanto esses não alcancem terceiros, como se isto fosse possível já que a sociedade sempre suporta o peso das decisões de seus membros.

Há que se acrescentar que o pensamento kantiano enfrenta dificuldade para sobreviver nas modernas sociedades pluralistas, nas quais as diferenças são respeitadas, em face das diversas concepções morais nelas existentes.

O conceito kantiano exposto é notoriamente individualista, segundo os autores referidos, e obteve prevalência na Europa, tanto na filosofia quanto na vida cotidiana.

Em outra perspectiva, Joel Anderson e Axel Honneth (12), autores contemporâneos, compreendem a autonomia como um conjunto adquirido de capacidades para conduzir a

própria vida e dirigir-se livremente por caminhos independentes no decorrer da existência. Propõem, assim, uma teoria da autonomia que fuja ao viés puramente individualista, como pretendia Kant, e presente nas concepções liberais, destacando que a autonomia implica reconhecimento recíproco em relações de respeito, cuidado e estima que possam permitir a autoestima e livre desenvolvimento do outro. Pessoas socialmente vulnerabilizadas não conseguem exercer suas capacidades.

Feinberg (13) revela preocupação com os reflexos do conceito no Direito. Ou seja, quais limites podem ser opostos pelo Direito à liberdade de alguém quanto aos danos e ofensas causados a uma pessoa por ela mesma e por terceiros. E mais: que danos serão esses? Sua preocupação é centrada na intensidade e na extensão da configuração de danos. Interessa-se pelas condições que permitem que se digam autônomas as causações de lesão por uma pessoa sem que isso viole a autonomia moral dos indivíduos. Preocupa-se, também, como manifestado pela autora desse texto, com a intensidade da autonomia, indagando, por exemplo, se vulneráveis são autônomos.

A falta de uma compreensão unívoca do termo gera dificuldades para identificar indivíduos destituídos de autonomia e a validade do consentimento expressado por algumas pessoas. As incertezas sobre a competência do outro para decidir constituem uma tarefa complexa e delicada, tanto na definição de sua extensão – sobre o que se pode livremente deliberar – quanto à qualidade e condições de quem pode exercer esse ato.

Afinal, no Direito, o que significa a expressão autonomia? É igual à capacidade civil, imputabilidade, liberdade pessoal, soberania, como em sua origem grega? Quem a teria? Todos ou apenas alguns? A autonomia confere a todos a mesma capacidade? O fato é que a expressão é polissêmica, e pode ser que apenas contenha como elemento comum a capacidade/liberdade de decidir sem imposições externas. Miguel Kottow (14) adverte que há uma multiplicidade de sentidos que são atribuídos à expressão autonomia como resultado de elaborações da teologia, da política, da ética, da sociologia e da psicologia, as quais, entre outras, atribuem-lhe a acepção tanto de liberdade, como também de livre arbítrio.

Robert Veatch (15) lembra, tal foi a importância dada à autonomia e ao consentimento, que se pode indagar se persistirá uma moral comum entre os membros de uma sociedade após essa exaltação da autonomia. Lembra que na década de oitenta o consentimento do paciente foi exigido diante de questões delicadas que avultavam àquele tempo, tais como: a prolongação da vida de enfermos contra sua vontade, mas para atender à família; a

lobotomia em doentes mentais para que tivessem um comportamento cordato; o uso de pílulas por menores, independentemente do consentimento dos pais. Adverte, ainda, que é preciso que procedamos a uma reflexão sobre os impactos que essa visão da autonomia pode causar em nossas instituições e se não deveria ser limitada em nome de compromissos morais.

O Direito há muito afirma que *volenti non fit injuria*: o mal feito por outro, mas permitido e desejado, não constitui crime. No mundo jurídico, acordo e consentimento seriam as versões modernas *do volenti non fit injuria*, com algumas restrições à sua amplitude, mas preservando o mesmo sentido de respeito à vontade do portador do bem jurídico e seu poder de disposição sobre alguns desses bens.

A extensão da anuência sofre limitações em muitos sistemas jurídicos, reservando-se seu uso para os chamados bens disponíveis, noção, todavia, que vem sendo alargada.

Consentimento na relação médico-paciente

As possibilidades de prolongação da vida em condições nas quais a humanidade, por vezes, não é reconhecida; as intervenções invasivas; e o uso de sofisticados equipamentos artificiais realçam a importância da adesão da vontade do paciente a certas práticas. O consentimento alcançou, portanto, com o progresso científico, área de primordial importância no Direito – vida e saúde – que se reflete sobre a prática médica.

Problemas do consentimento na relação médico-paciente

O paciente foi, durante muito tempo, o ser frágil que se entregava ao médico incondicionalmente à espera de ser tratado. Transformou-se, ou pretende se transformar em sujeito da relação, buscando nela alguma simetria. Para a existência dessa simetria, a consideração da autonomia é indispensável. Autonomia é uma palavra que ressoa com amplitude, tal como livre arbítrio já ressoou no Direito penal no passado. A responsabilidade pelos atos praticados no exercício da profissão é, hoje, matéria assentada e festejada.

Antigamente, disse Vera Raposo (16), o médico podia ser punido se não exercesse seu dever de cura, hoje, ao contrário, é punido se intervém contra a vontade – expressa ou simplesmente presumida – do paciente. Há excessos, nessa compreensão, que resultam em consequências negativas? Colocando em problemas concretos: o deprimido, o que sofreu um golpe em sua vida, o que recebeu uma notícia grave, o que desconhece o

significado das expressões e para os quais não há reconhecimento social, decidem autonomamente? E os apressados, os insensatos? Não será que o direito de se autodeterminar existe apenas quando as pessoas têm a capacidade de fazer escolhas racionais? Mas, quem dirá sobre a racionalidade? Poder-se-ia considerar autônoma a decisão assim considerada por um terceiro? Vê-se, portanto, que a proposta teórica, segundo a qual a autonomia pode ser exercida apesar das vulnerabilidades humanas, não pode se furtar a enfrentar esses problemas

A juridificação como resposta?

O Direito juridificou a autonomia e o consentimento na relação médico-paciente, ou seja, em seu caminho pela crescente regulamentação jurídica da vida, e interveio detalhadamente, com vistas a disciplinar situações nas quais houver dissenso entre o médico e seu paciente, criando tipos penais.

A juridificação, conforme Habermas (6), consiste numa tendência de aumento do Direito escrito, e não da mera ampliação da atividade legislativa para acompanhar transformações da vida social. O autor cuida da positivação de aspectos da vida social disciplinados anteriormente por normas informais (expansão) e da decomposição levada a cabo por juristas, “de hipóteses normativas jurídicas globais em hipóteses particulares”. (6),

São inegáveis algumas consequências positivas da juridificação:

1. A impessoalidade do comando jurídico e a sanção nele contida aumentam a sensação de independência do sujeito para concretizar sua vontade materialmente. Conforme Blichner&Molander, uma das cinco dimensões da juridificação consiste no incremento da “tendência dos cidadãos a pensar em si mesmos e nos demais como sujeitos de Direito”. (16)

2. A positivação das obrigações dos dois protagonistas – médico e paciente – pode evitar que haja abuso do mais fraco pelo mais forte, em razão de sua situação de sujeição.

3. Evita o clientelismo, na medida em que a linguagem jurídica e os recursos do Direito dificultam decisões com base no prestígio pessoal. Conforme Silva Sanchez (3), esse fato produz consequências na formação de uma sociedade de iguais, na medida em que, ao menos no plano formal, aumenta a fé dos sujeitos em si mesmos, confiantes nos recursos oferecidos pelo Estado para garantir os interesses de todos os cidadãos.

Por outro lado:



1. A excessiva submissão de aspectos da vida à formalidade da lei apresenta também consequências negativas, na medida que sujeita a intensa diversidade da existência a um padrão único de solução. Em determinadas relações, cuja característica central é a confiança e a proximidade, a extensão da regulação jurídica pode vir mesmo a descaracterizar a essência que as constitui. Silva Sanchez (3) refere-se à neutralização e “artificialização do conflito”, que ocorre quando o Direito toma para si a resolução de uma desavença. Com isso, formas mais espontâneas de resolução do confronto são impossibilitadas pela lei, que se vale apenas de sua própria linguagem e arquitetura.

2. Silva Sanchez (3), lembra outras questões, como, por exemplo, a substituição de um vínculo de confiança do paciente com o médico por outro marcado “pela desconfiança calculada”.

3. A formalização dos direitos dos pacientes teria sido percebida como uma fragilização dos poderes do terapeuta, na medida em que amplia o rol de providências jurídicas passíveis de serem adotadas contra aquelas em caso de transgressões. Tal posição que não era antes ameaçada. A introdução da coação e da sanção, todavia, pode causar um estranhamento na relação, na medida em que converte o outro em sujeito suscetível de manipulação, gerando, como consequência, o recurso à medicina defensiva.

4. Como diz Maria do Céu Patrão Neves (17), a autonomia veio a ganhar uma supremacia sobre os demais princípios da bioética principialista, “bastante prejudicial para os profissionais de saúde, que os converte em funcionários, despojando-os do sentido de missão”. Quanto aos doentes, abandona-os à sua própria vulnerabilidade. Essa pode ser considerada uma atitude que integra e reproduz um movimento pendular comum às dinâmicas sociais e humanas.

T. Beauchamp e J. Childress (18), que têm sido apontados, de forma errônea, como defensores da superioridade do princípio da autonomia, aceitam, pelo contrário, diferentes formas de paternalismo em situações específicas. A dificuldade em admitir qualquer sombra de paternalismo classifica algumas situações, nas quais as decisões são claramente heterônomas ou deveriam ser consideradas inválidas, como expressão válida de consentimento e de autonomia.

A devoção exacerbada à autonomia tem sido tal que se deve lembrar, ainda, que o prestígio que se lhe quer conferir transforma decisões heterônomas em decisões

autônomas, assim como ocorre com o consentimento presumido, o consentimento por representação (consentimento dos doentes mentais e dos menores).

Conclusão

A autonomia é uma qualidade atribuída à pessoa, que tem um espaço relevante nas relações interpessoais e, por isso, seu acolhimento pelo Direito. Não significa que deva ter uma dimensão tão exacerbada, que impeça eventuais considerações sobre seu exercício ou que deva excluir qualquer outro princípio ético ou jurídico. No que diz respeito à relação médico-paciente, é importante que não iniba soluções espontâneas que possam, na situação específica, alcançar bons resultados terapêuticos e fortalecer os vínculos de respeito e solidariedade.

Nem o abandono à solidão da autonomia, nem o paternalismo coercitivo podem representar, em termos absolutos, liberdade ou cuidado. É preciso, como dizem Pellegrino e Thomasma (19), compreender que é possível reunir a beneficência e a autonomia numa atitude que designam de “beneficência em confiança”. Ou seja, observar a capacidade de decisão da pessoa, sem que isso implique em deixá-la entregue a sua escolha. Nesse ambiente, a excessiva formalização da relação pelo Direito pode inibir soluções de aproximação pessoal e de cuidado natural.

Referências

1. Pierron JP. Une nouvelle figure du patient? Les transformations contemporaines de la relation de soins. *Sciences sociales et santé* [Online]. 2007;25(2), 43-66. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-sciences-sociales-et-sante-2007-2-page-43.htm>. [Acesso em: 15.maio.2019].
2. Sicard D. Le patient et le médecin. *Semaines sociales de France, Que ferons-nous de l'homme? Biologie, médecine et Société*. Paris, Bayard, 2002;110-122.
3. Sánchez JMS. A ingerência das leis: problemas da juridificação das relações sociais. (Trad.) Bruno Costa Teixeira Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira. *Panoptica* [Online]. 2008;3(1), 16-29. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org>. [Acesso em: 13.maio.2019].
4. Raposo VL. Do regime das intervenções médico-cirúrgicas arbitrarias no código penal Português. *Rev Peru Ciencias Penal* [Online]. 2013; 1-22. Disponível em: www.vda.pt/xms/files/Publicações/Artigo_VLR. [Acesso em: 25.abr.2018].



5. Pereira AGD. Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-civilísticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra [Online]. Coimbra: dezembro, 2012. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>. [Acesso em: 12 de jul. 2018].
6. Habermas J. Teoria do agir comunicativo: Racionalidade da ação e racionalização social (Trad.) Paulo Astor Soethe. Rev. Técnica Flávio Beno Siebeneichler. WMF Martins Fontes, 2012.
7. Oliveira G. O Fim da " Arte Silenciosa". Temas de Direito da Medicina. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
8. Brasil. Código de Direito Penal. Ministério da Justiça. Código Penal Brasileiro. Brasília: DF, 1940.
9. Ihering RV. A luta pelo Direito. São Paulo: Martin Claret, 2002.
10. Gonçalves MLM. Código penal português: anotado e comentado. Livr. Almedina, 1988.
11. Kant I. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2007.
12. Honneth A, Anderson J. Autonomia, Vulnerabilidade, Reconhecimento e Justiça. In: Cadernos de filosofia alemã: Crítica e modernidade. USP [Online]. 2011;(17): 81-112. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/64839/67456>. [Acesso em: 25.jul.2017].
13. Feinberg J. Harm to self: the moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1989.
14. Kottow M. Participación informada en clínica e investigación biomédica: las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informados. Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, UNESCO, 2007.
15. Veatch R, Gaylin W, Steinbock B. Can the moral commons survive autonomy? The Hastings Center Report. 1996; 26(6), 41-48.
16. Blichner L, Molander A. What is juridification? ARENA [Online]. 2005;(14):5. Disponível em: https://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-working-papers/2001-2010/2005/wp05_14.pdf. [Acesso em: 15.maio.2019].
17. Neves MCP. Declaração ao Conselho nacional de ética para as ciências da vida. Texto disponibilizado pela autora. s/d.
18. Beauchamp TL, Childress JF. Princípios de Ética Biomédica. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.



19. Pellegrino E, Thomasma DC. For the patient's good: toward the restoration of beneficence in health care. New York: Oxford University Press; 1988; 19(1): 42-44.

Submetido em: 02/11/19

Aprovado em: 14/01/20

Como citar este artigo:

Minahim MA. A autonomia na relação médico-paciente: breves considerações. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 85-95.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.601>



Parte 2

Em prol da legalidade: o enquadramento jurídico da Saúde

Part 2

In favor of legality: the legal framework of Health

Parte 2

A favor de la legalidad: el marco legal de la Salud



Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres

Obstetric violence in Brazil: a concept under construction to guarantee the integral right to women's health

Violencia obstétrica en Brasil: un concepto en construcción para garantizar el derecho integral a la salud de las mujeres

Silvia Badim Marques¹

Resumo

Introdução: a violência obstétrica vem sendo entendida como toda violência física, moral, patrimonial ou psicológica praticada contra as mulheres no momento do parto, pós-parto e puerpério, sendo constatada em diversas práticas que ocorrem nos sistemas de saúde, tanto público quanto privado. **Objetivo:** busca aproximar o direito sanitário das questões relacionadas à garantia dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, como parte indissociável do direito à saúde, abordando o conceito de violência obstétrica e as proposições legislativas que tramitam no Congresso Nacional brasileiro sobre o tema. **Metodologia:** utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando o descritor violência obstétrica nos sítios de busca. **Resultados:** foram identificadas 11 proposições legislativas sobre o tema, das quais 10 fizeram parte do presente estudo; também foram abordados o conceito e os principais posicionamentos políticos e sociais sobre a violência obstétrica. **Conclusões:** o número de proposições legislativas no parlamento brasileiro sinalizam sobre a necessidade da disciplina jurídica do tema, entendendo-o de forma ampla, conforme posicionamento dos movimentos sociais em prol dos direitos das mulheres, e que a disciplina jurídica do tema se revela necessária para dirimir divergências acerca da aplicação do termo violência obstétrica e suas repercussões na prática médica e nos serviços de saúde no Brasil, tendo em vista a proteção ao direito sexual e reprodutivo das mulheres.

Palavras-chave: Direito à saúde. Direitos sexuais e reprodutivos. Violência de gênero.

Abstract

Introduction: obstetric violence has been understood as any physical, moral, patrimonial or psychological violence practiced against women at delivery, postpartum and puerperium, that is verified in several practices that occur in health systems, both public and private. **Objective:** this article seeks to bring health law closer to issues related to the guarantee of sexual and reproductive rights, as an inseparable part of the right to health, approaching the concept of obstetric violence and the legislative proposals that are being processed in the Brazilian National Congress on the subject. **Methodology:** bibliographic and documentary research was used, using the descriptor obstetric violence on search sites. **Results:** eleven legislative proposals on the topic were identified, of which 10 were part of the present study, as well as the concept outlined on the topic and the main political and social positions on the subject were addressed. **Conclusions:** it is concluded that the largest number of legislative proposals in the Brazilian parliament demonstrates the need for legal discipline on the topic,

¹ Mestre e doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo (USP), Brasil; professora adjunta da Faculdade de Ceilândia, Universidade de Brasília (UnB), Brasil; pesquisadora do Núcleo de Estudos de Gênero e Diversidade (NEDIG), Universidade de Brasília, Brasil. <http://orcid.org/0000-0003-1331-719X>. Email: sbadim@unb.br

understanding it broadly, according to the position of social movements in favor of women's rights, and that the legal discipline of the theme is necessary to resolve differences over the application of the term obstetric violence and its repercussions in medical practice and in health services in Brazil, with a view to protecting women's sexual and reproductive rights.

Keywords: Right to health. Sexual and reproductive rights. Gender violence.

Resumen

Introducción: La violencia obstétrica se entiende como cualquier violencia física, moral, patrimonial o psicológica practicada contra las mujeres en el momento del parto, el posparto y el puerpério, siendo verificado en varias prácticas que ocurren en los sistemas de salud, tanto públicos como privados. **Objetivo:** Este artículo busca acercar los derechos de salud a cuestiones relacionadas con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, como parte inseparable del derecho a la salud, como parte inseparable del derecho a la salud, abordando el concepto de violencia obstétrica y las propuestas legislativas que se están procesando en el Congreso Nacional de Brasil sobre el tema. **Metodología:** Se utilizó investigación bibliográfica y documental, utilizando el descriptor de violencia obstétrica en los sitios de búsqueda. **Resultados:** Se identificaron once propuestas legislativas sobre el tema, de las cuales 10 fueron parte del presente estudio, así como el concepto que se ha esbozado sobre el tema y se abordaron las principales posiciones políticas y sociales sobre el tema. **Conclusiones:** Se concluye que el número de propuestas legislativas en el parlamento brasileiro indica la necesidad de disciplina legal sobre el tema, entendiéndolo ampliamente, de acuerdo con la posición de los movimientos sociales a favor de los derechos de las mujeres, y que la disciplina legal del tema es necesaria para resolver las diferencias sobre la aplicación del término violencia obstétrica y sus repercusiones en la práctica médica y los servicios de salud en Brasil, con miras a proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Palabras clave: Derecho a la salud. Derechos sexuales y reproductivos. Violencia de género.

Introdução

A violência obstétrica é um termo que vem sendo cunhado a partir do movimento social em prol do parto humanizado no Brasil, para designar práticas dentro dos sistemas de saúde e do atendimento às gestantes durante o parto e puerpério que podem ser classificados nesse estudo como violências morais, físicas, psicológicas e patrimoniais.

No dossiê *Parirás com dor* (1) a violência obstétrica é caracterizada por atos praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva podendo ser cometidos por profissionais de saúde, ou outros profissionais envolvidos na atenção prestada à mulher no ciclo gravídico-puerperal

A violência obstétrica caracteriza-se como uma violência de gênero, por ser cometida contra mulher em todas as etapas da gravidez e do pós-parto, incluindo os casos de abortamento. Essa violência é considerada como parte integrante de uma sociedade que violenta as mulheres pela sua identidade de gênero e pela sua condição feminina, fruto da

dominação masculina que origina o machismo, tanto institucional quanto pessoal, e que recai nas diversas relações da mulher com seu corpo, sua posição na sociedade e sua dignidade.

De acordo com Federici (2) a construção capitalista dos Estados de Direito tem como base, além de todas as estruturas políticas e jurídicas, o domínio patriarcal sobre o corpo das mulheres. As condições sociais e históricas que formam a construção do capitalismo de Estado têm como um dos seus pilares a dominação do corpo das mulheres para a expansão do capital. Segundo a autora:

[...] na sociedade capitalista, o corpo é para as mulheres o que a fábrica é para os homens trabalhadores assalariados: o principal terreno de sua exploração e resistência, na mesma medida em que o corpo feminino foi apropriado pelo Estado e pelos homens, forçado a funcionar como um meio para a reprodução e a acumulação de trabalho. Neste sentido, é bem merecida a importância que adquiriu o corpo em todos os seus aspectos – maternidade, parto e sexualidade – tanto dentro da teoria feminista quanto na história das mulheres. (2, p. 34)

Como salientado em trabalho anterior (3), essa dominância de gênero, portanto, releva-se suficiente para garantir a obediência das vítimas potenciais aos ditames do patriarca e as possíveis violências, tanto físicas quanto morais, ou psicológicas, dela decorrentes.

Este artigo tem como objetivo abordar as características da violência obstétrica como uma violência de gênero que fere o direito sexual e reprodutivo das mulheres, que é parte integrante do direito fundamental à saúde previsto no sistema constitucional de saúde brasileiro. Pretende também analisar as proposições legislativas que tramitam atualmente no Congresso Nacional brasileiro e que têm por objeto caracterizar e normatizar essa prática no Brasil, para que sejam diminuídas as violências praticadas contra mulheres durante o ciclo gravídico-puerperal.

Gênero, violência obstétrica e direito à saúde

O conceito de gênero vem sendo trabalhado como estruturante para se pensar a relação entre homens e mulheres na sociedade, bem como os papéis atribuídos à masculinidade e a feminilidade, e as reverberações sociais, políticas, civis e econômicas desses papéis. Como salienta Scott (4), o termo gênero vem sendo utilizado para designar uma série de estudos e abordagens do campo das ciências sociais, que se relacionam a construções culturais relacionadas aos papéis atribuídos aos homens e mulheres na sociedade que passam por relações de dominância e hierarquia.

Barata (5) nos sinaliza que gênero não é sinônimo de sexo, como comumente utilizado nas ciências biológicas para distinguir aspectos anatômicos e fisiológicos do aparelho reprodutivo. A abordagem das ciências sociais é fundamental para que se reconheça a construção do conceito de gênero como uma construção social, basilar para se debater as desigualdades relacionadas à inserção e os papéis sociais de homens e mulheres nas sociedades capitalistas ocidentais.

O conceito de gênero, portanto, não está ligado às diferenças biológicas entre pessoas designadas de homens e mulheres ao nascer, mas sim às diferenças culturais e sociais que impõem papéis diferentes a ambos os sexos, colocando a mulher em posição de desigualdade e subalternidade em relação aos homens, da qual derivam diversas violências e opressões que merecem atenção, estudos e políticas específicas para que sejam combatidas.

Saffioti (6) enfatiza a força das estruturas patriarcais e sua dominação e violência sobre as mulheres ou sobre o que se considera como exercício da feminilidade. A autora ainda reforça que a violência de gênero é um conceito mais amplo decorrente das desigualdades de gênero na sociedade que recai sobre mulheres, crianças e adolescentes, inclusive do sexo masculino. Essa dominância de gênero, portanto, releva-se suficiente para garantir a obediência das vítimas potenciais aos ditames do patriarca, e as possíveis violências, tanto físicas quanto morais ou psicológicas, dela decorrentes.

A violência de gênero, em todas as suas modalidades, é uma violência presente na estrutura social, capaz de moldar os comportamentos das relações interpessoais de acordo com a predominância da cultura machista, que acolhe comportamentos agressores às mulheres como aceitáveis dentro do paradigma social vigente.

Bordieu (7) aborda a força simbólica da dominação masculina, apontando que esta encontra todas as condições de seu pleno exercício. O autor reforça (7) que a primazia universalmente concedida aos homens “[...] se afirma na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, baseadas em uma divisão sexual do trabalho de produção e de reprodução biológica e social [...]” (7, p. 45), o que acaba por referendar comportamentos de dominação históricos em relação às mulheres e ao feminino, nas mais diversas nuances, ações simbólicas e ações visíveis como a violência doméstica e o feminicídio.

No âmbito do direito e da ciência jurídica, o reconhecimento das desigualdades e violências de gênero nos traz o desafio de inserir elementos normativos nos ordenamentos jurídicos pátrios, capazes de conferir direitos, políticas e serviços específicos às mulheres. O reconhecimento dessas especificidades traz consequências inevitáveis para a garantia do direito à saúde numa perspectiva de gênero, buscando alcançar uma interpretação igualitária desse direito no que tange a sua aplicabilidade para homens e mulheres, tomando por base, inclusive, as desigualdades e as violências de gênero praticadas na sociedade.

Conforme salientam Argonese e Lago (8) a vida sexual e reprodutiva não é apenas algo que se coloca no plano íntimo, privado, mas também reverbera em um plano político que merece ser alvo de leis, políticas públicas, direitos e deveres. Considera-se que o sexo é sempre político, e “[...] a esfera da sexualidade contempla desigualdades e opressões, conflitos de interesse e manobras políticas.” (8, p. 257).

Os direitos sexuais e reprodutivos foram definidos a partir da Conferência de Cairo (9)², que representa um marco político para a proteção dos direitos das mulheres, pois foi decisiva para a delimitação desses objetos e para a afirmação da capacidade das de tomar decisões sobre sua própria vida e seu próprio corpo. Foram definidos na Conferência como “[...] o direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção e violência.” (8).

A Conferência (9) afirma que os direitos sexuais e reprodutivos são parte integrante dos direitos humanos e devem abordar, além do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre a decisão de ter ou não filhos e todas as informações e acessos à saúde necessários para tanto, “[...] seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência.” E reforça que os direitos sexuais e reprodutivos são violados em todo mundo por fatores que envolvem, dentre outros: “[...] práticas sociais discriminatórias; atitudes negativas com relação à mulher e à jovem; o

² A Conferência de Cairo abordou, dentre outros temas, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. A saúde reprodutiva foi formulada no Programa de Ação do Cairo, no capítulo VII, parágrafo 7.2, como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não a simples ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. Em conformidade com essa definição de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. (9)

limitado poder que têm muitas mulheres e moças sobre suas próprias vidas sexuais e reprodutivas.” (9, p. 63)

Quanto à violência obstétrica, resta claro que que fere os direitos sexuais e reprodutivos, pois refere-se exatamente a uma violação ao corpo, à dignidade e à autonomia das mulheres durante importantes etapas de sua vida reprodutiva. É uma violência cometida com o viés de gênero, pois são majoritariamente mulheres que passam pelo ciclo gravídico-puerperal e, portanto, é o corpo feminino que é subjugado e objeto de interferências e práticas realizadas sem o consentimento da gestante ou parturiente.

Reconhece-se que não são apenas mulheres que passam pelo ciclo gravídico-puerperal, pois homens transgêneros também podem engravidar, e vivenciar situações de abortamento, parto e puerpério e, portanto, também serem alvo de violência obstétrica. (8) Todavia, neste trabalho será abordado o termo mulheres, referenciando as mulheres cisgêneras com capacidade gestativa, por serem o alvo majoritário desse tipo de violência de gênero e por se considerar que existem especificidades em relação aos homens transexuais que merecem ser abordadas em trabalho posterior.

Lemos (10) salienta que os profissionais de saúde têm um papel fundamental na garantia desses direitos e que o Estado deve, inequivocamente, traçar políticas que contemplem o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, tendo a atenção primária em saúde (APS) uma das grandes áreas de atuação nesse sentido.

O conceito de violência obstétrica vem sendo traçado, aos poucos, como parte de uma grande articulação dos movimentos sociais, tanto nacionais quanto internacionais, em prol do parto humanizado, que buscam dar visibilidade a diversas práticas abusivas cometidas contra as mulheres no ciclo gravídico-puerperal, e forçar o Estado brasileiro a traçar políticas públicas em prol do parto humanizado e da proteção ao direito das mulheres (11)

Como nos mostra Diniz (11), um marco da consolidação desses movimentos no Brasil foi a criação da Rede pela Humanização do Parto e do Nascimento (Rehuna), que foi fundada em 1993, e tem em seu documento fundador, conhecido como Carta de Campinas, uma série de denúncias em relação à assistência ao parto no Brasil, apontando-a como não humana e violadora dos direitos de mulheres e bebês ao nascer.

São marcos de denúncias, mas também de reivindicações de mudanças e de políticas públicas em prol do direito das mulheres no ciclo gravídico-puerperal. Destaca-se que a

Rehuna é composta por diversos profissionais de saúde que atuam nesse ciclo e, portanto, insere-se nas demandas das políticas de saúde e do direito à saúde. “A humanização aparece como a necessária redefinição das relações humanas na assistência, como revisão do projeto de cuidado, e mesmo da compreensão da condição humana e de direitos humanos.” (11).

A violência obstétrica, portanto, perpassa todas essas situações de violações no ciclo gravídico-puerperal. Como observam Zanardo *et al* (12), a violência obstétrica é um fenômeno que vem acontecendo há algumas décadas na América Latina, e um dos fatores mais presentes entre as denúncias de mulheres está a falta de informação e o medo de perguntar sobre os processos que irão ser realizados na hora do parto, o que acaba por levá-las a situações de violações e explorações de seus corpos e de suas dignidades por diferentes membros das equipes de saúde.

Segundo pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo (13) uma em cada quatro mulheres sofre violência na hora do parto. Essas violências não se referem apenas à prática de cesárias desnecessárias e sem informação adequada às gestantes, mas também a diversos tipos de práticas, omissões e agressões verbais dirigidas às mulheres. É preciso jogar luz sobre essa variedade de práticas e violências, para que as mulheres possam reconhecê-las como tal e possam denunciar suas ocorrências dentro dos serviços de saúde.

A chamada *peregrinação* também é considerada uma violência, quando a mulher tem que se deslocar de hospital em hospital em busca de atendimento e é negligenciada, lhe sendo negado atendimento no momento do trabalho de parto ou antes dele, onde existem dúvidas, inseguranças e necessidades de saúde a serem atendidas para o momento de parir. Muitas mulheres acabam parindo nos arredores do hospital, como no caso demonstrado no acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJFDT) (14):

[...] a autora alegou que, no ano de 2007, estava no nono mês de gravidez quando entrou em trabalho de parto, sendo socorrida pelo SAMU que a levou ao Hospital de Samambaia. Falou que foi atendida pela médica plantonista (...) a qual lhe negou internação ao argumento de que não havia lençol nem camisola naquela unidade hospitalar (...) ignorada e sofrendo as dores do parto sem qualquer assistência, acomodou-se em um banco de cimento, na parte externa frontal do hospital, tendo ali o seu filho. Alegou que o cordão umbilical foi cortado ali mesmo e a criança levada pelas enfermeiras para o interior do hospital, sendo a autora internada somente por volta das 02:30 da manhã, quando os lençóis e camisolas, cuja falta foi alegada, apareceram sem dificuldade. (14)



São consideradas ações de caráter físico as que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram, causem dor ou dano físico (de grau leve a intenso), sem recomendação baseada em evidências científicas. As eventuais manobras ou intervenções desnecessárias, como o uso indevido de fórceps ou da manobra de Kristeller – compressão do fundo uterino durante o segundo período do trabalho de parto, objetivando a sua abreviação –, que porventura causem danos ao bebê, também vêm sendo consideradas violências obstétricas (15).

As ações verbais ou comportamentais que causem na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade ou abandono são caracterizadas por violência psicológica. Segundo o estudo da Fundação Perseu Abramo (13) as mulheres comumente ouvem gritos, piadas, risos e comentários que ferem a sua moral durante o parto e puerpério, tais como “na hora de fazer o filho não doe, né?”

As instituições, hospitais, maternidades e clínicas, públicos ou privados, também podem cometer violência institucional quando produzem ações ou formas de organização que dificultam, retardam ou impeçam o acesso da mulher aos seus direitos constituídos, tais como a cobrança indevida de taxas, a recusa da mulher entrar com acompanhante no parto, entre outras. As cobranças indevidas podem ser consideradas como violências obstétricas patrimoniais, como no exemplo retratado no Acórdão do TJDF (15):

O plantonista, ao notar que a situação da autora demandava maiores cuidados, solicitou que esta fosse internada para observação e eventual intervenção, sendo que os exames clínicos demonstraram que o feto estava bem naquele momento. Relatam os autores que, para que sua esposa pudesse ser internada imediatamente antes que houvesse a liberação do convênio, houve a emissão de cheque - caso contrário ela precisaria esperar a liberação do convênio. (15).

A pesquisa *Nascer no Brasil* (16) revela que, de um total de 23.940 mulheres puérperas estudadas, em diferentes regiões do país, apenas 5,6% tiveram o parto normal assistido sem nenhuma intervenção, e em 45,5% das mulheres foram realizadas cesarianas, apesar de 56,8% terem sido consideradas como casos de risco habitual. Essa pesquisa também revela que, em 70% das mulheres, foi realizada punção venosa; cerca de 40% receberam ocitocina e realizaram amniotomia (ruptura da membrana que envolve o feto) para aceleração do parto; e 30% receberam analgesia raqui/peridural. Em relação às intervenções realizadas durante o parto, a posição de litotomia (deitada com a face para cima e joelhos flexionados) foi utilizada em 92% dos casos; a manobra de Kristeller

(aplicação de pressão na parte superior do útero) teve uma ocorrência de 37%; e a episiotomia (corte na região do períneo) ocorreu em 56% dos partos.

Leal *et al* (16) reforçam que esse número de intervenções é considerado excessivo e não encontra respaldo científico em estudos internacionais, nem em recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), pois são associadas à risco de complicações, risco à saúde das mulheres e dos bebês, além de serem dolorosas e, na maioria dos casos, desnecessária.

Destaca-se ainda que a questão racial é muito importante de ser considerada quando se fala de violência obstétrica, pois sua incidência é ainda maior em relação às mulheres negras. Leal *et al* (17), ao analisarem os dados da pesquisa supracitada, obtiveram uma sub amostra de 6.689 mulheres, sendo 1.840 pretas e 4.849 brancas após o pareamento pelo escore de propensão, e concluem que as mulheres negras recebem menos anestesia na hora do parto em comparação às mulheres brancas. A violência por negligência é maior em relação às mulheres negras, que possuíram maior risco de terem um pré-natal inadequado, falta de vinculação à maternidade, ausência de acompanhante e menos orientação na hora do parto.

Institutos jurídicos de proteção às mulheres no ciclo gravídico-puerperal, responsabilidades e violência obstétrica

Levando em consideração que as históricas desigualdades de poder entre homens e mulheres implicam num forte impacto nas condições de saúde dessas últimas (5), as questões de gênero devem ser consideradas como um dos determinantes na formulação das políticas públicas, incluindo as políticas de saúde.

O Brasil é signatário de importantes convenções internacionais em prol dos direitos das mulheres, tais como a Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher, de 1948; Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, de 1953; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Cerd), de 1966; Convenção Americana de Direitos Humanos, São José, de 1969; Convenção Para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (Cedaw), de 1979.

A Cedaw foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983, e é objeto do Decreto nº 4.377/2002 da Presidência da República (18), configurando um

importante instrumento jurídico de proteção às mulheres no Brasil. A convenção (19) expressa, em seu artigo 12.2, que:

[...] os Estados-parte garantirão à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância.

A Cedaw (19) está em consonância com o inciso III do artigo 1º da Constituição Federal do Brasil que estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como basilar a todo ordenamento jurídico brasileiro, e com o artigo 3º da Constituição Federal, que coloca dentre os objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação das desigualdades sociais (inciso III) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem e sexo (inciso IV), - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (20).

O Sistema Único de Saúde (SUS), por sua vez, garantido nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal brasileira (20), é alicerçado pelos princípios da equidade e universalidade (artigo 196), além das diretrizes de participação social e integralidade de assistência à saúde (artigo 198). Entendido como um direito social (artigo 6º) e como um direito que depende da elaboração de políticas sociais e econômicas para a sua implementação (artigo 196), o direito à saúde é lido de forma harmônica com os demais princípios constitucionais, dos quais decorre a interpretação de que as questões de gênero devem estar presentes na concepção do direito à saúde, como um grupo vulnerável que merece amparo do SUS e políticas específicas para sua garantia (21).

O princípio da integralidade de assistência à saúde (22), formulado na Reforma Sanitária e norteador da criação do SUS, é entendido como a cadeia interseccional de cuidados em saúde que devem nortear as práticas sanitárias e a assistência à saúde numa perspectiva de atendimento de todas as necessidades biopsicossociais dos cidadãos, e vem sendo basilar para a luta em prol da garantia do direito das mulheres desde antes da Constituição Federal de 1988. Foi com o direito das mulheres, inclusive, que esse princípio ganhou corporeidade nas políticas de saúde anteriores a 1988.

Como salientam Kalichman e Ayres (22) o conceito de integralidade foi utilizado de forma inédita no Brasil pelo Ministério da Saúde, em 1983, quando começava a ser preparado o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM). Em 1984,

quando o Ministério da Saúde começou a divulgar oficialmente o PAISM, o documento base chamava-se *Assistência Integral à Saúde da Mulher: Bases de Ação Programática*, no qual a integralidade aparecia com um duplo alcance de sentido: i) orientar o conjunto de atividades do setor saúde para a promoção, prevenção e assistência da população de mulheres; e ii) propor atendimento integral à saúde de cada uma delas, em todos os seus ciclos e necessidades de vida, e não apenas nos aspectos reprodutivos.

O PAISM incluía ações educativas, preventivas, de diagnóstico, tratamento e recuperação, englobando a assistência à mulher em clínica ginecológica, no pré-natal, parto e puerpério, no climatério, em planejamento familiar, DST, câncer de colo de útero e de mama, além de outras necessidades identificadas a partir do perfil populacional das mulheres (23).

Destaca-se que a conquista política em prol da saúde das mulheres contou com a participação expressiva de movimentos sociais de mulheres, conforme salienta Costa (21), que trouxe lideranças e setores de mulheres nos partidos políticos.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com os princípios basilares já elencados para a proteção à saúde e a dignidade humana, as políticas destinadas à saúde das mulheres continuaram a seguir uma perspectiva de integralidade e de problematização acerca das desigualdades, violências e omissões relacionadas às mulheres.

Muitas iniciativas políticas foram sendo adotadas pelo Estado brasileiro nesse sentido, ressaltando-se que o direito das mulheres se estrutura de acordo com o que foi deliberado na I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (21) como um direito que deve ser adotado na perspectiva da expansão dos direitos humanos, e aceitar sua ascendência nos direitos individuais que nos remete à apropriação do próprio corpo.

Em 2011, o Ministério da Saúde instituiu a chamada Rede Cegonha no SUS, por meio da Portaria nº 1.459, de 24 de julho de 2011 (24), observando a perspectiva da regionalização e descentralização dos serviços de saúde (artigo 198 *caput* e inciso I da CF). A Rede Cegonha foi organizada de maneira a possibilitar o provimento contínuo de ações de atenção à saúde materna e infantil para a população de determinado território, mediante a articulação dos distintos pontos de atenção à saúde, do sistema de apoio, do sistema logístico e da governança da rede de atenção à saúde, e representa um importante marco nas políticas de humanização do parto no Brasil.

A Rede Cegonha avança ao disciplinar ações pela mudança da cultura do nascer no Brasil, buscando articular o trabalho em rede para mudar as práticas na atenção ao parto e ao nascimento, e visando ao atendimento integral das mulheres e dos bebês e a humanização desse atendimento.

Essa rede foi expandida e consolidada por meio de diversas normativas, que podem ser encontradas no sítio do Ministério da Saúde³.

A Lei nº 11.108/2005 (25), conhecida como lei do acompanhante, inseriu na Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90 (26), o direito das parturientes à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no SUS. Apesar de ser descumprida em diversos hospitais e maternidades, a lei (27) também representa uma conquista em prol do direito das mulheres.

Em relação ao direito sanitário, pode-se dizer que as situações relacionadas à violência obstétrica já podem ser observadas e respaldadas por algumas leis, portarias e por institutos jurídicos que preveem a responsabilidade civil objetiva (Estado, hospitais públicos e hospitais privados) e subjetiva dos profissionais de saúde.

Em relação aos chamados erros médicos, o trabalho de Pereira (28) analisa ações interpostas junto ao TJDFT cujos objetos relacionam-se a pedidos de mulheres e bebês por danos materiais, morais e físicos ocasionados no momento do parto e puerpério, e encontra evidências de que, dentre os 80 processos analisados, quatro foram resultados de ações penais e os demais 74 foram cíveis. Os acórdãos analisados estavam compreendidos entre os anos de 2000 a 2014.

Nas ações penais encontradas, três delas eram relacionadas à morte do bebê e uma tratava de lesão física (medular) sofrida por uma mulher. As decisões cíveis se desenrolaram em indenizações por danos morais e/ou materiais e, em determinados acórdãos, houve indenização por dano estético.

Os danos relacionados a mulheres foram categorizados em lesões físicas, parto desassistido, problemas com diagnóstico do HIV, negativa de acompanhante e peregrinação. As lesões físicas nas mulheres presentes nos acórdãos são em relação a lesões medulares, estado vegetativo, esquecimento de objeto dentro da mulher, infecções pós-operatória, fístulas vesico-uterinas, restos placentários na cavidade uterina, laqueadura

³ <https://www.saude.gov.br/acoes-e-programas/rede-cegonha/legislacao>

sem autorização, queimadura, fístula reto-vaginais, histerectomia devido a complicações pós-cirúrgicas e laqueadura realizada e não informada (28).

