

2019

COORDENADORES

ANA CLÁUDIA S. SCALQUETTE
RODRIGO ARNONI SCALQUETTE

ORGANIZADORES

ANNA PAULA SOARES DA SILVA
GILBERTO BERGSTEIN

BIOTECNOLOGIA, BIODIREITO E LIBERDADES INDIVIDUAIS

NOVAS FRONTEIRAS DA
CIÊNCIA JURÍDICA

VOLUME 1

AUTORES

ADRIANA CALDAS DO REGO DABUS MALUF • ANA CAROLINA ABOIN
ANA CLÁUDIA SILVA SCALQUETTE • ANNA PAULA SOARES DA SILVA
CÍNTIA ROSA PEREIRA LIMA • DENISE SOUZA DE QUEIROZ
ERNESTO LIPPMANN • JORGE SHIGUEMITSU FUJITA
PATRÍCIA VANZOLINI • RODRIGO ARNONI SCALQUETTE
RUTE TEIXEIRA PEDRO

EDITORA
FOCO

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

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

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

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

www.editorafoco.com.br

Bons estudos!

Editora Foco

2019 © Editora Foco

Coordenadores: Ana Cláudia S. Scalquette e Rodrigo Arnoni Scalquette

Organizadores: Anna Paula Soares da Silva e Gilberto Bergstein

Autores: Adriana Caldas do Rego Dabus Maluf, Ana Carolina Aboin, Ana Cláudia Silva Scalquette, Anna Paula Soares da Silva, Cíntia Rosa Pereira Lima, Denise Souza de Queiroz, Ernesto Lippmann, Jorge Shiguemitsu Fujita, Patrícia Vanzolini, Rodrigo Arnoni Scalquette e Rute Teixeira Pedro

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editor: Roberta Densa

Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgia Renata Dias

Capa Criação: Leonardo Hermano

Diagramação: Ladislau Lima

Impressão miolo e capa: GRÁFICA META BRASIL

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

B616

Biotecnologia, biodireito e saúde: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica – Volume 01 / Adriana Caldas do Rego Dabus Maluf ... [et al.]; coordenado por Ana Cláudia Scalquette, Rodrigo Arnoni Scalquette; organizado por Anna Paula Soares da Silva, Gilberto Bergstein. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2019.

264 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-85-8242-366-0

1. Biotecnologia. 2. Biodireito. 3. Ciência Jurídica. I. Maluf, Adriana Caldas do Rego Dabus. II. Aboin, Ana Carolina. III. Scalquette, Ana Cláudia Silva. IV. Silva, Anna Paula Soares da. V. Lima, Cíntia Rosa Pereira. VI. Queiroz, Denise Souza de. VII. Lippmann, Ernesto. VIII. Fujita, Jorge Shiguemitsu. IX. Vanzolini, Patrícia. X. Scalquette, Rodrigo Arnoni. XI. Pedro, Rute Teixeira. XII. Bergstein, Gilberto. XIII. Título.

2019-148

CDD 344.04197 CDU 34:57

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Biodireito 344.04197 2. Biodireito 34:57

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

NOTAS DA EDITORA:

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

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

Impresso no Brasil (02.2019) – Data de Fechamento (02.2019)

2019

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.

