

INTRODUÇÃO:

BIOÉTICA E BIODIREITO

O mais recente e já comumente designado biodireito) - entendido genericamente como reflexão jurídica e iniciativa legislativa incidindo sobre a capacidade de intervenção humana na artificialização da vida e visando a sua regulamentação -, corresponde a uma das novas realidades implicadas pelo desenvolvimento mesmo da bioética. A afirmação poderá causar alguma estranheza já que o direito sempre esteve relacionado com a ética e assistiu ao nascimento da bioética. Recordemos a importância que o código jurídico de Nuremberga teve para a ética da investigação científica ou o papel rigorosamente estruturante das decisões judiciais em casos legais (*legal cases*) que se tornaram clássicos na bioética anglo-americana.

Nomeamos, a título ilustrativo, os casos Karen Quinlan (1976, o Supremo Tribunal de New Jersey decide que os sistemas de suporte vital podem ser desligados a pedido dos pais) e Baby Doe (1983, o Presidente Norte-Americano Ronald Reagan intervém junto do que corresponderá ao Ministério da Justiça e Ministério da Saúde para que estes determinem a obrigatoriedade de tratamento de recém-nascidos deficientes), para destacar aqueles que foram decisivos no estabelecimento obrigatório de comissões de ética assistencial em todos os hospitais Norte-Americanos; os casos Tarasoff (1982, o Tribunal permite a quebra da regra deontológica da confidencialidade quando a vida de terceiros se encontra ameaçada) e Natanson vs Kline (1960, o Supremo Tribunal do Kansas estabelece a obrigatoriedade legal de obtenção de consentimento informado), para destacar alguns dos que implicaram muito significativas alterações na ética médica anglo-americana; ou até o caso Roe vs Wade (1973, decisão do Supremo Tribunal de Justiça permitindo o aborto) que, evocando o critério da não viabilidade extra-uterina do feto para legalizar o aborto, atribui uma validade jurídica àquele argumento sem correspondência no plano ético ou científico. Evocamos este último caso com uma intencionalidade particular, procurando evidenciar como a preponderância do

direito sobre a ética pode conduzir a uma visão distorcida da realidade, a equívocos graves e prevaletentes tal como o de continuar hoje a evocar o argumento da viabilidade extra-uterina do feto para reconhecimento do seu estatuto pessoal – critério cientificamente anacrónico e eticamente absurdo, fazendo depender o estatuto ontológico, ético e jurídico do feto, em desenvolvimento contínuo, de condições exteriores como, por exemplo, a existência ou não de uma unidade excelente ou razoável de neonatologia.

Com efeito, é inegável a presença do direito no processo que conduziu à emergência da bioética e ao longo de todo o seu desenvolvimento. Esta realidade é particularmente evidente no contexto anglo-americano cujo sistema jurídico (*common law*) confere às decisões judiciais um papel estruturante da ordem jurídica subsequente. No sistema jurídico anglo-americano aplica-se a regra do precedente (*precedent rule*) que vincula os juízes a decisões judiciais anteriormente proferidas em casos análogos sob a perspectiva legal. São estas decisões que se constituem em lei e que, do ponto de vista ético, fazem a história, moldando, se não regulando mesmo a legitimidade moral à legalidade jurídica. Esta base de relacionamento entre o direito e a ética, em que o primeiro toma, não raramente, a dianteira sobre a segunda coarctando assim a reflexão ética e condicionando-a nas suas linhas de desenvolvimento, conduz a um sistema fortemente legalista com um perfil necessariamente normativista.

O sistema jurídico que vigora na maior parte dos países europeus assenta, porém, tal como é do conhecimento comum no direito romano. No sistema jurídico romanístico, cada juiz exerce em cada caso as suas competências de forma independente de decisões proferidas noutros processos anteriores eventualmente semelhantes. A jurisprudência, que resulta das decisões dos tribunais, subordina-se à lei. Neste contexto, se a reflexão ética não pode ser dita totalmente independente do direito, antecede-o claramente, o que permite que se mantenha aberta à livre reflexão. Deverá então ser a própria reflexão ética a influenciar as disposições jurídicas e a motivar também à sua revisão.