Todavia, em todos os casos analisados não há diferenciação com os demais casos de erros médicos e danos a pacientes que tramitam nos Tribunais. Ou seja, atualmente a violência obstétrica é tratada de forma igual a erros médicos habituais perante o direito, não havendo diferenciação de gênero nem tipificação específica para essas violências, já que demandam enfrentamentos diversos perante o sistema de justiça.

Os movimentos sociais relacionados à humanização do parto e aos direitos das mulheres têm atuado junto ao Ministério Público (29) e a Defensoria Pública (30) para provocar essa discussão e para o monitoramento extrajudicial dos serviços de saúde acerca dessa temática, forçando o olhar sobre a violência obstétrica de forma diferenciada aos demais erros e negligências médicas, e levando informações à população sobre o tema, como se observa em campanhas públicas.

Todavia, a visibilidade em relação à necessidade de proteção a essas violências encontra resistência dentre os setores mais conservadores da sociedade e em alguns segmentos médicos, que buscam desconstruir a ideia de que é necessária atenção diferenciada a esse problema tão característico das violências de gênero. Exemplo disso foi o despacho do Ministério da Saúde, em 03 de maio de 2019, proibindo o uso da expressão violência obstétrica no Brasil. Felizmente, a atuação profícua do Ministério Público Federal (29) recomendou a continuidade do uso do termo, considerando censura aos movimentos sociais e as violências de gênero, o que foi acatado posteriormente pelo Ministério da Saúde.

Para que o sistema de justiça possa atuar de forma condizente contra essas violências, ressalta-se a importância da disciplina legal do tema pelo Poder Legislativo, em especial o Poder Legislativo Federal. Devido aos Estados e Municípios terem a competência concorrente para legislar no que tange à proteção e defesa da saúde em consonância com os artigos 24, XII, e 30, II, da CF (20), muitos já promulgaram leis disciplinando a proteção às mulheres no parto e puerpério, bem como a caracterização da violência obstétrica.

Como exemplo podemos citar a Lei Distrital nº 6.144/2018 (31), a Lei Estadual de Santa Catarina nº 17.097/2017 (32) e Lei Municipal de João Pessoa nº 13.061/2015 (33), dentre outras. Essas leis buscam definir a violência obstétrica e são unânimes em caracterizá-la como todo ato praticado pela equipe de assistência à mulher grávida ou parida de estabelecimentos hospitalares, postos de saúde, unidades básicas de saúde e

consultórios médicos que ofenda de forma verbal ou física desde o pré-natal até o puerpério. Buscam, também, caracterizar esses atos, elencando-os, a fim de deixar clara a configuração dessas violências.

Revela-se de suma importância que o Legislativo federal discipline a temática, até para que se possa definir sanções específicas à violência obstétrica, o que não pode ser feito em sede de leis estaduais e municipais.

Projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional brasileiro sobre a violência obstétrica

A fim de verificar os projetos de lei (PLs) que tramitam no Congresso Nacional brasileiro sobre a temática, foi realizada uma busca nos sítios eletrônicos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, utilizando-se o descritor violência obstétrica. Foram encontrados 11 projetos, do qual um encontrava-se arquivado e não foi incluído no presente estudo. Os projetos localizados estão descritos na tabela abaixo, e foram localizados projetos em tramitação apenas na Câmara dos Deputados.

Tabela 1. Projetos de Lei sobre violência obstétrica em tramitação no Congresso Nacional

Projeto de Lei	Autor (a)	Ementa
PL 3.310/2019	Lauriete (PL/ES)	Dispõe sobre o registro de som e imagem de consultas pré-natais, trabalho de parto e parto.
PL 2.693/2019	Lafayette de Andrada (PRB/MG)	Institui a Política Nacional de Atendimento à Gestante.
PL 3.635/2019	Carla Zambelli (PSL/SP), Alê Silva (PSL/MG), Filipe Barros (PSL/PR)	Garante à gestante a possibilidade de optar pelo parto cesariano, a partir da trigésima nona semana de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal.
PL 878/2019	Talíria Petrone (PSOL/RJ), Áurea Carolina (PSOL/MG), Fernanda Melchionna (PSOL/RS), Sâmia Bomfim (PSOL/SP) e outros	Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências.
PL 119/2019	Renata Abreu (PODE/SP)	Inclui a alínea "e" no inciso I no art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para ampliar a atuação do Sistema Único de Saúde na saúde integral da mulher.
PL 8.219/2017	Francisco Floriano (DEM/RJ)	Dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de

		saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após.
PL 7.867/2017	Jô Moraes (PCdoB/MG)	Dispõe sobre medidas de proteção contra a violência obstétrica e de divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério.
PL 2.589/2015	Pr. Marco Feliciano (PSC/SP)	Dispõe sobre a criminalização da violência obstétrica.
PL 7.633/2014	Jean Wyllys (PSOL/RJ)	Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências.
PL 6888/2013	Antonio Bulhões (PRB/SP)	Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que "dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências".

Fonte: elaboração da autora.

Os projetos em tramitação, em quase sua totalidade, dispõem sobre a violência obstétrica em consonância com a sua caracterização pelos movimentos sociais e demais leis estaduais e municipais já promulgadas com esse objeto, a exemplo da definição dada pelo PL nº 7.633/2014 (34), um dos primeiros a serem protocolados com essa temática que prevê, em seu artigo 13 que

Caracteriza-se a violência obstétrica como a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos(as) profissionais de saúde, através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, que cause a perda da autonomia e capacidade das mulheres de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres.

Parágrafo único. Para efeitos da presente Lei, considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo(a) profissional da equipe de saúde que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes em trabalho de parto, em situação de abortamento e no pós-parto/puerpério. (34)

O recente PL 878/2019 (35), ao qual o projeto acima foi apensado, prevê a importância dos planos de parto para cada gestante, no qual essa expressa a sua vontade como parte do seu princípio do consentimento e da autonomia.

O artigo 7º ressalta ainda que, durante a elaboração desse plano,

[...] a gestante deverá ser informada, de forma clara, precisa e objetiva pela equipe de saúde sobre as principais rotinas e procedimentos de assistência ao parto, assim como as implicações de cada um deles para o seu bem-estar físico e emocional e o da criança". (34)

No artigo 8º, esse PL faz a importante ressalva de que as disposições de vontade, constantes do plano individual de parto, somente poderão ser alteradas se, comprovadamente, durante o trabalho de parto, forem necessárias intervenções para garantir a saúde da mãe e/ou do concepto em condições de urgência, mas que devem ser sempre realizadas com o consentimento da mulher.

Nesses dois projetos acima, bem como no PL 7.867/2017, elenca-se uma série de atos que configurariam violência obstétrica, classificados em violências morais e físicas. Essa exemplificação é importante para que se visualize os casos de configuração das violências, tais como “tratar a gestante ou parturiente de forma agressiva, não empática, grosseira, zombeteira, ou de qualquer outra forma que a faça se sentir mal”; “induzir a gestante ou parturiente a optar pelo parto cirúrgico na ausência de indicação baseada em evidências e sem o devido esclarecimento quanto a riscos para a mãe e a criança”; “recusar atendimento ao parto”; “promover a transferência da gestante ou parturiente sem confirmação prévia da existência de vaga e garantia de atendimento ou de tempo suficiente para que esta chegue ao local em segurança”, entre outros (36).

Destaca-se que o PL 2.589/2015 (37) prevê que os atos que configuram violência obstétrica devem ser inseridos nas penas previstas no artigo 146 do Código Penal, que versa sobre constrangimento ilegal e prevê pena de detenção de três meses a um ano, ou multa.

O PL 8.219/2017 (38) estabelece uma sanção própria para os atos que configuram como violência obstétrica, em seu artigo 3º, qual seja: detenção, de seis meses a dois anos, e multa, além de estabelecer sanção específica, consubstanciada em detenção de um a dois anos e multa, para a realização de episiotomia na parturiente, considerando-o “inadequado e violento, devendo ser praticado, exclusivamente, nos casos de sofrimento do bebê ou complicação no parto que coloque em risco a vida e a saúde da mãe e do bebê, devendo ser motivada no prontuário médico” (38).

Segundo dados da Biblioteca Cochrane a episiotomia é uma incisão no períneo, com uma tesoura ou um bisturi, feita pelos médicos para facilitar os partos vaginais. Na revisão de literatura feita por Jiang *et al* (39) constatou-se que a episiotomia de rotina traz mais traumas às mulheres do que a episiotomia seletiva. Portanto, tal prática deve ser usada não como rotina a todas as mulheres parturientes, mas apenas quando se mostrar indispensável, pois está associada a diversos traumas e complicações pós-parto para as mulheres.

O PL 2.693/2019 (40), por sua vez, busca instituir uma ampla política de atendimento às mulheres no ciclo gravídico-puerperal, prevendo a integração com ações de combate à violência doméstica, humanização no atendimento das gestantes e da família, entre outros princípios. É um projeto amplo que elenca princípios que se conjugam aos demais projetos já elencados. Destaca-se a importância da inserção da discussão e do atendimento à violência doméstica de forma integrada ao atendimento às gestantes.

O PL 3.310/2019 (41) apresenta-se para, exclusivamente, obrigar os estabelecimentos de saúde que prestam atendimento obstétrico a permitir e facilitar às pacientes o registro de som e imagem durante as próprias consultas pré-natais, o trabalho de parto e o parto. É um projeto com um único artigo, que poderia facilmente ser apensado à discussão dos demais.

O único projeto que representa uma voz dissonante aos demais projetos aqui abordados é o PL 3.635/2019 (42), que visa garantir o direito da parturiente a uma cesariana eletiva, e só poderá ser realizada após 39 semanas de gestação e com a gestante adequadamente informada sobre os benefícios do parto normal e dos riscos da cesariana.

Este projeto de lei explica o mesmo que a Resolução nº 2.144/2016, do Conselho Federal de Medicina (43), que aborda o tema sob a perspectiva da ética médica. Todavia, o Brasil é um país onde as taxas de cesariana superam as taxas de parto normal e encontram-se muito acima do aceito como adequado pela Organização Mundial de Saúde, que estabelece em até 15%. (44)

O Brasil é o 2º lugar no mundo em percentual de cesarianas. Elas representam 40% dos partos realizados na rede pública de saúde, enquanto na rede particular chegam a 84% dos partos, segundo dados do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (Sinasc) do Ministério da Saúde, referentes aos nascimentos em 2016 (45), o que nos permite falar em uma “epidemia de cesarianas” no Brasil (44), de modo que esse projeto de lei vem apenas reforçar a lógica já existente de prevalência do parto cesariano em detrimento do parto normal.

Percebe-se, portanto, que dentre os projetos de lei existentes, oriundos de diversos partidos, há uma convergência na definição e estipulação de normativas para combater e punir a violência obstétrica no Brasil, como parte das violências de gênero praticadas contra mulheres.

Dos 10 projetos analisados, apenas um mostra-se, em alguns aspectos, divergente do entendimento dos demais, o que demonstra que o Parlamento brasileiro possui bases para debater o tema e definir uma normativa federal capaz de abarcar a temática em consonância com as normativas internacionais já ratificadas pelo Brasil em prol dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Para isso, é preciso que a sociedade brasileira se aproprie e divulgue amplamente os debates, para que seja possível convergir e fortalecer as discussões dos projetos de lei abordados no presente trabalho, e que o Parlamento se deixe nortear pelas recomendações internacionais, a fim de dirimir divergências e aprovar uma lei condizente com a complexidade do tema e que proteja amplamente o direito das mulheres.

Conclusões

A violência obstétrica é tema que envolve a violência de gênero praticada contra mulheres e merece atenção do sistema de justiça para que seja adequadamente combatida e punida. Essa temática encontra-se já respaldada em alguns institutos jurídicos, todavia, merece normativa específica para que possa ser enfrentada em toda complexidade e especificidade que envolve o tema, para que se configure uma efetiva proteção contra a violência praticada contra mulheres no ciclo gravídico-puerperal.

De acordo com a análise dos Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional sobre violência obstétrica, percebe-se que o Parlamento brasileiro já se encontra subsidiado para a discussão e votação de uma normativa federal que abarque as necessidades das mulheres durante o ciclo gravídico-puerperal, em consonância com os direitos humanos e os direitos das mulheres já constantes em documentos internacionais, em especial os direitos sexuais e reprodutivos.

Revela-se premente e urgente que essa normativa seja definida e que a violência obstétrica encontre o respaldo jurídico que merece, para subsidiar adequadamente a atuação do sistema de justiça sobre o tema e, assim, contribuir efetivamente para a diminuição das violências praticadas contra mulheres no exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Referências

1. Parto do Princípio. Dossiê da Violência Obstétrica. Parirás com dor. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. 2012. Disponível em:



<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>
[Acesso em: 08.out.2019].

2. Federici S. O Calibã e a Bruxa: Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva. São Paulo: Elefante; 2017.

3. Marques SB. A garantia do direito sanitário sob a perspectiva de gênero: desafios e enfrentamentos perante o sistema único de saúde para a garantia do direito à saúde das mulheres. In: Santos AO, Lopes LT. (Org.). Direito à Saúde. Volume 1. Institucionalização. Brasília: CONASS. 2018; v.1, p. 221-234.

4. Scott J. Gender and the Politics of History. New York: Columbia University Press; 1988.

5. Barata RB. Relações de gênero e saúde: desigualdade ou discriminação? In: Como e por que as desigualdades sociais fazem mal à saúde [online]. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2009. pp. 73-94. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/48z26/pdf/barata-9788575413913-06.pdf>. [Acesso em: 07.ago.2019].

6. Saffioti HIB. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. Cadernos Pagu (16): 115-136, 2001.

7. Bourdieu P. A dominação masculina. 11° ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2012.

8. Argonese M, Lago MCS. Direitos e saúde reprodutiva para a população de travestis e transexuais: abjeção e esterilidade simbólica. Saúde e Sociedade 26 (1): 256-270, 2017.

9. Plataforma de Cairo. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. [Acesso em: 10.set.2019].

10. Lemos A. Direitos sexuais e reprodutivos: percepção dos profissionais da atenção primária em saúde. Saúde em Debate 38 (101): 244-253, 2014.

11. Diniz CSG. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. Ciência & Saúde Coletiva. 2005; 10 (3): 627-637.

12. Zanardo GL *et al.* Violência Obstétrica no Brasil: Uma Revisão Narrativa. Psicol. Soc. 2017, vol.29, e155043. p. 1-11.

13. Fundação Perseu Abramo. Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado. Pesquisa de opinião; 2010. Disponível em: https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_.org_.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf. [Acesso em: 06/09/2019].

14. TJDF. Acórdão nº 616.518. Civil e Processual Civil. Ação de Indenização por Danos Morais. Negativa de internação à gestante em trabalho de parto. Parto realizado fora das dependências do Hospital. Dano moral caracterizado. 2012.



15. TJDF. Acórdão nº 612.590. Responsabilidade Civil – Dano Moral – Atendimento hospitalar – falha na prestação do serviço – constatado – quantum estipulado adequadamente – incidência a partir da data da r. sentença que reconhece o dever de indenizar – recurso parcialmente provido. 2012.
16. Leal MC *et al.* Intervenções obstétricas durante o trabalho de parto e parto em mulheres brasileiras de risco habitual. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 30 Sup:S17-S47, 2014.
17. Leal MC *et al.* A cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil. *Cad. Saúde Pública* 2017; 33 Sup 1:e00078816.
18. Brasil. Decreto nº 4.377/2002 da Presidência da República. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm.
19. Cedaw. Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/11/SPM2006_CEDAW_portugues.pdf. [Acesso em: 10.out.2019].
20. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
21. Costa AM. Participação social na conquista das políticas de saúde para mulheres no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, 14(4):1073-1083, 2009.
22. Kalichman AO, Ayres JR. Integralidade e tecnologias de atenção à saúde: uma narrativa sobre contribuições conceituais à construção do princípio da integralidade no SUS. *Cad. Saúde Pública* 32(8):e00183415, 2016. p.1-13.
23. Brasil. Ministério da Saúde. Política Integral de Saúde da Mulher. Princípios e Diretrizes. Série C. Projetos, Programas e Relatórios. Brasília: Editora MS; 2004.
24. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.459 de 24 de julho de 2011. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a Rede Cegonha. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html
25. Brasil. Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm
26. Brasil. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos



serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm

27. Rodrigues DP *et al.* O Descumprimento Da Lei Do Acompanhante Como Agravo À Saúde Obstétrica. Texto contexto - enferm., Florianópolis, v. 26, n. 3, e5570015, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072017000300319&lng=en&nrm=iso. [Acesso em: 10 de novembro de 2019].

28. Pereira DM. Violação ao Direito à Saúde das Mulheres no parto: uma análise dos processos judiciais em obstetrícia do TJDFT sob a ótica da Violência Obstétrica. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Saúde Coletiva, do Campus Ceilândia, da Universidade de Brasília, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Saúde Coletiva. Brasília; 2015. Disponível em:
http://bdm.unb.br/bitstream/10483/12509/1/2015_DesireeMarquesPereira.pdf

29. Após recomendação do MPF, Ministério da Saúde reconhece liberdade do uso do termo violência obstétrica [online]. Procuradoria da República de São Paulo. 10.jul.2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/apos-recomendacao-do-mpf-sp-ministerio-da-saude-reconhece-liberdade-do-uso-do-termo-violencia-obstetrica>

30. Escola da Defensoria Pública do Estado do Paraná. Violência obstétrica [online]. Disponível em:
http://www.edepar.pr.def.br/arquivos/File/Cartilha/Cartilha_sobre_violencia_obstetrica.pdf

31. Distrito Federal. Lei nº 6.144, de 07 de junho de 2018. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação a mulheres grávidas e paridas sobre a política nacional de atenção obstétrica e neonatal, visando, principalmente, à proteção delas no cuidado da atenção obstétrica no Distrito Federal. Disponível em:
http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/700564f2b3214c69a7c7c7897caab258/Lei_6144_07_06_2018.html

32. Santa Catarina. Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.leisestaduais.com.br/sc/lei-ordinaria-n-17097-2017-santa-catarina-dispoe-sobre-a-implantacao-de-medidas-de-informacao-e-protecao-a-gestante-e-parturiente-contr-a-violencia-obstetrica-no-estado-de-santa-catarina>

33. João Pessoa. Lei nº 13.061 de 17 de julho de 2015. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação à gestante e à parturiente sobre a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal, visando à proteção a violência obstétrica no Município de João Pessoa. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pb/j/joao-pessoa/lei-ordinaria/2015/1306/13061/lei-ordinaria-n-13061-2015-dispoe-sobre-a-implantacao-de-medidas-de-informacao-a-gestante-e-a-parturiente-sobre-a-politica-nacional-de-atencao-obstetrica-e-neonatal-visando-a-protecao-destas-contr-a-violencia-obstetrica-no-municipio-de-joao-pessoa>



34. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.633 de 2014. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=67D125B73B98E77010A8E9C8E6CFE17C.proposicoesWebExterno2?codteor=1257785&filename=PL+7633/2014
35. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 878 de 2019. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712064&filename=PL+878/2019
36. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.867 de 2017. Dispõe sobre medidas de proteção contra a violência obstétrica e de divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1568996&filename=PL+7867/2017
37. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.589 de 2015. Dispõe sobre a criminalização da violência obstétrica. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1369606&filename=PL+2589/2015
38. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.219 de 2017. Dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1584588&filename=PL+8219/2017
39. Jiang H *et al.* Selective versus routine use of episiotomy for vaginal birth. Cochrane Database of Systematic Reviews 2017, Issue 2. Art. No.: CD000081, 2017.
40. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.693 de 2019. Institui a Política Nacional de Atendimento à Gestante. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1742946&filename=PL+2693/2019
41. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.310 de 2019. Dispõe sobre o registro de som e imagem de consultas pré-natais, trabalho de parto e parto. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1759840&filename=PL+3310/2019
42. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.635 de 2019. Garante à gestante a possibilidade de optar pelo parto cesariano, a partir da trigésima nona semana de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1766676&filename=PL+3635/2019



43. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.144 de 2016. É ético o médico atender à vontade da gestante de realizar parto cesariano, garantida a autonomia do médico, da paciente e a segurança do binômio materno fetal. Disponível em:
<https://portal.cfm.org.br/images/stories/pdf/res21442016.pdf>

44. Batista Filho M, Rissin A. A OMS e a epidemia de cesarianas. Rev. Bras. Saude Mater. Infant., Recife, v. 18, n. 1, p. 3-4, mar. 2018. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292018000100003&lng=en&nrm=iso. <http://dx.doi.org/10.1590/1806-93042018000100001>

45. Unicef. Quem espera, espera. Para cada criança. 2017. Disponível em:
https://www.unicef.org/brazil/media/3751/file/Quem_espera_espera.pdf

Submetido em: 18/10/19
Aprovado em: 03/12/19

Como citar este artigo:

Marques SB. Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 97-119.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.585>

Violência obstétrica e os direitos da parturiente: o olhar do Poder Judiciário brasileiro

Obstetric violence and the parturient's rights: the glance from the Brazilian Judiciary

Violencia obstétrica y los derechos de la parturienta: la visión del Poder Judicial brasileño

Cecília Maria Costa de Brito¹

Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira²

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa³

Resumo

Objetivo: o presente estudo investiga a violência obstétrica por meio de alguns julgados, observando a perspectiva do Judiciário brasileiro sobre o tema. **Metodologia:** trata-se de revisão de literatura, cuja pesquisa ocorreu entre junho de 2019 a janeiro de 2020. Para a contextualização e análise do problema, realizou-se levantamento bibliográfico, utilizando fontes científicas indexadas nas bases de dados Bireme, Latindex e Scielo. Os julgados analisados foram selecionados no sítio eletrônico Jusbrasil, cuja amostragem foi fruto dos resultados de busca pelo termo *violência obstétrica*. Cinco julgados foram selecionados como amostra para o desenvolvimento do artigo. **Resultados:** a violência obstétrica pode ser considerada espécie de violência de gênero, simbólica e institucional. Arraigada ao cotidiano feminino, em muitas circunstâncias, é naturalizada. Todavia, o aumento do acesso à informação, entre outros fatores, vem ocasionando mudança de postura, constatada pelo crescimento das denúncias e demandas judiciais. Contudo, do exame dos julgados foi possível identificar o desconhecimento dos magistrados sobre o tema, o que redundou, em algumas ocasiões, na mitigação de direitos pelo próprio Poder Judiciário. **Conclusão:** mesmo a despeito do debate sobre a violência contra as mulheres, a obstétrica ainda é pouco discutida e muito invisibilizada. Manifesta-se numa fase extremamente delicada, gravidez e parto, mitigando não apenas os direitos e a dignidade das parturientes, mas, igualmente, do nascituro. Ademais, a maior incidência dessa espécie de violência ainda são os ambientes hospitalares públicos, cujas usuárias, majoritariamente, são negras e pobres. **Palavras-chave:** Violência contra a mulher. Violência de gênero. Poder Judiciário. Brasil.

Abstract

Objective: the current study investigates the obstetric violence through judged cases, under the Judiciary's perspective about the theme. **Methodology:** it is a literature review study, whose research happened from June of 2019 to January of 2020. For contextualization and analysis of the problem, a bibliographic search was performed through indexed scientific sources in Bireme, Latindex, and Scielo database. The judges analyzed were selected in the

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (FESP), João Pessoa, Paraíba, Brasil. E-mail: cecilia.ballet@gmail.com.

² Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil (PPGCJ/UFPB); mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil. E-mail: anagondim30@hotmail.com.

³ Doutora e mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, Paraíba, Brasil; professora da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil. E-mail: ap_albuquerque@yahoo.com.br.

website Jusbrasil, whose sampling was made through the results of search by the term *obstetric violence*. Five cases were selected as samples to the development of the article. **Results:** obstetric violence can be considered a type of gender, symbolic, and institutional violence. As it is rooted in the feminine everyday life, in many situations, it is naturalized. However, the increasing access to information, among other facts, has been causing a change in the attitude, proved through the growth of judicial complaints and demands. However, from the examination of the judges was possible to identify the lack of knowledge from magistrates about the theme, which results, in some occasions, in the mitigation of the rights by the own Judiciary Branch. **Conclusion:** even in spite of the debate about violence against women, obstetric care is still little discussed and greatly invisibilized. It is manifested in extremely delicate phases, pregnancy and childbirth, mitigating not only the rights and dignity of parturients, but, equally, of the unborn child. Moreover, the highest incidence of this type of violence are still the environment of public hospitals, which users are, mostly, black and poor.

Keywords: Violence against women. Gender based violence. Judiciary. Brazil.

Resumen

Objetivo: el presente estudio investiga la violencia obstétrica a través de algunos jueces, observando la perspectiva del Poder Judicial brasileño sobre el tema. **Metodología:** esta es una revisión de la literatura, cuya investigación se llevó a cabo entre junio de 2019 y enero de 2020. Para la contextualización y el análisis del problema, se realizó una encuesta bibliográfica a través de fuentes científicas indexadas en las bases de datos Bireme, Latindex y Scielo. Los jueces analizados fueron seleccionados en el sitio web de Jusbrasil, cuyo muestreo se realizó a través de los resultados de búsqueda del término *violencia obstétrica*. Cinco fueron seleccionados como muestra para el desarrollo del artículo. **Resultados:** la violencia obstétrica puede considerarse un tipo de violencia de género, simbólica e institucional. Incrustado en la vida cotidiana de las mujeres, en muchas circunstancias, se naturaliza. Sin embargo, el aumento del acceso a la información, entre otros factores, ha provocado un cambio de actitud, evidenciado por el aumento de las denuncias y demandas judiciales. Sin embargo, a partir del examen de los jueces, fue posible identificar la falta de conocimiento de los magistrados sobre el tema, lo que a veces resulta en la mitigación de los derechos por parte del propio Poder Judicial. **Conclusión:** incluso a pesar del debate sobre la violencia contra las mujeres, la obstetricia todavía es poco discutida y muy invisible. Se manifiesta en una fase extremadamente delicada, el embarazo y el parto, mitigando no solo los derechos y la dignidad de las parturientas, sino también el feto. Además, la mayor incidencia de este tipo de violencia todavía se encuentra en entornos de hospitales públicos, cuyos usuarios son en su mayoría negros y pobres.

Palabras clave: Violencia contra la mujer. Violencia de género. Poder Judicial. Brasil.

Introdução

A violência contra as mulheres é fato histórico, sucedido nos mais variados contextos sociais, presentes em todas as sociedades, originária de uma cultura de dominação, cujo cerne é a inferiorização das mulheres (1), legitimada ao longo do tempo e internalizada como algo *natural* (2), inclusive pelas próprias mulheres que reproduziam/em essa violência na educação de suas filhas e na relação com outras mulheres quando da existência de vínculo

de submissão entre ambas, a exemplo das relações de trabalho doméstico. Todavia, esse processo inicia sua reversão através dos movimentos feministas que se notabilizaram ainda em meados do século XX quando da organização política das mulheres, fato que possibilitou a modificação parcial desse estado de subordinação e violência. Inegável as conquistas de alguns direitos femininos. Contudo, a violência ainda se faz impregnada no meio social.

No Brasil, os índices de violência contra as mulheres ainda são alarmantes, mesmo a despeito da vigência da Lei Maria da Penha (3) e da Lei do Feminicídio (4). Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (5) divulgou que, no ano de 2016, tramitaram no Brasil mais de um milhão de processos referentes à violência contra a mulher, o que equivale, em média, a um processo para cada 100 mulheres brasileiras. Contudo, conforme relatório, também de autoria do CNJ, publicado em agosto de 2018 (6) sobre o cadastro nacional de presos, apenas 0,96% dos apenados foram condenados em razão de violência contra a mulher.

Imperioso observar que a violência perpetrada contra o feminino nem sempre é ostensiva, exteriorizando-se pela agressão ao corpo. Em muitas ocasiões, as agressões são imperceptíveis fisicamente, manifestando-se de modo simbólico e reproduzida em todos os âmbitos da sociedade, que incorpora a visão masculina (androcêntrica) de mundo (2). Para além das espécies de violências elencadas por lei⁴, existe um tipo que cada vez mais se constata na sociedade contemporânea: a violência obstétrica.

Definida como qualquer conduta, comissiva ou omissiva, realizado por profissionais de saúde, em instituição pública ou privada que, direta ou indiretamente, leva à apropriação indevida dos processos corporais e reprodutivos das mulheres. Expressa-se em tratamento desumano, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, levando à perda da autonomia e capacidade para decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente a qualidade de vida. Para tanto, aludida agressão se consubstancia como o somatório de condutas que causam constrangimento ou danos às mulheres durante o acompanhamento pré-natal, o trabalho de parto, o parto propriamente e o pós-parto. Esse tipo de violência é caracterizado por agressões verbais, procedimentos médicos desnecessários e abusivos, lesões corporais e negação dos direitos da parturiente, dentre outros (7, 9, 10, 11, 12).

⁴ A Lei Maria da Penha, em seu art. 7º, elenca os tipos de violência contra as mulheres. (3)

No Brasil, inexistente lei que criminalize a violência obstétrica. Essa lacuna leva as mulheres a provocarem o Poder Judiciário, para que este se pronuncie e promova efetivamente algum tipo de reparação. Esta pesquisa parte da seguinte problemática: qual a posição do Poder Judiciário brasileiro sobre a violência obstétrica?

Isto posto, o objetivo deste manuscrito foi investigar a violência obstétrica por meio de alguns julgados, observando a perspectiva do Poder Judiciário sobre o tema, principalmente no que diz respeito à promoção e garantia dos direitos e da cidadania feminina.

Metodologia

Este artigo apresenta uma revisão bibliográfica sobre a violência obstétrica e a posição do Poder Judiciário brasileiro em relação a essa espécie de violência contra a mulher. Para a compreensão da problemática, inicialmente se esboçou estudo sobre os aspectos sociais e conceituais do fenômeno; em seguida, buscou-se compreender o porquê de a violência obstétrica ser categorizada como violência de gênero, violência simbólica e institucional. Por fim, visando tornar mais objetiva a reflexão proposta, foi realizado o exame de alguns julgados com vistas ao entendimento do posicionamento do Judiciário brasileiro sobre o tema em debate. Para tanto, as decisões judiciais foram selecionadas no sítio eletrônico do Jusbrasil. A amostragem foi fruto dos resultados de busca pelo termo *violência obstétrica*. Cinco julgados foram selecionados para o desenvolvimento da presente pesquisa. Imperioso destacar que os temas, ou seja, as causas das demandas judiciais se repetem.

Por conseguinte, para a contextualização e análise do problema, realizou-se um levantamento bibliográfico em fontes científicas, procedentes de livros e artigos publicados em periódicos científicos nacionais e internacionais, indexados nas bases de dados Bireme, Latindex e Scielo, assim como em legislações e outras fontes (revistas, *sites*, dentre outros) publicadas. A pesquisa foi realizada no período de junho de 2019 a janeiro de 2020 e os estudos foram selecionados a partir dos descritores *violência de gênero*, *violência obstétrica*, *violência contra mulher*, *violência obstétrica e relação médico-paciente*, *violência institucional*, dentre outros. Ao final da investigação científica, a análise foi composta de 40 referências.

Após o levantamento bibliográfico, fez-se leitura exploratória com o intento de verificar a relevância das obras consultadas para o estudo. Em seguida, realizou-se leitura seletiva

das informações, de modo a eleger elementos capazes de responder aos objetivos da pesquisa. Posteriormente, empreendeu-se a leitura analítica, com o intuito de ordenar e sistematizar as informações obtidas nas fontes de pesquisa. Por último, efetuou-se a síntese integradora do material investigado, que será apresentada em categorias de análise e dão título às seções que se seguem. No que se refere aos aspectos éticos da pesquisa, o estudo garante as citações das autorias e das fontes bibliográficas utilizadas para elaboração deste artigo.

Resultados e discussão

Violência obstétrica e seus aspectos conceituais

A violência, muitas vezes vista como um fenômeno comum pela sociedade, tem se proliferado nas mais diversas vertentes da vida social. No âmbito da saúde, especificamente na área da obstetrícia, os questionamentos inerentes aos procedimentos durante a gestação da mulher, quando estes são desrespeitosos e até mesmo violentos, deram origem ao termo violência obstétrica.

Referida violência cresce imensuravelmente e, consoante a Fundação Perseu Abramo (8), a cada quatro mulheres, uma sofre ou já sofreu violência obstétrica no Brasil. Todavia, concomitantemente ao crescimento da violência obstétrica, a luta pela humanização do parto⁵ vem ganhando espaço na busca pelo respeito e por condições dignas em fase tão importante na vida da mulher. É um fenômeno complexo e considerado um problema de saúde pública (13, 14). Guimarães, Jonas e Amaral (9) asseveram que os esforços para combater essa violência se originam, principalmente, da atuação dos movimentos sociais, capitaneados, mormente, por mulheres mães e profissionais.

Violência obstétrica é um termo utilizado para descrever diversas formas de danos causados à mulher durante a gestação, desde o acompanhamento pré-natal, passando pelo parto e o pós-parto. Considerada como uma “[...] forma de violência de gênero que implica em desrespeito aos direitos humanos e da mulher, caracteriza-se pela imposição de intervenções danosas à integridade física e psicológica das parturientes” (10, p. 128). Sob esse liame de compreensão, Sousa (11) preconiza que a violência obstétrica se caracteriza

⁵ Parto humanizado ou humanização do parto é um conjunto de práticas e condutas que propiciam um parto saudável, com base no respeito e na valorização da mulher. É iniciado na atenção básica, perpassando pelo atendimento pré-natal, o parto e o pós-parto (15).

pelo apoderamento, invasão do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, como o parto vaginal, causando a perda da autonomia feminina. Esse tipo de comportamento pela equipe médica gera impactos negativos na qualidade de vida das mulheres.

Mencionada agressão também se manifesta através: i) da negligência na assistência; ii) da discriminação social; iii) da violência verbal, a exemplo do tratamento grosseiro, das ameaças, das reprimendas, dos gritos e da humilhação intencional; iv) da violência física, incluindo a não utilização de medicação analgésica quando tecnicamente indicada; v) do abuso sexual e violência psicológica; vi) da mitigação de informação à parturiente; vii) do ato de impedir a presença de acompanhante durante o atendimento pré-natal e o parto; viii) da descontinuidade na assistência⁶ (9). Além desses, a violência obstétrica também se exterioriza com a episiotomia (corte na vulva para, supostamente, facilitar a saída do bebê); manobra de Kristeller (utilizada para agilizar a saída do bebê através de empurrões na barriga da parturiente); imobilização; posição horizontal durante o trabalho de parto; negação do direito a doula; separação do bebê da mãe nos primeiros minutos de vida; tricotomia (raspagem dos pelos pubianos); lavagem intestinal; exame de toque vaginal excessivo e por diversos profissionais; rompimento da bolsa propositalmente durante o toque (10, 12, 16, 17, 18).

Isso posto, a denominada violência obstétrica se manifesta das mais diversas formas, através de procedimentos que, na maioria das vezes, são realizados sem o conhecimento das pacientes/parturientes e sem o devido consentimento. É importante salientar que tal prática é estritamente realizada pelos profissionais de saúde, em instituições públicas ou privadas, nas quais as referidas mulheres são atendidas (10, 12, 17, 18). As definições de violência obstétrica passam por dois pontos importantes: a falta de informação e de consentimento das pacientes quanto aos procedimentos em razão do parto, pré-parto e pós-parto.

Para Pulhez (19), algumas formas de violência parecem ser mais evidentes, como agressões verbais e amarração de mulheres em macas, não havendo como negar que tais atos têm essência violenta. Todavia, outros procedimentos, ditos de rotina, não são tão facilmente reconhecidos como atos violentos, como é o caso do parto cirúrgico (cesáreas),

⁶ Em muitas ocasiões, principalmente, nos serviços públicos de saúde, a gestante não é assistida no parto pela mesma equipe que a acompanhou na rotina pré-natal.

indicado, muitas vezes, por conveniência médica. Inegavelmente, consoante aduz Nazário e Hammarstron (16), a violência obstétrica é um tipo de violência típica da contemporaneidade que abrangia três aspectos da existência humana: a vida (no sentido do nascimento); a sexualidade; e a morte (ao colocar em risco a vida da parturiente e do nascituro). Portanto, esse debate é de interesse de toda a sociedade, em razão da importância do ato de nascer.

Em junho de 2013, foi divulgado o relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), apresentado no Senado Federal, com a finalidade de investigar as situações de violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as cidadãs em situação de violência (20). Uma das providências da CPMI foi a recepção do dossiê *Parirás com Dor*, da organização não governamental Parto do Princípio (13), que denuncia a violência no parto, principalmente contra mulheres indígenas e negras. Esse tipo de violência atinge mulheres de todas as classes sociais, todavia, as mulheres pobres e negras, numa interação entre gênero, classe social e raça, são vitimadas com mais frequência, expostas a um poder institucional opressor, dominador e excludente. Somam-se a essas, as adolescentes, as mulheres com baixa escolaridade, dependentes químicas, as que vivem em situação de rua, as que não tiveram acompanhamento pré-natal, por exemplo. (14, 21). Pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo (8) corrobora a íntima ligação entre o gênero, a classe e a raça, quando o assunto é violência obstétrica, ao apontar nas estatísticas que, sendo negra, muito jovem e de baixo poder aquisitivo, as possibilidades deste tipo de violência são maiores.

Nessa lógica, a pesquisa *Nascer no Brasil* (22) constatou que, mesmo a despeito da vigência da Lei nº 11.108/2005 (23), que garante um acompanhante para a mulher durante o tempo que estiver no hospital por ocasião do parto, menos de 20% das parturientes conseguem usufruir deste direito. Apenas as mulheres com maior poder aquisitivo, com maior escolaridade, brancas e usuárias da saúde privada, que se submeteram a partos cirúrgicos, conseguem exercer seu direito plenamente. Outro indicador apresentado pelo dossiê é a sujeição das parturientes a inúmeros procedimentos desnecessários que violam direitos, no entanto, essa realidade parece ser ignorada pelos serviços e profissionais de saúde que agem como se não estivessem praticando nenhum tipo de violência. Jardim e Modena (21) esclarecem que a Organização Mundial da Saúde (OMS) já se posicionou ao

africanar que a violência obstétrica é produzida por uma cultura institucionalizada que naturaliza os atos violentos e os legitima sob o manto da assistência a partir de uma relação hierarquizada entre o médico, detentor do conhecimento técnico, e a mulher, vista não como pessoa autônoma, mas como um corpo reprodutor, cumpridor de seu papel social, apenas.

A temática gera também preocupação internacional. No segundo semestre de 2014, a OMS se pronunciou a respeito do tema, publicando declaração em seis idiomas sobre a violência obstétrica, exigindo políticas e promoção à assistência obstétrica humanizada, além de indicar a adoção de medidas governamentais no sentido de abolir o desrespeito e abuso contra as mulheres durante o parto (10).

As possíveis configurações da violência obstétrica são: violência obstétrica física, violência obstétrica psíquica e violência obstétrica sexual. A física se caracteriza pelas ações que atingem o corpo da mulher propriamente, causando dor e dano físico. São manobras como o profissional se colocar sobre o corpo da parturiente, provocando empurrões em sua barriga. Por sua vez, a violência obstétrica psicológica pode ser compreendida como a ação verbal ou o comportamento que ocasione sentimentos de inferioridade, insegurança ou abandono, com a intenção de humilhar e vulnerabilizar a parturiente. Por violência obstétrica sexual pode-se entender toda ação imposta à mulher que viole sua intimidade, deslegitime o seu senso de integridade sexual e reprodutiva, podendo atingir diretamente ou não os órgãos sexuais e partes íntimas do seu corpo, como exemplo a utilização dos toques frequentes, da episiotomia, da exposição do corpo, dentre outras situações, conforme Estumano, Melo, Rodrigues e Coelho esclarecem (24).

No Brasil inexistente legislação que defina e criminalize este tipo de violência, todavia, em países como Venezuela (7) e Argentina (25), providências legislativas já foram tomadas. Na legislação venezuelana o delito é bem caracterizado e são previstas sanções para os profissionais que descumprirem a norma, responsabilizando também civilmente quem comete o delito, assegurando à mulher e a prole total direito à reparação pelos danos causados (7, 26). Entretanto, é importante salientar o fato de faltar à legislação venezuelana maior esclarecimento sobre a necessidade de humanização da assistência ao parto e ao nascimento (27). Diante do exposto e da atual falta de respaldo legal no Brasil, no que diz respeito ao tema, é irrefutável que as mulheres têm seus direitos violados; Leite (27) sugere que o modelo ideal a ser considerado no ordenamento pátrio seria uma legislação que se inspirasse em ambos os países supracitados, aproveitando os acertos de cada um.

Interfaces da violência obstétrica

A violência obstétrica pode ser categorizada como violência de gênero, mas, igualmente, um tipo de agressão simbólica e institucional. Portanto, partindo da premissa de uma tripla faceta constitutiva, de características peculiares e, no intuito de compreender de forma mais profícua como se dá, há de se destacar o que vem a ser as três perspectivas ora mencionadas.