Al. Júpiter 542 – American Park Distrito Industrial

CEP 13347-653 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br

www.editorafoco.com.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	V
PREFÁCIO – BIOTECNOLOGIA, BIODIREITO E LIBERDADE INDIVIDUAIS: NOVAS FRONTEIRAS DA CIÊNCIA JURÍDICA	
Gianpaolo Poggio Smanio	VII
CAPÍTULO 1 – A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM E O BIODIREITO	
Rute Teixeira Pedro	1
CAPÍTULO 2 – REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: DO DIREITO À AO DIREITO DA	
Ana Cláudia Silva Scalquette	47
CAPÍTULO 3 – EMBRIÃO, NASCITURO E PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA	
Jorge Shiguemitsu Fujita e Anna Paula Soares da Silva	83
CAPÍTULO 4 – SEXO BIOLÓGICO, COMPORTAMENTAL E DE IDENTIDADE: DE- SAFIOS PARA O BIODIREITO	
Adriana Caldas do Rego Dabus Maluf	125
CAPÍTULO 5 – PROTEÇÃO DE DADOS CLÍNICOS E GENÉTICOS NA ERA TECNOLÓGICA: UMA ANÁLISE COM BASE NOS AVANÇOS DA REPRODUÇÃO HUMANA	
Cíntia Rosa Pereira Lima e Ana Carolina Aboin	163
CAPÍTULO 6 – DEPENDÊNCIA QUÍMICA E POLÍTICAS PÚBLICAS: UM DESA- FIO PARA O BIODIREITO	
Rodrigo Arnoni Scalquette e Patrícia Vanzolini	197
CAPÍTULO 7 – FIM DA VIDA HUMANA: A FRONTEIRA ENTRE O DIREITO E O DEVER	
Ernesto Lippmann e Denise Souza de Queiroz	225

APRESENTAÇÃO

Seguindo a linha de pesquisa da *Cidadania modelando o Estado* sob o aspecto das *Novas Fronteiras da Ciência Jurídica*, diversos juristas e pesquisadores de instituições de ensino superior do Brasil e Portugal apresentam à comunidade médico-jurídica a obra *Biotechnology, Biodireito e Liberdades Individuais: Novas fronteiras da ciência jurídica*.

Com o avanço científico e tecnológico em diversos setores da sociedade, novos desafios para o Biodireito foram postos em discussão não de forma a buscar qualquer limitação que impeça o desenvolvimento científico ou tecnológico, mas sim no sentido de garantir seu contínuo progresso “par e passo” com a tutela e segurança jurídicas necessárias a tais avanços – tão essenciais aos seres humanos.

Em razão disso, no primeiro capítulo dessa obra, a professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em Portugal – Rute Teixeira Pedro – aponta a atual jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – com sede em Estrasburgo na França – sobre questões envolvendo o Biodireito, notadamente para abordar a interseção dessas questões com a tutela dos direitos do homem no “velho continente”, evidenciando polêmicas e limites éticos e jurídicos.

Ana Cláudia Silva Scalquette – presidente da Comissão Especial de Biotecnologia e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo e professora da Faculdade de direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, por sua vez, no segundo capítulo, analisa os diversos aspectos da Reprodução Humana Assistida, tais como as inconsistências em termos de presunção de filiação com falhas redacionais no Código Civil brasileiro, a cessão temporária de útero, a filiação *post mortem*, o destino dos embriões excedentários, dentre outros problemas que envolvem a reprodução humana, para levar os leitores a compreender o caminho que se percorre do *Direito à reprodução*, garantido pela liberdade de planejamento familiar, até o *Direito da Reprodução Humana* – ramo específico da ciência jurídica para cuidar de questões afeitas a esta matéria.

No terceiro capítulo, abordam a questão do Embrião, Nascituro e a Proteção da Vida Humana Jorge Shiguemitsu Fujita – professor do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU) – e Anna Paula Soares da Silva, advogada e membro do Grupo de Pesquisa CNPq Novas Fronteiras da Ciência Jurídica – Desenvolvimento e Inovação Tecnológica: Biodireito e Biotecnologia – evidenciando as polêmicas quanto ao início da proteção da vida humana e suas implicações no âmbito constitucional, civil e até mesmo penal.

Com o título *Sexo biológico, comportamental e de identidade: desafios para o Biodireito*, Adriana Caldas do Rego Dabus Maluf – professora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU), no quarto capítulo, disserta sobre

a problemática envolvendo a sexualidade, propondo uma reflexão à luz do direito positivado e entendimento jurisprudencial.