Os diferentes sistemas jurídicos vigentes no domínio anglo-americano e europeu continental justificam, em parte, a especialização do direito em “biodireito”, como um fenómeno tipicamente europeu, sem uma correspondência exacta no sistema norte-americano. Neste último, o domínio de referência é o “Direito e Bioética” (*Law and Bioethics*) ou o “Direito da Saúde” (*Health Law*) que reúnem, respectivamente, a legislação que vai sendo produzida sobre questões bioéticas ou sobre a saúde. O biodireito surge e desenvolve-se a partir dos temas ou problemas específicos da bioética, das orientações que esta vai traçando para a acção, fixando sob a forma de lei o consenso alcançado pela reflexão ética ou bioética.

Em síntese, ética e direito são rigorosamente complementares na apreciação a fazer sobre as implicações humanas dos avanços bio-tecnológicos. O essencial é que esta sua relação de proximidade não permita qualquer confusão entre os seus respectivos domínios próprios, nem a usurpação de uma das áreas pela da outra, ou tão pouco a inversão do exercício das suas respectivas competências específicas. A ética reflecte sobre as modalidades da acção humana tendo em vista a realização de um bem ou o cumprimento de um dever; o direito regulamenta a acção considerada desejável para o bem comum e/ou penaliza a indesejável. A ética terá, pois, que anteceder o direito e este deverá secundar a ética. O direito será assim legitimado na coerção que exerce e a ética complementada no apelo à consciência em que consiste. O direito complementariza a ética emprestando a força da lei à sabedoria da deliberação.

Esta interacção proporciona a construção de amplos consensos nacionais e também internacionais, visando uma uniformização de procedimentos. Foi neste contexto que surgiu o mais elaborado e amplo documento de biodireito. Referimo-nos à “Convenção para os Direitos do Homem e a Biomedicina”, concluída em 1997 e ratificada por Portugal em 2001 e que, na primeira versão de trabalho tornada pública em 1994, surgia como “Convenção de Bioética” (*Bioethics Convention*). Esta designação foi rapidamente subtraída uma vez reconhecido que se tratava de um documento a que deveria assistir não apenas a força moral das “recomendações” anteriores do Conselho da Europa, mas a jurídica, que obriga efectivamente os países que a ratificarem ao seu cumprimento.

Para o profissional de saúde em geral, para quantos integram as comissões de ética, para tantos outros académicos e profissionais que se dedicam ao domínio da ética biomédica, para o público alargado que exerce a sua cidadania também a partir do seu empenhamento nas questões bioéticas, é indispensável o conhecimento das leis existentes regulamentadoras da prática nesta área (até porque ninguém pode invocar o desconhecimento da lei). Daí o interesse deste último capítulo que reúne documentos de natureza distinta e de diferente peso jurídico – declarações, directrizes, recomendações, convenções, decretos-lei e portarias – mas todos de importância imediata e indispensável para o trabalho regular de uma comissão de ética. E, não obstante, a actividade regular da comissão de ética não se cinge, nem se poderia cingir, à verificação da adequação dos documentos ou realidades em análise ao dispositivo legal em vigor em cada país, o que a reduziria a um mero gabinete técnico cuja função poderia ser cumprida por qualquer administrativo com formação jurídica. Primeiramente, e tal como já foi dito, os domínios, metodologias e objectivos do direito e da ética não são coincidentes e é esta última que

se estende por um mais amplo domínio pelo que, na estrita observância da sua natureza, não se poderá subordinar ao direito (assumindo as consequências legais das suas deliberações). Em segundo lugar, as questões mais polémicas são precisamente as que mais longe estão de vir a ser regulamentadas pelo direito continuando a exigir a intervenção da ética para a construção de consensos.

Leituras recomendadas

- CARDOSO, Augusto Lopes, "Biodireito", *in*: L. Archer, J. Biscaia, W. Osswald e M. Renaud (coord.), *Novos desafios à bioética*. Porto, Porto Editora, 2001.
- CAPRON, Alexander, "Law and Bioethics", *Encyclopedia of Bioethics*, W. Reich (ed.), 3, 1995: 1329-1335.
- MELO, Helena Pereira de, "O Biodireito", *in*: D. Serrão, R. Nunes (coord.), *Ética em Cuidados de Saúde*. Porto, Porto Editora, 1998.