Inicialmente, gênero deve ser compreendido como o resultado absorvido pelo corpo sexuado dos significados culturais a partir da perspectiva binária, na qual se reflete a relação entre o sexo e o conjunto de suas representações sociais, objetivando a adequação do sexo biológico a determinado papel social (28). Essas representações se manifestam no cotidiano, através do comportamento, do vestuário, do gestual e se interiorizam desde a infância. As representações do masculino são consideradas, historicamente, como superiores e em contraposição, as do feminino, inferiores, criando uma sociedade baseada na dominação do homem sobre a mulher. O sustentáculo dessa dominação se dá através da força e da violência, manifesta de várias formas. Portanto, violência de gênero consiste em qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano, sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado (29, 30). Está intimamente arraigada nas relações de poder que são historicamente desiguais entre homens e mulheres.

Ao observar a história, é possível perceber o árduo caminho percorrido pelas pessoas vulneráveis em busca da igualdade material de direitos. Destarte, é inegável que, mesmo diante das conquistas, os reflexos de uma dura desigualdade insistam em prevalecer. Nessa vertente, a violência obstétrica pode ser classificada como violência de gênero por basear-se, fundamentalmente, no tratamento dispensado à mulher, fruto de uma construção histórica e social patriarcal, enxergando-a como objeto das ações de outrem, em uma postura sempre passiva e submissa, sem a possibilidade efetiva de manifestar livremente suas vontades e preferências.

A violência obstétrica é a exteriorização de uma sociedade que relega à mulher situação de subordinação, deslegitima sua autonomia e a considera titular de um papel reputado menor, a de reprodutora, com a dominação e fragmentação do seu corpo, negando seus direitos (21). Além dos aspectos relativos ao gênero, é possível perceber que a violência obstétrica é, também, simbólica, pois é o resultado de um processo de

internalização e naturalização. Tal espécie de violência é apresentada por Bourdieu (2) e pode ser entendida como uma forma de coação, na qual há imposição de algo que é aceito devido a crenças criadas no processo de socialização, ou seja, o indivíduo reproduz os padrões e discursos impostos pelos costumes dominantes sem questionamentos, por internalizá-los e considerá-los verdades. Nesse sentido, Rocha (31) complementa:

A violência simbólica, portanto, é uma violência que não é percebida como tal, mesmo por quem a exerce, e consiste justamente no poder de inculcar disposições duráveis, princípios de visão e de divisão de acordo com suas próprias estruturas, disposições estas que não raras vezes são assimiladas passivamente pelos juristas, tanto mais fortemente quanto mais bem inseridos estiverem no campo jurídico. (31)

Apesar de a violência obstétrica não ser tão visível quanto a violência física, não é menos perniciosa, pois atinge e causa também danos psicológicos. Pode ser compreendida como um meio mais sutil de dominação e exclusão, uma vez que a sociedade criou concepções que influenciam no processo de socialização do indivíduo, através de padrões legitimadores do discurso dos dominantes sobre os dominados. É possível, diante do exposto, traçar paralelo com relação ao índice de partos cirúrgicos (cesarianas) no Brasil. A cultura imposta sinaliza que o parto cirúrgico é mais seguro do que o parto vaginal, priorizando a praticidade em detrimento da saúde da mãe e do bebê. Esse tipo de parto, por sua vez, é uma forma de manifestação da violência simbólica, tendo em vista que, segundo a pesquisa *Nascer no Brasil* (22), 70% das mulheres desejavam parto vaginal no início da gravidez, mas ao longo do pré-natal são sugestionadas a mudar de decisão.

Um dos motivos da naturalização da violência obstétrica é a relação de hierarquização histórica entre médico e paciente, em razão daquele deter o conhecimento técnico, pois o médico impõe sua vontade de forma alheia à parturiente, em desobediência às próprias normas éticas, pois o Código de Ética Médica (32), em seu art. 31, prescreve a proibição do médico desrespeitar o direito de o paciente decidir livremente sobre as práticas diagnósticas e terapêuticas a que se submeterá, à exceção de risco de morte. Já o art. 34 deixa claro a obrigação do médico de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento/procedimento adotado.

O médico, bem como toda a equipe de profissionais da saúde, produz e reproduz as condutas abusivas, naturalizando-as e fazendo com que se transformem em uma cultura nos serviços de saúde, sejam públicos ou privados. Profissionais que deveriam acolher e promover direitos, utilizam a estrutura das instituições para mitigá-los. Retirar o véu da violência institucional é fundamental, e um dos caminhos a ser percorrido é o

reconhecimento do médico como produtor de violência, autoidentificando-se como causador de práticas violentas, não mais as banalizando e no reconhecimento da parturiente como alguém que possui direitos (20). Pode-se dizer que a negativa de direitos, agregada à uma cultura de soberania médica, resulta em um sistema de assistência ao parto caótico e desrespeitoso. Tal situação se torna ainda mais crítica quando os direitos da mulher são desrespeitados e há apatia do sistema jurídico.

Violência obstétrica na perspectiva do Poder Judiciário brasileiro

A lacuna legislativa no que diz respeito à violência obstétrica ocasiona a demanda de ações judiciais com o intuito de o Poder Judiciário proporcionar reparação aos danos causados às mulheres e, também, em muitas situações, aos bebês. Para tanto, buscou-se observar, a partir dos julgados selecionados: a unidade federativa do Poder Judiciário; o tipo de recurso; a decisão; o fundamento jurídico da sentença (como o Poder Judiciário se manifestou) e a data da decisão. Foram selecionados três julgados proferidos em 2018; um em 2019, e um em 2020.

Quadro 1. Julgados analisados no estudo

UF	Pedido	Recurso	Decisão judicial 2ª instância	Fundamento jurídico da sentença	Data da decisão
SC	Ação de indenização por danos morais em razão de sofrer violência obstétrica durante parto vaginal de alto risco.	Apelação cível	Improcedente	Fundamento do convencimento e da sentença se deu com laudo pericial, tido como fundamentado, objetivo e conclusivo e a literatura médica. Desconsiderou oitiva de testemunhas. Desconsiderado os danos físicos ao nascituro (fratura na clavícula) e os danos sofridos pela mãe (33).	25/09/2018
SP	Ação de indenização material e moral em razão de violência obstétrica e erro	Apelação cível	Improcedente	Fundamento do convencimento e da sentença se deu com laudo pericial apontando pela condução do trabalho	14/11/2018

	médico.			de parto de forma correta e usual. Ausência de nexo de causalidade entre a conduta do nosocômio e os danos materiais e morais (34)	
DF	Ação de lesão corporal culposa e homicídio culposo. Negligência médica. Asfixia perinatal grave do feto. Imperícia. Realização da manobra de Kristeller.	Apelação penal. Recorrente: Ministério Público	Improcedente	A sentença aduz que estão presentes elementos probatórios suficientes a apontar a ausência de responsabilidade das rés, restando comprovado nos autos por laudos médicos que todos os procedimentos realizados foram discutidos e supervisionados pelos <i>staffs</i> de plantão, comparecendo absolutamente corretos no que diz com as avaliações e as condutas adotadas, inviável a condenação requerida. (35)	21/06/2018
AM	Ação de indenização por danos morais. Violência obstétrica. Negligência médica. Responsabilidade civil.	Apelação cível	Improcedente	A sentença aduz que estão presentes elementos probatórios insuficientes que comprove violência obstétrica e negligência médica. A sentença se fundamenta nos prontuários médicos que não apontam intercorrência na estadia da parturiente (36).	24/04/2019
RJ	Ação de responsabilidade objetiva da administração pública por erro médico na realização de parto normal, uso de fórceps, analgesia e episiotomia configurando	Embargos Declaração em Apelação Cível	Improcedente	A decisão se fundamenta pela não existência de obscuridade em sentença. Reconhece-se o uso do fórceps (ocasionando deformidade na cabeça do nascituro) a episiotomia, a analgesia sem autorização da parturiente em parto	29/01/2020

	violência obstétrica.			vaginal que durou 43 horas, onde a equipe médica não optou por cesariana. Evidente a responsabilidade civil do ente público municipal. Mas conclui que não é suficiente o nexo de causalidade entre a atuação dos agentes públicos e os danos sofridos no parto, com base na documentação colacionada nos autos. Não ficou comprovado o erro médico (37)	
--	-----------------------	--	--	--	--

Fonte: Elaboração própria com base nos dados coletados no sítio eletrônico Jusbrasil.

Foi possível observar três demandas de ação de indenização por dano moral; uma por lesão corporal e homicídio culposos; e uma ação de responsabilidade objetiva da administração pública por erro médico. Em todos os casos, as apelações foram julgadas improcedentes e os acórdãos (sentenças de 2º grau) foram fundamentadas nos laudos periciais, produzidos por médicos, e nos documentos produzidos nos ambientes hospitalares, de autoria das equipes médicas.

Imprescindível observar que, em todos os julgados, o Poder Judiciário tem reproduzido a naturalização da violência obstétrica, ao considerar improcedentes denúncias compostas por fatos que comprovam a existência de condutas violentas, julgando-as inviáveis ou sem nexo, exemplifica-se com o julgado prolatado no início de 2020 em que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (37) reconhece a responsabilidade do hospital municipal, todavia, “conclui que não é suficiente o nexo de causalidade entre a atuação dos agentes públicos e os danos sofridos no parto, com base na documentação colacionada nos autos. Não ficou comprovada o erro médico”.

Ademais, o índice de violência é maior na rede pública do que na rede privada de saúde. Inegavelmente, a maioria da população brasileira utiliza o sistema de saúde pública e muitas dessas pessoas são hipossuficientes economicamente (8). Muitas usuárias da estrutura da saúde pública não possuem alta escolaridade, tampouco são conhecedoras de seus direitos, fatores que, somados, possibilitam a ocorrência da violência obstétrica. A falta de condição financeira, aliada ao desconhecimento de direitos, também, por si só, são

fatores mitigadores do exercício do direito ao acesso à justiça, significando dizer que a violência obstétrica está entrecortada e protegida por uma série de direitos violados ou cerceados das mulheres.

O primeiro caso (33) examinado trata de uma apelação cível de uma ação cuja autora teve parto de alto risco, todavia, o juízo se ateve como prova mais substancial os esclarecimentos do médico, olvidando a possibilidade de uma nova perícia e da oitiva das testemunhas da autora. Conforme foi possível observar no julgado, a falta de preparação acerca do assunto, ao julgar como ausência de ato ilícito uma conduta médica condizente aos atos de violência obstétrica, que produziu danos físicos ao nascituro e a mãe, cerceia o direito da mulher à justiça. Quando o juízo leva em consideração apenas o laudo pericial, ignorando o fato de o parto ser de alto risco, corrobora com a onipresença da técnica/conhecimento médico em desfavor dos relatos da parturiente, denotando o poder da ciência e a invisibilidade da mulher como sujeito na relação médico-paciente (9)

É importante observar ainda que a violência obstétrica, como violência de gênero, deve ser tratada pelo Poder Judiciário, tendo em vista os deveres assumidos pelo Estado brasileiro de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos, em especial atendendo às demandas femininas contra inúmeras formas de opressão, discriminação e exploração baseadas nas diferenças de gênero, conforme afirma Leite (27).

Configuram-se, dentre os atos constantes no processo em análise (33), a fratura na clavícula do nascituro, assim como a laceração de períneo da mãe. Tais atos decorrem da manobra de Kristeller, procedimento não recomendando pela OMS e característico de violência obstétrica. Um segundo fato a ser elucidado é a negação de analgesia para realizar o fechamento da laceração do períneo. Os traumas perineais pós-parto estão relacionados às práticas de violência obstétrica, causando não apenas traumas e sequelas físicas, mas, também, e sobretudo, psicológicas (38, 39).

Os profissionais que realizam manobra de Kristeller têm todo o conhecimento técnico disponível e sabem das consequências possíveis e prováveis do procedimento. A partir do momento que o profissional mantém a conduta sabendo dos riscos e contraindicações, aceita o resultado e assume o risco, consentindo com o dano resultante. Ao praticar uma conduta com prejuízos conhecidos, o profissional viola seu dever de cuidado, de atenção e de diligência a que está obrigado legalmente (38, 39).



No caso em questão, a criança apresenta lesão grave e permanente em membro superior após execução da manobra durante o parto, entretanto o Poder Judiciário não considerou a ligação da ação ao resultado. A manobra de Kristeller consiste num flagrante desrespeito à integridade física, indo muito além de uma violência psicológica (9, 10, 38, 39).

No julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal ainda ocorre dano mais sério em razão da manobra de Kristeller. Dá-se a morte do bebê em razão da referida manobra, ocasionando asfixia (35). Observa-se erro médico, acompanhado de violência, que culminou no óbito do nascituro. Feridos os direitos da criança, além dos direitos da mulher, o Poder Judiciário não vislumbrou comprovações de viabilidade para a condenação. Corriqueiro é a percepção dos profissionais da saúde, principalmente da área obstétrica, foi constatado que a maioria não classifica os atos como violentos e, sim, como rotineiros, sendo uma forma de manter a ordem e organização. Tal constatação remete-se a um ponto importante a ser observado: atos violentos corriqueiros que resultam na cultura do desrespeito, passada a cada nova geração, e visto como conduta adequada e inviável de condenação (21, 24, 26, 40).

Vale a pena destacar ainda que tramita no Congresso Nacional brasileiro o projeto de lei (PL) nº 7.633/2014, que dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato e dá outras providências. O projeto de lei trata também do parto humanizado e combate a prática indiscriminada de cirurgias (cesarianas), com intuito de mantê-las no patamar recomendando pela OMS, ou seja, em 15% dos casos (12). A aprovação do referido projeto de lei representa um marco na evolução das questões inerentes à violência obstétrica, inclusive na seara jurídica. Entretanto, diante da ausência de legislação específica, conforme salienta Sauia e Serra (10), não há motivos para impedir que os aplicadores do direito possam punir a prática, uma vez que a norma constitucional está fundada em princípios que devem ser aplicados em caso de omissão legislativa.

Conclusão

As questões inerentes à violência estão presentes no cotidiano e em muitas ocasiões são banalizadas. No cenário obstétrico, existe a violência, que sofre igualmente o processo de banalização e invisibilidade, principalmente por ser observada em ambiente que deve ser de acolhimento e proteção: hospitais e maternidades. A violência denominada obstétrica é,

eminentemente contra a mulher, configurando-se como violência de gênero, além de ser institucional e, por sua naturalização, igualmente, simbólica.

Como fatores da violência obstétrica destacam-se: a falta de informações em relação aos direitos das usuárias/parturientes (tanto pelas mulheres como pelas equipes médicas); a estrutura precária da maioria dos hospitais públicos; a má formação humanitária dos profissionais de saúde; a reprodução nos sistemas hospitalares dos preconceitos de gênero em razão de sociedade patriarcal e machista; a posição cultural de superioridade dos médicos. Destarte, é de extrema importância ressaltar que tais condições não se aplicam, de forma genérica a todas as camadas sociais, posto que a maioria das vítimas de violência obstétrica são mulheres pobres, negras, com baixa escolaridade, usuárias da saúde pública.

A partir da análise dos julgados, percebe-se que o Poder Judiciário brasileiro é deficiente no que se refere as decisões das questões sobre violência obstétrica. A ausência de legislação específica, somado a falta de conhecimento dos magistrados sobre o tema concorrem para o desamparo das parturientes na perspectiva mínima de proteção dos direitos fundamentais. A lacuna legislativa, a falta de conhecimento dos juízes, e as subnotificações são fatores que se comunicam e redundam em muitos indeferimentos das ações judiciais que têm por objeto a reparação da aludida violência. Essa realidade desencoraja as novas denúncias, deixando o Judiciário de exercer corretamente a sua função social, situação que coloca mulheres e crianças a mercê da violência e da indignidade humana.

Todavia, mesmo a despeito de todas as dificuldades constatadas, a violência obstétrica passa por processo de reconhecimento de sua existência pela sociedade, paulatinamente é objeto de debates e pesquisas em várias áreas do conhecimento. Entretanto, ainda se faz necessário incessante investimento em capacitação/educação com vistas a conscientização da sociedade, em seus mais variados seguimentos, como as mulheres, equipes médicas e as instituições públicas (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensorias Públicas, Secretarias de Segurança) de modo que possam enfrentar esses casos em toda sua complexidade, para prevenir aludida violência, dando a temática a importância e o tratamento adequados, promovendo o respeito aos direitos femininos.



Referências

1. Oliveira ACGA, Costa MJS, Sousa ESS. Femicídio e violência de gênero: aspectos sociojurídicos. *Revista Tem@*. Campina Grande. 2015, 16 (24/25): 21-43. Disponível em: <https://www.revistatema.facisa.edu.br>. [Acesso em 05 abr. 2019].
2. Bourdieu P. *A dominação masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
3. Brasil. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 08.08.2006
4. Brasil. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 10.03.2015
5. Conselho Nacional de Justiça. CNJ publica dados sobre violência contra a mulher no judiciário, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85640-cnj-publica-dados-sobre-violencia-contra-a-mulher-no-judiciario> [Acesso: 17 abr. 2019].
6. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Monitoramento de Presos (BNMP 2.0), 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira> [Acesso: 01 set. 2018].
7. Venezuela. La Asamblea Nacional. Ley Organica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. 23 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/11.-Ley-Org%C3%A1nica-sobre-el-Derecho-de-las-Mujeres-a-una-Vida-Libre-de-Violencia.pdf>. [Acesso em 29 set. 2018].
8. Fundação Perseu Abramo. *Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado (pesquisa)*, 2010. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/2013/03/25/violencia-no-parto-na-hora-de-fazer-nao-gritou/>. [Acesso em 29 abr. 2019].
9. Guimarães LBE, Jonas E, Amaral LROG. Violência obstétrica em maternidades públicas do Estado do Tocantins. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis; 2018, 26 (1): 1-11. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/43278/36301>. [Acesso em 14 abr. 2019].
10. Sauaia ASS, Serra MCM. Uma dor além do parto: violência obstétrica em foco. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*. Brasília; 2016, 2 (1): 128-147. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/1076/0>. [Acesso em 02 maio 2019].



11. Sousa V. Violência obstétrica: nota técnica: considerações sobre a violação de direitos humanos das mulheres no parto: puerpério e abortamento. São Paulo: Artemis, 2015.
12. Zanardo GLP, Uribe MC, Nadal AHR, Habigzang LF. Violência Obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa. *Psicologia & Sociedade*. Belo Horizonte. 2017, 29: 1-11. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v29/1807-0310-psoc-29-e155043.pdf>. [Acesso em 10 abr. 2019].
13. Rede Parto do Princípio. Dossiê Parirás com dor. 2012. Disponível em <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. [Acesso em 20 set. 2018].
14. Diniz SG, Salgado HO, Andrezzo HFA, Carvalho PGC, Carvalho PCA, Aguiar CA, Niy DY. Abuse and disrespect in childbirth care as a public health issue in Brazil: origins, definitions, impacts on maternal health, and proposals for its prevention. *Journal of Human Growth and Development*. São Paulo: 2015, 25 (3): 377-384. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/106080/106629>. [Acesso em 16 abr. 2019].
15. Posati AB, Prates LA, Cremonese L, Scarton L, Alves CN, Ressel LB. Humanização do parto: significados e percepções de enfermeiras. *Escola Anna Nery*. 2017; 21(4): 1-6. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ean/v21n4/pt_1414-8145-ean-2177-9465-EAN-2016-0366.pdf. [Acesso em 20 abr. 2019].
16. Nazário L, Hammarstron FFB. Os direitos da parturiente no caso de violência obstétrica. XVII Seminário Internacional de Educação no Mercosul. Cruz Alta, RS: UNICRUZ, 2015. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2015>. [Acesso em 30 maio 2019].
17. Pereira JS, Silva JCO, Borges NA, Ribeiro MMG, Aurek LJ, Souza JHK. Violência obstétrica: ofensa a dignidade humana. *Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research*. Ouro Preto. 2016; 15 (1): 103-108. Disponível em: http://www.mastereditora.com.br/periodico/20160604_094136.pdf. [Acesso em 16 abr. 2019].
18. Tesser CD, Knobel R, Andrezzo HFA, Diniz SG. Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. *Revista Brasileira de Medicina da Família e Comunidade*. Rio de Janeiro. 2015; 10 (35): 1-12. Disponível em: <https://www.rbmf.org.br/rbmfc/article/view/1013>. [Acesso em 22 abr. 2019].
19. Pulhez MM. A violência obstétrica e as disputas em torno dos direitos sexuais e reprodutivos. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10. Florianópolis, 2013. Disponível em: <http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais>. [Acesso: 30 maio 2019].
20. Senado. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>. [Acesso em 29 set. 2018].



21. Jardim DMB, Modena CM. A violência obstétrica no cotidiano assistencial e suas características. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*. Ribeirão Preto. 2018, 26: 1-12. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v26/pt_0104-1169-rlae-26-e3069.pdf. [Acesso em 16 abr. 2019].
22. Leal MC, coordenadora. *Nascer no Brasil*. Inquérito Nacional sobre parto e nascimento, 2014. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portalenp/informe/site/arquivos/anexos/nascerweb.pdf>. [Acesso em 30 abr. 2019].
23. Brasil. Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 08.04.2005.
24. Estumano VKC, Melo LGS, Rodrigues PB, Coelho ACR. Violência obstétrica no Brasil: casos cada vez mais frequentes. *Revista Recien. Revista Científica de Enfermagem*. São Paulo. 2017; 7 (19): 83-91. Disponível em: <https://www.recien.com.br/index.php/Recien/article/view/185>. [Acesso em 16 abr. 2019].
25. Argentina. Ley 26.485 de 11 de março de 2009. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres em los âmbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/ley_de_proteccion_integral_de_mujeres_argentina.pdf. [Acesso em 29 set. 2018].
26. Rede Parto do Princípio. Fórum de Mulheres do Espírito Santo. Violência obstétrica é violência contra a mulher. São Paulo/Espírito Santo, 2014. Disponível em: <http://www.sentidosdonascer.org/wordpress/wp-content/themes/sentidos-do-nascer/assets/pdf/controversias/Violencia-obstetrica-e-violencia-contra-a-mulher.pdf>. [Acesso em 16 abr. 2019].
27. Leite JC. Abordagem jurídica da violência obstétrica. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016. Disponível em: <http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-23052017-165756/?&lang=br>. [Acesso em 20 abr. 2019].
28. Butler JP. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Trad. Renato Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
29. Morera JAC, Espíndola D, Carvalho JB, Moreira AR, Padilha MI. Violência de gênero: um olhar histórico. *Hist. Enf. Rev. Eletr. Curitiba*. 2014; 5 (1): 54-66. Disponível em: <http://www.abennacional.org.br/centrodememoria/here/vol5num1artigo5.pdf>. [Acesso em 10 abr. 2019].
30. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra Violência*. Belém do Pará, 9 de junho de 1994.



31. Rocha AFO. Violência simbólica: o controle social na forma da lei. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.
32. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_5.asp. [Acesso em 30 abr. 2019].
33. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. 10223977020138240023 SC 1022397-70.2013.8.24.0023. Relator: Pedro Manoel Abreu, DJ: 25/09/2018. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631032152/apelacao-civel-ac-10223977020138240023-capital-1022397-7020138240023/inteiro-teor-631032236>. [Acesso em 22 maio 2019].
34. Tribunal de Justiça de São Paulo. 9ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 10005322620158260100 SP 1000532-26.2015.8.26.0100. Relator: Edson Luiz de Queiróz, Data de Julgamento: 14/11/2018. Data de Publicação: 14/11/2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/587597967/1585164020088260002-sp-0158516-4020088260002/inteiro-teor-587597984?ref=juris-tabs>. [Acesso em 20 maio. 2019].
35. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº 20160111065154 DF 0030204-96.2016.8.07001. Relator: Mário Machado, DJ:21/06/2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/597191714/20160111065154-df-0030204-9620168070001?ref=serp>. [Acesso em 22 abr. 2019].
36. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 062088658.2015.8040001 AM. Relator: Airton Luís Corrêa Gentil. Data do julgamento: 24/04/2019. Data de publicação: 29/04/2019. Disponível em: <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713045015/apelacao-civel-ac-6208865820158040001-am-0620886-5820158040001/inteiro-teor-713045045?ref=juris-tabs>. [Acesso em 15 fev.2020].
37. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 20ª Câmara Cível. Embargos de Declaração da Apelação Cível nº 008034955.8.19.0001 RJ. Relatora Maria Inês da Silva Gaspar. Data do julgamento: 29/01/2020. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/805133182/apelacao-apl-803495520188190001/inteiro-teor-805133186?ref=serp>. [Acesso em 15 fev. 2020].
38. Costa ML, Pinheiro NM, Santos LFP, Costa SAA, Fernandes AMG. Episiotomia no parto normal: incidência e complicações. *Carpem Diem. Natal.* 2015; 13 (1): 173-187. Disponível em: <https://periodicos.unifacex.com.br/Revista/article/view/655/pdf>. [Acesso em 03 mar. 2019].
39. Carvalho CCMS, Souza ASR, Morais Filho OB. Episiotomia seletiva: avanços baseados em evidências. *Femina.* 2010; 38 (5): 265-270. Disponível em: <http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=Ink&exprSearch=546439&indexSearch=ID>. [Acesso em 22 fev. 2019].
40. Brandt GP, Souza SJP, Migoto MT, Weigert SP. Violência obstétrica: a verdadeira dor do parto. *Revista Gestão e Saúde. Rio Grande do Sul.* 2018; 19 (1): 19-37. Disponível em:



<http://www.herrero.com.br/files/revista/file2a3ed78d60260c2a5bedb38362615527.pdf>.
[Acesso em 28 abr. 2019].

Submetido em: 07/11/19
Aprovado em: 10/01/20

Como citar este artigo:

Brito CMC, Oliveira ACGA, Costa APCA. Violência obstétrica e os direitos da parturiente: o olhar do Poder Judiciário brasileiro. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 120-140.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.604>



A era digital na Antropologia Forense

A digital age in Forensic Anthropology

Una era digital en Antropología Forense

Catarina Coelho¹

Resumo

Introdução: a produção de dados 3D tem-se revelado uma ferramenta útil na investigação e aplicação nas Ciências Forenses, contudo os avanços tecnológicos nem sempre são acompanhados pela legislação e comités de ética. **Objetivo:** aprofundar o tema do ponto de vista da Antropologia Forense. **Metodologia:** revisão bibliográfica sumária e consulta ao sistema jurídico português. **Resultados:** observa-se um vazio legislativo e uma ausência de normas éticas sobre a produção de dados 3D. **Conclusão:** é essencial que a revolução tecnológica seja acompanhada por um sistema jurídico adequado e comissões de ética estruturadas para uma evolução sustentável da Ciência.

Palavras-chave: Antropologia Forense. Ciência de dados. Sistema de justiça. Ética.

Abstract

Introduction: the 3D data production has proven to be a useful tool for Forensic Sciences, however technological advances are not always accompanied by updates of the Legislation and Ethics Committees. **Objective:** to develop the discussion on the subject from the point of view of Forensic Anthropology. **Methodology:** a summary review of the literature and consultation of the Portuguese legal system. **Results:** it is observable a legislative void and an absence of ethical norms about the 3D data production. **Conclusion:** it is essential that the technological revolution is followed by an adequate legal system and structured ethics committees for a sustainable evolution of Science.

Keywords: Forensic Anthropology. Data science. Justice administration system. Ethics.

Resumen

Introducción: la producción de datos 3D ha demostrado ser una herramienta útil en la investigación y aplicación en Ciencias Forenses, sin embargo, los avances tecnológicos no siempre van acompañados de Comités de Legislación y Ética. **Objetivo:** profundizar el tema desde el punto de vista de la Antropología Forense. **Metodología:** revisión bibliográfica resumida y consulta del sistema legal portugués. **Resultados:** hay un vacío legislativo y una ausencia de estándares éticos con respecto a la producción de datos 3D. **Conclusión:** es esencial que la revolución tecnológica vaya acompañada de un sistema legal adecuado y comisiones de ética estructuradas para una evolución sostenible de la Ciencia.

Palabras clave: Antropología Forense. Ciencia de los datos. Sistema de justicia. Ética.

¹ Doutoranda em Antropologia Forense, financiamento pela FCT com referência de bolsa SFRH/BD/129826/2017, Universidade de Coimbra, Portugal; membro do *Center for Functional Ecology* (UID/BIA/04004/2019). <http://orcid.org/0000-0001-7338-4955>. E-mail: coelho.catarina.rs@gmail.com

Introdução

A Antropologia Forense é um dos ramos das ciências forenses utilizado ao serviço da justiça. O contributo dessa área assume grande importância, tendo como principais objetivos a identificação de desconhecidos; auxiliar o patologista na determinação da causa e da circunstância da morte; e proceder à estimativa do tempo decorrido desde a morte (1).

Quando a identificação de um indivíduo está comprometida, geralmente pelo avançado estado de decomposição do cadáver, o antropólogo forense pode, através da análise do esqueleto, construir o perfil biológico e procurar fatores de individualização que permitam chegar a uma identificação positiva (2).

O contributo da Antropologia Forense tem reflexos no âmbito legal com as inerentes consequências jurídicas, como por exemplo, efeitos sucessórios, adoção de crianças órfãs ou a investigação de homicídios, que só pode ter início após emissão de um certificado de óbito subscrito pelo patologista, conforme artigo 14.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto (3), e após a identificação dos restos humanos (4, 5). A identificação de restos humanos é um ato de extrema importância e que se encontra consagrada no artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa: “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal [...]” (6), e uma das características da identidade pessoal é o seu nome, que se encontra também descrito como direito no artigo 72º do Código Civil Português (7).

É de referir que, segundo o 68.º artigo do Código Civil (7), após a morte cessa a personalidade jurídica (8). Contudo, no 71.º artigo do Código Civil pode ler-se: “Os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respetivo titular.” (7), dessa forma, entende-se que mesmo após a morte existe um estatuto especial para o defunto (8) e, portanto, a sua identificação é essencial. No que respeita a questões éticas e humanitárias, os familiares e amigos também necessitam que o seu ente querido seja identificado para que possam realizar as cerimónias fúnebres e iniciar o luto (5).

Após a identificação dos restos cadavéricos desconhecidos, o antropólogo forense pode auxiliar o patologista, na estimativa do tempo decorrido desde a morte, também conhecido por intervalo *post mortem*. Uma estimativa correta do intervalo *post mortem* auxilia na interpretação dos eventos que ocorreram em torno da morte e coadjuva a determinar a pertinência forense dos restos humanos encontrados (9). De acordo com o Código Penal Português (10), o procedimento criminal extingue-se, por efeito de prescrição, logo que tiverem decorrido 15 anos sobre a prática do crime, quando se trata de crimes puníveis com

pena de prisão cujo limite máximo for superior a 10 anos, como é o caso de homicídio, conforme os artigos 118º e 131.º do Código Penal da redação dada pela Lei n.º 44/2018, de 9 de agosto. Portanto, de acordo com a lei portuguesa, um caso só tem enquadramento forense se a morte ocorreu até há 15 anos.

A investigação no âmbito da Antropologia Forense é essencial. O famoso caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, de 1993, é determinante no que diz respeito à produção de prova pericial (11). Esse caso reporta-se a uma ação apresentada por uma mulher que, durante as suas duas gravidezes, ingeriu medicamentos para o enjoo produzidos pela Merrel Dow e os seus dois filhos apresentavam deformidades congénitas. Segundo o perito contratado pela farmacêutica Merrel Down, o medicamento em causa não estava na origem dessas deformidades. Contudo, a farmacêutica Daubert apresentou um estudo não publicado sobre a administração desse mesmo fármaco a ratos cujas crias apresentaram deformidades (11). Após esse mediático caso, o Supremo Tribunal dos EUA decretou que todos os métodos empregues numa perícia forense têm de ser testados, avaliados pelos pares e publicados em revistas científicas (11). Ademais, o erro associado ao método tem de ser quantificável, o registo do método tem de ser padronizado e o método tem de ser aceite pela comunidade científica (11). Ora, ainda que no caso português os peritos não possam ser contratados pelas partes e, portanto, apresentam-se como uma *autoridade pública* isenta no processo judicial (12), contudo, as recomendações do Supremo Tribunal dos EUA são seguidas na aplicação dos métodos por parte da Antropologia Forense (1). Dessa forma, é essencial haver coleções osteológicas modernas para o desenvolvimento de métodos e também para testar os já desenvolvidos com objetivo de avaliar a precisão e reprodutibilidade dos mesmos (13).

Em Portugal existe, entre outras coleções identificadas, a Coleção de Esqueletos Identificados Século XXI (CEI/XXI), que se encontra no Laboratório de Antropologia Forense da Universidade de Coimbra. Essa coleção foi resultado de protocolo realizado entre o cemitério dos Capuchos em Santarém e o antigo Departamento de Antropologia, atualmente denominado Departamento de Ciências da Vida da Universidade de Coimbra, celebrado em 2009. Esse protocolo prevê a doação dos esqueletos de indivíduos que não fossem objeto de reclamação por parte das respetivas famílias após a exumação (14).

Nos termos do regime jurídico da remoção, transporte, inumação, exumação, transladação e cremação de cadáveres, conforme Decreto-Lei (DL) n.º 411/98, de 30 de dezembro de 1998, na redação dada pela Lei n.º 14/2016, de 09/06 (15):

Decorridos três anos após a inumação de um cadáver em sepultura temporária, ou quando findaram os processos de decomposição, procede-se à exumação do esqueleto. (15)

Após a exumação, as ossadas podem ser trasladadas para um ossário, ou podem ser cremadas. Para esse efeito, os familiares são notificados sobre a data da exumação, podendo estar presentes ou não, tendo, no entanto, que informar o cemitério sobre qual é o final a dar aos restos ósseos. Caso os familiares não se pronunciem sobre o destino a dar aos restos esqueléticos, serão considerados abandonados e passam a ser responsabilidade do cemitério. A celebração do protocolo entre o Cemitério dos Capuchos em Santarém e a Universidade de Coimbra traduziu-se numa solução vantajosa, quer em termos autárquicos, no que a gestão espacial diz respeito, mas sobretudo no desenvolvimento da investigação em Antropologia Forense.

A CEI/XXI é composta por indivíduos adultos que morreram maioritariamente neste século, onde a idade, a morte, a data da inumação e o sexo são conhecidos, sendo uma coleção que reflete o perfil de mortalidade atual da população portuguesa (14) e que tem um enorme potencial no âmbito da Antropologia Forense.

Em Portugal, além dessa coleção osteológica existem também as Coleções Osteológicas Identificadas da Universidade de Coimbra e a Coleção Luís Lopes, em Lisboa, tal como a coleção de Esqueletos Identificados de Évora, que são coleções de referência usadas pela Antropologia Biológica e Paleopatologia. Essa tradição de criação de coleções de esqueletos identificadas é muito antiga, existindo coleções osteológicas em todo o mundo, como é possível verificar ao consultar o mapa criado pela *Forensic Anthropology Society of Europe*² sobre as diferentes localizações de coleções osteológicas.

O objetivo deste artigo é aprofundar o assunto do ponto de vista da Antropologia Forense, através de uma revisão bibliográfica sumária e da consulta ao sistema jurídico português.

Tendo em consideração que os avanços tecnológicos podem ser utilizados em prol da justiça, é necessário que sejam alvo de escrutínio pelo sistema legislativo e ético, o que,

² <http://forensicanthropology.eu/osteological-collections/>

regra geral, não acompanha os avanços das técnicas. Para auxiliar nessa reflexão, no que concerne à Antropologia Forense, far-se-á uma revisão bibliográfica dos avanços tecnológicos do saber nessa área e na produção de dados 3D, procurando o possível enquadramento legal e ético no sistema judicial português.

A imagiologia na Antropologia Forense

A imagiologia aplicada às ciências forenses tem sido uma área de investigação que está em desenvolvimento acelerado. As técnicas de radiologia e imagiologia forense têm-se mostrado replicáveis, precisas e uma mais valia como fonte de informação no caso da investigação de mortes em contexto médico-legal (16). As imagens radiológicas também têm sido muito importantes na estimativa de alguns dos parâmetros do perfil biológico, no reconhecimento dos fatores individualizantes, que são de extrema importância na identificação, e também no auxílio da estimativa da idade em indivíduos vivos (16). Além disso, os métodos desenvolvidos para ser aplicados ao osso começam também a ser testados para avaliar se poderão ser utilizados em imagens, existindo já estudos que validaram alguns desses métodos (17).

A Antropologia virtual tem vindo a permitir não só a validação de métodos, mas também a possibilidade de se desenvolverem estudos longitudinais com pessoas vivas. No entanto, para que tal ocorra, é necessário a verificação de todos os procedimentos legais na realização da investigação, nomeadamente a solicitação de parecer a comissões de ética, conforme DL n.º 80/2018 (18). Esse diploma tem por objetivo a “salvaguarda dos padrões de ética no âmbito das ciências da vida, por forma a proteger e garantir a dignidade e integridade humanas” em estudos com indivíduos vivos. Esses estudos são muito importantes, uma vez que as condições de saúde e nutrição melhoraram, tendo um consequente impacto no desenvolvimento esquelético (19). Eles permitem monitorizar, de forma não invasiva, as alterações que ocorrem a nível ósseo e melhorar os métodos já desenvolvidos, como, a título de exemplo, os usados na estimativa da idade à morte (17).

Outro grande marco do progresso dos métodos imagiológicos, aliados à medicina forense, é a utilização da virtópsia como método de auxílio na identificação da causa e da circunstância da morte (20, 21). A virtópsia – também conhecida por necrópsia virtual, um termo corrente no Brasil – permite a análise ao hábito interno do indivíduo de forma não invasiva, o que, em cenários como desastres de massa ou crenças religiosas contrárias à

abertura do corpo, pode ser uma mais-valia, encontrando-se um equilíbrio entre a aplicação da lei e o respeito pela orientação religiosa em causa (20).

No caso português, de acordo com o Regime Jurídico das Perícias Médico Legais e Forenses – Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto – o artigo 18.º (3) enquadra as situações nas quais são realizadas as autópsias médico-legais. Assim:

1. A autópsia médico-legal tem lugar em situações de morte violenta ou de causa ignorada, salvo se existirem informações clínicas suficientes que associadas aos demais elementos permitam concluir, com segurança, pela inexistência de suspeita de crime, admitindo-se, neste caso, a possibilidade de dispensa de autópsia.
2. Tal dispensa nunca se poderá verificar em situações de morte violenta atribuível a acidente de trabalho ou acidente de viação dos quais tenha resultado a morte imediata. (3)

Nalguns grupos religiosos, como é o caso dos judeus e muçulmanos, colocam-se algumas das questões associadas à realização da autópsia, como se verá adiante. Contudo, a determinação judicial sobrepõe-se sempre às crenças e vontade da família. Com a virtúpsia, essas questões sensíveis podem facilmente ser ultrapassadas (20). No contexto português, esses grupos não têm uma expressão significativa, mas em todo o mundo ocorrem situações em que a família e a sociedade se opõem à realização da autópsia, com a justificação de que sujeitará o corpo do(a) falecido(a) à profanação (20). A relutância da permissão dessa prática está intimamente relacionada com as crenças religiosas e os rituais fúnebres associados. A utilização do termo *profanação de cadáver* não pode ser equiparado ao que se encontra estabelecido no DL nº 48/95, artigo 254º do Código Penal (10), que considera a profanação de cadáver ou de lugar fúnebre:

- 1 - Quem:
 - a) Sem autorização de quem de direito, subtrair, destruir ou ocultar cadáver ou parte dele, ou cinzas de pessoa falecida;
 - b) Profanar cadáver ou parte dele, ou cinzas de pessoa falecida, praticando actos ofensivos do respeito devido aos mortos; ou
 - c) Profanar lugar onde repousa pessoa falecida ou monumento aí erigido em sua memória, praticando actos ofensivos do respeito devido aos mortos;é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.
- 2 - A tentativa é punível. (10)

As coleções digitais

Nas últimas duas décadas, o desenvolvimento de métodos de visualização e análise de peças ósseas através de técnicas de imagiologia transformou o estudo dos organismos

(22). Na Antropologia, a aplicação de técnicas imagiológicas, designadamente raio-X e a tomografia computadorizada (TC), o laser, a luz estruturada, e a fotogrametria, revolucionaram o estudo da morfologia dos espécimes (22). Essas novas abordagens aumentaram exponencialmente o acesso a informação detalhada.

A UNESCO definiu “a digitalização é a criação de um objeto digital, análogo a um original através de um scanner, máquina fotográfica ou um equipamento elétrico.” (23)

A tomografia computadorizada utiliza o raio-X, localizado numa ampola que se desloca ao longo do organismo e permite a obtenção de dados computadorizados tridimensionais, sendo dessa forma possível avaliar secções ou cortes de áreas específicas do corpo (21). A vantagem em comparação à radiografia convencional é a possibilidade de ter uma imagem com volume e criar um modelo 3D dessas imagens. A sua grande desvantagem são os perigos das radiações ionizantes (21), mas que não se aplicam no caso de aquisição de imagens em esqueletos. A aplicação dessa técnica imagiológica a um crânio, por exemplo, apresenta vantagens no que diz respeito aos dados que se conseguem obter. Se a estrutura óssea estiver bem preservada e completa não é possível observar as estruturas internas da mesma, mas com recurso TC é possível ter acesso às estruturas internas e criar até modelos 3D dos mesmos (22).

Os equipamentos de luz estruturada, fotogrametria e laser permitem igualmente a criação de modelos 3D, mas não é possível aceder às estruturas internas como no caso da TC.

A criação de modelos 3D permitiu o desenvolvimento de novas técnicas de análise através da geometria morfométrica, que podem ser mais informativas do que os métodos clássicos (24). As investigações que decorrem em modelos 3D permitem concluir que essa abordagem é promissora na avaliação do esqueleto humano, uma vez que as análises realizadas envolvem decisões menos subjetivas e mais precisas, o que é fulcral no contexto da Antropologia Forense à luz das regras de *Daubert* (24, 25).

Com o aparecimento dos modelos 3D, outras vantagens podem ser elencadas, como a manutenção da preservação do material e o aumento e facilidade da partilha de informação na comunidade científica.

A digitalização de ossos humanos permite que as investigações ocorram sem a necessidade de interação com o material. Na perspetiva dos curadores de coleções osteológicas, é uma grande vantagem, uma vez que todas as investigações que decorrem

com uma coleção contribuem para a degradação da mesma, pondo em causa a preservação da coleção osteológica (22, 23).

Outra das grandes vantagens é a partilha dos modelos 3D entre investigadores, tornando a investigação mais económica e rápida, uma vez que não seria necessário deslocar-se ao local onde se encontra a coleção (22, 23). Contudo, a partilha dos dados recolhidos pelos investigadores não se está a verificar (22).

As novas políticas de Ciência Aberta são cada vez mais uma constante na agenda da investigação científica. A maioria dos financiadores de projetos têm implementado, quer a nível internacional ou mesmo nacional – e no caso português a Fundação para a Ciência e Tecnologia –, normas sobre partilha dos dados (26). A regulamentação sobre a partilha varia entre a disponibilização dos dados em repositórios institucionais ou disponibilizados nos museus ou universidades, onde os dados foram recolhidos; as partilhas condicionadas sob solicitação dos dados aos investigadores que os recolheram; ou mesmo a não existência de qualquer obrigatoriedade da partilha de dados (26). Contudo, a ausência de normalização de partilha de dados mostra como essa questão ainda não se encontra bem resolvida (22).

Os investigadores contestam essa política por não ser clara e porque, muitas vezes, os dados publicados fazem parte de investigação de maiores dimensões que não se encontra terminada (22). Outra questão de elevada pertinência refere-se aos direitos de autor sobre aquisição de dados. Por exemplo, um investigador propõe-se a digitalizar uma coleção osteológica e é-lhe conferida a autorização, mas após o estudo, os modelos 3D têm de ser entregues segundo as regras da coleção. Outras investigações podem-se realizar com esses mesmos modelos cuja aquisição foi feita pelo primeiro investigador, mas não existe qualquer regulamentação sobre a autoria das digitalizações.

Analisando o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, DL n.º 100/2017, de 23/08 (27), os modelos 3D mesmo não estando enunciados podem ser enquadrados no 1º artigo:

1 - Consideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo-se nessa proteção os direitos dos respetivos autores. (27)

No Artigo 13.º pode ler-se:

Aquele que subsidie ou financie por qualquer forma, total ou parcialmente, a preparação, conclusão, divulgação ou publicação de uma obra não adquire

por esse facto sobre esta, salvo convenção escrita em contrário, qualquer dos poderes incluídos no direito de autor.” Segundo este artigo, os dados só podem ser considerados pertença da instituição quando existe uma convenção escrita, mesmo nos projetos financiados por agências de investimento para a investigação. (27)

No Artigo 14.º deste mesmo código é possível ler-se:

2 - Na falta de convenção, presume-se que a titularidade do direito de autor relativo a obra feita por conta de outrem pertence ao seu criador intelectual. (27)

Pode-se usar a mesma analogia para os autores que fazem a aquisição dos modelos.

A disponibilização dos dados encontra-se protegida pelo artigo 35.º, sobre obra publicada ou divulgada em partes (27):

1 - Se as diferentes partes, volumes ou episódios de uma obra não forem publicados ou divulgados simultaneamente, os prazos de proteção legal contam-se separadamente para cada parte, volume ou episódio.

Esse parece o artigo mais pertinente para enquadrar a partilha de dados, que só deve ser obrigatória após toda a investigação se encontrar concluída.

A questão dos direitos de autor ainda não reúne consenso entre investigadores, curadores de coleções, instituições de ensino público e agências de financiamento de investigação (22). É expectável que, quando houver uma regulamentação uniforme sobre a partilha de dados, se irá perceber o verdadeiro potencial dos modelos 3D na era de dados abertos.

Os modelos 3D não se encerram nessa problemática, após a aquisição e tratamento das imagens 3D é possível fazer a impressão dos modelos com equipamentos adequados, que cada vez mais estão atingíveis porque os seus custos têm vindo a diminuir substancialmente. Posto isto, um modelo que detém informações muito detalhadas pode ser analisado e manuseado tal como o espécime que lhe deu origem.

A impressão de modelos 3D e a ética

A integração de modelos 3D no ensino da anatomia e osteologia tem-se mostrado uma ótima forma de aplicação dessa tecnologia. Sendo cada vez mais um cenário possível encontrar nas aulas de anatomia partes de cadáveres ou peças ósseas que são réplicas 3D. Contudo, é essencial encontrar o enquadramento legal das réplicas, uma vez que há autores que defendem que os “modelos 3D podem ser definidos como os dados que representam

restos humanos em formato digital” (23). Sendo os modelos 3D reproduções do cadáver, não lhe podem ser equiparados para a aplicação do artigo 20.º do DL n.º 274/99, de 22 de julho (28):

Quem, para os fins previstos no artigo 1.º, comercializar cadáver ou partes dele, ou peças, tecidos ou órgãos, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos.

Contudo, a reprodução de modelos 3D e a sua comercialização podem ter aplicação análoga ao artigo 199.º do DL n.º 48/95, de 15 de março (10), no que se refere às gravações e fotografias ilícitas. Há dois tipos de crime: a recolha de imagens de forma ilícita e a sua divulgação. Segundo o acordo de 29 de maio de 2012 do Tribunal da Relação, o direito à imagem:

Trata-se de um bem jurídico eminentemente pessoal com a estrutura de uma liberdade fundamental e que reconhece à pessoa o domínio exclusivo sobre a sua própria imagem. (29)

E sendo as réplicas 3D tão precisas, deve-se prevenir a questão da identificação através dos traços fisiológicos. Uma vez que essas técnicas têm alta precisão pode-se entrar em incumprimento com artigo 8.º do DL n.º 274/99, de 22 de julho, que regula a dissecação de cadáveres (28):

4 - Os dados podem ser utilizados para fins de ensino, elaboração de trabalhos de investigação científica e recolha de dados estatísticos, desde que não sejam identificáveis as pessoas a que respeitam.

Prevê-se um claro benefício da utilização de réplicas de cadáveres ou partes do mesmo em escolas médicas onde não existam programas de doadores de cadáveres, uma vez que podem ter acesso a esse tipo de recursos para o ensino (30). Podendo essa nova abordagem ser a resposta para:

[...] a carência de material humano para fins de ensino e investigação constitui uma realidade preocupante cuja dimensão tem aumentado drasticamente ao longo das últimas décadas, com substanciais e inevitáveis reflexos negativos no progresso das ciências da saúde e na formação dos profissionais desta área.

A dissecação de cadáveres e a sua utilização para fins de ensino e de investigação científica assume efetivamente um papel essencial e insubstituível na didática das ciências da saúde, revestindo-se de incontestável importância no âmbito da formação geral e especializada dos profissionais da saúde e na evolução do conhecimento nesta área do saber. Tal prática, ao possibilitar um melhor conhecimento do organismo humano, a

compreensão dos fenômenos patológicos e o aperfeiçoamento de métodos de diagnóstico e terapêutica, habilitará melhor o profissional a cuidar dos vivos, configurando-se como garantia da qualidade dos atos médicos e cirúrgicos e do seu aperfeiçoamento contínuo. Permitirá, ainda, que no estudante se desenvolva um processo educativo no âmbito de valores, de atitudes e de comportamentos essenciais para que o futuro profissional da saúde assuma na plenitude a sua missão, contribuindo em última análise para a promoção do bem-estar dos indivíduos e da sociedade em geral. (28).

No artigo 3.º do DL n.º 274/99, de 22 de julho (28), encontram-se identificados os atos permitidos, no que diz respeito à utilização de cadáveres:

- 1 - É permitida a realização dos atos previstos no artigo 1.º quando a pessoa falecida tenha expressamente declarado em vida a vontade de que o seu cadáver seja utilizado para fins de ensino e de investigação científica. Esta declaração de vontade é revogável, a todo o tempo, pelo próprio.
- 2 - Fora dos casos previstos no número anterior, é permitida a dissecação de cadáveres ou de partes deles, para os fins previstos no artigo 1.º, desde que:
 - a) A pessoa não tenha manifestado em vida, junto do Ministério da Saúde, a sua oposição; e
 - b) A entrega do corpo não seja, por qualquer forma, reclamada no prazo de vinte e quatro horas, após a tomada de conhecimento do óbito, pelas pessoas referidas no artigo 4.º, n.º 1.
- 3 - É, ainda, permitida a extração de peças, tecidos ou órgãos, para os fins previstos no artigo 1.º, desde que a pessoa não tenha manifestado em vida, junto do Ministério da Saúde, a sua oposição. (28)

Percebe-se que mesmo que não exista uma declaração em vida da vontade da pessoa, o seu cadáver pode ser usado para fins de ensino e de investigação científica. Numa era em que as bases de dados são um enorme potencial de investigação, variados estudos podem ser feitos. Atualmente, podem ser criados não só os espécimes anatómicos, os tecidos ou órgãos são alvo de investigação, mas também os modelos 3D, que podem ser adquiridos a partir dos cadáveres, e as bases de dados para mapear e avaliar diferentes variáveis do corpo humano, como foi explanado anteriormente. A combinação de uma investigação científica que tem uma sede desmedida de dados com uma lei bastante vasta sobre a utilização de cadáver para ensino e investigação (30) podem levantar questões de diversas naturezas.

Analisando em particular os casos em que as pessoas em vida realizam os procedimentos necessários para que o seu corpo seja objeto de investigação, um dos passos é o preenchimento da declaração de doação do corpo à ciência. Essa declaração não apresenta qualquer tipo de informação sobre os dados que podem ser recolhidos, quais as investigações que poderão ser feitas, ou que é possível recriar, em modelos 3D, partes ou

um corpo completo. Considerando que é uma das atitudes mais altruístas que o ser humano pode ter, todos deviam poder escolher quais os estudos em que queriam participar, devendo existir um consentimento informado, algo semelhante ao que acontece nos estudos com pessoas vivas. Por outras palavras, devia estar disponível informação detalhada sobre os estudos que podem ser realizados com o corpo humano e cada pessoa deveria poder escolher em que tipo de estudos gostaria que o seu corpo participasse. É verdade que os estudos realizados só são feitos após a morte do indivíduo, contudo o indivíduo tem, em vida, a preocupação que o seu corpo seja útil na evolução da investigação científica.

Conclusão

A Antropologia Forense é uma das ciências forenses que serve a justiça. Para melhor responder às questões de especial importância, necessita testar as metodologias existentes e desenvolver novas para se adequarem aos padrões de variação populacional atuais. Uma das formas de fazer investigação é em coleções osteológicas identificadas, outra é através da análise de dados produzidos pelas técnicas imagiológicas.

A imagiologia tem revolucionado várias áreas das ciências forenses, uma vez que em alguns casos é possível até encontrar equilíbrio entre a aplicação da justiça e as ideologias religiosas, como é o caso da virtópsia. Como em Portugal “a autópsia-médico legal é obrigatória nos casos previstos na lei” (31), a virtópsia pode, em minorias religiosas, ser a solução para ultrapassar constrangimentos.

Outra revolução tecnológica é a criação de modelos 3D, a sua utilização e impressão. Sendo os modelos 3D uma revolução na conceção da observação de dados, ainda muito se tem de escrever e legislar sobre o assunto. Até ao momento, não existem normas sobre a utilização desses modelos como recurso no ensino da Antropologia (32) nem, como se viu no supra exposto, relativamente à réplica de cadáveres ou de partes dos mesmos. Indo ao encontro de Samelo (8) que, em 2015, defendeu que “mesmo após a morte existe um estatuto especial para o defunto”, muito há ainda que refletir sobre os modelos 3D e as suas implicações éticas e morais na sociedade.

Não se pretende com este artigo dar soluções legislativas ou éticas sobre os avanços tecnológicos, apenas se pretende apresentar algumas considerações da parte da Antropologia Forense, mostrando aquilo que parece ser vazios legais e éticos decorrentes



desses avanços científicos, e sugerindo ser essencial unir forças entre as ciências e o Direito para uma profunda reflexão sobre o assunto.

Referências

1. Cunha E. Considerações sobre a Antropologia Forense na actualidade. *Revista Brasileira de Odontologia Legal*. 2017, 4(2): 110-117. Disponível em <http://portalabol.com.br/rbol/index.php/RBOL/article/view/133>. [Acesso em 20 jun.2019]
2. Cunha E, Cattaneo C. Historical Routes and Current Practice for Personal Identification. *In: Ferrara SD, organizador. P5 Medicine and Justice*. Cham: Springer International Publishing AG; 2017. p. 399-411.
3. Portugal. Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto de 2004 regime jurídico das perícias médico-legais e forenses. *Diário da República Série I-A*. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/45/2004/08/19/p/dre/pt/html>; [Acesso em 2.jul.2019].
4. Caplova Z, Obertova Z, Gibelli DM, De Angelis D, Mazzarelli D, Sforza C, Cattaneo C. Personal Identification of Deceased Persons: An Overview of the Current Methods Based on Physical Appearance. *Journal of Forensic Sciences*. (3 out 2017), 63 (3):662-671. DOI: 10.1111/1556-4029.13643
5. Christensen AM, Anderson BE. Methods of Personal Identification. *In: Langley NR; Tersigni-Tarrant MA, organizadores. Forensic Anthropology a comprehensive introduction*. segunda edição. Florida, CRC Press; 2017. p.163-174.
6. Portugal. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/201908090557/127985/diploma/indice>; [Acesso em 5.jul.2019]
7. Portugal. Código Civil. *Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25*. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>; [Acesso em 3.jul.2019].
8. Samelo NTCR. Aspectos relativos à tutela post-mortem da personalidade humana no direito civil. [Dissertação]. Coimbra: Mestrado na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses, Universidade de Coimbra; 2015.
9. Ferreira MT, Cunha E. Can we infer post mortem interval on the basis of decomposition rate? A case from a Portuguese cemetery. *Forensic Science International*. (10 mar 2013), 226 :298.e1–298.e6. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.forsciint.2013.01.006>
10. Portugal. Código Penal. *Diário da República n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34437675/view>; [Acesso em 4.jul.2019].

11. Lesciotto KM. The Impact of Daubert on the Admissibility of Forensic Anthropology Expert Testimony. *Journal of Forensic Sciences*. (26 fev 2015), 60 (3):549-555. DOI: 10.1111/1556-4029
12. Lourenço MJ. Prova pericial científica: análise comparada dos regimes jurídicos de Portugal e dos EUA. *Scientia Luridica – Tomo LXVII*, 2018, 348 :347-368.
13. Austin D, King R. The Biological Profile of Unidentified Human Remains in a Forensic Context. *Academic Forensic Pathology*. (1 set 2016), 6 (3):370-390. DOI: <https://doi.org/10.23907/2016.039>
14. Ferreira MT, Vicente R, Navega D, Gonçalves D, Curate F, Cunha E. A new forensic collection housed at the University of Coimbra, Portugal. The 21st century identified skeletal collection. *Forensic Science International*. (6 out 2014), 245 :202.e1-202.e5. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.forsciint.2014.09.021>
15. Portugal. Decreto-Lei n.º 411/98, de 30 de dezembro de 1998. Inumação e trasladação de cadáveres. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=246&tabela=leis&so_miolo=; Acesso em [10.jul.2019].
16. Aaldersa MC, Adolphic NL, Dalyd B, Davise GG, de Boerf HH, Deckerg SJ, Dempersh JJ, Fordg J, Gerrardc CY, Hatchc GM, Hofmani PAM, Linoj M, Jacobsenk C, Kleinl WM, Kubatm B, Lethn PM, Mazuchowskio EL, Noltec KB, O'Donnellp C, Thaliq MJ, van Rijnb RR, Wozniaks K. Research in forensic radiology and imaging; Identifying the most importante issues. *Journal of Forensic Radiology and Imaging*. (20 jan 2017), 8:1-8. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.jofri.2017.01.004>
17. Dedouit F, Martin PS, Mokrane FZ, Savall F, Rousseau H, Crubézy E, Rougé D, Telmon N. Virtual anthropology: useful radiological tools for age assessment in clinical forensic medicine and thanatology. *Radiology Medicine*. (5 mar 2015), 120 :874–886. DOI 10.1007/s11547-015-0525-1.
18. Portugal. Decreto-Lei n.º 80/2018, de 15 de outubro de 2018. Estabelece os princípios e regras aplicáveis às comissões de ética que funcionam nas instituições de saúde, nas instituições de ensino superior e em centros de investigação biomédica que desenvolvam investigação clínica. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/116673880/details/maximized>; [Acesso em 10.jul.2019].
19. Edgar HJH. Biohistorical approaches to “race” in the United States: Biological Distances Among African Americans, European Americans, and Their Ancestors. *American Journal of Physical Anthropology*. (18 fev 2009), 139 :58-67. DOI: 10.1002/ajpa.20961
20. Andrade SLMD. *Virtópsia: O adeus ao bistori?*. [Dissertação]. Coimbra. Ciclo de estudos de mestrado integrado em medicina, Universidade de Coimbra; 2015. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/30482>. [Acesso em 1.mai.2019].



21. Franklin D, Swift L, Flavel A. 'Virtual anthropology' and radiographic imaging in the Forensic Medical Sciences. *Egyptian Journal of Forensic Sciences*. (8 jun 2016), 6:31-43. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.ejfs.2016.05.011>
22. Davies TG, Rahman IA, Lautenschlager S, Cunningham JA, Asher RJ, Barrett PM, Bates KT, Bengtson S, Benson RBJ, Boyer DM, Braga J, Bright JA, Claessens LPAM, Cox PG, Dong X, Evans AR, Falkingham PL, Friedman M, Garwood RJ, Goswami A, Hutchinson JR, Jeffery NS, Johanson Z, Lebrun R, Donoghue PCJ, *et al*. Open data and digital morphology. *Proceedings Royal Society B*. (12 abr 2017), 284: 1-10. DOI: <http://dx.doi.org/10.1098/rspb.2017.0194>
23. Hassett BR. Which Bone to Pick: Creation, Curation, and Dissemination of Online 3D Digital Bioarchaeological Data. *Journal of the World Archaeological Congress*. (04 jul 2018), 14 (2):231-249. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11759-018-9344-z>
24. Slice D. *Modern morphometrics in physical anthropology*. London: Kluwer Academic/Plenum; 2005.
25. Dias P, Neves L, Santos D, Coelho C, Ferreira MT, Santos H, Silva S, Santos B. S. CraMs: Craniometric Analysis Application Using 3D Skull Models. *IEEE Computer Graphics and Applications*. (18 nov 2015), 35 (6):11-17. DOI 10.1109/MCG.2015.136
26. Hahnel Mark. Global funders who require data archiving as a condition of grants. Figshare, 2015. Disponível em: https://figshare.com/articles/Global_funders_who_require_data_archiving_as_a_condition_of_grants/1281141 [Acesso em 14.jul.2019].
27. Portugal. Código do Direito de Autores e dos Direitos Conexos. Diário da República n.º 61/1985, Série I de 1985-03-14. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34475475/view>; [Acesso em 14.jul. 2019].
28. Portugal. Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de julho de 1999. Regula a dissecação de cadáveres e extração de peças, tecidos ou órgão para fins de ensino e de investigação científica. Diário da República n.º 169/1999, Série I-A de 1999-07-22. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/274/1999/07/22/p/dre/pt/html>, [Acesso em 13.jul.2019].
29. Portugal. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 29/05/2012. Processo n.º 253/07.3 JASTB.E1. Relator: Martinho Cardoso. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/341f5e5d5b6f39f580257de10056f84c?>
30. Cornwall J. The ethics of 3D-printing copies of bodies donated for medical education and research: What is there to worry about?. *Australasian Medical Journal*. (31 jan 2016), 9 (1):8–11. DOI: <http://dx.doi.org/10.4066/AMJ.2015.2567>
31. Pereira AGD. O Consentimento (Informado) na Actividade Pericial Forense. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 2005, 15 :11-45.



32. L'Abbé E. Bioethics in Bakeng se Africa, the use of human remains in research and teaching, Pretoria, 2019. Disponível em: <https://bakengsa.wixsite.com/skeleton> [Acesso em 02.jul.2019].

Submetido em: 24/10/19

Aprovado em: 17/01/20

Como citar este artigo:

Coelho C. A era digital na Antropologia Forense. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 141-156.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.594>



As (novas) tecnologias e o (velho) problema da determinação da responsabilidade penal nas equipas médicas

The (new) technologies and the (old) problem of the determination of criminal liability in medical teamwork

Las (nuevas) tecnologías y el (antiguo) problema de determinar la responsabilidad penal en equipos médicos

Sónia Fidalgo^{1,2}

Resumo

Objetivo: discutir a determinação da responsabilidade penal dos profissionais de saúde que atuam em equipa, convocando o princípio da divisão do trabalho e o princípio da confiança.

Metodologia: utilizou-se o método dedutivo, em que se avaliou a validade do princípio da confiança no âmbito da divisão do trabalho nas equipas de saúde, analisando a seu enquadramento dogmático no Direito Penal. **Resultados:** a doutrina penal divide-se quanto ao modo de determinação da responsabilidade por negligência, em caso de pluralidade de agentes, sobretudo no âmbito da divisão de trabalho vertical. **Conclusão:** a partir do princípio da divisão do trabalho e do princípio da confiança, é possível determinar a responsabilidade penal de cada membro de uma equipa de saúde quando da atuação negligente resultar uma ofensa à integridade física ou mesmo a morte do paciente.

Palavras-chave: Responsabilidade penal. Negligência. Equipe interdisciplinar de saúde.

Abstract

Objective: to discuss the determination of criminal liability of health professionals who work in teams, based on the principle of division of labor and the principle of trust. **Methodology:** the deductive method was used, in which the validity of the principle of trust in the scope of the division of labor in the health teams was evaluated, correlating it with the criminal aspects.

Results: the penal doctrine is divided as to the way of determining liability for negligence in the case of plurality of agents, especially within the scope of the vertical division of labor.

Conclusion: from the principle of division of labor and the principle of trust, it is possible to determine the criminal responsibility of each member of a health team when negligent performance results in an injury to the physical integrity or even the death of the patient.

Keywords: Criminal liability. Negligence. Interdisciplinary health team.

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal; professora auxiliar da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal; investigadora do Instituto Jurídico, do Centro de Direito Biomédico e do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: sfidalgo@fd.uc.pt

² O texto que agora se publica corresponde à conferência apresentada no colóquio internacional *Objetivos do Milénio, Direitos Humanos e Sociedade de Risco*, que decorreu na Escola de Ciências Sociais da Universidade de Évora (Portugal), em 30 de maio de 2019. Na conferência, longe de aspirarmos a um tratamento profundo do tema, apontámos apenas alguns dos problemas relacionados com a determinação da responsabilidade penal nas equipas médicas. Nesta publicação, mantivemos o nosso propósito inicial, acrescentado apenas as referências bibliográficas estritamente necessárias. As indicações legislativas referem-se sempre a diplomas portugueses. Este estudo beneficiou de outro, realizado anteriormente, intitulado *Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão do trabalho*, publicado nos *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, p. 417-435, com o qual coincide em certos aspetos.



Resumen

Objetivo: este documento tiene como objetivo discutir la determinación de la responsabilidad penal de los profesionales de la salud que trabajan en equipo, con base en el principio de división del trabajo y el principio de confianza. **Metodología:** se utilizó el método deductivo, en el cual se evaluó la validez del principio de confianza en el alcance de la división del trabajo en los equipos de salud, analizando su marco dogmático en Derecho Penal. **Resultados:** la doctrina penal se divide en cuanto a la forma de determinar la responsabilidad por negligencia en el caso de la pluralidad de agentes, especialmente dentro del alcance de la división vertical del trabajo. **Conclusión:** desde el principio de división del trabajo y el principio de confianza, es posible determinar la responsabilidad penal de cada miembro de un equipo de salud cuando el desempeño negligente resulta en una lesión a la integridad física o incluso la muerte del paciente.

Palabras clave: Responsabilidad penal. Negligencia. Equipo interdisciplinario de salud.

Introdução

O progresso da ciência e da técnica provocou alterações profundas em todas as áreas do conhecimento. A medicina também tem vindo a beneficiar dessa evolução técnica e científica, sobretudo no que diz respeito aos exames complementares de diagnóstico e ao desenvolvimento de novos agentes terapêuticos. Nas instituições de saúde, equipamentos automatizados tornaram possível a realização de centenas de análises laboratoriais em apenas alguns minutos. Uma multiplicidade de métodos de imagem permite ao profissional de saúde ter uma representação visual do interior do organismo. É possível proceder-se à monitorização de alguns parâmetros vitais através de sensores e sistemas computadorizados, que os projetam em gráficos, nos ecrãs (1). Técnicas cirúrgicas sofisticadas permitem que se faça intervenções até há uns anos inimagináveis.

Toda essa complexificação da atividade médica fez emergir um novo *tipo* de médico. A tendência é no sentido de uma divisão de competências. Os médicos reduzem cada vez mais o seu campo de atuação, aprofundando os seus conhecimentos num âmbito científico específico. E, seguindo a lógica da especialização médica, também a própria enfermagem se fragmentou e passou a ter áreas de cuidados especializados. As instituições de saúde apresentam-se hoje como organizações complexas onde a atividade médica é desenvolvida predominantemente no âmbito de equipas pluridisciplinares: as equipas de prestação de cuidados de saúde.

A atual complexificação da prática clínica, exigindo “capacidades de coordenação, de comunicação e de resposta perante o inesperado, que excedem a preparação das organizações”, significa “naturalmente (...) maiores oportunidades de erro” (2, p. 157). Desse modo, no decurso de uma intervenção em que a intenção é melhorar o estado de saúde do



paciente, ou até alcançar a sua cura, podem ocorrer erros de que derivem danos para o paciente ou mesmo a sua morte.

Perante a crescente especialização médica, a inevitabilidade da atuação interdependente de profissionais de diferentes especialidades sobre o mesmo doente, o reconhecimento de que as instituições de saúde são sistemas complexos e a aceitação de que há erros humanos que são inevitáveis, põe-se, com legitimidade, a questão de saber se haverá espaço para o Direito intervir em um ambiente tão denso, por vezes mesmo opaco, como é o das intervenções médico-cirúrgicas.

O Direito Penal reconhece a relevante função social exercida pela classe médica. O Código Penal português (CP) dedica um tratamento diferenciado e privilegiado à atividade médica, através do regime específico das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos: nos termos do artigo 150.º do CP, a intervenção médico-cirúrgica medicamente indicada, realizada por um médico, com finalidade terapêutica e segundo as *leges artis* não preenche o tipo de ofensa à integridade física (3, p. 68-69) (4, §§ 14 e 15) (5, p. 500-501). Verificados esses quatro pressupostos, a intervenção será atípica mesmo nos casos em que falhe nos seus objetivos, isto é, mesmo que agrave a lesão ou a doença ou provoque a morte do paciente (6, p. 450) (4, § 9).

No entanto, na atividade médica estão em causa bens que se contam entre os mais importantes da ordem legal dos bens jurídicos: a vida, a integridade física e a liberdade do paciente. Quando os profissionais de saúde atuam em violação do seu dever de cuidado, criando um risco não permitido que vem a concretizar-se numa ofensa ao corpo ou à saúde ou mesmo na morte do paciente, o Direito Penal não pode deixar de intervir: o profissional de saúde pode vir a ser punido por ofensa à integridade física por negligência (artigo 148.º do CP) ou por homicídio por negligência (artigo 137.º do CP)³.

Nesse sentido, este trabalho tem por objetivo discutir a determinação da responsabilidade penal dos profissionais de saúde que atuam em equipa, convocando o princípio da divisão do trabalho e o princípio da confiança.

³ Em Portugal, não se distingue, nos factos culposos, entre negligência, imperícia ou imprudência. A designação dada ao facto culposo é *facto negligente*. Não será este o local adequado para nos alongarmos em considerações sobre a estrutura dogmática do facto negligente. Limitar-nos-emos a recordar que nele se manifestam um tipo de ilícito e um tipo de culpa específicos, diferentes dos que se verificam nos factos dolosos. O tipo de ilícito negligente consubstancia-se na violação, por parte do agente, de um dever objetivo de cuidado que sobre ele impende e que conduziu à produção de um resultado típico que seria previsível e evitável pelo homem médio pertencente ao círculo de vida do agente. O tipo de culpa negligente afirmar-se-á quando o agente exprimir no facto uma atitude interna de descuido ou leviandade perante o Direito e as suas normas (7, § 9, 35.º Cap., § 4, e 36.º Cap., § 1).



Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, em que se avaliou a validade do princípio da confiança no âmbito da divisão do trabalho nas equipas de saúde, analisando a seu enquadramento dogmático no direito penal.

Resultados e discussão: a delimitação dos deveres de cuidado na atuação em equipa

Atuando os profissionais de saúde no âmbito de uma equipa, coloca-se o problema de saber de que modo há de determinar-se a responsabilidade de cada um se da intervenção médica resultar uma ofensa para o paciente. A determinação da responsabilidade de cada membro há de fazer-se a partir da delimitação dos deveres de cuidado. O princípio da divisão do trabalho e o princípio da confiança constituem os fundamentos com base nos quais a doutrina penal delimita os âmbitos de responsabilidade daqueles que desenvolvem a atividade no âmbito de uma equipa (7, 35.º Cap., § 32) (8, p. 97 e ss.) (9, § 24, n.º 25) (10, p. 217 e ss.) (11, p. 247 e ss.) (12, p. 115 e ss.). Será a partir desses princípios que há de determinar-se a responsabilidade dos diversos profissionais que, em conjunto, simultânea ou sucessivamente, intervêm no processo terapêutico do doente.

O princípio da confiança

Para que se possa imputar a um profissional de saúde um crime de ofensa à integridade física por negligência ou de homicídio por negligência, o agente tem de ter violado o dever de cuidado que sobre ele impendia e o resultado que se verificou – lesão do corpo ou da saúde, ou morte do doente – tem de ser imputado, precisamente, àquela violação do dever. Consequentemente, é necessário saber com exatidão quando se dá a violação do dever objetivo de cuidado. É preciso, assim, determinar quais as fontes concretizadoras do dever objetivo de cuidado no exercício da medicina (13, § 20) (8, p. 60-70).

Há, desde logo, que ter em consideração um conjunto de regras jurídicas de comportamento que regulam a atividade médica, como, por exemplo, no Estatuto da Ordem dos Médicos (Lei n.º 117/2015, de 31 de agosto) e na legislação que regula a colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana (Lei n.º 12/93, de 22 de abril, com sucessivas alterações), a investigação clínica (Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, com sucessivas alterações) e a procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com sucessivas alterações).

Tendo conta, por um lado, a permanente evolução da medicina e, por outro, a multiplicidade e complexidade das diversas especialidades, seria impossível o legislador criar normas jurídicas concretizadoras do dever de cuidado em cada caso. Nos domínios como o da medicina, o dever objetivo de cuidado há de ser determinado atendendo também a um conjunto de regras fixadas pelo próprio círculo profissional – as *leges artis medicinae*. Entre nós, a expressão mais acabada dessa autorregulação dos profissionais de medicina é o Código Deontológico da Ordem dos Médicos (Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho). Para além do Código Deontológico, há a considerar ainda, por exemplo, as declarações de princípios formuladas por organizações nacionais e internacionais de médicos, as *guidelines* resultantes de protocolos de atuação e de reuniões de consenso e os pareceres das comissões de ética.

Nem todas as *leges artis medicinae* assumem a forma de regras escritas – na sua grande parte, as regras da arte médica são regras não escritas. Frequentemente, para se concretizar o dever de cuidado no caso concreto é necessário, assim, fazer-se apelo aos costumes profissionais comuns ao profissional prudente. Por vezes – quando não é possível o recurso a normas jurídicas de comportamento, nem às *leges artis* (escritas ou não) – tem de recorrer-se à “figura-padrão” (14, § 6, n.º 38), isto é, tem de usar-se como critério da violação do dever de cuidado “a não correspondência do comportamento àquele que, em idêntica situação, teria um homem [um médico] fiel aos valores protegidos, prudente e consciencioso” (7, 35.º cap., §§ 19 e 23).

Todos esses elementos constituem fontes concretizadoras do dever objetivo de cuidado que impende sobre os médicos no exercício da sua atividade. Além das regras que regulam a atividade dos médicos, outras há que regulam a atividade dos farmacêuticos, dos enfermeiros e dos demais profissionais de saúde que intervêm nas diversas equipas de saúde.

Para a concretização do dever de cuidado no exercício da medicina em equipa, é necessário ter em consideração também o princípio da confiança. O princípio da confiança é visto hoje como um princípio de delimitação do tipo de ilícito negligente em caso de pluralidade de agentes (7, 35.º cap., §§ 28 e ss.) (15, p. 46 e ss., p. 79 e ss., p. 319 e ss.). O princípio da confiança é um princípio delimitador do dever objetivo de cuidado, isto é, quem atua ao abrigo do princípio da confiança não viola o dever de cuidado, logo, não preenche com a sua conduta o tipo de ilícito negligente.

Segundo o princípio da confiança, na interação com terceiros, cada sujeito deve poder confiar que os demais se comportam de acordo com a norma de cuidado, “salvo se tiver razão *concretamente* fundada para pensar ou dever pensar de outro modo” (7, 35.º cap., § 28) (16, p. 466).

Tendo sido inicialmente afirmado pela jurisprudência e pela doutrina alemãs no âmbito do tráfego rodoviário, o princípio da confiança foi depois objeto de uma transposição para outras áreas, nomeadamente para o âmbito da divisão de trabalho nas equipas médicas. Assim, em matéria de divisão de tarefas, “qualquer membro (...) deve poder contar com uma atuação dos outros adequada à norma de cuidado (jurídica, profissional, estatutária, da experiência)” (7, 35.º cap., § 32), quer a intervenção destes seja anterior, simultânea ou posterior ao comportamento que se analisa⁴.

A divisão do trabalho e o âmbito de validade do princípio da confiança

Numa equipa de prestação de cuidados de saúde, entre os diversos profissionais estabelece-se uma teia complexa de relações e o âmbito de atuação do princípio da confiança dependerá da posição que cada profissional assume na equipa.

Atendendo à tradicional distinção entre divisão do trabalho horizontal e vertical, a doutrina tem considerado que o âmbito de atuação do princípio da confiança não será o mesmo nos dois tipos de relações: o princípio da confiança terá, no âmbito das relações verticais, um campo de atuação mais restrito do que no âmbito das relações horizontais.

A divisão de trabalho horizontal é a que se verifica entre profissionais que, atendendo à sua formação e competência, se encontram em situação de igualdade e verificar-se-á em qualquer relação entre médicos de especialidades diferentes ou da mesma especialidade, desde que, nesse caso, nenhum dos médicos assuma funções de chefia. Pode ser estabelecida quer no caso de atuação simultânea, quer no caso de atuação sucessiva dos diversos profissionais sobre um paciente.

O caso típico de divisão de trabalho horizontal em medicina, tradicionalmente referido pela doutrina, é o da relação que se estabelece entre cirurgião e anestesiológico (19, p. 572) (10, p. 230 e ss.) (12, p. 136 e ss.). Esses profissionais exercem conjuntamente funções

⁴ Jakobs esclarece que a conduta danosa pode ser anterior ao comportamento que se analisa. É o que acontece, por exemplo, quando o cirurgião utiliza um bisturi confiando que ele foi previamente esterilizado não tendo, na realidade, tal instrumento sido objeto de esterilização (17, p. 219). Teresa Pizarro Beleza também refere o princípio da confiança no caso de esterilização de objetos cirúrgicos (18, p. 517-518).

complementares, desenvolvendo cada um a sua atividade de acordo com os conhecimentos próprios das respectivas especialidades.

Por ser uma relação não hierárquica entre o cirurgião e o anestesiológico, o princípio da confiança atuará na sua plenitude. Cada especialista, por regra, pode confiar na correta realização de funções por parte do outro – nenhum deles controla a atividade do outro –, não sendo qualquer um dos especialistas responsável pelos atos realizados pelo colega. Cada um dos especialistas será apenas responsável por controlar os perigos que, no seu específico âmbito de competência, ameacem concretizar-se numa ofensa para o doente.

A divisão de trabalho vertical verifica-se quando há uma relação de hierarquia em que uma pessoa recebe instruções e é controlada por outra que se encontra num nível superior, estabelecendo-se entre ambas uma relação de supra/infra ordenação. O exemplo tradicionalmente indicado desse tipo de divisão de trabalho é o que se verifica na relação entre o médico cirurgião (chefe de equipa) e os enfermeiros que com ele colaboram na cirurgia. No entanto, a divisão de trabalho vertical não se resume à relação entre médicos e profissionais de saúde não médicos. Pode verificar-se também uma relação de trabalho vertical entre médicos da mesma especialidade em que um deles se encontra numa situação de superioridade em relação ao outro, por assumir funções de chefia de uma equipa médica, como por exemplo, o cirurgião chefe de equipa em relação aos cirurgiões ajudantes (20, p. 184) (21, p. 54).

Tradicionalmente, entendia-se que no âmbito das relações hierárquicas o chefe de equipa assumia globalmente a realização do processo terapêutico, pelo que cada ato dos subordinados não seria senão uma parcela delegada da atividade assumida por aquele (22, p. 433). Sobre o chefe de equipa recairia um conjunto de deveres que compreenderiam, desde logo, o dever de seleção dos seus colaboradores e de comprovação da sua qualificação técnica e pessoal, mas também os deveres de informação, instrução e de vigilância constante da sua atuação, de modo a evitar eventuais erros (23, § 1, n.º 174). Tal dever de controlo constante da atividade dos subordinados inexistiria apenas em situações em que o chefe de equipa tivesse motivos fundados para confiar na atividade dos seus colaboradores. Afirmava-se, assim, como regra, o princípio da não confiança (24, p. 155-156).

No entanto, essa posição tem sido alvo de fundadas críticas por parte da doutrina maioritária, ao defender que, também no âmbito das relações hierárquicas, há de ser

convocado o princípio da confiança, ainda que com um campo de atuação mais limitado do que nas relações não hierárquicas (20, p. 186-187) (25, p. 50-51) (23, § 1, n.ºs 175 e ss. e 181 e ss.) (26, p. 1056) (27, p. 225 e ss.) (12, p. 147 e ss.). Em rigor, também no âmbito das relações verticais, só terá sentido afirmar o princípio da divisão do trabalho se cada um dos participantes puder confiar numa atuação dos demais de acordo com as regras.

De qualquer modo, no âmbito da divisão do trabalho vertical, independentemente das competências próprias do pessoal subordinado, a relação de superioridade hierárquica determina o surgimento, para o superior, de deveres de organização e coordenação da atuação da equipa.

O superior tem o dever de proceder à distribuição de tarefas de modo a que todas as tarefas sejam corretamente atribuídas – o superior deverá escolher, para desempenhar as diversas tarefas, profissionais que estejam em condições de o fazer de modo adequado. No que diz respeito ao dever de organização e coordenação da atividade da equipa, vale o princípio da confiança: quando não concorrerem circunstâncias que alterem a normal presunção de capacidade que é lícito supor nos colaboradores, o superior pode confiar na qualificação deles, bem como na atuação de acordo com o dever de cuidado que sobre eles impende (22, p. 435-436).

Além do dever de organização e coordenação inicial, sobre o superior impenderão também, em certas situações, deveres de vigilância, instrução e coordenação no decurso da atividade da equipa. Ou seja, sobre o superior impenderá, em certas circunstâncias, um dever de controlo da atuação dos seus subordinados. A atuação médica é uma atividade perigosa e no decurso da intervenção podem surgir falhas de qualificação, de comunicação e de coordenação (28, p. 393 e ss.) (12, p. 161 e ss.). O dever de controlo que impende sobre o chefe de equipa destina-se a evitar que os perigos se concretizem em ofensas à vida ou à integridade física dos doentes.

Há consenso na doutrina quanto à afirmação de um dever de controlo a cargo do chefe de equipa, para fazer face às especiais fontes de perigo que possam manifestar-se. Porém, quanto à extensão desse dever, as opiniões divergem.

A extensão do princípio da confiança no âmbito das relações hierárquicas depende do alcance que se conceder ao dever de controlo da atuação dos subordinados. O princípio da confiança e o dever de controlo delimitam-se reciprocamente: quanto maior for o alcance do dever de controlo, menor será a extensão do princípio da confiança e, inversamente,

quanto menor for o alcance do dever de controlo, maior será a extensão do princípio da confiança.

Na doutrina alemã, Umbreit alarga de tal modo os deveres de controlo do superior sobre a atuação dos subordinados que acaba por negar a vigência do princípio da confiança com carácter geral nas relações verticais (29, p. 118 e ss., p. 150 e ss. e p. 172 e ss.).

Também na doutrina italiana há quem defenda que não pode convocar-se o princípio da confiança no âmbito das relações hierárquicas, pois tal seria incompatível com o dever de controlo que impende sobre o superior (30, p. 173) (31, p. 756).

Entendemos, no entanto, que o princípio da confiança também tem validade geral nas relações verticais. O chefe de equipa não atuará contra o seu dever de cuidado quando confiar que os seus colaboradores cumprirão adequadamente as tarefas para as quais se encontram oficialmente habilitados. Quando não houver motivos para duvidar da preparação e da capacidade dos colaboradores, valerá plenamente o princípio da confiança (25, p. 51). Com a afirmação de um dever de vigilância permanente da atividade dos colaboradores correr-se-ia o risco de esvaziar de conteúdo a distribuição de tarefas. Não tem sentido impor ao superior que supervisione a atuação dos seus colaboradores, (mesmo que se trate de colaboradores com formação não médica, quando realizam tarefas que são, precisamente, da sua competência e especialidade.

O dever de controlo da atividade dos colaboradores surgirá na esfera do chefe de equipa apenas como um *dever de cuidado secundário* que, segundo Stratenwerth, surge somente no caso em que “a expectativa de um comportamento de acordo com o dever, tendo em conta a situação ou a pessoa do outro, se torne debilitada” (28, p. 392)⁵. O chefe de equipa pode confiar na atuação adequada dos seus subordinados, salvo se circunstâncias especiais do caso concreto o fizerem (ou deverem fazer) duvidar da capacidade daqueles para desempenhar as tarefas em causa e, conseqüentemente, o fizerem (ou deverem fazer) esperar uma conduta incorreta por parte deles. Tal acontecerá, designadamente, nas situações em que o superior se aperceber (ou dever aperceber) de erros do colaborador⁶. Também nos casos em que um membro da equipa, apesar de ter qualificação suficiente, for

⁵ Nas palavras de Stratenwerth, os deveres de controlo “não devem ser deduzidos de forma geral a partir da previsibilidade dos erros dos outros nem da mera possibilidade de intervir. Portanto, o princípio da confiança limita, por sua vez, quando não existem circunstâncias *especiais*, também os deveres de controlo. Caso contrário seria impossível (...) uma efetiva divisão do trabalho” (32, § 15, n.º 66, grifo dos autores).

⁶ Marco Mantovani esclarece que, para excluir o princípio da confiança, não é suficiente um erro que, apesar de cognoscível, seja insignificante, mas apenas o erro que constituir uma fonte de perigo para o paciente (33, p. 1198-1199).



ainda inexperiente no desempenho da tarefa em causa⁷, além do dever prévio de informação e instrução no início da intervenção, sobre o superior recairá ainda um dever de vigilância da atividade do colaborador inexperiente. Pode suceder também que um colaborador experiente e habitualmente competente não tenha cometido qualquer erro, mas, no decurso da intervenção, manifeste não se encontrar em plenas condições físicas e/ou psíquicas, nomeadamente por se encontrar cansado por excesso de trabalho (21, p. 68). Também nesse caso o princípio da confiança deverá ceder o seu lugar a um dever (secundário) de controlo por parte do superior sobre a atuação do colaborador.

Excluídas, porém, essas situações excepcionais, o chefe de equipa poderá confiar na atuação dos seus colaboradores (8, p. 149 e ss.).

Conclusão

O exercício da medicina em equipa foi uma das respostas dadas pelo corpo médico à complexificação da atividade médica. Os princípios da divisão de trabalho e da confiança são uma construção dogmática de que nos socorremos para a determinação da eventual responsabilidade penal dos profissionais de saúde envolvidos no exercício da medicina em equipa. A convocação do princípio da confiança como princípio delimitador dos deveres de cuidado nas relações que se estabelecem entre os vários profissionais de saúde apresenta-se hoje como um caminho a seguir para fazer face ao aumento dos riscos associado à agressividade e à complexidade da medicina. Se sobre o chefe de equipa impender um dever de controlo constante em relação aos demais membros da equipa, aquele profissional não poderá dedicar-se com a atenção necessária às tarefas médicas que especificamente lhe competem. Afirmando-se o princípio da confiança com validade geral, quer nas relações horizontais, quer nas relações verticais, permite-se a cada profissional concentrar-se nas tarefas que lhe são concretamente atribuídas. Desse modo, delimita-se o âmbito de responsabilidade de cada elemento da equipa e torna-se claro que a segurança do doente é responsabilidade de todos.

São inegáveis as conquistas que o desenvolvimento da ciência e da técnica em medicina permitiu alcançar. O recurso sistemático a novos meios tecnológicos não pode, porém, substituir toda a riqueza que se constrói através do diálogo atento e do contacto direto do médico com o doente (1). A afirmação do princípio da confiança não pode,

⁷ Refira-se que o princípio da confiança não poderá ser convocado em relação a membros da equipa que se encontrem ainda em formação (34, p. 975 e ss.).

naturalmente, eliminar o diálogo profícuo entre os diversos profissionais que intervêm no processo terapêutico do doente. Na *sociedade do risco*, a medicina deverá continuar a beneficiar do progresso da ciência e da técnica, mas não poderá esquecer a dimensão *humana* que sempre a caracterizou (1).

Referências

1. Lemos C. A Medicina na Era de Técnica. Observador. 22 ag 2018. Disponível em <https://observador.pt/opiniaao/a-medicina-na-era-da-tecnica> [Acesso em 27.maio.2019].
2. Oliveira GF. Recensão de: José Fragata e Luís Martins. O erro em Medicina. Perspetivas do indivíduo, da organização e da sociedade. Coimbra, Almedina, 2004, *Lex Medicinæ* – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, 3, 2005: 157-168.
3. Dias JF, Monteiro JS. Responsabilidade médica em Portugal. Boletim do Ministério da Justiça. 332, 1984: 21-79.
4. Andrade MC. Comentário ao artigo 150º do Código Penal. *In*: Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial. Tomo I. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora; 2012.
5. Brito TQ. Os crimes contra a integridade física. *In*: Direito Penal – Parte Especial: lições, estudos e casos. Coimbra: Coimbra Editora; 2007.
6. Andrade MC. Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista). Coimbra: Coimbra Editora; 2004.
7. Dias JF. Direito Penal. Parte Geral. 3ª ed. Coimbra: Gestlegal; 2019.
8. Fidalgo S. Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa. Coimbra: Coimbra Editora; 2008.
9. Roxin C. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auf. München: Verlag C. H. Beck; 2006.
10. Marinucci G, Marrubini G. Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe. Temi, 1968: 217-234.
11. Romeo Casabona CM. El médico y el derecho penal, I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal). Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A.; 1981.
12. Jorge Barreiro A. La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
13. Faria PR. Comentário ao artigo 148º do Código Penal. *In*: Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial. Tomo I. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora; 2012.



14. Burgstaller M. Kommentierung zu § 6 StGB. *In: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Auf. Wien: Manzsche Verlags - und Universitätsbuchhandlung; 2001.
15. Fidalgo S. Princípio da Confiança e Crimes Negligentes. Coimbra: Almedina; 2018.
16. Costa JF. O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra Editora; 2000.
17. Jakobs G. Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”. *In: Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Editorial Civitas, S.A.; 1997: 209-222
18. Beleza TP. Direito Penal. 2.º vol. Lisboa: AAFDL; 2010.
19. Carstensen G. Arbeitsteilung und Verantwortung aus der Sicht der Chirurgie. *Langenbecks Archiv für Chirurgie*, 335, 1981: 571-573.
20. Wilhelm D. Strafrechtliche Fahrlässigkeit bei Arbeitsteilung in der Medizin, *Jura*, 4, 1985: 183-188.
21. Feijó Sánchez B. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas, *Derecho Penal y Criminología*, 69, 2000: 37-76.
22. Gómez Rivero MC. La responsabilidad penal del médico. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; 2008.
23. Ulsenheimer K. Arztstrafrecht in der praxis. 3. Auf. Heidelberg: C. F. Müller Verlag; 2003.
24. Crespi A. La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto. Palermo: G. Priulla Editore; 1955.
25. Wilhelm D. Probleme der medizinischen Arbeitsteilung aus strafrechtlicher Sicht. *Medizinrecht*, 2, 1983: 45-51.
26. Mantovani M. Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997: 1051-1060.
27. Landro AR. Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'*équipe*, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1-2, 2005: 225-272.
28. Stratenwerth G. Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht. *In: Festschrift für Eb. Schmidt*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht; 1961: 383-400.
29. Umbreit HW. Die Verantwortlichkeit des Arztes für fahrlässiges. Verhalten anderer Medizinalpersonen. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1992.



30. Ambrosetti F, Piccinelli M, Piccinelli R. La responsabilità nel lavoro medico d'équipe. Profili penali e civili. Torino: Utet, 2003.
31. Bilancetti M. La responsabilità penale e civile del medico. 5.^a ed. Milano: CEDAM; 2003.
32. Stratenwerth G, Kuhlen L. Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 6. Auf. München: Verlag Franz Vahlen; 2011.
33. Mantovani M. Sui limiti del principio di affidamento. L'Indice Penale. 1999: 1195-1204.
34. Fidalgo S. Responsabilidade penal do médico interno e do orientador de formação, *in*: Direito penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013: 975-994.

Submetido em: 13/12/19

Aprovado em: 06/01/20

Como citar este artigo:

Fidalgo S. As (novas) tecnologias e o (velho) problema da determinação da responsabilidade penal nas equipas médicas. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 157-169.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.618>



Mediação de conflitos na gestão da saúde (médica, clínica e hospitalar): humanização do direito médico

Mediation of conflicts in health management (medical, clinical and hospital): humanization of medical law

Mediación de conflictos en la gestión sanitaria (médica, clínica y hospitalaria): humanización del derecho médico

Dulce Maria Martins do Nascimento¹

Resumo

Objetivo: demonstrar que o processo de mediação de conflitos se apresenta como resposta adequada na prevenção, gestão e resolução de divergências, onde existam relações continuadas e o interesse em construir soluções efetivas, globais e duradoras. **Metodologia:** o presente trabalho é baseado em uma revisão bibliográfica e na experiência profissional da autora, por meio das suas intervenções e vivências práticas, com mais de 5.000h de experiência só em mediação. **Resultados:** na sua maioria os conflitos entre as diferentes subculturas na saúde – médica, enfermagem, administrativa, relações com paciente e família, bem como, mais recentemente, a tecnologia de informação e robótica na saúde – têm relação direta com distintas formas de trabalho, autoridade e legitimidade, compreendidos como divergentes e maioritariamente entendidos como incompatíveis e inconciliáveis. De igual forma, é indispensável conhecer e incorporar na organização processos de diálogo e negociação consensual, voluntários e confidenciais, como a mediação, facilitados por um terceiro imparcial, sem poder de decisão ou julgamento. Resulta confirmada a necessidade de as lideranças na saúde saberem lidar com a complexidade dos conflitos, que permanecem entre as diferentes subculturas. Organizações e gestores que utilizam processos consensuais de forma técnica potencializam experiências positivas, bem como melhoram indicadores de qualidade no ambiente social organizacional. **Conclusão:** espera-se que os gestores médicos, clínicos e hospitalares desenvolvam competências de prevenção, gestão e resolução consensual de conflitos, sendo necessário desenvolver e aprofundar o triângulo do conhecimento do processo de mediação.

Palavras-chave: Mediação. Competência cultural. Administração de serviços de saúde. Conflito de interesses. Direito à saúde.

Abstract

Objective: to demonstrate that the conflict mediation process presents itself as an adequate response in the prevention, management and resolution of differences, where there are ongoing relationships and the interest in building effective, global and lasting solutions. **Methodology:** the present work is based on a bibliographic review and on the author's professional experience, through her interventions and practical experiences, with more than 5,000 hours of experience in mediation alone. **Results:** most of the conflicts between the different subcultures in health - medical, nursing, administrative, patient and family relations, as well as, more recently, information technology and robotics in health - are directly related

¹ Mestre em Direito; coordenadora da Pós-graduação LLM em Mediação, Gestão e Resolução de Conflitos na Escola Superior de Advocacia (ESAOAB-MG). E-mail: dulcemnascimento@gmail.com

to different forms of work, authority and legitimacy, understood as divergent and mostly understood as incompatible and irreconcilable. Likewise, it is essential to know and incorporate consensual, voluntary and confidential dialogue and negotiation processes in the organization, such as mediation, facilitated by an impartial third party, with no decision or judgment power. It is confirmed the need for health leaders to know how to deal with the complexity of conflicts, which remain between the different subcultures. Organizations and managers who use consensual processes in a technical way enhance positive experiences, as well as improve quality indicators in the organizational social environment. **Conclusion:** it is expected that medical, clinical and hospital managers develop competences for the prevention, management and consensual resolution of conflicts, being necessary to develop and deepen the knowledge of the mediation process.

Keywords: Mediation. Cultural competency. Health services administration. Conflict of interest. Health rights and justice.

Resumen

Objetivo: este artículo tiene como objetivo demostrar que el proceso de mediación de conflictos se presenta como una respuesta adecuada en la prevención, gestión y resolución de diferencias, donde existen relaciones continuas, así como un interés en construir soluciones efectivas, globales y duraderas. **Metodología:** el presente trabajo se basa en la revisión bibliográfica, así como en la experiencia profesional de la autora, a través de sus intervenciones y experiencias prácticas, con más de 5,000 horas de experiencia solo en mediación. **Resultados:** los conflictos entre las diferentes subculturas en salud (médica, enfermería, administrativa, en la relación con el paciente y la familia, así como, más recientemente, con la inclusión de la tecnología de la información y la robótica en la salud), la mayoría de ellas tienen una relación directa con diferentes formas: trabajo, autoridad y legitimidad, entendido como divergente, entendido principalmente como incompatible e irreconcilable. Asimismo, es esencial conocer e incorporar procesos de diálogo y negociación consensuales, voluntarios y confidenciales en la organización, como la mediación, facilitados por un tercero imparcial, sin decisión ni juicio. Se confirma que los líderes de salud necesitan saber cómo lidiar con la complejidad de los conflictos, que permanecen entre las diferentes subculturas. Las organizaciones y gerentes que usan procesos consensuados de manera técnica mejoran las experiencias positivas, así como también mejoran los indicadores de calidad en el entorno social organizacional. **Conclusión:** se espera que los gerentes médicos, clínicos y hospitalarios desarrollen competencias para la prevención, el manejo y la resolución consensuada de conflictos, y es necesario desarrollar y profundizar el triángulo de conocimiento del proceso de mediación.

Palabras clave: Mediación. Competencia Cultural. Administración de los Servicios de Salud. Conflicto de Intereses. Derecho a la salud.

Introdução

Vivemos num mundo global, que se transformou numa *aldeia global*, onde tecnologia e inteligência artificial ocupam cada vez mais espaço, substituindo funções humanas em diversas profissões, em especial as relacionadas com tarefas repetitivas, bem como outras que exigem uma maior precisão, oferecendo um menor risco de erro e segurança de resultado, como se verifica, por exemplo, através da robótica na saúde.

Se, por um lado, mudanças ocorrem numa velocidade cada vez mais vertiginosa, por outro, nem sempre é possível acompanhar, em especial face ao conjunto de tarefas individuais assumidas pelos sujeitos nas sociedades ditas modernas, ao nível pessoal, familiar, profissional e social. Estão surgindo novas realidades e desafios, em especial na área da saúde, provocadas pelo desenvolvimento de sensações de impotência, bem como *stress* nos indivíduos e relações.

Atendendo ao tema que nos propomos desenvolver, de gestão de conflitos na saúde, importa começarmos por questionar e refletir sobre a realidade, o contexto e mudanças.

Entendemos ser de suma importância recorrer aos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), definidos pela ONU em 2015 e insertos na Agenda 2030, que devem ser implementados por todos os países para transformar o mundo, a saber:

1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares
2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável
3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades
4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos
5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas
6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos
7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos
8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos
9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação
10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles
11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis
12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis
13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos²
14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável
15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade
16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis

² Reconhece que a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, sigla em inglês) é o fórum internacional intergovernamental primário para negociar a resposta global à mudança do clima.

17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável

Dos dezessete objetivos definidos pela ONU, entendemos que o ODS nº 3 é relevante para o presente trabalho, ao “assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades”, identificando o objetivo como o dever de garantir saúde e bem-estar, promovendo a prosperidade. Também consideramos relevante referir e reforçar o nº 16, ao “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”, no sentido de melhorar a qualidade de vida dos indivíduos. Dito de outra forma, o ODS 16 tem como objetivo paz, justiça e instituições eficazes.

A escolha dos dois objetivos levou em consideração o entendimento de que eles se encontram intimamente ligados com a humanização do direito médico, por meio da implementação de uma gestão na área da saúde (médica, clínica e hospitalar), com base em princípios colaborativos e de resolução consensual, em especial por meio dos princípios e processo de mediação de conflitos, conforme pretendemos demonstrar durante e ao final do presente trabalho.

Ao falarmos de saúde e bem-estar, assim como da promoção da prosperidade, em especial no mercado da saúde privada, precisamos refletir sobre como o aumento da esperança média de vida está relacionado com a profissionalização e uso da tecnologia, ocorrendo, também, um aumento da lucratividade dessa área, substituindo o padrão antigo de um mercado de saúde maioritariamente assistencialista. Também se impõe entender e aprofundar sistemas que ofereçam mais qualidade com maior eficiência e eficácia, atendendo ao mercado cada vez mais competitivo e utilizadores cada vez mais informados e exigentes.

Na atualidade, seja na área clínica, médica ou hospitalar, em especial no mercado privado, vivemos em um ambiente competitivo, com contornos empresariais complexos, onde é necessário ter competências de gestão especializada, a qual importa uma visão de mapa do negócio, mas também das especificidades dos conflitos.

No caso específico da gestão na saúde, em particular na área hospitalar, precisamos entender com profundidade a área clínica, mas também as áreas de hotelaria e nutrição. Diferentemente do hóspede que paga por uma noite no hotel e tem data certa para sair, na hotelaria hospitalar o paciente entra, muitas vezes, sem saber quanto tempo vai ficar naquele espaço, que denominamos de quarto, a ser a sua habitação vinte e quatro horas por dia. Com igual relevância, olhemos para a área de nutrição hospitalar: ao invés de ir a um

restaurante e escolher a refeição do cardápio, o paciente fica refém do serviço de alimentação que lhe é prestado, de acordo com o perfil a que está a ser tratado. Hotelaria e nutrição dizem respeito a conforto, bem-estar e qualidade da hospitalidade que a organização oferece, sendo esses serviços totalmente distintos dos serviços médicos e clínicos que o paciente necessita para receber alta médica e poder sair daquele local.

Impõe-se a tomada de consciência de que as áreas clínica, médica e hospitalar passaram de uma prestação meramente assistencialista para uma atuação de prestador de serviços, passando a oferecer cuidados secundários (cura e tratamento), assim como terciários (reabilitação e reintegração), para além de ensino (hospital escola), pesquisa e investigação biomédica (cura de doenças raras).

Podemos afirmar que hoje temos organizações extraordinariamente complexas, na sua estrutura física, tecnológica e humana, as quais impõem aos seus gestores e administradores uma enorme capacidade de reação assertiva, com modelos eficientes e eficazes à mudança, que o meio e as necessidades dinâmicas do mercado lhes exigem.

As particularidades mencionadas, acrescidas de outras mais técnicas, exigem das novas lideranças hospitalares processos gerenciais para lidar com os conflitos que surgem, a fim de atender a necessidade de ultrapassar o desafio de transição do modelo de gestão tradicional para modelos empresariais destas organizações.

O presente trabalho pretende estimular os gestores da área da saúde, em especial nas especificidades das atuações médica, clínica e hospitalar, a tomarem consciência sobre a importância de desenvolverem competências de prevenção, gestão e resolução consensual de conflitos e, em especial, sobre conflito, comunicação e negociação, com o objetivo de focar na sua área principal de negócio e resolver os conflitos de forma célere e confidencial, preservando a imagem dos intervenientes, sujeitos físicos e organizações.

Além da revisão de bibliografia diversa, a principal fonte deste estudo encontra-se nas intervenções e vivências práticas da autora, tendo por base as mais de 5.000 horas de experiência só em mediação, salvaguardando o princípio da confidencialidade, imposto de forma ética e legal, no Brasil e em Portugal.

Resultados e discussão

A área da saúde, em especial a organizacional, seja ela médica, clínica ou hospitalar, caracteriza-se por integrar um conjunto de diferentes subculturas, destacando-se a médica,

da enfermagem, do diagnóstico, laboratorial, técnica especializada, bem como, mais recentemente, a tecnologia de informação, a robótica na saúde, a engenharia e informática. A essas, acrescem a administrativa, financeira, comercial, marketing, entre outras mais executivas e operacionais. Por fim, e não menos importante, além do consumidor final, onde nos deparamos com particularidades culturais do paciente, há a família e amigos, além da sociedade local em geral.

Atendendo às mencionadas particularidades sociais e culturais, podemos afirmar que os conflitos na área da saúde se caracterizam, maioritariamente, por envolverem multipartes, o que por si só impõe uma necessária especialidade técnica para que o profissional que trabalha com essa gestão, antes de tomar uma posição e decidir como proceder, consiga diagnosticar os diferentes elementos, sujeitos, posições, interesses e particularidades da situação tida como divergente, incompatível e conflitante.

A grande maioria das situações que o alto gestor na área da saúde é chamado a resolver têm relação direta com distintas formas de trabalho, autoridade e legitimidade, compreendidas como divergentes, sendo em grande parte entendidas como incompatíveis e inconciliáveis. Dedicar-se à gestão e resolução desse tipo de eventos, caracterizados com elementos relacionais e ligados à execução da operação, além de retirar o foco principal do gestor da otimização dos resultados esperados, ocupa um percentual significativo do seu tempo com desgastes emocionais e relacionais, bem como tendencialmente distrai os gestores do foco de desenvolvimento organizacional e otimização dos resultados.

Consideramos indispensável conhecer e incorporar na gestão da saúde (médica, clínica e hospitalar) processos de diálogo e negociação consensual, voluntários e confidenciais, como a mediação de conflitos, facilitados por um terceiro imparcial ao tema em divergência, sem interesse no resultado nem poder de julgamento ou decisão, cuja atuação potencializará a humanização do direito médico.

Modelos de gestão: vertical (autoritário/ distributivo) e matricial (autonomia/ restaurativo)

Tradicionalmente, há uma tensão, muito frequente e recorrente, entre a realidade médica e a gestão ou administração organizacional, com repercussão nas lideranças e necessária interrelação. Quando encontramos lideranças do corpo de especialistas, (em especial, médicos e enfermeiros, que têm poder de decisão com dimensão administrativa

no uso de recursos, a sua orientação se faz pela sua formação profissional técnica (urgência e risco) e não pelo modelo de gestão empresarial.

Diferentemente, o corpo gerencial advindo da área de administração, que se encontra distante do cotidiano médico, exerce funções de processos de adesão dos colaboradores e controle dos resultados alcançados. Os processos de gestão e administração ocorrem com inúmeras situações de tensão entre as mencionadas subculturas (subcultura de especialistas técnicos com a subcultura administrativa).

Atendendo às referidas especificidades, os modelos e processos de gestão clínica, médica e hospitalar precisam manter a sua missão para com a saúde e o compromisso para garantir o bem-estar individual e coletivo, promovendo a prosperidade e melhorando a qualidade de vida dos indivíduos. Por outro lado, é necessário racionalizar, por meio da objetividade dos processos de gestão, para alcançar paz e justiça, bem como instituições e organizações eficientes e eficazes.

Atendendo ao exposto, importa referir que existem vários modelos de liderança na gestão, sendo o escolhido determinante para os resultados alcançados. Recorrendo a Maximilian Karl Emil Weber (1), intelectual, jurista e economista alemão, considerado um dos fundadores da Sociologia, esclarece que podemos classificar três comportamentos de liderança: autoritário, liberal e democrático. Segundo Weber (1) a distinção encontra-se centrada na conduta adotada pelo líder. No modelo autoritário o líder fixa diretrizes a serem seguidas, sem qualquer participação do grupo; já o modelo democrático tem ênfase no líder e nos seus subordinados, sendo as diretrizes debatidas e escolhidas pelo grupo com a assistência do líder; por fim, o modelo liberal enfatiza a participação dos subordinados, verificando-se uma liberdade e autonomia dos subordinados, que passam a ser denominados de colaboradores (2), com autonomia para tomarem decisões e assumirem a correspondente responsabilidade pelas escolhas assumidas.

A evolução dos modelos de liderança, em especial do modelo liberal, com estruturas cada vez mais horizontais ou até mesmo de cariz matricial, veio demonstrar que, na prática, existem colaboradores com posições em níveis hierárquicos inferiores com grande capacidade de liderança, por vezes até maior que a do próprio gestor, podendo os modelos consensuais e de colaboração fortalecer a instituição como um todo (3). Sucede que, para esse tipo de modelo dar certo é necessário existir um elevado padrão de confiança entre os

envolvidos na relação, pois só assim consegue alcançar a necessária segurança sobre a responsabilidade pelas tomadas de decisão.

Como podemos verificar, para enfrentar os desafios da atualidade, os gestores hospitalares da atualidade precisam ter competências de liderança no campo administrativo, acompanhadas de legitimidade junto às subculturas de especialistas (4).

Organizações caracterizadas por modelos horizontais, e mais recentemente por modelos matriciais, necessitam ter a atenção que gestão e liderança precisam caminhar juntas e em sintonia (5), sendo fundamental saber a sua distinção. De forma sumária, gestão relaciona-se com planejamento a curto prazo, organização, controle e resolução de divergências, enquanto liderança está mais relacionada com desenvolvimento de estratégias, inspiração, bem como motivação de pessoas e grupos (6), produzindo mudanças e transformações.

Conforme Matos (6), as instituições da saúde, face à elevada competitividade, acrescida das exigências do mercado pela prestação de serviços e atendimento de qualidade, assumem cada vez mais contornos empresariais, impondo-se uma profissionalização da sua gestão com especiais competências de liderança.

Quando pensamos em liderança e gestão, em especial na saúde, precisamos ter presente a complexidade das organizações, pois ali encontramos diferentes contextos e distintas relações entre administradores, gestores e colaboradores, coexistindo diferentes subculturas no mesmo espaço organizacional (7).

De forma generalista, podemos concluir pela existência de duas grandes subculturas, que por vezes se chocam em termos de gestão (8), causando conflitos de interesse e que também podem ser conflitos de status, egos ou mera divergência de pontos de vista sobre o mesmo assunto. A subcultura médica realiza atividades em função do que considera tecnicamente correto, defendendo sempre a autonomia e maior a liberdade de atuação, justificando que as situações não podem ser catalogadas e, em consequência, deixa com frequência de seguir protocolos e padrões. Por outro, a subcultura administrativa, por regra sem conhecimento clínico ou médico, com dificuldade de reconhecer a influência histórica que a subcultura médica exerce no cotidiano de um hospital, tentando fazê-la seguir regras orientadas para o processo de profissionalização, em busca de controle de custos, aumento da produtividade e busca pela qualidade, por meio de padronização das operações, sem a participação prévia daqueles na tomada dessas decisões.

Sucedem que, apesar da possibilidade de interesses próprios (que podem ser divergentes entre corpo clínico, enfermagem e administrativo), o bom andamento das atividades da organização, como um todo, depende da efetiva harmonia e relacionamento saudável entre os diferentes atores envolvidos na estrutura organizacional, porquanto apenas juntos será possível ter uma organização em completo e efetivo funcionamento.

É de extrema importância a liderança existente em cada grupo para otimizar a concretização das diretrizes organizacionais por parte dos diferentes colaboradores, gerindo de forma mais eficiente e eficaz conflitos de interesse ou eventuais faltas de alinhamento com as estratégias organizacionais, minimizando situações de disputas de poder ou mesmo de instabilidade entre subculturas que precisam atuar de forma conjunta.

As organizações têm cada vez mais solidificada a ideia de absoluta necessidade de coexistência das subculturas, em especial dentro do complexo mundo organizacional hospitalar, verificando-se de extraordinária importância os gestores e administradores dominarem o triângulo do conhecimento para os métodos consensuais (9), onde incluímos temas como conflito, comunicação assertiva e negociação por interesses, perante diferentes conflitos organizacionais (internos e externos), para a concretização de modelos de governança com elevado padrão de qualidade do serviço prestado e ambiente organizacional (10), bem como na relação com o paciente e família.

Conflito na gestão da saúde

Partindo dos conceitos sobre a moderna teoria do conflito, abordados em artigo publicado anteriormente, pretendemos agora, com maior profundidade, desenvolver o tema do conflito hospitalar, atendendo à sua complexidade e características específicas. Por conflito, entendemos (11) a existência de diferentes percepções, face à mesma situação, apresentadas e sentidas pelos intervenientes na situação como mutuamente incompatíveis e inconciliáveis.

Considerando o conflito como algo necessário à mudança ou pelo menos inevitável ao relacionamento humano (12), que surge, mais cedo ou mais tarde, em qualquer relação, independentemente do grau de proximidade ou de intimidade, o mesmo ocorre com diferenças na intensidade e forma como cada sujeito sente e reage à sua gestão e resolução. Atendendo à atualização da conceitualização do conflito, como inevitável ou mesmo necessário (13), importa ao gestor hospitalar proceder a uma verificação sobre qual o seu

mindset, ou seja, qual a configuração da sua mente, relativamente ao surgimento dos conflitos e resultados que pode trazer para a estrutura organizacional.

Ao gestor da saúde passa a ser exigida capacidade profissional e técnica para manter um nível adequado do conflito, que não cause improdutividade ou influência negativa na gestão de tempo, assim como recebe o especial dever de identificar e evitar situações de espiral destrutivo que, se irreversível, pode causar situações de stress e desgastes, originando faltas ao trabalho ou até doenças graves. Importa a esse gestor, que pretende atuar dentro dos atuais modelos de mercado, tomar consciência das diferentes possibilidades de reação, desenvolvendo competências para decidir qual o melhor comportamento e atitude face ao contexto, analisando a situação concreta, características dos intervenientes e interesses da organização.

Para aprofundar este tema, escolhemos o TKI, desenvolvido por Kenneth W. Thomas e Ralph H. Kilmann (14), com origem do começo da década de 1970 e baseado em aprimoramentos teóricos sobre o modelo de estilos de conflitos gerenciais proposto por Robert R. Blake e Jane Mouton, na década de 1960. O instrumento TKI permite, a partir de um questionário (14), identificar as tendências comportamentais de um indivíduo ao lidar com conflitos interpessoais, descrevendo as suas tendências comportamentais dentro dos cinco estilos de comportamentos possíveis na gestão e resolução de conflitos.

Consideramos o TKI como uma das principais ferramentas de mensuração de comportamento nas situações de conflitos, porque são analisadas duas dimensões, ou eixos, na identificação dos estilos de comportamentos perante as situações concretas: o grau de assertividade, quando o sujeito pretende satisfazer os seus próprios interesses e preocupações; e o grau de cooperatividade, quando o sujeito pretende satisfazer os interesses e preocupações do outro. Com o cruzamento das duas dimensões, é possível identificar e localizar cinco estilos de comportamentos e qual a preferência do sujeito para a situação ou temática em concreto: competir; evitar; acomodar; conciliar; colaborar.

Analisando as atitudes ou comportamentos apresentados, podemos referir o seguinte: competir descreve o sujeito que persegue suas próprias preocupações às custas da outra pessoa, ou seja, é assertivo não cooperativo, pois defender uma posição que acredita estar correta ou simplesmente tentar vencer; acomodar é ser pouco assertivo e muito cooperativo, o oposto de competir, significando negligenciar suas próprias preocupações para satisfazer as preocupações da outra pessoa, ou seja, sacrifica seus interesses pessoais para satisfazer



os do outro; evitar é fugir do problema ou simplesmente adiar tomar posição, implicando em não fazer algo, ou seja, não ser assertivo nem cooperativo; comprometimento, mais conhecido como conciliar interesses, tem como principal objetivo encontrar uma solução rápida e aceitável que satisfaça parcialmente ambos, sendo que em algumas situações pode significar dividir a diferença entre as duas posições, corresponde a um comportamento moderadamente assertivo e moderadamente cooperativo; e colaborar, no sentido de envolver um trabalho conjunto dos intervenientes para encontrar ou construir uma solução que satisfaça totalmente os interesses e preocupações de todos, sendo totalmente assertivo e totalmente cooperativo (14).

Sobre os cinco comportamentos possíveis, importa reforçar que não existe qualquer hierarquia ou ordem de preferência, ou mesmo uma situação padrão a alcançar. Todos os sujeitos conhecem e usam os cinco comportamentos de acordo com as circunstâncias e objetivos pretendidos alcançar. O instrumento TKI (15) serve de catalisador para abrir discussões sobre questões difíceis e facilitar o aprendizado sobre como os modos de gestão e resolução de conflitos afetam a dinâmica pessoal, de grupo e organizacional.

É possível verificar a predominância comportamental para cada situação, conseguindo analisar qual o processo mais adequado para o objetivo pretendido. De forma a ficar mais claro, vamos apresentar alguns exemplos respeitando a confidencialidade. Se tivermos uma situação de relação continuada quando, por questões de hierarquia, o subordinado é forçado a aceitar uma decisão imposta numa situação de conflito, a relação passa a ser de autoritarismo e não de autoridade, criando ao longo do tempo desinteresse e falta de motivação. De igual modo, se o subordinado sempre cede algo com o qual não concorda numa situação de conflito em benefício de uma boa relação com o gestor, como por exemplo fazer o trabalho de outro colega pouco diligente, vai aumentando as expectativas de receber algo em troca, como uma promoção, que se não vier a ocorrer criará frustração. Já o comportamento de colaboração corresponde ao maior desafio para o gestor, em especial para o gestor na saúde, atendendo às características das relações continuadas com interesses subjetivos, alguns relacionados a *status* e egos, e interesses objetivos da organização.

O necessário desenvolvimento de competências técnicas para identificar interesses, necessidades e desejos subjacentes potencializa, por um lado, a possibilidade de explorar um desacordo para se aprender com as ideias uns dos outros e, por outro, encontrar e

construir soluções criativas que atendam aos interesses e necessidades subjetivas e objetivas de todos os envolvidos.

Importa conhecer e reconhecer os diferentes estilos utilizados pelos diferentes intervenientes; saber identificar os elementos do conflito na construção prévia do seu mapa, com os elementos estáticos e dinâmicos; bem como gerir e resolver efetivamente a situação com os comportamentos e processos mais adequados aos objetivos pretendidos.

O gestor consensual, que trabalha com autonomia e utiliza um modelo restaurativo de situações e relacionamentos, precisa estar preparado para o exercício de uma função de prevenção dos conflitos, antecipando-se aos mesmos, nomeadamente através do desenho de sistemas de resolução de disputas (DSD, *dispute system design*) e outros processos que otimizam a sua resolução de forma adequada, promovendo um bom clima organizacional, com boa reputação e imagem, para além da satisfação dos clientes internos e externos.

Por DSD, ou desenho de sistema de conflitos, em português, entenda-se a criação e construção de sistemas de negociação personalizados, em especial para empresas e organizações, com o objetivo de otimizar a resolução de conflitos, podendo esta ser realizada *online*, com redução de custos, tempo, tranquilidade, acessibilidade e sem barreiras territoriais (15).

Diagnóstico de conflitos na gestão da saúde

Antes de proceder à identificação da situação ou prescrever uma eventual solução, através de um determinado processo ou método, importa fazer um diagnóstico da instituição ou organização, começando exatamente por conversar com as pessoas com atuação ou interesse para escutar qual o modelo que entendem existir na organização. Em seguida, procede-se ao levantamento do organograma da instituição para verificação das congruências e incongruências entre o que existe formalmente e o que se faz na prática, em especial sobre os níveis de hierarquia, competência, legitimidade e responsabilidade na tomada de decisão.

Essa análise prévia possibilita verificar se o organograma é ou não conhecido formalmente pela estrutura institucional, bem como se existe conhecimento sobre competência, responsabilidade e rede formal de decisão em caso de conflito, em especial qual a relação de autoridade e legitimidade para resolver divergências ou situações de risco e urgência.

A clareza sobre o organograma, responsabilidades e fluxo do processo decisório da organização facilita a percepção dos colaboradores e gestores sobre fluxos decisórios relativos às diferentes situações, bem como, em especial, às ações que se interligam (16).

É comum em estruturas da saúde, em especial instituições hospitalares com organização informal, existirem situações de boicotes a rotinas estabelecidas, designadamente por parte do corpo clínico e médico, quando não concordam com elas. Tal ação origina desentendimento com o restante da equipe, gerando conflitos entre subculturas da organização, por meio de processos de pressão, conseguindo que a rotina seja revista, ao invés da utilização de espaços que favoreçam e instiguem o diálogo e a comunicação. Esse tipo de comportamento, denominado de competitivo (ou aversão do profissional com relação a regras procedimentais), é justificado por alguns pelo fato de não terem vínculo empregatício, o que pode prejudicar os interesses da organização da qual fazem parte.

Sabemos que, na área da saúde (clínica, médica e hospitalar), a hierarquia costuma ser apontada como sendo um fator que dificulta a agilidade dos processos no cotidiano. Isso acontece, em especial, nas organizações ou instituições de maior porte, cujo maior desafio não é o desconhecimento do organograma, mas sim a cultura organizacional (17), principalmente se a instituição já foi receptiva a contatos diretos que ignoravam hierarquia. Tal comportamento é justificada em situação de emergência, quando se ultrapassa processos, estruturas e fluxos decisórios, porém, constituindo-se seguramente um fator gerador de conflito e absoluto mal-estar organizacional.

Entender a dinâmica dos conflitos e diagnosticar, nomeadamente, se a autonomia dos médicos escapa ao controle da área administrativa e aos padrões de gestão, relacionando-se apenas com mecanismos de pressão na estrutura administrativa, exige por parte dos administradores, diretores e gestores, além de conhecimento técnico sobre conflito, elevadas competências de comunicação e negociação.

Comunicação

Apesar de entendermos a comunicação como um tema óbvio, já que desde tenra idade nos comunicamos, importa desenvolver o quanto complexa essa temática pode ser, em especial quando nos referimos à comunicação institucional ou organizacional na área da saúde. Aqui, as competências de gestão e liderança também devem ser orientadas para a implementação e desenvolvimento de processos de diálogo, com a especificidade do



necessário e efetivo entendimento da complexidade das relações e relacionamentos, bem como da sua especial continuidade.

Conforme as novas competências da gestão na saúde, em especial ao nível estratégico e de gestão desenvolvido pela presidência, administração, coordenação e supervisão, além de um conhecimento profundo sobre a complexidade e diversidade de elementos do conflito no ambiente institucional e organizacional, os profissionais precisam entender tecnicamente sobre as formas de relacionamento e canais de comunicação, notadamente entre supervisores e subordinados, mas também entre as diferentes áreas, desde o comercial à clínica médica, passando pelo operacional e atendimento, até à governança, entre outras.

Desenvolver o tema comunicação implica entender a sua dinâmica, contexto e complexidade (19), sendo a maior dificuldade da comunicação organizacional no plano cultural, e não no formal, o que dificulta a execução e aprimoramento de processos, gerando conflitos entre os diferentes níveis hierárquicos que diariamente precisam lidar com as dificuldades inerentes à ausência de diálogo, comunicação e troca de diferentes opiniões. Favorecer e instigar canais específicos e apropriados para o diálogo é de suma importância, quer seja por meio de um canal interno aberto e confidencial, como um disque denúncia ou um serviço de apoio ao cliente interno (colaborador e prestador de serviço), quer por meio de uma ouvidoria ou central de atendimento ao cliente interno e externo.

Abordar o tema comunicação significa apresentação e desenvolvimento de ideias, escuta, devolução do entendimento do que se escutou e confirmação de ter sido entendido (7). Sucede que é exatamente esse o caminho que cada vez menos é percorrido pelos sujeitos, que tendem a fazer deduções do que foi dito, ao invés de verificarem e confirmarem o que pretenderam transmitir ao outro.

Nesse ponto, precisamos refletir sobre a crescente tendência de falar para o outro, em vez de falar com o outro, assim como de escutar para responder, ao invés de escutar para entender, gerando ruídos de comunicação e situações desconfortáveis que possibilitam o desenvolvimento de conflitos evitáveis (19).

Sobre ruídos na comunicação que ocorrem diariamente dentro de uma estrutura com diversas culturas, é importante entender que ocorre pela falta de *feedback*. Emissor, codificação, canal ou meio, receptor, descodificação, resposta e contexto, correspondem aos

principais elementos do processo de comunicação, bem como seus axiomas, em especial que é impossível não se comunicar (20).

A conversação entre sujeitos é algo dinâmico e muitas vezes realizada de forma inconsciente ou intuitiva, mas o gestor precisa cuidar da comunicação e usá-la com conhecimento técnico e profissional.

Saber se comunicar vai muito para além de saber falar e ouvir. Impõe o desenvolvimento de competências sobre comunicação (20), em especial comunicação não violenta, com uma escuta proativa, bem como efetiva gestão de emoções e sentimentos, que por regra afetam o racional nos momentos de tensão.

O gestor precisa aceitar o desafio de passar a efetivamente desenvolver uma comunicação onde cada interveniente fala com o outro e escuta para entender. Utilizar uma linguagem clara e um meio adequado são algumas das principais preocupações que a instituição e o gestor precisam ter atenção.

De igual modo, o gestor deve refletir sobre como nos comunicamos em situações de conflito, como reagimos perante conversas difíceis (21) – seja pelas características das pessoas (pessoas difíceis) ou pelas circunstâncias da situação (situações difíceis) – e o que podemos mudar para otimizar esses impasses e dificuldades (22).

Segundo Marshall Rosenberg, é importante termos e aplicarmos um procedimento próprio de comunicação, através de quatro passos, para alcançar uma comunicação efetiva (19). Propõe o autor (19), depois de escutar atentamente, começar por devolver de forma objetiva a situação que entendemos e estamos a vivenciar, prosseguindo com a verbalização do sentimento que nos provoca, para, em seguida, esclarecer ao outro sobre a nossa necessidade, terminando com um pedido legítimo. Nesse sentido, o processo de comunicação não violenta ocorre em quatro passos durante a mesma fala: descrição do modo como observo a situação e ações do outro (sem julgamento); partilha do sentimento individual, usando a linguagem do eu sobre a situação; manifestação das necessidades individuais com base nos valores e desejos gerados; e realização do pedido claros e específicos, com critérios objetivos (19).

No caso específico das relações e relacionamentos na área da saúde, em especial da gestão clínica, médica e hospitalar (11), implica para o gestor o desenvolvimento de competências específicas necessárias para comunicar com pessoas que têm uma diversidade de valores, e consequentemente de diálogos e linguagens. Assim, de acordo com os

intervenientes em questão, será possível ocorrer situações em que será necessário gerir diferentes usos de linguagem: umas com valores éticos e extremamente técnica (médicos, enfermeiros e *staff* técnico); outras com valores emocionais (famílias, pacientes e acompanhantes); e outras com valores financeiros (empresas, operadoras e seguradoras), podendo inclusive se misturarem (23).

Resulta claro que elementos subjetivos do conflito e questões de continuidade da relação estão presentes em todas as situações e sujeitos mencionados, sendo, por regra, mais adequado resolvê-los de forma saudável e construtiva, por meio de processos consensuais que imperem a autonomia da vontade e decisão informada, como é o processo de mediação.

Comunicar assertivamente e sem violência implica treino e prática, sendo necessário o gestor da saúde conseguir ser capaz de construir, de forma efetiva e consistente, culturas empresariais modernas, onde diálogo construtivo e respeito ocupam um campo fértil e abundante, com consequências diretas na redução do índice de conflitos, mantendo o gestor com foco no desenvolvimento da sua área de negócio sem distrações.

Negociação

Perante situações de negociação conflituosa, mas com interesses divergentes, a tendência é ocorrer um escalar destrutivo da relação, contaminando ambiente e demais sujeitos. Diferentemente, quando existem interesses distintos, mas objetivos comuns, usando da negociação, com atitudes e comportamentos de cooperação (14), as divergências podem se transformar em desafios saudáveis ao ambiente, bem como potencializar proximidade das relações entre os intervenientes e demais sujeitos.

De forma complementar ao objetivo do presente trabalho, importa aqui tratar o tema da negociação (24), sendo necessário afirmar que, tal como no aprofundamento sobre a comunicação, o que aparentemente parece ser óbvio é efetivamente complexo, por suas potencialidades e dimensões serem imensas.

Durante a gestão de conflitos vão ocorrer situações em que o gestor da saúde precisa ter um pulso assertivo e tomar decisões, assumindo responsabilidades e consequências do uso desse poder que lhe foi conferido. No entanto, existem outras situações de conflito em que trabalhar as divergências por meio do uso de processos cujos interessados elaboram favorece ambientes com relações continuadas.

Desenvolvido após a Segunda Guerra Mundial, pelo projeto de negociação da Universidade de Harvard, a negociação por interesses corresponde a um método negocial, com procedimentos pensados para o negociador convencer o outro de forma consensual e construir acordos sem necessitar de fazer concessões (24). O procedimento sobre como chegar ao sim encontra-se dividido em quatro passos: separar pessoas dos problemas; concentrar-se nos interesses e desvalorizar as posições; criar opções de ganhos mútuos; e por fim, insistir na utilização de critérios objetivos com padrões independentes.

O principal objetivo desse tipo de negociação (24) é, além de atingir um resultado objetivo com rapidez, construir um acordo que satisfaça os intervenientes através da distribuição de ganhos mútuos.

Por ser muito diferente da forma com que somos educados, é importante fazer uma interiorização dos conceitos sobre a construção de soluções de ganhos mútuos (24), para em seguida se conscientizar de que a maioria das pessoas ainda não conhece essa possibilidade e insiste no velho modelo de uma negociação na qual um ganha e o outro perde ou os dois perdem.

É preciso aprofundar alguns conceitos sobre diferentes modelos de negociação e quais as possíveis abordagens, assim como os resultados prováveis de serem alcançados (25), começando por verificar a forma de pensar durante o processo e mesa de negociação. Posteriormente, é necessário identificar se o negociador tem foco em ganhar do outro, sempre querendo levar vantagem, ou se, diferentemente, o foco é ganhar com o outro, de forma recíproca, alcançando e construindo soluções impossíveis de atingir se agisse sozinho ou se escolhesse outros meios para resolver a situação, caso chamasse um terceiro com poder de decisão para impor uma solução.

Uma das situações mais correntes de provocar ou potencializar conflitos diz respeito ao descumprimento de combinados assumidos numa negociação. Pessoas que dizem sim para acabar com a situação, mas na verdade fazem o contrário. Essa situação ocorre muitas vezes pela sensação de desconforto e incômodo que dizer não lhes causa, estejam ou não no exercício de funções de gestão. Ultrapassar a frágil capacidade de dizer não, impõe o desenvolvimento de competências sobre como dizer um não positivo (26), ou seja, como ter uma atuação assertiva na sua gestão e liderança.

Saber dizer não de forma assertiva implica conhecer e estabelecer uma estratégia de atuação, por meio da qual, após uma escuta ativa, se demonstra entendimento e

compreensão sobre os interesses do outro, dizendo sim; em seguida, apresenta os fundamentos e motivações da sua posição e interesses de forma interessada, verbalizando o não; e finalizamos com a manifestação de disponibilidade para atender os interesses do outro desde que os nossos também o sejam, propondo a construção de uma solução que atenda a todos, concluindo de forma positiva com uma saída honrosa para os demais intervenientes (26).

Compete ao gestor hospitalar desenvolver competências técnicas para negociar com maior eficiência e eficácia, mas também importa que tenha conhecimento da existência de processos de mediação e conciliação, em caso de impasse, entre outros métodos consensuais de resolução de conflitos.

É preciso, de forma sumária, distinguir o processo de mediação e conciliação, tendo por base o disposto no regime legal brasileiro, em especial no Código de Processo Civil (27) e na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, chamada de Lei de Mediação (28).

Estabelece o artigo 165º do CPC que a diferença entre os dois processos se encontra na circunstância da mediação ser adequada, preferencialmente, nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, tendo por objetivo auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos por si mesmos. Diferentemente, a conciliação é um processo legalmente considerado mais adequado, preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo um terceiro sugerir soluções para o litígio, tendo como objetivo o acordo, mas sem qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Ainda nos termos da lei, em especial o artigo 1º da nº 13.140, mediação é considerada uma atividade técnica, exercida por terceiro imparcial, sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Diferenças e semelhanças serão aprofundadas em momento posterior.

Introdução aos principais métodos de resolução de conflitos

O conflito, além de inevitável aos relacionamentos humanos, corresponde a uma diferente percepção da mesma situação, tida como mutuamente incompatível e inconciliável para os intervenientes. Por meio do desenvolvimento das aludidas teorias sobre o conflito,

veio a ser descrito por uns como oportunidade, e por outros como algo necessário ao desenvolvimento da humanidade.

Atendendo à mudança de valores sociais, relacionais e institucionais, bem como ao modo como as relações se dão na atualidade, as sociedades modernas vêm resgatando o efetivo exercício do princípio da autonomia da vontade privada e da decisão informada nas últimas décadas.

Apesar de não ser uma matéria nova, ainda se verifica a falta de informação sobre as diferentes possibilidades e escolhas de processos e técnicas para uma gestão e resolução de conflitos com eficiência e eficácia.

Sem nos aprofundarmos muito, impõe-se afirmar a existência de três grandes grupos de processos de resolução de conflitos: heterocompositivos, híbridos e autocompositivos.

A aludida divisão foi por nós realizada atendendo, em especial, ao critério legal de autonomia da vontade privada. Assim, quanto menor for a autonomia da vontade mais próximo estaremos da decisão do terceiro. Inversamente, quanto maior for a aludida autonomia mais próximo estaremos da construção da solução de forma livre.

Classificamos como processos híbridos quando, apesar de um terceiro decidir definitivamente, é preciso de uma cláusula compromissória estabelecida previamente no contrato para iniciar o processo, ou de um compromisso arbitral acordado durante o conflito. A conciliação, apesar de preservar a autonomia dos intervenientes, admite como possível a circunstância do conciliador poder sugerir formas de resolver a situação, podendo o aludido princípio ficar condicionado.

Conhecedores das dificuldades de certas negociações, principalmente aquelas onde ocorrem impasses, entendidos pelos intervenientes como divergências absolutamente incompatíveis e inconciliáveis, ou onde os intervenientes atingiram um nível de ruptura que lhes impede a escuta, em especial quando ocorre perda de confiança ou insegurança, impõe-se o recurso de um terceiro.

A questão está exatamente na escolha desse terceiro, pois podemos escolher um terceiro com poder de decisão, ou um terceiro sem poder de decisão, mas com domínio de processos que restabelecem a comunicação e a confiança, possibilitando construir soluções consensuais e duradouras, com foco nas relações continuadas.

A tendência de escolha de um terceiro com poder de decisão, advém do modelo educacional, familiar, no trabalho ou mesmo na sociedade, e pela absoluta falta de

consciência e treino sobre o poder que cada sujeito tem de resolver definitivamente a situação por si mesmo, conseguindo ultrapassar problemas, impasses e dificuldades mediante processos de cooperação e consenso.

Assim, podemos chamar um terceiro, alguém da nossa rede, de acordo com determinado critério pessoal ou de identidade, a quem delegamos competência para analisar e decidir a situação por nós. Podemos indicar um terceiro atendendo a questões técnicas ou formais, que nos irá substituir e ser parcial, a exemplo de um profissional da advocacia. Ou ainda, um terceiro profissional que irá atuar de forma imparcial, de acordo com determinado processo, princípios, regras e procedimentos, como o mediador que auxiliará a comunicação e facilitará a construção de soluções que atendam a todos.

Processo de mediação de conflitos na saúde

Por mediação, entendemos o processo vocacionado para trabalhar conflitos entre pessoas com interesse em manter, melhorar, não prejudicar ou iniciar relacionamentos ou relações, quando a negociação não deu certo, independentemente do grau de proximidade e/ou intimidade, com a intervenção de um terceiro especializado, sem poder de decisão ou ingerência, denominado de mediador. Diferentemente, o processo de conciliação aplica-se à resolução de situações entre pessoas que tiveram uma relação pontual, ocasional ou esporádica, tendo como objetivo descobrir os interesses mensuráveis e a identificação das questões em divergência, facilitado por um terceiro que, sem poder de decisão, tem a faculdade de poder sugerir um acordo para colocar um fim rápido à situação (29).

No âmbito empresarial, a mediação é hoje utilizada para trabalhar conflitos entre organizações, clientes, fornecedores e colaboradores, com possibilidade de aplicação em três momentos distintos: (i) na prevenção ou minimização dos efeitos e consequências da disputa; (ii) na gestão mais profunda e produtiva dos fatores relacionados à disputa; ou (iii) na obtenção de uma solução mais eficiente e eficaz da disputa (30).

Das experiências vivenciadas pela autora durante a sua carreira, com diversos casos de mediação empresarial, envolvendo alto, médio e baixo cargo de gestão, na área clínica, médica e hospitalar, entre diferentes subculturas e, em especial, entre médicos e administradores hospitalares, é possível referir que, na relação entre médicos e demais grupos ainda prevalecem práticas competitivas e autoritárias que dificultam ou impedem tomada de decisão conjunta pelo grupo de trabalho, com modelos de gestão verticais ou

matriciais. Assim como ainda encontramos, com frequência, a percepção de superioridade da classe médica em relação aos demais técnicos e profissionais. De igual forma, é notória a presença de conflitos latentes, ocultos ou reprimidos, em resultado da divergência entre quem exerce o poder e quem está sujeito a ele.

Situações de desautorização médica sobre decisões dos administradores e diretores, além de descredibilizar, provocam desgaste emocional e relacional, bem como comprometem a produtividade das equipes e aumentam a insegurança a processos de legitimidade e responsabilidade na tomada de decisão.

O processo de mediação na área da saúde, e em especial na gestão médica, clínica e hospitalar, é o mais adequado para as situações elencadas, podendo funcionar de modo interno, com a criação de equipes de profissionais da própria instituição que, capacitadas para o exercício dessa função de mediador, a exercem em horários pré-estabelecidos e num local criado para tal. A mediação também é possível funcionar de modo externo, com a solicitação de intervenção de mediadores profissionais, capacitados e certificados, em especial com atuação reconhecida no mercado privado.

De uma forma ou de outra, o gestor estará impedido de exercer a função de mediador no sentido técnico do termo, atendendo à necessária intervenção parcial da sua atuação, mas será fundamental, e em especial dadas as particularidades das múltiplas partes envolvidas e que se inter-relacionam (pacientes, família, médicos, enfermeiros, assistentes, técnicos, companhias seguradoras, planos de saúde, entre outros), possuir competências sobre o triângulo do conhecimento na sua função de gestor: conflito, comunicação e negociação, além de conhecimentos sobre as potencialidades de recorrer e propor a mediação como processo adequado para determinados conflitos (9).

Reforçando, a mediação é um processo vocacionado para trabalhar conflitos onde exista interesse de manter, melhorar, não prejudicar ou iniciar relacionamentos ou relações, em que a negociação direta não deu certo, independentemente do grau de proximidade e/ou intimidade (29).

Enquanto processo de prevenção, gestão e resolução de conflitos, em especial na área da saúde, e em concreto na realidade clínica, médica e hospitalar, a mediação de conflitos corresponde a uma proposta para trabalhar divergências entre pessoas que mantêm uma relação continuada na busca de seus interesses, objetivos e subjetivos, e na identificação de suas questões. Facilitados por um terceiro, intervêm buscando o

entendimento das diferenças, o restabelecimento da comunicação e estimula uma composição satisfatória para ambas.

Com características específicas, o processo de mediação rege-se por princípios processuais determinados e estabelecidos nos diferentes ordenamentos jurídicos do Brasil, dos quais destacamos como universais, a confidencialidade, informalidade, flexibilidade e oralidade. Também é importante a voluntariedade e o controle sobre o resultado por parte dos intervenientes, atendendo à autonomia da vontade. Além da independência e imparcialidade do mediador para buscar o consenso dos mediados, tratando-os com isonomia e igualdade, é importante a atuação de boa-fé dos mediados nos termos do CPC e da mencionada Lei de Mediação.

Mediador de conflitos

O mediador de conflitos é um profissional técnico, especializado na prevenção, gestão e resolução de conflitos, sem poder decisório, com formação específica no processo de mediação. Foi escolhido ou aceito pelos intervenientes por meio de procedimentos próprios e os auxilia a entenderem o conflito; estimula o diálogo dos intervenientes; e os incita a tratar suas diferenças de forma consensual, construtiva e colaborativa, para, em conjunto, após identificar interesses e necessidades, construir possibilidades de solução de ganhos mútuos na resolução da situação (29). Seja interno ou externo à instituição, o mediador de conflitos terá uma atuação independente e imparcial, além da obrigação de atuar com a confidencialidade do processo.

Durante a sua intervenção, o mediador atua facilitando a comunicação, provocando o diálogo, incitando o tratamento das diferenças de forma construtiva, colaborativa e consensual e estimulando a criatividade para a construção de soluções de ganhos mútuos com base em critérios objetivos. Inclui-se nas funções desse profissional, auxiliar os intervenientes a entenderem o conflito e as divergências, estimular a identificação dos diferentes interesses e necessidades dos envolvidos, seja pessoa ou organização representada, e instigar que os intervenientes à construção de possibilidades de soluções consensuais.



Conclusão

Podemos concluir que tal como outras profissões e realidades, também na área da saúde, e em especial na médica, clínica e hospitalar, é impossível insistir na manutenção das mesmas estruturas organizacionais, com atuação paralela entre o sistema administrativo e assistencial, porquanto a gestão e controle financeiro de uma organização depende da gestão racional de recursos no atendimento e satisfação dos interesses do cliente, cada vez mais exigente e com maior poder de escolha, fruto do aumento da concorrência.

O maior desafio para a administração e gestão na saúde é quebrar paradigmas sobre a tradicional forma de gerir esse tipo de instituições. Designadamente, conseguir implementar, na prática, modelos de governança e gerenciais que promovam canais de comunicação e diálogo efetivo e que estimulem a construção de consenso nas decisões e uma maior homogeneidade na distribuição do poder de decisão.

No mesmo sentido, é fundamental criar modelos e diferentes formas de gestão que tenham por base o compartilhamento da tomada de decisão e divisão de responsabilidades. Importa registar que as diversas resistências que ainda se encontram ocorrem, em geral, por falta de conhecimento das diferentes formas de liderança e resolução de diferenças, especialmente os modelos de negociação consensual com ganhos mútuos, e sobre as vantagens do processo de mediação de conflitos.

O gestor e administrador hospitalar não é e nem pode atuar como mediador técnico, mas é fundamental o seu conhecimento sobre o processo de mediação, assim como sobre procedimentos, ferramentas e técnicas utilizadas. Além disso, é de grande valia o desenvolvimento de competências nos temas de conflito, comunicação e negociação.

A utilização do processo de mediação na prevenção, gestão e resolução de conflitos na área da saúde e, em especial, nas áreas da competência de gestão clínica, médica e hospitalar, traz inúmeros benefícios organizacionais. Por meio dos seus princípios e procedimentos próprios, o processo de mediação permite salvaguardar a imagem dos intervenientes e a gestão sobre o tempo dispendido no processo (confidencialidade, simplicidade e flexibilidade), assim como o controle do resultado e autonomia da decisão.

A imparcialidade do mediador e o procedimento em si permitem preservar e acolher aspectos emocionais envolvidos em situações de relacionamento continuado, restabelecendo a necessária segurança e confiança para, por meio de uma visão prospetiva, construir de forma criativa soluções ajustadas aos interesses e necessidades de todos os



intervenientes e que restaurem os relacionamentos, independentemente do grau de proximidade ou de intimidade. Em síntese: utilizar o processo de mediação na prevenção, gestão e resolução de conflitos na saúde permite uma previsão e controle sobre o tempo, desgaste e investimento financeiro, além do efetivo controle sobre a decisão final pelos intervenientes, que podem estabelecer acordos parciais ou totais, provisórios ou definitivos.

Temos plena convicção e segurança ao afirmar que as vantagens competitivas dos modelos de gestão hospitalar da atualidade caracterizam-se pela tomada de consciência de que os diferentes papéis, em especial, os médicos, técnicos e administradores hospitalares, ao decidirem e atuarem colaborativamente, inclusive usando o processo de mediação para ultrapassar impasses de forma consensual, conseguirão um efetivo aumento de produtividade, o aperfeiçoamento da qualidade dos serviços prestados e maior qualidade relacional dos diferentes intervenientes, operacionalizando vantagens competitivas da organização no mercado e uma real humanização das interrelações e do direito médico.

Referências

1. Weber M. *Economía Y Sociedad – esbozo de sociologia comprensiva*. Fondo de Cultura Económica; 1992.
2. Gonçalves E. *Administração de recursos humanos nas instituições de saúde*. São Paulo: Pioneira; 1987.
3. Hatch MJ. *Organization Theory*. New York: Oxford University Press Inc.; 1997.
4. Heloani R. *Organização do trabalho e Administração: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Cortez; 1994.
5. Heifetz RA. *Leadership without easy answers*. Cambridge: Harvard University Press; 1994.
6. Matos AJ. *Gestão de custos hospitalares*. São Paulo: STS; 2001.
7. Uribe RFJ. *Análise estratégica em saúde e gestão pela escuta*. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2003.
8. Vendemiatti M, Siqueira ES, Filardi F, Binotto E, & Simioni FJ. Conflito na gestão hospitalar: o papel da liderança. *Ciência & Saúde Coletiva*. 2010; 15: 1301-1314.
9. I Semana Advogar na Mediação. O triângulo do conhecimento [Online]. Projeto Advogar na Mediação; 2020.



10. Rossetti JP, Andrade A. Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 7ª ed. São Paulo: Atlas; 2014.
11. Nascimento D. Mediação de Conflitos na Área da Saúde: experiência portuguesa e brasileira. Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário. 2016; 5(3), 201-211.
12. Follett MP. Profeta do gerenciamento. Rio de Janeiro: Qualitymark; 1997.
13. Deutsch M. The Resolution of Conflicts. Yale University Press; 1973.
14. Kenneth WT, Kilman RH, Kilman Thomas. Conflict Mode Instrument [Online]. 1997. Disponível em: <https://kilmanndiagnostics.com/overview-thomas-kilman-conflict-mode-instrument-tki/>
15. Faleck D. Manual de Design de Sistemas de Disputas. Lumen Juris; 2018.
16. Robbins SP, Judge TA, Sobral F. Comportamento organizacional: teoria e prática no contexto brasileiro. 9ª ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil; 2002.
17. Motta, F. C. P. Transformação organizacional: a teoria e a prática de inovar. Rio de Janeiro: Qualitymark; 1997.
18. Bohm D. Diálogo: Comunicação e Redes de Convivência. Palas Athena; 2005
19. Rosenberg M. Comunicação Não-Violenta. Ed. Ágora; 2006.
20. Watzlawick P, Beavin JH. Pragmática da Comunicação Humana. Ed. Cultrix; 1967.
21. Patton B, Heen S, Stone D. Conversa difíceis: como argumentar sobre questões importantes. Rio de Janeiro: Elsevier; 2011.
22. Ury W. Supere o Não: negociando com pessoas difíceis. São Paulo: Best Seller; 2000.
23. Dolan SL. Coaching por valores. Madrid: LID Editorial Empresarial; 2012.
24. Fisher R, Ury W, Patton B. Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago Editora; 2005.
25. Nascimento DMM. A mediação empresarial na Era do CPC/2015. In: Perruci FF, Ribeiro Maia FF, Leroy GC [Orgs]. Impactos do Novo CPC no Direito Empresarial. Belo Horizonte: Editora D'Plácido; 2017.
26. Ury W. O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim. Rio de Janeiro: Elsevier; 2007.
27. Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm



Brasil. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm

29. Nascimento DMM. Julgados de paz e conciliação técnica: sua importância no paradigma da Justiça Restaurativa. Disponível em:
http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/716/1/md_dulce_nascimento_dissertacao.pdf.
[Acesso em 4 fev 2020]

30. Nascimento D, Renno L. As vantagens da escolha pela Mediação Empresarial. In: Sztajn R, Salles MP de A, Teixeira T. Direito empresarial: estudos em homenagem ao professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. São Paulo: IASP; 2015

Submetido em: 08/11/19
Aprovado em: 04/02/20

Como citar este artigo:

Nascimento DMM. Mediação de conflitos na gestão da saúde (médica, clínica e hospitalar): humanização do direito médico. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 170-195.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.605>



Os esqueletos humanos são dignos de proteção

Human skeletons are worth protecting

Vale la pena proteger los esqueletos humanos

Marta Stoffels¹

Resumo

Introdução: ante o avanço das ciências, cresce também o interesse nas coleções osteológicas já existentes e o desejo de construir novas, desde que a legislação nacional assim o permita. Proporcionalmente, aumentam as discussões relativas à bioética, instando as nações a revisitarem seus ordenamentos jurídicos visando à atualização do tema no que tange à proteção dos esqueletos humanos. **Objetivo:** suscita-se uma reflexão acerca do *status* jurídico dos esqueletos, da sua tutela nos âmbitos do Estado, no meio científico e acadêmico. Busca-se, também, fundamentos jurídicos que amparem os direitos à dignidade e à nacionalidade para os restos humanos esqueletizados. **Metodologia:** o método adotado é o da pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa. A técnica utilizada foi a análise textual descritiva acerca dos direitos atribuídos aos restos mortais. **Resultados:** a legislação vigente não impede que a doutrina majoritária considere, no âmbito do Direito, os ossos humanos como *coisa*. Essa condição enfraquece a proteção, fomenta o trânsito desenfreado e o comércio ilegal de ossos humanos. **Conclusão:** é imprescindível a inclusão, nos documentos regulatórios da matéria, um núcleo de proteção ampliado para os despojos humanos, cujo teor vise a garantir a dignidade que lhes é inerente. A normatização dos direitos aqui reivindicados inibirá questões envolvendo ossos humanos, que são dirimidas, atualmente, por um esforço exegético derivado dos direitos de personalidade, das leis do Direito Funerário ou pelas normas sanitárias locais, cujo amparo legal se restringe à imagem, à memória e à honra do indivíduo morto.

Palavras-chave: Restos mortais. Esqueleto. Ética. Legislação.

Abstract

Introduction: in the face of development of the sciences, there is also a growing interested in existing osteological collections and the desire to build new ones, provided that national legislation permits. Proportionally, discussions on bioethics increase, urging nations to revisit their legal systems with a view to updating the topic regarding the protection of human skeletons. **Objective:** to raise a reflection about the legal status of skeletons, their tutelage in the areas of the State, in the scientific and academic environment. We also look for legal bases that support the rights to dignity and nationality for the skeletonized human remains. **Methodology:** the method adopted is the bibliographic research with a qualitative approach. The technique used was the descriptive textual analysis of the rights attributed to the remains. **Results:** the current legislation does not prevent the majority doctrine from considering, within the scope of the law, human bones as a *thing*. This condition weakens protection, encourages unrestrained traffic and the illegal trade in human bones. **Conclusion:** it is essential to include an expanded protection nucleus for human spoils in the regulatory documents of the matter, whose content aims to guarantee the inherent dignity. The

¹ Doutoranda em Antropologia Forense pela Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: martinhasstoffels@gmail.com

regulation of the rights claimed here will inhibit issues involving human bones that are currently resolved by an exegetical effort derived from personality rights, the rules of Funerary Law or by local health rules, whose legal protection is restricted to the image, memory and the honor of the dead individual.

Keywords: Mortal remains. Skeleton. Ethic. Legislation.

Resumen

Introducción: en vista del avance de la ciencia, también existe un creciente interés en las colecciones osteológicas existentes y el deseo de construir otras nuevas, siempre que la legislación nacional lo permita. Proporcionalmente, las discusiones sobre bioética están aumentando, instando a las naciones a revisar sus sistemas legales con el fin de actualizar el tema con respecto a la protección de los esqueletos humanos. **Objetivo:** plantea una reflexión sobre el estado legal de los esqueletos, su tutela en las áreas del Estado, en el entorno científico y académico. También busca fundamentos legales que respalden los derechos a la dignidad y la nacionalidad de los restos óseos. **Metodología:** el método adoptado es el de la investigación bibliográfica con enfoque cualitativo. La técnica utilizada fue el análisis textual descriptivo sobre los derechos atribuidos a los restos. **Resultados:** la legislación actual no impide que la doctrina mayoritaria considere, dentro del alcance de la Ley, los huesos humanos como una *cosa*. Esta condición debilita la protección, fomenta el tráfico sin restricciones y el comercio ilegal de huesos humanos. **Conclusión:** es esencial incluir, en los documentos reglamentarios del asunto, un núcleo de protección ampliado para el botín humano, cuyo contenido tiene como objetivo garantizar la dignidad inherente. La regulación de los derechos reivindicados aquí inhibirá los problemas relacionados con los huesos humanos que actualmente se resuelven mediante un esfuerzo exegético derivado de los derechos de la personalidad, las leyes de Derecho Funerario o las normas locales de salud, cuya protección legal se limita a la imagen, la memoria y honor del individuo muerto. **Palabras clave:** Restos mortales. Esqueleto. Ética. Legislación.

Introdução

Historicamente, é atribuído ao cadáver um valor moral, cultural e religioso. Após a morte de um indivíduo é deflagrado o respeito ao *ius sepulchri*, que é o direito de ser sepultado (ou cremado) e permanecer sepulto. Todavia, a legislação nacional de Portugal permite a exumação daqueles indivíduos que, após o transcurso do prazo legal estipulado para garantir a sua esqueletização, não se encontram em campa de caráter perpétuo.

Após a exumação, os despojos recolhidos e não reclamados pelos familiares do indivíduo identificado, bem como os restos mortais daqueles não identificados antes da inumação, são depositados no ossário local para subsequente cremação ou outro destino julgado mais adequado. Referida prática permite a continuidade dos sepultamentos, haja vista a falta de espaço nos cemitérios que atormenta os seus administradores.

Aborda-se o processo gerador de esqueletos humanos para pesquisa, atualmente vigente em Portugal, em virtude da solicitação oriunda do Canadá, em 2016, de doação de

esqueletos de indivíduos portugueses não reclamados, objetivando a criação de uma coleção de referência para investigação científica e de ensino, uma vez que é vedada a exumação de cadáveres para esse fim naquele país. Aprovado o pedido pela Câmara Municipal de Lisboa (CML) e, tornada pública a decisão, gerou a inconformidade dos cientistas locais uma vez que caracterizaria a *exportação* de esqueletos (1).

O ineditismo da situação expôs a lacuna legislativa existente em Portugal e, certamente, em muitos outros países afora. O insólito acontecimento ensejou a manifestação dos cientistas portugueses, por meio de carta enviada às autoridades decisoras, reivindicando legislação específica para a tutela de cadáveres humanos esqueletizados recentes, ante o seu caráter de patrimônio biológico nacional.

Nesse sentido, o objetivo do artigo é refletir acerca do *status* jurídico dos esqueletos, a ausência de regulamentação específica, e os posicionamentos acadêmicos e científicos sobre o tema.

Metodologia

Utilizou-se o método da pesquisa bibliográfica no intuito de identificar produções científicas, cujo teor abordasse eventuais direitos atribuídos a restos humanos esqueletizados, visando à fundamentação da sua relevância ímpar no âmbito dos direitos fundamentais, assim como na comunidade científica afim.

Foi utilizada uma abordagem qualitativa em livros do acervo da Biblioteca da Universidade de Coimbra; em artigo de jornal português; em artigos e sítios especializados, brasileiros e estrangeiros, disponíveis na Internet, a saber: Estudo Geral, repositório digital da produção científica da Universidade de Coimbra²; Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa³; *Espaço Jurídico*⁴, *Wiley Online Library*⁵; *Revista Âmbito Jurídico*⁶; *National Geographic*⁷; *Forensic Science International*⁸; Google Acadêmico⁹, entre outros.

Quanto à datação das publicações pesquisadas, cumpre ressaltar que, em razão de o tema deste artigo envolver direitos humanos fundamentais, não há que se delimitar a

² <https://estudogeral.sib.uc.pt>

³ <http://www.pgdlisboa.pt/leis>

⁴ <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico>

⁵ <https://onlinelibrary.wiley.com/journal/>

⁶ <https://ambitojuridico.com.br/>

⁷ <https://www.nationalgeographic.com>

⁸ <https://www.journals.elsevier.com/forensic-science-international>

⁹ <https://scholar.google.com>

atualidade da literatura clássica conceitual. Todavia, quanto aos posicionamentos de autores acerca de uma interpretação que viesse ao encontro da defesa de direitos que ora se busca, privilegiou-se estudos mais recentes.

As palavras-chave indexadas na busca da bibliografia foram: direito fúnebre; esqueletos humanos e direitos; direitos do *de cuius*; venda de ossos humanos; direito de personalidade do morto; direitos do cadáver; dignidade para o esqueleto humano; nacionalidade do cadáver. Destaca-se que a referida indexação culminou no desdobramento de vocábulos análogos na busca da matéria em questão, levando à ampliação desta pesquisa. Por derradeiro, a técnica utilizada foi a análise textual descritiva acerca dos direitos civis ampliados para os esqueletos humanos.

Resultados e discussão

Verificou-se a escassez de doutrina no enfrentamento direto da problemática que exsurge quando se trata de restos mortais humanos esqueletizados.

O entendimento majoritário considera o cadáver como uma coisa fora do comércio jurídico (2), porém não se encontra arrolado como tal no Regulamento das Coisas inserto no Código Civil português (3). Nessa esteira, Dias Ferreira aduz que “o cadáver, posto que não possa ser objecto de apropriação, visto achar-se fora do comércio (...) está indubitavelmente compreendido na categoria de coisas, por ser coisa tudo o que carece de personalidade” (3).

Alguns autores referem que o esqueleto, embora considerado como *coisa*, não é comerciável, consoante dispõe o artigo 20º, do Decreto-Lei nº 274/99 (regime jurídico da utilização de cadáveres para fins de ensino e investigação). Está impressa, na referida norma legal, a proteção do respeito devido ao cadáver, ante o sancionamento penal expresso para aquele que comercializar um cadáver, ou partes dele, ou peles, tecidos ou órgãos (4). Não obstante a vedação, Halling e Sedemann (5) verificaram que há crânios e material pós-cranial sendo comercializado no *Yahoo!* e até mesmo no *Facebook*. Especificamente no *eBay*, 354 crânios foram postados para venda nos Estados Unidos a um preço médio de abertura de \$ 651,93 (5).

De outra banda, encontram-se juristas e profissionais na área que se dedicam a *descoisificar* o cadáver, pois “a protecção do valor pessoal prolonga-se ainda depois da morte, no que respeita ao cadáver, pois este é tutelado como emanção da pessoa, e não como coisa” (6). Ainda, repudiam a qualificação do cadáver como coisa, sob os argumentos

antropológicos e sociológicos. Eugénia Cunha, renomada cientista portuguesa, em nota ao jornal *Público* à época do episódio envolvendo a solicitação de doação de esqueletos para uma Universidade do Canadá, ressaltou: “os esqueletos humanos são restos de pessoas.

... e não lhes basta terem sido abandonados pela família”, referindo-se às ossadas exumadas nos cemitérios locais, em razão da expiração do prazo legal de inumação em sepulturas temporárias, e não reclamadas por familiares (1).

Desde os tempos mais remotos, o cadáver mereceu honras. “Atualmente, mesmo quem não professa nenhuma religião, denota para com o defunto uma consideração memorialista, consubstanciada em ritos. Deste modo, o cadáver, apesar de não ser portador de personalidade, não é coisa.” (6). É um *tertium genus*.

O respeito ao corpo, à imagem e à memória do morto, direitos objetivos previstos no ordenamento jurídico, são de senso comum. No entanto, a controvérsia se instala em momento *a posteriori*, quando só restam os ossos do *de cuius*. Quais direitos pode-se invocar para algo que é considerado *coisa*, embora não comerciável?

Em resposta ao questionamento posto, busca-se, em especial, luzes na doutrina e no Direito português, haja vista a polêmica que deu azo à reflexão em tela. Para tanto, traz-se o entendimento de Capelo de Souza, citado na dissertação de doutoramento do jurista e professor André Pereira, *in verbis*:

[...] após a morte, o corpo humano transforma-se em cadáver, sem que isso deixe de constituir um bem de personalidade, na medida em que passa a ser um elemento básico da idéia também jurídica de pessoa falecida, relativamente à qual, e apesar da extinção da respetiva personalidade jurídica, subsistem direitos de personalidade nos termos do art. 71º do Código Civil, nomeadamente no que concerne ao seu corpo sem vida. (7)

Porém, em *leve objeção lógica* ao pensamento de Capelo de Souza, o doutorando, à época, assim consignou:

[...] se bem entendemos, radicam os direitos subjetivos no conceito de personalidade humana juscivilisticamente tutelada, a qual – não se confundindo com a personalidade jurídica – não é um centro autónomo de imputação de direitos e deveres. Obriga, pois, a aceitar a tese da existência de direitos sem sujeito. Tese que, no caso do cadáver, pode levar a uma certa perplexidade, pois estes direitos – ao contrário dos “direitos do nascituro” – nunca virão a ter sujeito ... para além de que se vão extinguindo pelo decurso do tempo e pelo apagamento da memória. Donde, talvez seja possível uma outra compreensão jurídica da devida tutela do cadáver e do respeito devido aos defuntos que não passe pela subjetivação e pela afirmação da existência de direitos subjetivos. (7)

Ante os dois entendimentos lançados pelos ilustres pensadores, concorda-se com o primeiro quanto ao viés protetivo necessário para além do corpo morto, estendendo o amparo legal ao seu esqueleto por vias dos direitos de personalidade subsistentes. No entanto, percebe-se a objeção positivista do segundo quanto à despersonalização jurídica determinada pelo Código Civil Português (8) mediante o evento morte. Outrossim, André Pereira, parafraseando Paula Ribeiro de Faria, destaca a complexidade do tema, cujo tratamento doutrinal “ainda se encontra numa fase de po mica e incerteza: o estatuto jurídico do cadáver humano, a existência de direitos de personalidade *post mortem* e a proteção jurídica devida ao cadáver e à memória dos mortos” (7).

A problemática e a complexidade mencionadas, envolvendo os restos humanos esqueletizados recentes, perduram na atualidade. E, no intuito de inibir eventual banalização no tratamento dispensado aos esqueletos humanos, busca-se um amparo legal mais robusto para a sua tutela e manejo.

Nesse contexto, a condição *sui generis* que os ossos humanos atualmente detêm, juntamente com o término da personalidade jurídica imposta ao indivíduo morto pelo ordenamento legal português, contribuem para os impeditivos de uma proteção mais específica e efetiva perante o Estado.

Questões de Direito e Ética

A legislação portuguesa, nos termos dos Decretos-Lei nº 411/1998 (9) e nº 274/1999 (4), permitem que os restos mortais humanos esqueletizados sejam utilizados pela comunidade científica e pelas instituições para fins de pesquisa e de ensino.

No entanto, destaca-se que o cadáver humano esqueletizado não deve ser visto apenas como um material ou um instrumento, mas também como uma lição de vida por meio da morte, imprescindível para a formação sócio-cultural humana (10).

Transcorrido um determinado tempo após o sepultamento de um corpo, restam os seus ossos, despersonalizados juridicamente pelo Código Civil vigente e qualificados como *coisa* pela doutrina dominante. No entanto, na lavra de Samelo (6), os restos mortais não podem ser considerados como tal, embora destituídos de personalidade. Infere que o Direito atribui ao cadáver “importância suficiente para que o mesmo não seja catalogado como coisa no seu sentido mais estrito, mas como uma realidade *sui generis*”. No entanto, complementa

o autor, o Direito positivista ainda não ousou derrubar expressamente a fronteira que traçou entre Homem e coisa.

No momento em que o Poder Legislativo enfrentar a questão, mediante a participação dos especialistas do tema em voga, referida fronteira desaparecerá. Sabe-se que a lacuna não deveria existir, em razão de o Direito consuetudinário, além de outros fatores sociais, impingirem vigilância ao Poder Legislativo quanto à atualidade das normas existentes ou quanto à necessidade de produzir outras. Quando há omissão, o Judiciário, se provocado, e no intuito de inibir eventual desordem social, assume e gera jurisprudência, que possuem *status* de fonte do Direito.

A doutrina de Barros e Pinheiro alinha quando refere com propriedade:

[...] cumpre não perder de vista que todo e qualquer instituto jurídico exige aprimoramento ao longo do tempo ou a criação de novos mecanismos em razão das demandas e das circunstâncias que lhe são propostas por meio das necessidades da gestão da vida cotidiana pela administração. O sinal da desatualização é uma forte evidência de que o direito legislado não se preocupou em avançar e modernizar a legislação vigente. (11)

Outro fator que pode vir a intrinchar a normatização do tema é a Bioética. A manipulação de ossos humanos é um tema controverso e suscita debates acirrados sempre que necessária a delimitação das questões éticas envolvidas, sejam elas de cunho jurídico, filosófico ou religioso. Porém, a convergência de posicionamentos é imprescindível para a regulamentação da matéria. Para tanto, faz-se necessária a participação dos cientistas que possuem o conhecimento na área para auxiliar no processo legislativo respectivo.

Não obstante as divergências referidas, vigem os pilares da ética que norteiam a Antropologia Forense. Sua prática está fundada no respeito à história que os ossos humanos têm para contar. Aquele que manuseia restos mortais deve fazê-lo imbuído desse sentimento, sob pena de ferir os princípios basilares do exercício da especialidade.

Questões jurídicas (normas regulamentadoras) e éticas (valores morais que orientam o comportamento humano) devem confluir a fim de evitar constrangimentos, à semelhança da questão do Canadá, referida inicialmente, e que levou as autoridades legislativas portuguesas a consentir na remessa de esqueletos humanos, gerando a revolta da comunidade científica local. A contrariedade dos cientistas culminou em uma reflexão da Câmara sobre a decisão lançada, tanto que, pelo que se tem notícia, a remessa dos esqueletos portugueses para o exterior não ocorreu até a presente data.

É notório que, em tempos remotos, a remessa de ossos humanos para outras nações acontecia, mas, atualmente, é controversa. Essa prática tende a ser reformulada, em razão de as circunstâncias temporais e o desenvolvimento sociocultural de uma coletividade assim requererem. Há um eixo de tolerabilidade, uma barra de proteção, uma linha divisória que delimita até que ponto algo, qualquer fato ou situação, é considerado tolerável por determinada sociedade. Como as coletividades humanas vão se modificando constantemente ao longo do tempo, o facto antes tolerável, futuramente pode se tornar intolerável e vice-versa (12).

Exemplifica-se a reformulação supramencionada com a criação, nos Estados Unidos, da Lei Federal, sob a sigla NAGPRA - *Native American Grave Protection and Repatriation Act* (Ato de Repatriação e Proteção dos Túmulos Nativo Americanos), editada por conta dos inúmeros litígios tramitados na Corte americana envolvendo comunidades indígenas tentando reaver, sob fundamentos religiosos, os restos esqueléticos de índios americanos escavados para estudo ou expostos em museus. Mencionada lei, embora regule exclusivamente o manejo do esqueleto do nativo americano, estabeleceu um precedente para o enfrentamento das preocupações éticas que se espalharam envolvendo os demais contextos de manipulação de ossos humanos (13, 14).

Na atualidade, impende a aplicação de uma exegese restritiva dos dispositivos legais que tendem a regular a matéria. Se assim não for, o *diferencial humano* deixa de existir levando os ossos em comento à uma *vala comum* e à sua *exportação*. Embora o Direito disponha de normas protetivas para o *de cuius*, o seu esqueleto não possui vinculação expressa nos textos legais, deixando-o, assim, à mercê da hermenêutica.

Dignidade humana e nacionalidade

Busca-se argumentos nos princípios que regem o Direito para estender, aos despojos humanos, os atributos de dignidade e de nacionalidade do indivíduo vivo. E, nessa esteira, almeja-se o entendimento dos legisladores de que o esqueleto deve ser considerado um material biológico nacional e não passível de doação para o estrangeiro.

Os fundamentos para se alcançar o pretendido encontram-se na abrangência das definições de *dignidade* e de *nacionalidade*, como direitos humanos fundamentais. O reconhecimento e a proteção desses direitos estão na base das Constituições democráticas modernas (15, 16).

A dignidade lastreia os direitos humanos, os quais são naturais e inerentes a qualquer ser humano, reconhecidos por meio de instrumentos de direito internacional, como os tratados da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Consoante o pensamento de Sarlet (17) “mesmo aquele que perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la [a sua dignidade] considerada e respeitada”. Sob esse viés, Oliveira aduz que

[...] uma pessoa, só pelo facto de pertencer ao género humano, já é detentora de dignidade. Esta é a qualidade ou atributo intrínseco a todos os seres humanos, decorrente da exata qualidade da sua humanidade, que os torna merecedores de igual estima e apreço por parte dos seus semelhantes, na medida em que, enquanto seres humanos ou pessoas, não têm preço. (18)

Por sua vez, a nacionalidade é um direito fundamental do ser humano positivado na Carta Magna dos Estados. É um vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado que fornece identidade e proteção diplomática, uma vez que são condições primeiras para a participação incondicional na sociedade.

Com base nos conceitos supramencionados, passa-se a tecer considerações no intuito de fundamentar a sua extensão aos restos humanos esqueletizados recentes. Tendo em vista que, além do princípio da dignidade humana ser um valor moral e espiritual inerente ao ser humano, é, também, considerado uma cláusula aberta. Nessa condição, inspira a exegese no caso concreto, permitindo uma interpretação alargada da expressão *ser humano* independentemente da sua condição fisiológica (vivo e morto). Ou seja, se há uma distinção pelo fato de ser humano, a dignidade e a nacionalidade não podem ser restringidas, abarcando, dessa forma, os seus despojos.

Segundo Peixoto (19), “a pessoa humana é identificada e qualificada baseada em critérios biológicos e filosóficos, diferenciando os Homens dos demais seres vivos, de minerais e objetos inanimados”. Infere que, taxonomicamente, *humano* é o *homo sapiens* (homem sábio), sendo a dignidade um atributo essencial da pessoa humana pelo simples fato de alguém *ser humano*, se tornando automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição sócio-econômica. Complementa o autor com a seguinte definição:

É um princípio fundamental incidente a todos os humanos desde a concepção no útero materno, não se vinculando e não dependendo da atribuição de

personalidade jurídica ao titular, a qual normalmente ocorre em razão do nascimento com vida. É um critério unificador de todos os direitos fundamentais ao qual todos os direitos humanos e do homem se reportam, em maior ou menor grau, apesar de poder ser relativizado, na medida em que nenhum direito ou princípio se apresenta de forma absoluta. (19)

Kant (20), na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, já defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio (objetos). “Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade” (20).

Na esteira do pensamento de Kant, como os ossos humanos não têm preço (ao menos não deveriam ter) e o fato de não possuírem equivalente, então detêm dignidade. Outrossim, o exercício da hermenêutica permite entender que direitos inerentes ao *ser humano* abarcam o seu *esqueleto*, haja vista os ossos serem a remanescência material da sua existência, não devendo ser cabível a sua dissociação.

Uma vez *ser humano*, incluídos os seus restos mortais, há de se reivindicar a proteção diplomática por parte do Estado. Os pressupostos para tanto estão atendidos em razão de estabelecido o vínculo estatal no momento da atribuição de uma identidade, sem prejuízo àqueles cuja identidade se perdeu em razão do seu contexto de vida no momento da sua inumação (indigência).

Exemplifica-se a relevância atribuída à nacionalidade de um povo ante a movimentação do Estado em busca dos seus soldados, cujos corpos se encontram depositados nas valas comuns das zonas de conflito. Outra situação a ser lembrada é a do faraó egípcio Ramsés II, embora *sui generis*, exalta o respeito dos despojos mortais, quando o seu esqueleto (mumificado) foi enviado do Egito à França, em 1976, para tratamento de fungos, mediante a confecção prévia de um passaporte atestando a sua nacionalidade (21).

Não importa se a existência de um indivíduo foi notória, mediana ou insignificante, o seu esqueleto é a única remanescência material da sua existência. Visível deve ser a igualdade de condições no que tange à importância, ao respeito, à dignidade atribuída aos seus restos mortais.

Um corpo decomposto é detentor de direitos. Cabe mencionar a exegese da Ministra do Superior Tribunal Federal (STF) do Brasil, Cármen Lúcia Antunes Rocha, quando assenta o seguinte entendimento:

Não há direito para a morte, nem um direito dos mortos. O que se protege quando se fala em morte ou na segurança do corpo para depois da morte é uma projeção do direito à vida, da proteção da dignidade e da integridade, mesmo quando não há mais a resposta material do viver. (22)

Extrai-se da manifestação da Ministra que a ideia de dignidade veio para atingir não só o mundo das pessoas fisicamente vivas, mas também aquelas que já morreram, mediante a preservação da imagem, da intimidade e da privacidade do corpo do morto, alcançando, salvo melhor juízo, o seu esqueleto, especialmente quando destinado para estudos e pesquisas científicas.

Embora o direito da personalidade jurídica cesse com a morte da pessoa natural, a tutela e o manuseio dos seus restos esqueléticos para fins científicos e de ensino em nada prejudica a preservação dos direitos ora invocados, desde que aconteça de forma a não macular a dignidade e a nacionalidade desses indivíduos.

Esqueletos não identificados e esqueletos identificados e não reclamados

No que tange aos restos mortais não identificados e exumados devido ao término do prazo legal de ocupação da campa, são pessoas que, no momento da sua morte e subsequente inumação, tiveram impossibilitada a sua identificação em razão do contexto de vida em que se encontravam, geralmente na indigência. Para essa situação, cabe referir o teor da Apelação Cível nº 70077059210, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS/Brasil, julgado em 26 de abril de 2018, que refere:

Não se pode perder de vista que indigentes, em sua maioria, são indivíduos que perderam qualquer contato com parentes próximos, o que inviabiliza a sua busca por auxílio familiar ou a própria identificação destes, a ser realizada, como pretendido, por entidades assistenciais governamentais. Se a própria identificação e estabelecimento de contato pessoal com os familiares já é tarefa árdua (se não impossível de ser efetivada) quando do sepultamento, tal empreitada certamente beirará ao impossível quando da remoção de seus restos mortais, diligência a ser realizada, de regra, alguns anos após o falecimento, quando os tênues laços mantidos em vida possivelmente se desfizeram por completo. (23)

Relativamente aos esqueletos identificados, são aqueles que, igualmente exumados em decorrência de expiração do prazo de inumação, não foram reclamados pelas famílias respectivas.

As condições de ambos os tipos de restos mortais esqueletizados ora em tela, têm como característica principal o abandono, os que os torna especialmente merecedores de todo o empenho do Estado a fim de preservar a sua dignidade e a sua nacionalidade.

Conclusão

Fundamenta-se, sob o viés filosófico e jurídico e fulcro nos direitos fundamentais, o entendimento de que os restos mortais de um indivíduo, embora destituídos de personalidade jurídica, remanesçam com direito à dignidade e à nacionalidade, em razão da sua relevância como material biológico nacional.

Conforme referido anteriormente, a sociedade está em constante evolução, incluída a comunidade científica. No entanto, a legislação, por vezes, não acompanha os novos costumes ou necessidades de uma nação. Essa situação aplica-se à falta de regulamentação específica acerca de esqueletos humanos e aos limites da sua tutela no âmbito científico e de ensino, incluídas as questões éticas controvertidas.

Nesse passo, Ubelaker e Grant (24), sobre o uso de restos humanos e outros materiais para os fins acima citados, referem que “deve-se fazê-lo com respeito pelos sentimentos de dignidade humana de todos os povos”. d cadas, os casos envolvendo repatriamento de restos mortais de índios americanos, por questões religiosas, têm gerado decisões conflituosas por questões complexas como religião, ética, ciência e política. Antropólogos, biólogos, enfim, todos os envolvidos com despojos humanos esqueletizados foram instados a rever os objetivos de suas pesquisas e a avaliar a importância das análises e curadoria.

Portanto, em razão de todo o exposto, embora a legislação portuguesa permita que determinados restos mortais possam ser utilizados para fins de estudos científicos, defende-se que essa prática deve ocorrer no âmbito do território português. Entende-se que a anuência jurídica para tal fim não pode ser estendida, sob pena de macular direitos fundamentais celebrados universalmente.

Igualmente, defende-se a impossibilidade de *exportar ossos humanos*, em observância ao dever de tutela do Estado para com o seu material biológico nacional, incluída a preservação dos direitos fundamentais (dignidade e nacionalidade) que revestem os restos mortais dos seus cidadãos. Portanto, a sua utilização para fins de investigação científica deve se restringir à circunscrição da nação à qual pertencem, sem óbice à eventual investigação científica que outros países queiram promover em solo português.

Por derradeiro, cabe ao Poder Legislativo de Portugal, e de outros países que se encontram em situação similar, regulamentar a matéria, de forma pontual, ouvidas as representações científicas, religiosas e outras vertentes envolvidas. Espera-se que a normatização se dê no sentido da permanência dos esqueletos humanos em solo pátrio. Todavia, caso regulado de forma diversa, *ad cautelum*, há de contemplar a definição dos limites da tutela do Estado, as regras de sua saída para outro país, e, em especial, a garantia de manutenção do sigilo dos dados identificadores em solo estrangeiro.

Referências

1. Firmino T. Cientistas portugueses unem-se contra exportação de esqueletos. Público. 06 dez 2016. Disponível em: <https://www.publico.pt/pesquisa?query=exportação+de++esqueletos>. [Acesso em 12.abr.2019].
2. Horster HA. Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra; Almedina, 2000.
3. Ferreira D. Código Civil Português Anotado. 2ª edição. vol. I. Coimbra: 1894.
4. Portugal. Decreto-Lei n.º 274/99, 22 de julho de 1999. Regula a dissecação de cadáveres. Regula a dissecação de cadáveres e extracção de peças, tecidos ou órgãos para fins de ensino e de investigação científica. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=239&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=& [Acesso em 04.abr.2019].
5. Halling CL, Seidermann RM. They Sell Skulls Online?! A Review of Internet Sales of Human Skulls on eBay and the Laws in Place to Restrict Sales. *Journal Forensic Sciences*. (04 jul 2016); 61(5):1322-6. DOI: 10.1111/1556-4029.13147.
6. Samelo NTCR. Aspectos relativos à tutela post-mortem da Personalidade Humana no Direito Civil: uma abordagem juscivilística do problema dos cemitérios [Dissertação]. Coimbra: Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/31346>. [Acesso em 20.mai.2019].
7. Pereira AGD. Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica [Tese]. Coimbra: Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; 2012. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20médica.pdf>
8. Portugal. Decreto-Lei n.º 47344/66, 25 de novembro de 1966. Código Civil. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange.



Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo=
[Acesso em 04.abr.2019]

9. Portugal. Decreto-Lei n.º 411/98, 30 de dezembro de 1998. Inumação e transladação de cadáveres. Estabelece o regime jurídico da remoção, transporte, inumação, exumação, transladação e cremação de cadáveres, bem como de alguns desses actos relativos a ossadas, cinzas, fetos mortos e peças anatómicas, e ainda da mudança de localização de um cemitério. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=246&tabela=leis&so_miolo=
[Acesso em 05.abr.2019].

10. Chagas JS. Cadáver Desconhecido – Importância histórica e acadêmica para o estudo da anatomia humana [Dissertação]. São Paulo: Mestrado em Ciências, Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP); 2001. Disponível em: <http://repositorio.unifesp.br/handle/11600/17186> [Acesso em 12.abr.2019].

11. Barros MALL, Pinheiro GC. A proteção ampliada dos direitos fundamentais no Judiciário: o caso do direito funerário. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]. (26.abr.2018), 19 (1):181-200. DOI: <https://doi.org/10.18593/ejll.v19i1.11040>

12. Motta AFMR. A dignidade da pessoa humana e sua definição. Âmbito Jurídico. 01.dez.2013; XVI (119): [15]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054 [Acesso em 05.mai.2019].

13. Langlely NR, Tersigni-Tarrant MTA. Forensic Anthropology - A Comprehensive Introduction. 2ª ed. London: CRC Press; 2017.

14. Landau PM, Steele GD. Why Anthropologists Study Human Remains. American Indian Quarterly. (Spring, 1996), 20 (2), (Special Issue: Repatriation: An Interdisciplinary Dialogue): 209-228. DOI:10.2307/1185701.

15. Bobbio N. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier; 2004

16. Portugal. Constituição da República Portuguesa. VII revisão constitucional 2005, 10 de abril de 1976. Decreto de aprovação da Constituição - Diário da República n.º 86/1976, Série I. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view?q=constituicao+da+republica+portuguesa> [Acesso em 20.mar.2019].

17. Sarlet IW. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

18. Oliveira FARS. Breves considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana [Dissertação]. Porto: Mestrado em Direito; Ciências Jurídico-Filosóficas da Faculdade do Porto; 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10216/68997> [Acesso em 02.jun.2019].



19. Peixoto YHM. O princípio da dignidade da pessoa humana e as políticas públicas de saneamento básico no Estado de Goiás [Dissertação]. Goiás: Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de Goiás – Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento; 2016. Disponível em: tede2.pucgoias.edu.br:8080/.../YARA%20HILÁRIO%20MEDEIROS%20PEIXOTO.pdf [Acesso em 14.mai.2019].
20. Kant I. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Lisboa: Edições 70, 2014.
21. Gardiner K. Mummy mugshots and other strange passport facts. National Geographic. 26.out.2018. Disponível em: <https://www.nationalgeographic.com/travel/features/weird-passports-history/> [Acesso em 10.mai.2019].
22. Bravo T. Direito Funerário – Cemitérios. JusBrasil. 2014. Disponível em: <http://thibravo.jusbrasil.com.br/artigos/169156416/direito-funerariocemiterios> [Acesso em 25.abr.2019].
23. Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70077059210. Apelante: Cemitério Parque Padre Pio Ltda. Apelado: Município de Bento Gonçalves. Relatora: Desa Deborah Coletto Assumpção de Moraes. Porto Alegre, 07 mai 2018.
24. Ubelaker DH, Grant LG. Human skeletal remains: Preservation or reburial. American Journal of Physical Anthropology. (1989), 32 (Issue S10): 249-287. DOI: 10.1002/ajpa.1330320511.

Submetido em: 31/10/19

Aprovado em: 14/01/20

Como citar este artigo:

Stoffels M. Os esqueletos são dignos de proteção. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 196-210.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.599>



Comunicação breve

Direitos humanos na Sociedade Mundial do Risco: quatro reflexões intempestivas

Brief communication

Human rights and in the World Risk Society: four untimely thoughts

Comunicación breve

Derechos humanos en la Sociedade Mundial del Riesgo: cuatro reflexiones inoportunas

Silvério Carlos Rocha-Cunha¹

Resumo

O ensaio tem como objetivo refletir acerca das contradições vivenciadas pelos direitos humanos, sob uma perspectiva histórica, a partir da Modernidade. Nesse contexto, aborda a complexidade do discurso dos direitos – da primeira à quarta geração – e a crise do Estado Social de Direito, concluindo pela dificuldade de interpretação e aplicação do conteúdo nuclear dos direitos humanos, aqui incluindo aspectos relativos ao direito à saúde, dado o atual momento histórico.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direito à saúde. Democracia.

Abstract

The essay aims to reflect on the contradictions experienced by human rights from Modernity, in a historical perspective. It addresses the complexity of rights discourse - from the first to the fourth generation - and the crisis of the Social Rule of Law. The conclusion is that it is difficult to interpret and apply the core content of human rights, including aspects related to the right to health, given the current historical moment.

Keywords: Human rights. Right to health. Democracy.

Resumen

El ensayo tiene como objetivo reflexionar sobre las contradicciones experimentadas por los derechos humanos, desde una perspectiva histórica, tomando la Modernidad como punto de partida. En este contexto, aborda la complejidad del discurso de los derechos, desde la primera hasta la cuarta generación, y la crisis del Estado de Derecho Social, concluyendo por la dificultad de interpretar y aplicar el contenido central de los derechos humanos, incluidos los aspectos relacionados con el derecho a la salud, dado el momento histórico actual.

Palabras clave: Derechos humanos. Derecho a la salud. Democracia.

¹ Doutor em Teoria Jurídico-política; professor associado com agregação da Escola de Ciências Sociais da Universidade de Évora, Portugal. <http://orcid.org/000-0002-2114-3129>. E-mail: scrc55@gmail.com



A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi aprovada num clima que, de forma assertiva, pretendeu apontar um horizonte para a Humanidade que garantisse bem-estar e direitos aos humanos sofredores de duas guerras mundiais que, no seu conjunto e em menos de 40 anos, provocaram de 70 a 80 milhões de mortes no século XX. Pode falar-se desse período como o de uma autêntica guerra civil europeia, embora as suas raízes nasçam já no século anterior, que um Tolstoi percebeu quando detetou a capacidade de a civilização conhecer retrocessos e falou de uma brutalização da Europa desde as guerras napoleónicas. É verdade que o sistema internacional não sossegou, porquanto novos conflitos nasceram e outros continuaram. Todavia, pode dizer-se que se encontrava nos diversos planos de reestruturação dos organismos internacionais um conjunto de ideias reformistas que se destinava, não apenas a tornar mais rápidas as diversas reconstruções dos países mais afetados pela guerra, mas ainda a corresponder a um efetivo progresso civilizacional. É o momento em que confluem as duas *energias utópicas* do século XIX, o socialismo democrático e o liberalismo proveniente das utopias iluministas do século XVIII, no sentido de se caminhar rumo a sociedades mistas, onde as tensões sociais, existindo embora, se rejam mediante a representação política e a concertação social.

A verdade, contudo, é que tal durou relativamente pouco tempo, pois a sociedade da abundância teve, nos países mais desenvolvidos, um efeito contrário: criou um discurso político novo, que alterou a natureza da própria política – e, por arrastamento, do sistema jurídico – através do exacerbamento do individualismo e da tentativa de *despolitização* do subsistema económico, afastando-o da esfera pública idealizada pelo liberalismo revolucionário.

Com efeito, nas democracias de mercado tem vindo a emergir uma contradição sistémica entre as respostas dos Estados, legitimadas mediante políticas públicas que asseguram serviços à comunidade política, e o funcionalismo, que assegura uma conceção linear de progresso e de lucro desse mesmo mercado (1). Essa contradição permaneceu obscurecida pela capacidade de o subsistema económico-financeiro proporcionar bem-estar social e progresso técnico o suficiente para se pensar que a legitimidade política dos sistemas políticos se encontrava salvaguardada. Todavia, o facto é que o *tripé* que de algum modo constituiu a Modernidade política desde as suas origens – Estado-Mercado-Comunidade, com prevalência para os dois primeiros, que se articularam com base na soberania – se fundou precisamente em fronteiras precisas e simbólicas bem demarcadas,



que em muitos casos foram beneficiadas por impérios coloniais que permitiram aos principais Estados-nação modernos estabelecer, de forma consolidada, a correlação entre economia e soberania.

Ora, essa correlação foi em absoluto posta em causa a partir do momento em que a internacionalização económica se acentuou e surgiu o fenómeno da globalização. A partir desse momento, os Estados perderam em grande medida a sua soberania plena e, em consequência, o controlo político das sociedades perante as quais se encontravam legitimados. Mais: pode falar-se, hoje, de uma *sociedade mundial* onde coexistem, de facto, uma *sociedade mundial do risco*, pela sua interdependência, com uma ordem *política interior global*, ou seja, uma dimensão que nos obriga a olhar a Terra como uma cidade terrestre onde o *Outro* passou a ser nosso inevitável vizinho (2), onde, por conseguinte, as categorias políticas tradicionais ganham uma nova natureza, embora sejam provenientes de um pensamento político eurocêntrico. Trata-se, como sustenta Beck (2), de uma nomenclatura *impura*, porquanto ainda não conseguiu obter um desenho seu de cariz normativo. Trata-se, no fundo, de conseguir alcançar um degrau superior do conceito de Humanidade que esta, desde sempre, sobretudo desde o modelo vestefaliano, tem vindo a construir na longa duração. A diferença é que esse quadro impuro tem vindo a manifestar-se, como é natural, de forma *selvagem*, onde todo o mundo já percebeu que a interdependência passa pelas fronteiras porosas que as definições jurídico-dogmáticas fixaram, sobretudo a partir do século XIX. Por isso, Beck (2) sustenta que uma política interior global só pode ser compreendida com base numa *condição humana reflexiva*, ou seja, uma perspectiva que não se pode fundar em normatividades clássicas que já não respondem aos fenómenos que se manifestam numa dinâmica completamente fora dos canais instituídos. É evidente que as definições clássicas continuam a ser aplicadas, mas, de facto, produzem efeitos perversos, nomeadamente o de retirar validade a princípios anteriormente aptos para legitimar as instâncias clássicas intervenientes, tais como os Estados e a densificação normativa produzida no âmbito do direito internacional. E o dilema é que essa densificação normativa necessita de novas definições que ainda não se estabeleceram; por outro lado, os diferentes contextos não permitem que as definições novas substituam as antigas, que continuam a ser importantes para a compreensão da conjuntura.

Assim, levantou-se um problema geral do sentido de cidadania. Com efeito, a cidadania de cunho liberal, seja de orientação mais em favor da liberdade negativa, seja

mais voltada para a liberdade positiva, foi vendo algumas das suas características desequilibradas em função dos novos tempos. A moral pública perdeu fôlego frente a um crescente espaço privado. O individualismo crescente transformou o discurso político numa representação, não de uma sociedade, mas, antes, de uma soma de consumidores. Os direitos individuais passaram a adquirir, em consequência, uma muito maior importância relativamente às próprias raízes democráticas do liberalismo, embora o liberalismo social de um Rawls ou de um Dworkin sempre tenham acentuado a relação estreita entre liberdade e justiça. Todavia, a liberdade negativa dominante permite que a prática política se traduza em passividade política, esvaziando a originária esfera pública burguesa da sua função crítica e vigilante sobre o poder (3).

Tem sido notado que a abstração liberal desempenhou um papel fundamental na emancipação do indivíduo relativamente à sociedade estamental absolutista. Dessa mundivisão a respeito das propriedades dos indivíduos, de que falava Locke, implicando a vida, a liberdade e os bens, resultou igualmente um pacto moral, pois o liberalismo originário nunca negou o princípio de pertença a uma cidade onde todos fossem iguais (4). Esse pacto esteve sempre implícito na era moderna, porquanto constituiu condição indispensável para resolver o dilema que se colocou numa era de *politeísmo de valores*, como disse Weber, uma era onde a ordem social teve de enfrentar o dilema colocado pela individualidade do homem e que um David Hume tão bem enfatizou ao dizer que “não é contrário à razão preferir a destruição do mundo a uma arranhadela no meu dedo” (5). Existiu, pois, desde sempre, um dilema que a racionalidade liberal teve dificuldade em superar, criticando mesmo as teorias da soberania, o que teve como consequência a pulsão no sentido de limitar o poder estatal – mais: negar a própria soberania nas correntes liberais mais radicais –, ainda que não podendo negar a especificidade do poder. Mas esse radicalismo cedeu em parte o passo ao facto de as utopias liberais nunca terem deixado igualmente de reconhecer no ser humano uma raiz de liberdade e, portanto, o reconhecimento da existência de uma esfera pública que sempre esteve relacionado com as ideias de liberdade e democracia e se transformaram, assim, na concepção do indivíduo como portador de direitos frente ao poder político (4, p.18), na medida em que os sistemas políticos modernos nunca abandonaram a ideia de progresso e evolução rumo a um bom governo. Todavia, permanece esta ambivalência entre um *cidadão* que parece mais não ser que um *indivíduo* e, na época atual, um *consumidor* desprovido de dimensão ético-jurídica e ético-política. E é assim que se



estabeleceu uma visão que transformou o pacto moral numa determinada operação económica, na exata medida em que o processo foi esvaziado da sua natureza política. Com efeito, numa sociedade liberal nunca deixou de, em nome da dignidade da pessoa humana, se considerar que há relações por natureza mercantis e outras de natureza ético-social. E, portanto, nunca deixou de se reclamar a natureza de *direito* à expressão e vivência da humanidade. Se é verdade que é direito de cada humano poder ser proprietário individualista, não menos verdadeiro é que o conjunto dos direitos humanos implica uma noção de ser humano enquanto indivíduo cuja liberdade se exprime em situação. Daí os direitos sociais deverem tomar em consideração o ser humano enquanto ser autónomo, apto para controlar minimamente o seu destino, o que pressupõe uma noção de liberdade negativa que não pode excluir a liberdade positiva (4, p.24).

Essa Modernidade é, portanto, contraditória, já que à ideia de uma crescente autonomização do indivíduo opõe-se a necessidade de controlo e articulação dentro da sociedade, assim como a pulsão rumo a uma mobilidade cada vez maior se contrapõe à demarcação do centro e de periferias sociais bem visíveis. Esse fenómeno é muito evidente quando olhamos como a Modernidade ocidental – através do mercado, tecnologias, armas, etc. – se impôs a outros blocos culturais (6), prometendo sempre uma modernização que iria garantir bem-estar, democracia e igualdade, ainda que através da confusão entre modelos e processos.

Na verdade, esse rumo da civilização ocidental não conseguiu ultrapassar as marcas de uma das suas criações – a soberania do Estado, sobretudo na versão de Bodin – e, assim, pode falar-se de uma Modernidade que, na sua fórmula político-jurídica, se apresenta como uma moeda de duas faces: uma delas, a face interna, evoluiu de acordo com as dinâmicas das sociedades que se foram organizando ao longo do tempo; a outra, a face externa, manteve-se apegada à racionalidade do Tratado de Vestefália (1648) que, pondo fim à Guerra dos Trinta Anos, abriu de algum modo o caminho para o que poderá ser designado como *dissonância cognitiva*, ou seja, a uma evolução a duas velocidades. À soberania monopolística do rei sucedeu, num caso, a soberania popular que o liberalismo acabou por defender no século XVIII. Todavia, assim já não aconteceu quanto aos direitos humanos universais e ao direito à autodeterminação dos povos. Uns e outros foram, ou *nacionalizados* pelos direitos soberanistas dos Estados, ou tiveram de entrar em conflito com esses últimos. Quais bolas de bilhar, esses direitos nunca interagiram de forma harmoniosa



até hoje, ainda que existam documentos jurídico-políticos que sempre tenham pretendido integrá-los, pois nunca deixou de prevalecer a ideia de que o aparato jurídico-político tem a dupla função de combater, a um tempo, a ideia de império (externa) e a de feudalidade (interna), criando-se deste modo o primeiro paradigma político-internacional moderno, o Sistema de Estados Europeu, cujas características foram sendo mantidas até à contemporaneidade (7). Os direitos humanos foram, em consequência, subalternizados e apropriados pelos Estados soberanos, o que teve como efeito dificuldades na sua afirmação no plano internacional. No plano interno, acompanharam as transformações jurídico-políticas até ao desenvolvimento do Estado de Direito (8), mas passando a prevalecer a ideia de um “individualismo possessivo” (9) que veio a transformar as origens clássicas do liberalismo, porque passou a centrar todo o seu núcleo teórico na liberdade individual abstrata. Um tanto paradoxalmente, essa visão metafísica tem sido criticada por diversos expoentes do pensamento liberal. Recentemente, um indiscutível liberal como o financeiro George Soros veio expor, com meridiana clareza, que a ideia de uma *sociedade aberta* – idealizada por outro liberal, Karl Popper – pressupõe que a democracia é um regime que, de algum modo, permite o uso da razão mediante os direitos, no sentido de que o pensamento humano aspira, numa sociedade plural, à compreensão da realidade em termos relativamente objetivos. Ora, diz Soros, o facto é que a tradição iluminista traz consigo profundamente arraigada a convicção de que a função cognitiva, sob forma de pura racionalidade, iluminaria uma realidade pura (10). Essa ideia continha já o otimismo relativo a um progresso infinito e linear, que caracterizava a Modernidade, julgando-se que o pensamento conduziria à realidade. Trata-se, evidentemente, de uma “falácia frutífera”, diz Soros (10), que pressupõe na aquisição do conhecimento a base de todas as decisões que seriam, por definição, válidas. Todavia, e como demonstra esse pensador húngaro, a realidade é mais incerta do que parece, além de o pensamento possuir uma alta dose de reflexividade que distorce a visão do real num duplo sentido: manipula, em simultâneo, a compreensão da realidade e o rumo dos acontecimentos. Por isso, Soros critica as ideias, quer de mercado eficiente, quer o seu derivado político, o fundamentalismo de mercado (10, p. 72) e, um tanto contra a corrente, as considera como sendo a “falácia moderna”.

Nesses termos, a chamada *sociedade aberta* liberal não permite, por si só, um discurso rigoroso que busque a verdade, antes pode ser veículo de manipulação, como, de resto, se deduz de toda a longa investigação da ciência política em torno dos grupos de



pressão e de interesses. E a essa capacidade de manipulação, de *criar realidade* que, só por si, produz efeitos, chama Soros (10) de “falácia pós-moderna”, na qual coloca o pensamento neoconservador que tem tomado decisões fundadas em simples análises “dóxicas”, manipulando pressupostos e resultados. Soros coloca, pois, em questão a problemática do poder, campo que foi, aparentemente, afastado do campo político liberal com a sua *neutralização* mediante a *contratualização* mercantil das relações sociais (10). Não deixa de defender um ideal de *sociedade aberta*, mas num sentido mais realista que o de Popper e mais crítico, face aos jogos de poder que se desenrolam no xadrez internacional. No fundo, o problema é o de saber como criar um discurso e condições que saibam dizer sempre a verdade ao poder instituído.

Pese embora a sua vantagem global, a democracia exhibe forçosamente um contexto que torna a sua *armadura discursiva* mais ambígua e, nesse sentido, pode dizer-se que é impossível obter um sentido inequívoco de palavras como liberdade ou, mesmo, direitos (8,125). Mas há limites, inclusivamente funcionais e históricos, para as palavras e suas funções conotativas e denotativas, de contrário perdem a sua *condição retórica de sentido*, condição básica para que um pensamento possa preencher condições de persuasão social e simbólica (10, 145), implicando com isso um paralelo reconhecimento ideológico que permite a criação de estereótipos culturais. Como diz Warat, “são as opiniões e crenças culturalmente institucionalizadas que constituem a premissa maior dos raciocínios não demonstrativos” (11, p. 149). Essa ideia explica muito bem como existe uma insanável contradição entre o liberalismo jurídico-político realmente existente e a racionalidade ético-política dos direitos. Com efeito, os grandes slogans do liberalismo nunca puderam deixar de falar, na sua origem, para a Humanidade, logo, liberdade e igualdade sempre se apresentaram como duas faces de uma mesma moeda, pois da democracia antiga até à visão baseada na segurança e certeza da classe burguesa revolucionária sempre surgiram como formas de concretizar uma ideia mais forte: a de que o homem pode ser sujeito do seu devir histórico (10, p.190). E nesse sentido, pode dizer-se que esses grandes princípios foram exibidos, a um tempo, como provenientes não só da racionalidade discursiva, mas também do seu *ethos* e da capacidade de suscitar, como diz Faria (10), “paixões” (leia-se: a irracionalidade emocional), desaguando na eficácia. Como foi o caso, embora, obviamente, um discurso sempre aberto ao contraditório e nunca universal-total, o que seria impossível na sociedade moderna.



Estabelecida, assim, a raiz da legitimidade, o sistema de legalidade veio positivizar os direitos, ainda que o tenha feito em termos que passaram a estabelecer o sistema normativo como conjunto articulado de imperativos independentes, rumo a uma decisão *objetiva*. Desse modo, o Estado de Direito liberal transformou-se num excelente exemplo de um dispositivo de controlo social que confere sentido aos conteúdos, entretanto institucionalizados. E foi assim, por exemplo, que o *cidadão* deu lugar ao *indivíduo proprietário* – cuja consequência mais clara foi o sufrágio censitário –, ou que o princípio da universalidade dos direitos se ficou pela *dissonância cognitiva* que manteve a legalidade da escravatura. E aqui se coloca a problemática específica dos chamados *direitos sociais*, que implica sempre uma tensão entre as propostas constitucionais e as disponibilidades e orientações públicas do poder político em funções (12). De facto, os direitos sociais são geralmente considerados como conteúdos que, para se tornarem efetivos, necessitam de normas regulamentadoras que os explicitem *tecnicamente*. O Estado de Direito, mesmo na fase de Estado Social de Direito, acabou sempre por remeter os direitos sociais para aquela zona de princípios dependentes de outras normas que obrigam a uma inevitável secundarização da realização desses direitos, que passam à condição de possibilidade, quer da dimensão financeira, quer da orientação do poder político. Encontramo-nos, assim, perante uma contradição entre um conjunto de direitos que asseguram um livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, e um outro conjunto de direitos que ficam dependentes, na sua concretização, quer de normas inferiores, quer da orientação político-económica do governo de turno, tornando-se, desse modo, uma questão eminentemente político-ideológica (14). Os direitos sociais são, em consequência, e na sua essência, coletivos, não dependendo do interesse individual do sujeito, mas tornam-se mais abstratos pois a sua titularidade depende de um ente até certo ponto indefinível – a *sociedade* –, bem como passam a depender dos complexos de decisão que derivam, nas sociedades complexas, do subsistema económico-financeiro. Os direitos tornam-se, assim, simples *expectativas* (15).

A crise do Estado Social de Direito tornou-se evidente a partir dos anos 70 do século XX (16). Essa crise é, em boa medida, e como sustenta Habermas (17), proveniente do esgotamento das energias utópicas das duas correntes que alimentaram o projeto moderno – nas suas convergências, suas divergências e suas contradições –, exaustão essa que foi causada pela outra constatação habermasiana de que o subsistema económico-financeiro



se autonomizou e passou a *colonizar* o mundo da vida e as capacidades constituintes de novos imaginários sociais, e que se agudizou com o fenómeno da globalização. Com efeito, o facto de os direitos humanos em geral terem vindo a ser integrados progressivamente em zonas de constitucionalidade, permitiria falar de um *bloco universal* de direitos fundamentais que tende a coincidir com todos os direitos humanos (17). Todavia, esse aparente reforço dos direitos tem colocado dificuldades outras que produziram efeitos perversos. E a primeira constatação é a de que não é o discurso dos direitos aquele que dará origem a um direito comum da Humanidade. A sua internacionalização deu origem a um arquipélago de discursos precisamente em virtude de desencadearem processos e dinâmicas que não se fixam em quadros constitucionais, mas, antes, em evoluções diversas. Do património comum da Humanidade a direitos que são reflexo de blocos culturais, as dificuldades são muitas.

Mas, como Delmas-Marty (17) não deixa de notar, a dificuldade de inscrever ideias de direitos recentes em tradições diferentes e antigas não lhes retira a extraordinária capacidade de fazer ouvir no seu fundo antropológico essas mesmas tradições (como é claro no caso chinês). Todavia, o atual momento histórico, dominado que está pelas pulsões tanáticas securitárias, torna o núcleo dos direitos humanos difíceis de interpretar e aplicar. Há, porém, zonas da realidade em que pode haver confluências e antinomias quase em simultâneo. No caso da saúde colocam-se casos difíceis, como, por exemplo: a interrupção voluntária da gravidez, a morte assistida, as investigações sobre embriões. Contudo, em contrapartida, os direitos tornam-se claramente mais universalizáveis nos casos da proibição da clonagem humana ou da abolição da pena de morte. Outros setores poderiam ser elencados, mas o importante é que, como nota a nossa autora (17), poderá realizar-se um esforço no sentido de relativizar o relativismo rumo a uma visão mais pluriversal das realidades humanas, tendo na sua base a dignidade humana fundamental.

O discurso dos direitos, incluindo os direitos de segunda, terceira e quarta gerações (18), são complexos porquanto são, na verdade, indivisíveis e interdependentes. Mas exigem um *ethos* que os compreenda na sua complexa unidade. E essa será, porventura, uma das suas grandes dificuldades. A desconstrução operada pela globalização, muito acentuada no plano político-jurídico, estilhaça as categorias clássicas do jurídico, a começar pelas constitucionais, impondo “irritações e estímulos” (19) que criam e recriam novas formas de códigos que, em suma, poderiam desaguar num pluralismo jurídico mundial. O problema será que, se isso suceder, não teremos um código típico do Estado Democrático de Direito

(cidadania/direitos/narrativa constitucional), mas, antes, uma nova entidade fundada no código binário ter/não ter. Talvez seja preferível, então, pugnar, por uma antinomia clara entre poder/dinheiro em favor de uma heterotopia que mantenha o ideal de uma Humanidade Unida no horizonte humano do possível (20).

Referências

1. Scharpf FW. Europa, la Democrazia Sospesa. Firenze: goWare; 2016.
2. Beck U. Crónicas desde el Mundo de la Política Interior Global. Barcelona: Paidós; 2011.
3. Habermas J. L'Espace Public. Paris: Payot; 1978.
4. Kuntz R, Faria JE. Qual o Futuro dos Direitos?. São Paulo: Max Limonad, 2002.
5. Hume D. Tratado da Natureza Humana. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2001, p. 483.
6. Pacelli D. Il senso del limite. Roma: Carocci; 2013.
7. Kriegel B. Cours de philosophie politique. Paris: Le Livre de Poche; 1996.
8. Faria JE. Retórica Política e Ideologia Democrática. Rio de Janeiro: Ed. Graal; 1984.
9. Macpherson CB. La théorie politique de l'individualisme possessif. Paris: Gallimard; 2004.
10. Soros G. Mi Filosofía. Madrid: Taurus; 2010.
11. Warat LA. Mitos e Teorias na Interpretação da Lei. Porto Alegre: Ed. Síntese; 1979, pp. 145 ss.
12. Peces-Barba G. Los Valores Superiores. Madrid: Ed. Tecnos; 1984.
13. Peces-Barba G. Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho. Madrid: Ed. Dykinson; 2010.
14. Barrero Ortega A *et al.* Derechos Sociales. Lecturas jurídicas em tiempo de crisis. Valencia: Tirant lo Blanch; 2017.
15. Soto Lostal S. La exigibilidad de los derechos sociales frente a su restricción regresiva. In: Barrero Ortega A *et al.* Derechos Sociales. Lecturas jurídicas em tiempo de crisis. Valencia: Tirant lo Blanch; 2017. p. 119.
16. Habermas J. Raison et Légitimité. Paris: Payot; 1978.
17. Delmas-Marty M. Les Forces Imaginantes du Droit. IV: Vers une Communauté des Valeurs? Paris: Ed. du Seuil; 2011.



18. Rodríguez Palop ME. La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación. 2.^a ed. Madrid: Dykinson; 2010.
19. Neves M. Entre Têmis e Levitã: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes; 2016. p. 264.
20. Domingo R. Qué es el Derecho Global? 2.^a ed. Cizur Menor: Ed. Aranzadi; 2008. p. 171 ss.

Submetido em: 17/11/19
Aprovado em: 15/01/20

Como citar este artigo:

Rocha-Cunha SC. Direitos humanos na Sociedade Mundial do Risco: quatro reflexões intempestivas. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 211-221.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.606>



Jurisprudência e legislação sanitária comentadas

O Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional de 7 de maio de 2018: análise e comentário da decisão judicial à luz da Lei da Procriação Medicamente Assistida e da figura da gestação de substituição no ordenamento jurídico português

Jurisprudence and health law

Judgment n.º 225/2018 of the Constitutional Court of May 7, 2018: analysis and comment of the judicial decision in the light of the Medically Assisted Procreation Law and the surrogacy in the Portuguese legal system

Jurisprudencia y legislación sanitaria

Sentencia n.º 225/2018 del Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 2018: análisis y comentario de la decisión judicial a la luz de la Ley de la decisión judicial a la luz de la Ley de Procreación con Asistencia Médica y la figura de gestión de substitución en el sistema legal português

Micaela Fernandes Martins¹

A Lei n.º 25/2016 (1), que veio alterar a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (2), também conhecida como Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA) e que regula a utilização dos métodos de procriação medicamente assistida, permitiu, a partir da entrada em vigor desse diploma, o acesso à gestação de substituição em Portugal.

Contudo, as incoerências, contradições, vazios legais e insuficiências em que o legislador incorreu na redação da lei que iria contemplar a regulamentação de uma questão com importância ética, biológica e social fundamental como é a gestação de substituição, levou a que fosse requerido por trinta deputados da Assembleia da República, em sede de fiscalização abstrata sucessiva, a pronúncia do Tribunal Constitucional (TC) sobre determinados preceitos da Lei n.º 32/2006, na redação dada pelas Leis n.º 17/2016 (3) e n.º 25/2016 (1), nomeadamente sobre as normas e com os seguintes fundamentos:

1) Artigo 8.º (n.º 1 a 12), que diz respeito a todo o regime da gestação de substituição, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º e 67.º/2/e) da Constituição da República Portuguesa (CRP); do dever do Estado da proteção da infância (art. 69º/1 da

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. <http://orcid.org/0000-0002-6325-5188>. E-mail: micaela.martins94@gmail.com

CRP); do princípio da igualdade (art. 13º da CRP), do princípio da proporcionalidade (art. 18º/2 da CRP); e consequentemente das normas ou de parte das normas da LPMA que se refiram à gestação de substituição. (4, p. 1885)

2) Artigo 15.º, que trata a questão da confidencialidade: obrigatoriedade da manutenção de sigilo sobre a identidade dos participantes nos processos de procriação medicamente assistida (PMA), incluindo a da gestante de substituição, alegando haver lugar à violação aos direitos à identidade pessoal; ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (art. 26º/1 e 3 da CRP); e ainda, consequentemente, dos princípios da igualdade (art. 13º da CRP), da proporcionalidade (art. 18º/2 da CRP) e da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º e 67.º/2/e) da CRP). (4, p.1855)

3) Artigo 20.º, n.º 3 que se refere à determinação da parentalidade, por violação dos direitos à identidade pessoal; ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (art. 26º/1 e 3 da CRP); e consequentemente dos princípios da igualdade (art. 13º da CRP), da proporcionalidade (art.18º/2 da CRP) e da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º e 67.º/2/e) da CRP). (4, p.1855)

Cumpra-se, então, fazer uma análise detalhada aos principais problemas que são levantados pelo Acórdão e suscitados pelos deputados requerentes, a saber:

1) A admissibilidade (ou não) do direito a constituir família com recurso à gestação de substituição à luz do regime do art. 8º da LPMA, verificando se existirá ou não uma violação da dignidade da pessoa humana da gestante e da criança que nascerá com recurso a essa técnica;

2) O direito das crianças nascidas das técnicas de gestação de substituição a conhecerem a identidade da gestante;

3) A legitimidade da dispensa de averiguação oficiosa da parentalidade relativamente à criança nascida de uma mulher que tenha recorrido, fora de um contexto de casamento ou união de facto, a técnicas de PMA para engravidar.

O princípio da dignidade da pessoa humana

A hipotética violação desse princípio, previsto no artigo 67.º/2/e) da CRP prende-se com a questão de saber, à luz daquele que é o entendimento dos requerentes, se o recurso à gestação de substituição não terá a natureza de um negócio mercantil: implicará a

utilização dessa técnica necessariamente a instrumentalização da gestante e da criança que nasça com recurso àquela, sendo essa última vista como objeto de um negócio jurídico?

O TC português entende que não há violação da dignidade humana, nem da gestante nem da criança, nos termos expostos pelos requerentes.

A gestante, por sua vez, mantém a sua liberdade e autodeterminação ao longo de todo o processo, prestando o seu consentimento para intervir de forma livre e esclarecida. A acrescer, a obrigatoriedade de que o contrato de gestação revista a natureza de gratuidade impede a circunstância de haver uma exploração económica da posição da gestante.

Acerca da dignidade da criança, a tese do TC sobre essa matéria é a de que a integração da criança na família do casal beneficiário em nada afetará a criança mais do que afetaria se nascesse mediante o recurso a outra técnica de PMA ou por via de reprodução sexual, não se tratando de objeto negocial.

Para além disso, o TC vem reforçar também essa ideia, referindo que os contratos apenas visam o desejado nascimento, em nada afetando a dignidade.

Outras contrariedades da LPMA levantadas pelo Tribunal Constitucional

O TC veio, nessa sede, pronunciar-se acerca de questões que, apesar de não terem sido requeridas, seriam possivelmente lesivas de outros direitos constitucionais.

Apesar do Tribunal estar limitado ao requerimento de apreciação de inconstitucionalidade, ou seja, de apenas poder declarar a inconstitucionalidade das normas cuja apreciação tenha sido requerida, nada obsta a que fundamentasse a sua decisão na violação de outros princípios constitucionais, que não aqueles que foram invocados pelos requerentes.

A autonomia e o consentimento da gestante

A questão objeto de análise pelo Tribunal foi relativa à forma como se poderá garantir que a gestante manterá a sua autonomia ética e pessoal durante todo o período de gestação, fundamental para a salvaguarda da sua dignidade.

Nesse sentido, o legislador impôs como requisitos imperativos para a celebração do contrato de gestação a prestação pela gestante do seu consentimento livre, informado, expresso autónomo e atual, uma vez que deverá permanecer durante todo o processo.

Para que isso se garanta, é necessário que seja permitido à gestante e aos membros do casal beneficiário que, caso assim entendem, revoguem o consentimento ora prestado até ao início dos processos terapêuticos de PMA (art. 8.º/8 e 14.º/4 e 5 da LPMA).

O consentimento a prestar é amplo: o seu objeto não poderá incidir apenas sobre a aplicação da técnica de PMA, mas também a todo o período gestacional e ao próprio parto. O consentimento deve ser expresso, mediante acordo, por ambas as partes: pela gestante e pelo casal beneficiário.

Contudo, a LPMA apenas permitia a revogação do consentimento da gestante até ao início dos processos terapêuticos de PMA, para salvaguardar os interesses dos beneficiários que também visam ver concretizado o seu projeto parental, evitando a frustração das expectativas desses em fases já avançadas da gestação.

A revogação do consentimento da gestante

No que diz respeito à motivação que leva a gestante a querer revogar o seu consentimento, conclui-se que se prenderá a um de dois fatores: por não querer levar a gestação até ao fim, querendo induzir uma interrupção voluntária da gravidez; ou por querer levar a gravidez até ao fim com vista a assumir ela própria o projeto parental dos beneficiários.

A LPMA impunha, nos seus artigos 8.º/8 e 14.º/4, que a revogação do consentimento só poderia ser manifestada pela gestante até ao início dos processos terapêuticos. Vedava-se à gestante a hipótese de proceder a uma interrupção voluntária da gravidez até ao limite legal permitido a qualquer mulher.

Contudo, o legislador apercebeu-se, logo após a entrada em vigor das normas que regulam a gestação de substituição, de que essa solução consagrada no art.8º da LPMA era manifestamente lesiva aos direitos da mulher gestante. Como tal, procedeu a sua alteração por meio do Decreto Regulamentar (Dec.-Reg.) n.º 6/2017, de 31 de julho² (5), retificando a revogação do consentimento da gestante e permitindo que esta possa proceder a uma IVG até às dez semanas de gestação ao abrigo do art. 142.º/1/e) do Código Penal (CP), nos termos acima expostos.

² “Sem prejuízo do disposto na alínea e) do artigo 142.º do CP, as declarações negociais da gestante de substituição e dos beneficiários manifestadas no contrato de gestação de substituição, serão livremente revogáveis até ao início dos processos terapêuticos de PMA.” (5)

O TC, ainda assim, pronunciou-se sobre a matéria e declarou a inconstitucionalidade dos artigos 8.º/8 e 14.º/5 da LPMA, apesar da questão já ter sido corrigida pelo Dec.-Reg. n.º 6/2017, não se justificando, essa pronúncia do TC.

Acerca da revogação do consentimento da gestante, a questão que levanta sérios problemas é a de saber como garantir a proteção da dignidade da gestante, no caso em que deseje assumir o projeto parental da criança nascida.

À luz do artigo 8.º/7 da LPMA, a gestante estaria obrigada à entrega da criança aos pais beneficiários após o parto. Contudo, o TC entende que vedar a possibilidade à gestante de poder arrepende-se é uma solução que consubstancia uma violação manifesta da sua dignidade, tendo declarado inconstitucional os artigos 8.º/7 e 8 e 14.º/5 da LPMA.

A matéria é, atualmente, muito controversa na doutrina e na jurisprudência, uma vez que estão em conflito vários interesses – divergentes – de todos os intervenientes no processo de gestação: da gestante; dos pais beneficiários; e da criança, que deverá ver garantida a proteção da sua infância.

Surgiram, após o Acórdão de maio de 2018, várias propostas legislativas e pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), no sentido de tentar ultrapassar as incompatibilidades das partes, não tendo sido alcançado consenso sobre a matéria, uma vez que nenhuma proposta garantia devidamente, segundo o entendimento do Tribunal Constitucional, a proteção da dignidade da gestante e o desenvolvimento da sua personalidade.³ (6)

A nulidade dos contratos de gestação

Outra questão sobre a qual o TC se veio pronunciar foi acerca do disposto no artigo 8º/12 da LPMA que cominava com nulidade os contratos de gestação de substituição que fossem celebrados violando o disposto na LPMA.

Por se tratar de uma nulidade, é invocável a todo o tempo por qualquer interessado, e a sua declaração tem como consequência a afetação de todos os efeitos jurídicos produzidos por via daquele negócio jurídico, tendo, portanto, efeitos retroativos. (7)

Ou seja, a declaração de nulidade que iria recair sobre o estabelecimento da filiação, conforme o disposto no art. 8º/7 da mesma lei, suscitaria várias dúvidas e inseguranças a

³ Mais recentemente, no Ac. do TC 465/2019 de setembro de 2019, o TC reitera a posição por si tomada no Ac. de maio de 2018, reforçando a obrigatoriedade de o legislador consagrar inexoravelmente o direito de arrependimento da gestante após o parto na próxima lei que regule a gestação de substituição.

todas as partes contratuais envolvidas e, acima de tudo, colocar em causa a defesa do superior interesse da criança.

Qual é, então, a consequência prática da declaração de nulidade? Uma vez que os efeitos jurídicos produzidos por via do contrato de gestação são eliminados do ordenamento, o estabelecimento da filiação a favor do casal beneficiário desaparece, sendo, portanto, a situação remetida à regra geral da filiação: o art.1.796º do Código Civil (CC), que determina que a filiação resulta do nascimento. Assim, seria considerada mãe legal a gestante de substituição.

O TC pronunciou-se acerca do regime explanado na lei, entendendo e determinando que essa solução não garantia devidamente a proteção do superior interesse da criança, demonstrando-se incompatível com o princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático consagrado no art.2º da CRP, caso se verificasse uma situação que desse origem à nulidade do contrato de gestação de substituição.

Assim, o TC pronunciou-se pela inconstitucionalidade do artigo 8.º/12, por violação do princípio da identidade pessoal da criança.

André Dias Pereira (7), pronunciando-se sobre essa matéria, considera que a solução deverá passar sempre por uma avaliação casuística e oficiosa do Tribunal, caso se verifiquem atuações incumpridoras dos requisitos impostos pela LPMA, tendo sempre em consideração o superior interesse da criança.

As omissões legais da LPMA

O TC veio ainda reforçar o grau de indeterminabilidade do regime legal do contrato de gestação de substituição, que não fornecia aos seus destinatários as soluções suficientes e necessárias que a natureza dessa matéria exige, por de tão complexa se tratar.

O legislador apenas regulou determinados pontos, como é o caso das malformações ou doenças fetais; a interrupção voluntária da gravidez (apesar de o ter feito de forma insuficiente); e a proibição de determinados comportamentos à gestante, deixando de fora várias outras matérias fundamentais que necessitam de disposições legais que as regulem.

Não foram, tão pouco, alvo de regulamentação legal os limites negativos e positivos a observar pelas partes no cumprimento do contrato.

A lei mostrou-se assim omissa, tanto relativamente aos requisitos de autorização prévia pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), como aos critérios de supervisão, por essa mesma entidade, ao contrato redigido entre as partes.

Assim, o Tribunal entendeu não haver na LPMA densidade suficiente na sua regulamentação para estabelecer parâmetros de atuação às partes contraentes e ao CNPMA para exercer as suas funções de autorização prévia de celebração do contrato e de supervisão do mesmo.

Essa indeterminação não só tornava imprevisíveis os critérios de atuação do CNPMA que este deve fixar, como não permitia um controlo jurisdicional da sua legalidade.

Como tal, o TC entendeu que essa indeterminação não seria compatível com a exigência de precisão ou determinabilidade das leis, decorrente do princípio do Estado de Direito Democrático e da reserva de lei parlamentar, consagrado nos arts. 2.º, 18.º/2 e 165.º/1/b) da CRP, declarando a inconstitucionalidade dos números 2, 3, 4, 10 e 11 do art. 8.º da LPMA, que atribuem poderes administrativos formais necessários à legitimação dos contratos de gestação ao CNPMA.

O direito ao conhecimento às origens genéticas e da identidade da gestante

A segunda grande questão suscitada pelos requerentes da inconstitucionalidade teve que ver com o direito que as crianças – nascidas em consequência do recurso à técnica da gestação de substituição – têm em conhecer a identidade da mulher que os gerou. Uma vez que a LPMA não permitia àquelas conhecerem a sua ascendência genética, nomeadamente a identidade da gestante, ao abrigo do art. 15.º, números 1 e 4 da LPMA, o TC veio analisar se existia ou não fundamento para a inconstitucionalidade desses preceitos.

Porém, há que ter em conta que o artigo 15.º/4 da LPMA apenas proibia o direito a conhecer a identidade do dador, estando aquela coberta pelo regime de confidencialidade. Em boa verdade, uma vez que a gestante nunca poderá ser dadora de material genético, o que estará verdadeiramente em causa, no que à gestante diz respeito, será o direito da criança ao conhecimento da sua identidade pessoal, na vertente da historicidade pessoal.

Os direitos fundamentais em conflito, nessa sede, relativamente aos dadores de gâmetas (no caso de se recorrer a dadores) será por um lado o dos pais beneficiários da criança, que não terão interesse em que a identidade dos dadores seja revelada, desejando manter a autonomia e tranquilidade no núcleo familiar; e por outro lado, o da criança que

nasça com recurso a um processo de procriação heteróloga em conhecer a sua história e identidade pessoal, nomeadamente, o da sua origem biológica.

O próprio TC, no Acórdão n.º 101/2009, de 1 de abril de 2009, contrariamente à decisão que vem agora tomar no presente Acórdão, manifestou-se no sentido da não inconstitucionalidade do regime legal da não revelação da identidade dos dadores, acrescentado que não existirá uma violação do princípio da igualdade relativamente às pessoas que conhecem a sua ascendência biológica.

O Tribunal vem sustentar essa tese – anteriormente defendida – no facto de as pessoas nascidas com recurso às técnicas de PMA poderem sempre: ter acesso à sua informação genética; requerer a identificação de situações de impedimento matrimonial; e ainda – se existirem razões ponderosas que o justifiquem – poderão ter acesso à identificação do dador, mediante sentença judicial que determine a revelação de identidade do mesmo. (8)

Já em sede do Acórdão atual, na sequência do pedido dos requerentes, o TC declarou que o seu entendimento é o de que o anonimato, apesar de não anular a identidade da criança, por não estar abrangida por um regime de anonimato absoluto, “poderá afetar a consciência da sua própria identidade”. (4)

O TC, tudo ponderado, decide pela inconstitucionalidade do estabelecimento do anonimato dos dadores de gâmetas e da gestante de substituição como regra – ainda que não absoluta –, uma vez que considera haver uma violação considerável aos direitos à identidade genética e pessoal da pessoa nascida com recurso a técnicas de procriação heteróloga, por lhe ser negado *a priori* o conhecimento da sua historicidade biológica e genética, determinantes para o seu desenvolvimento pessoal.

Atualmente, está previsto um regime transitório, nos termos do qual todas as pessoas que doaram as suas gâmetas antes de 7 de maio de 2018, data de publicação do Acórdão n.º 225/2018, estarão cobertos pelo regime de confidencialidade da sua identidade até cinco anos após a entrada em vigor da lei, assim como o material genético doado antes daquela data e usado até três anos após a entrada em vigor do diploma.

Dessa forma, todos os dadores que entrem no sistema de PMA português a partir de junho de 2019 já não terão a sua identidade coberta pelo regime-regra do anonimato.

A dispensa de averiguação oficiosa da paternidade

A dispensa da averiguação oficiosa da paternidade, prevista no art. 20.º/3 da LPMA, apenas tem lugar nos casos em que uma mulher, a título individual, fora de um contexto de casamento ou união de facto recorre às técnicas de PMA para engravidar.

Estando por si só no processo de procriação, terá naturalmente de recorrer à doação de material genético masculino para a inseminação.

Apesar de perceber que o problema que os requerentes procuravam tratar seria o problema de criação de famílias monoparentais, o Tribunal estava limitado ao princípio do pedido, e, por isso, concluiu pela inexistência de censura constitucional da solução consagrada no art. 20.º/3 da LPMA, uma vez que essa norma se afigura como razoável e proporcional porquanto a determinabilidade da paternidade seria impossível.

Conclusão

Por tudo o acima exposto, o Tribunal Constitucional português veio declarar com força obrigatória geral, praticamente todos os preceitos do artigo 8.º da LPMA, que regulava a gestação de substituição e o artigo 15.º/1 e 4 do mesmo diploma, na medida em que trata da matéria relativa ao anonimato dos dadores de gâmetas (e da gestante).

Por esse motivo, ficou proibido o acesso à figura da gestação de substituição em Portugal, a partir de 7 de maio de 2018.

O trabalho do legislador, para uma futura regulamentação dessa matéria, terá de passar inexoravelmente pelas considerações tomadas pelo Tribunal Constitucional no Acórdão de 2018, sob pena de nunca vir a ser permitido o recurso a essa técnica de PMA no ordenamento jurídico português.

Contudo, a atuação do legislador é urgente e fundamental. Os desenvolvimentos na saúde, o receio do recurso ao turismo reprodutivo e a necessidade de dar resposta às necessidades sociais e familiares daqueles que desejam constituir família assim o exigem.

Referências

1. Assembleia da República. Lei n.º 25/2016. Diário da República, n.º 160/2016, Série I (2016-08-22).
2. Assembleia da República. Lei n.º 32/2006. Diário da República, n.º 143/2006, Série I (2006-07-26).



3. Assembleia da República. Lei n.º 17/2016. Diário da República, n.º 116/2016, Série I (2016-06-20).
4. Tribunal Constitucional. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018. Diário da República n.º 87/2018, Série I (2018-05-07).
5. Decreto Regulamentar n.º 6/2017. Diário da República n.º 146/2017, Série I (2017-07-31).
6. Ministério da Justiça. Decreto-Lei n.º 47344. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I (1966-11-25).
7. Pereira AD. Filhos de Pai Anónimo no Século XXI. In: Atas do Seminário Internacional Debatendo a Procriação Medicamente Assistida [e-book]. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto; 2017. p.46
8. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 101/2009. Diário da República n.º 64/2009, Série II (2009-04-01)

Submetido em: 01/12/19
Aprovado em: 09/12/19

Como citar este artigo:

Martins MF. O Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional de 7 de maio de 2018: análise e comentário da decisão judicial à luz da Lei da Procriação Medicamente Assistida e da figura da gestação de substituição no ordenamento jurídico português. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 222-231.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.612>

Resenha

Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial

Review

Vanguards of Responsibility: Law, Neurosciences and Artificial Intelligence

Reseña

Vanguardias de Responsabilidad: Derecho, Neurociencias e Inteligencia Artificial

José Pedro Matos Fernandes¹

Esse é um livro não só multidimensional, porque aborda um assunto sob diversos prismas, olhando para diversas faces de um mesmo objeto, como é também uma obra multi-hermenêutica, por conter diferentes interpretações de mesmo conceito, ou melhor, de uma mesma ideia. Nele, trata-se de perceber a *responsabilidade* em campos tão diferentes como as neurociências, a bioética, o direito, o desenvolvimento de biotecnologias, das ciências da computação e inteligência artificial e da filosofia, ao mesmo tempo que nos dá diversas perspectivas sobre uma ideia que, na aparência, é tão simples e desejável. Nada pode parecer tão óbvio como o cenário em que deveríamos ser todos responsáveis, em que o nível de responsabilidade cresce à medida das exigências do desenvolvimento científico e tecnológico. Sobretudo quando novos instrumentos nos possibilitam aceder a *locais* onde supostamente se produz a responsabilidade – o cérebro – e quando os contextos civilizacionais nos colocam em terrenos que não dominamos totalmente (nem tão pouco sabemos o que poderá significar essa totalidade), mas que todos pressentimos que estamos a lidar com uma realidade espantosamente gigantesca, movediça e, até perigosa.

O título da obra incorpora de imediato essa posição relativa ao problema: é uma abordagem de *vanguarda*. Ora, a vanguarda pretende desbravar caminhos (criar veredas no meio do ambiente selvagem), ser de algum modo pioneiro, e portanto, arriscar explorar territórios, avançar por realidades recentemente criadas e, por certo, desafiar certezas e convicções que muitas vezes utilizamos nos nossos argumentos e nas nossas práticas quando nos referimos a esta ideia.

¹ Doutor; professor coordenador do Instituto Politécnico de Beja, Portugal; diretor da Escola Superior de Educação, Beja, Portugal. E-mail: fernandes.josepedro@gmail.com



O assunto é um dos mais espinhosos, em termos filosóficos. Um dos grandes reptos, que é lançado logo no prefácio, da autoria de Manuel Curado, problematizando a própria ideia de responsabilidade, reflecte a consciência de que a utilizamos “sem se saber muito bem o que é” (2, p. 7). É claro que esta ignorância não resulta da sua novidade, ou da negligência na sua teorização. O problema é mais radical. Resulta da sua extensão, da sua contaminação com pressuposto ideológicos e se situar num horizonte misto, de confluência entre pessoal e o social, entre o que é e o que deve ser, entre o emocional e o racional, entre o voluntário e o involuntário, entre a ideia de liberdade e o da necessidade. Por tudo isto, é um assunto difícil. Para além disso, tem consequências tremendas, pois afeta a esfera do legítimo, do imputável, do bem e do mal, do que se passa na *alma* de cada um de nós e da naturalidade ou artificialidade da sua existência. A questão pode mesmo chegar a colocar-se no patamar escorregadio de um limite absoluto: seremos *mesmo* autores das nossas decisões, das nossas ações? Nesse sentido, o assunto é um tema acerca do poder. É uma questão ontológica (Será que existe? Em que termos?) e deontológica (Leva-nos a algum lado? Atribui-nos alguma competência? Legitima alguma penalização), entre um universo previsível e imprevisível. Pode abarcar, inclusivamente, de causalidade e de causação.

Todo o livro é um desafio: entre um diabo e um anjo que nos sussurram ao ouvido, esperamos que a voz do anjo seja a mais melodiosa e comovente. Depois escolhemos, não sabemos bem como, mas da escolha feita, seremos responsabilizados, eventualmente castigados. O crime pode bem ser mais do que motivo de ficção. E o castigo, mais do que uma prática social. Por isso, a obra mostra bem a falta que faz a reflexão, sobretudo para nos lembrar da nossa humilde e turva condição no meio de um mundo, para nós (como dizia Camões), tantas vezes desconcertado. Face à ligeireza do uso das palavras, há um mundo de ideias profundas associadas. E há, talvez, um impensado, que permanece.

Vamos encontrar ao longo desse volume ideias que estão estruturalmente associadas ao tema da responsabilidade: decisão, vontade, liberdade, agente ou agência, consciência, determinações biológicas (sobretudo em contexto neurológico), comportamento artificial, inteligência, legalidade e até responsabilidade social (coletiva) ou política. O tema é muitíssimo complexo e de uma atualidade evidente, e dá-nos conta do batalhão de gente a fazer trabalho de vanguarda.

A estrutura do livro apresenta-se em duas partes: I – *Pensar a Responsabilidade*; e II – *Os Novos Contextos da Responsabilidade*, precedidos por um prefácio luminoso e



desconcertante de Manuel Curado, que coloca a “Responsabilidade sob o signo da Ciência, do Amor e da Sabedoria”. Um prefácio que poderia ser um Posfácio, não perdesse, sob essa designação e lugar ordenado, a sua principalidade. Só esse prefácio justifica uma longa e pormenorizada reflexão e deve merecer ao leitor uma meditação atenta, demorada e crítica. O ponto de partida é um estado de ignorância. Curiosamente, o que fundamenta a ignorância acompanha inevitavelmente os percursos de investigação, ou seja, por mais que caminhemos, carregamos esse eterno desconhecido. Trata-se de uma prosa de filosofia, no seu melhor: sem partir de uma concepção consensual, a investida é demolidora e radical. O que põe em causa é tentar justificar, ou não, como o *eu* pode ser responsável, ou como os grupos podem ser responsabilizados. Como demonstra este texto, o historial da questão é não só vastíssimo como é, em si mesmo, construtivo do modo como se equaciona. No meio da discussão somos colocados à boleia de um comboio em andamento, que move consigo a problemática de sermos (seres humanos) meras marionetas (passivos) num mecanismo de que não fomos os relojoeiros, ou sermos sujeitos autónomos, capazes de decidir por nós próprios a lei dos nossos comportamentos. No percurso do argumento, percebemos que precisamos de investir numa linha científica ao mesmo tempo que ganhamos muito em retomar todo um universo literário de sabedoria, que é uma fonte praticamente inesgotável.

Ao tentar perceber como decidimos (se não o fizermos, que responsabilidade teremos?) enfrentamos um desafio inescapável. O mundo da legalidade é muitas vezes confrontado com os dados (às vezes tomados como evidências) das ciências médicas, como no caso de imputabilidade de responsabilidade a indivíduos que sofreram acidentes com consequências neurológicas), ou de dados das ciências cognitivas, como nos casos de ativações de zonas cerebrais, ou dos avanços em redes neuronais, ou de sistemas lineares ou não lineares, da cibernética, etc. Compreende-se a ansiedade do jurista, do economista, do político. Estes abanões têm consequências no seu trabalho edificante: edificar o quê? Com que tijolos, com que argamassa? E as dimensões históricas, sociais, culturais? As questões colocam-se a vários níveis: sou livre para decidir? Quem tem idade para o fazer? Que cidadania é necessária? Sou eu o responsável pelo que sou, ou sou o que de mim fizeram? Por mais avançados que estejamos em muitas áreas científicas e tecnológicas, a situação é tal qual a coloca Manuel Curado: a estrutura do problema não se alterou. Para avançar teríamos que compreender algo que ainda não o fizemos, teríamos que saber o que é a racionalidade humana e como funciona. E há outros níveis para se colocar este

problema, para lá do epistemológico: a dimensão do amor e da sabedoria. Boas razões para acompanhar um texto através de narrativas tão antigas como os textos homéricos, ou os avanços das tecnologias e das ciências da mente mais recentes.

Quanto à primeira parte do livro, o contributo de Castro Caldas leva-nos a pensar *O contributo das neurociências para a compreensão do comportamento humano*. O autor defende que esta noção da responsabilidade, tal como outras que foram sendo trabalhadas pela filosofia e pela psicologia, quando abordadas pelas neurociências, têm uma conotação muitas vezes diferente:

Os estudos experimentais nas neurociências – sobretudo os que concernem às técnicas de imagem cerebral – exigem uma operacionalização experimental muitas vezes complexa que implica a elaboração de um modelo processual. O valor do processo conduz muitas vezes a uma nova semântica distinta da original, pervertendo o sentido (4).

Para lá de tecnicidade semântica associada à pesquisa neurológica, o contributo de Castro Caldas insiste no conceito de cérebro social, como instância que funciona articulada com o cérebro individual. Importante também, é a informação relativa aos mecanismos funcionais cerebrais que foram revelados pelas pesquisas mais recentes da investigação clínica, mas não necessariamente em cérebros com patologias. Há contributos resultantes de estudos experimentais utilizando voluntários cujos cérebros não têm patologias, deixando pistas interessantes para entender os processos. Esses estudos revelam muitos dos meandros dos circuitos que atuam quando tomamos decisões, quando sentimos empatia, ou quando gerimos a nossa vida, quando comunicamos ou justificamos as nossas ações. Mas, como escreve: “É difícil de compreender completamente as bases biológicas do que se pode designar intencionalidade da ação que confere a responsabilidade ao seu ator.” (4, p. 35).

O capítulo seguinte, de Manuel Curado, *O Mito da Responsabilidade – contributos do pensamento olvidado*, coloca o leitor perante um paradoxo: à semelhança da flexa de Zenão de Eleia, em que ela parece não se mover, movendo-se, com a responsabilidade, diz o filósofo, acontece algo semelhante. Se o universo for determinado e pudéssemos conhecer as leis que o governam, nada do que se fizesse teria acontecido decorrente de uma decisão pessoal. Tudo aconteceria porque tinha que acontecer. Se assim for, não nos cabe a nós qualquer responsabilidade. A não ser que, como advertiu Lucrecio, possa surgir um *pequeno desvio*, um detalhe imponderável, que pode ser a única base para uma responsabilidade

perante o grande cenário da *necessidade*. O texto deste capítulo é cheio de elementos de um *método de erudição*, um trabalho notável onde sentimos claramente que o universo, físico e cultural, tem outros universos, e em que a visão única da história do mundo tem abafado muitos dados verdadeiramente inquietantes. Perante esta tessitura de histórias eruditas, a responsabilidade é questionada e lavada ao paradoxo.

Ana Elisabete Ferreira assina o texto seguinte, num estudo sobre a articulação *Da Neuroética ao Neurodireito – vanguardas da responsabilidade*. De um conjunto muito vasto de problemas colocados pela neuroética, a autora foca-se em quatro questões fundamentais: a primeira é sobre a eventual (e defendida) moralidade inata, um dado que as neurociências (de determinada orientação, diríamos nós) supõe, como que uma inclinação biológica para partilharmos certos princípios, que são comuns a diversas manifestações da vontade de cooperação dos indivíduos. A segunda centra-se na dimensão emocional da responsabilidade, que decorre também das teses das neurociências (Ana Elisabete Ferreira evoca sobretudo os estudos de A. Damásio). Aqui conta a vontade de pertencer a um grupo. Isto é importante, pois pode constituir uma base para a fundação do direito assente num “gene da responsabilidade jurídica” (6, p. 92). Os sentimentos de *culpa* e de vergonha constituem operadores de responsabilidade determinantes, e que são do foro emocional. A terceira questiona a relação da (neuro)ética com o (neuro)direito, em que a grande questão é a de saber até que ponto o conhecimento das neurociências deve condicionar os sistemas jurídicos. A conclusão defendida pela autora é a de que “do mesmo modo que a moralidade inata pode distinguir-se dos padrões morais de conduta, embora estes dependam dos primeiros, também o sentimento jurídico inato se distingue das construções jurídicas” (6, p. 97). A última questão diz respeito à relação que deve se estabelecer entre os postulados normativos e os postulados científicos. Nessa parte, argumenta-se que há uma abordagem muito específica, mas há sempre um ambiente antropológico geral que constitui o horizonte da abordagem jurídica. Por último, e em jeito de conclusão, dir-se-ia que o direito tem que considerar os dados científicos, mas deve também não esquecer o seu envolvimento num mundo em construção, com *esperança*.

Segue-se um texto de Luís Moniz Pereira e Fernando da Costa Cardoso, intitulado *A Ilusão do que conta como Agente*. Aqui se aborda a questão da autonomia, sob o prisma da cibernética/inteligência artificial. Os dados colocados pelas palavras dos autores vão na formulação do objectivo do texto:

[...] fornecer uma simples categorização de diferentes tipos de sistemas que podem ser descritos como máquinas morais (ou agentes éticos artificiais), de modo que, se se permitir que as ferramentas críticas desenvolvidas sejam reincorporáveis, o filósofo terá como objectivo, em primeiro lugar, destacar outras conexões (7, p. 103).

Este é um terreno de estudo muito interessante no tratamento das questões éticas, pois envolve-se com as possibilidades da constituição de máquinas morais, ou sistemas artificiais que possam decidir eticamente. O artigo revela a necessidade de repensar a autonomia, o papel das aparências e da identidade e os fatores que determinam aquilo que valorizamos.

A terminar a Parte I, aparece o texto de João Vaz Rodrigues, *As Esferas da Responsabilidade: uma revisão dos princípios bioéticos*. Trata-se de um capítulo alicerçado numa visão de um jurista a braços com questões abordadas por muitos filósofos: saúde, dignidade, respeito, solidariedade, vulnerabilidade e cuidado. A sua perspetiva resulta de um trabalho reflexivo sobre estes valores, com a preocupação de incluir na fundamentação de um direito ligado à bioética todo um conjunto de tópicos que se colocam a uma ética da relação. É um texto de um humanista, de revisitação dos temas clássicos da ética e da sua aplicação ao direito bioético. No fundo, o autor lança um repto inquestionável: as decisões legais estão impregnadas de um fundo filosófico indelével. E não há como dar a volta, se o objetivo é, como este, o de procurar estabelecer pontes, passagens conceptuais, entre a grande tradição do direito e aquilo sobre o que se legisla.

A Parte II – Os Novos Contextos da Responsabilidade –, abre com um texto sobre o programa de melhoramento humano e uma sua aplicação na problemática bioética do desporto: *Human Enhancement en el ámbito deportivo? Algunas notas sobre sus implicaciones jurídicas y consideraciones éticas*, de Elena Atienza Macías. O que está em causa, nesse discurso, é o tema do melhoramento artificial tanto a nível emocional e cognitivo como físico. Desde a estratégia da dopagem psicofármaca até à dopagem genética, o problema é o de se discutir se há ou não legitimidade para a sua utilização na competição desportiva.

O capítulo seguinte, da autoria de Adalberto Fernandes, intitula-se *Neuroimagem da decisão de fim-de-vida* e coloca-nos perante uma técnica que traz problemas bioéticos novos: pode alguém em estado vegetativo pronunciar-se sobre a sua eventual vontade sobre o fim da sua vida? A problemática, em termos de direito, é inquietante: se é possível ter, através da tecnologia de neuroimagem, a certeza de que o sujeito se pode manifestar sobre

a sua situação, pode essa sua *comunicação* ser aceite como matéria legal? Em primeiro lugar, é preciso definir-se o próprio conceito de *estado vegetativo*. Depois, é necessário saber se a comunicação feita através de uma neuroimagem é suficientemente clara e totalmente legítima para ser aceite. Há argumentos pró e contra. O texto termina com uma tomada de posição:

A neuroimagem, como qualquer contributo do campo da ciência, não termina com o ato interpretativo reservado ao Direito, porque é ainda perante uma não-transparência, i.e., a alteridade, em que tanto o Direito como a neuroimagem se deslocam” (9, p. 169).

Steven S. Gouveia escreve o texto seguinte, *O Problema da lacuna da responsabilidade na inteligência artificial*, defendendo que é possível encontrar uma solução para a *lacuna da responsabilidade* ou *responsibility gap*. Essa temática tem vindo a impor-se à medida que os avanços da robótica, da inteligência artificial e do progressivo desempenho produtivo baseados em trabalho de máquinas se vai tornando mais comum. No campo do direito constitui uma área extremamente desafiante, pois coloca a questão da responsabilização que se pode atribuir a um sistema artificial, dado que não é *normal* atribuir-se responsabilidade senão a indivíduos dotados de intencionalidade. O cenário agrava-se quando assistimos à criação de sistemas artificiais autónomos capazes de evoluir por si mesmos, com a programação adequada para se adaptarem a novos contextos através do seu sistema de aprendizagem, que é o itinerário que tem vindo a ser desenhado pela Inteligência Artificial. Naturalmente que problemas de ordem ética e legal se colocam. Até onde estender o perímetro da legalidade? Haverá distinção entre o nível de responsabilidade para um operador humano e um operador mecânico? O autor avança com uma tese: “Defenderemos que uma possível solução para esta lacuna será a aplicação inovadora da ideia de Moralidade Distribuída (*distributed morality*), avançada por Luciano Floridi, ao conceito de Responsabilidade” (10, p. 176).

Robson Antão de Medeiros, em *Biotecnologia, deficiência e responsabilidade civil do estado frente aos novos direitos*, situa o ponto central da problemática naquilo que concerne à necessidade de se precisar o conceito de deficiência, de pessoa com deficiência, dos seus direitos. O desenvolvimento de NBIC (Nanotecnologias, Biotecnologias, Tecnologias da Informação, Ciências Cognitivas) traz consigo um conjunto de problemas legais de enorme dificuldade, pois estas inovações tecnológicas acrescentam outras dimensões às realidades naturais com que o edifício legislativo foi construído. Como diz o autor:

[...] há toda uma discussão não somente científica, mas bioética e jurídica, em que em meio a essa simbiose “corpo e tecnologia” o ser humano vai incorporando realmente em seu corpo essas tecnologias, resultando em novas configurações – o híbrido. São corpos virtualizados via informática, corpos reconstruídos por meio de próteses biônicas de última geração, corpos modificados geneticamente, em suma, corpos híbridos [...] (11, p. 197).

Miguel Pais-Vieira e Carla Pais-Vieira deixam-nos um capítulo interessantíssimo, Interfaces cérebro-máquina e os limites da responsabilidade, apresentando o seu programa:

É intenção dos autores apresentar um texto simples que permita a acadêmicos e não-acadêmicos uma compreensão de quais as variáveis que, estando envolvidas nas interfaces cérebro-máquina, podem condicionar o sentido de agência, a tomada de decisão e, conseqüentemente, a responsabilidade que o indivíduo apresenta sobre as suas ações. Veremos que a manipulação dos circuitos cerebrais pode levar à realização de determinadas ações sem que o indivíduo tenha a plena noção do móbil dos seus atos.” (12, p. 203).

Os interfaces cérebro-máquina têm potencialidades que seriam inimagináveis há umas décadas. A capacidade de fazer com que o agente possa desencadear ações de que ele próprio não tem plena consciência significa que uma pessoa pode ser levada a tomar uma decisão, alterando algo que foi quase sempre pensado como uma condição do ser humano, sobretudo nas suas ações racionais, que é a auto-percepção. Isso pode por em causa quase tudo aquilo que se defendeu ser atributo do ser responsável: consciência e vontade.

Por último, surge um texto de Ana Isabel Cardoso Figueiredo Sol, com o título *Vanguardas da responsabilidade na era biotecnológica: da perspectiva habermasiana aos desafios biopolíticos*. Neste texto a autora explora, a partir da teoria de J. Habermas, sobretudo através da sua obra *O Futuro da Natureza Humana: a consciencialização dos perigos do progresso tecnológicos desvinculados do espírito crítico*. A preocupação decorrente da leitura da obra de Habermas, na qual este sociólogo alerta precisamente para o perigo da espécie humana perder alguma da sua capacidade de autocompreensão normativa. Não se trata de uma fobia ao desenvolvimento tecnológico em si mesmo, mas de limitações que se anunciam. Com a aproximação a um futuro pós-humano, trata-se de salvaguardar alguns mecanismos que mantenham a capacidade de nos pensarmos a nós mesmos enquanto indivíduos e enquanto espécie.

Trata-se, pois, de um livro que levanta questões acerca da responsabilidade, de um ponto de vista não meramente técnico ou *civilizadamente correto*. No seu todo vemos como esta noção se cruza com todo um universo conceptual e disciplinar e como os desenvolvimentos científicos e técnicos estão carregados de dilemas ético-jurídicos. E como faz falta reflectir sobre um assunto tremendo.

Referências

1. Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]
2. Pereira AD. Nótula Introdutória. In: Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]
3. Curado M. A Responsabilidade sob o Signo da Ciência, do Amor e da Sabedoria (Prefácio). In: Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]
4. Caldas AC. Contributo das Neurociências para a Compreensão do Comportamento Responsável. In: Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]
5. Curado M. O Mito da Responsabilidade: Contributos do Pensamento Olvidado. In: Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]
6. Ferreira AE. Da Neuroética ao Neurodireito: Vanguardas da Responsabilidade. In: Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]
7. Pereira LM, Cardoso FC. A Ilusão do que conta como Agente. In: Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]
7. João Vaz Rodrigues. As Esferas da Responsabilidade: Uma Revisão dos Princípios Bioéticos. In: Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]



8. Macías EA. ¿Human Enhancement en el Ámbito Deportivo? Algunas Notas sobre sus Implicaciones Jurídicas y Consideraciones Éticas. In: Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]
9. Fernandes A. Neuroimagem da Decisão de Fim-de-vida. In: Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]
10. Steven S. Gouveia. O Problema da Lacuna da Responsabilidade na Inteligência Artificial. In: Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]
11. Medeiros RA. Biotecnologia, Deficiência e Responsabilidade Civil do Estado frente aos Novos Direitos. In: Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]
12. Pais-Vieira M, Pais-Vieira C. Interfaces Cérebro-Máquina e os Limites da Responsabilidade. In: Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]
13. Sol AICF. Vanguardas da Responsabilidade na Era Biotecnológica: Da Perspectiva Habermasiana aos Desafios Biopolíticos. In: Curado M, Pereira AD, Ferreira AE (orgs.). Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. (Col. Centro de Direito Biomédico, 27). Coimbra: Petrony, 2019. [ISBN 978-972-685-278-0]

Submetido em: 07/01/20
Aprovado em: 10/01/20

Como citar este artigo:

Fernandes JPM. Vanguardas da Responsabilidade: Direito, Neurociências e Inteligência Artificial (Resenha). Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan./mar.; 9(1): 232-241.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.631>