Dando continuidade às discussões sobre Biodireito e Biotecnologia no âmbito das liberdades individuais, Cíntia Rosa Pereira Lima – professora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – e Ana Carolina Aboin – professora da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Mato Grosso, no quinto capítulo, tratam da proteção de dados clínicos e genéticos na era tecnológica, com uma análise da tutela no âmbito da Reprodução Humana Assistida, demonstrando suas fragilidades e apontando possíveis caminhos.

Rodrigo Arnoni Scalquette e Patrícia Vanzolini, ambos professores da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, no sexto capítulo, discutem a questão da dependência química e políticas públicas como um dos grandes desafios a ser enfrentado pelo Biodireito, abordando a prevenção e a política de reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Por fim, no sétimo capítulo, os advogados Ernesto Lippmann e Denise Souza de Queiroz, encerram este Volume I com o tema *Fim da Vida Humana: a fronteira entre o direito e dever*, propondo uma reflexão sobre a dignidade da pessoa humana e o tênue limite entre o direito à vida e o dever de viver.

Os temas escolhidos para compor os sete capítulos deste volume demonstram a infinidade de problemas que são postos em discussão em áreas sensíveis como a do Biodireito e a da Biotecnologia. Esperamos que nossos leitores avancem conosco nessa pesquisa e que a ciência jurídica possa dar as respostas necessárias para garantir a pacificação das relações sociais, o respeito à liberdade individual e à dignidade do ser humano, sem se tornar uma barreira ao avanço científico que também é essencial ao desenvolvimento de uma sociedade.

ANA CLÁUDIA S. SCALQUETTE

RODRIGO ARNONI SCALQUETTE

Coordenadores

PREFÁCIO

BIOTECNOLOGIA, BIODIREITO E LIBERDADE INDIVIDUAIS: NOVAS FRONTEIRAS DA CIÊNCIA JURÍDICA

Foi com muita alegria que recebi o convite dos colegas e amigos professores Ana Cláudia e Rodrigo Scalquette para prefaciar a obra BIOTECNOLOGIA, BIODIREITO E LIBERDADE INDIVIDUAIS: Novas fronteiras da ciência jurídica.

Além de o tema ser de extrema relevância para o avanço das relações jurídicas e sociais, representa, sem dúvida, um grande desafio para juristas e legisladores que buscam equalizar os avanços médicos e tecnológicos com os limites éticos necessários à investigação científica.

Os autores, professores e pesquisadores, em cada um dos sete capítulos, enfrentaram temas árduos, evidenciando seus problemas e propondo possíveis caminhos que coadunarão o desenvolvimento das pesquisas com os direitos fundamentais dos cidadãos.

O desafio não está restrito ao âmbito nacional, como se pode evidenciar no primeiro capítulo da obra em que os temas são analisados à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Cumprе destacar que a inviolabilidade do direito à vida e, portanto, sua proteção, são garantias constitucionais que devem ser pautadas pelo respeito integral à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Controvérsias envolvendo a reprodução humana assistida, a proteção do embrião e do nascituro, o sigilo dos dados clínicos na era da tecnologia, as políticas públicas voltadas para os dependentes químicos e o tratamento do paciente no final de sua vida são questões abordadas pelos autores que ressaltam os debates e contrapontos e apresentam propostas a serem analisadas por toda a comunidade jurídica.

Sem perder de vista o dinamismo que é inato aos temas, certamente a obra em muito contribuirá com o desenvolvimento da pesquisa nas áreas do Biodireito e da Biotecnologia e, sobretudo, com a pacificação dos conflitos nelas envolvidos.

Gianpaolo Poggio Smanio

Coordenador do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

CAPÍTULO 1

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM E O BIODIREITO

Rute Teixeira Pedro

Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP) e investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE) da mesma Faculdade. Associada do Centro de Direito Biomédico e do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do *Centre of Family Law* da *University of Cambridge*. Professora colaboradora da Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutora em Direito pela FDUP e Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas (vertente Direito das Obrigações) pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Recebeu prémios e bolsas de diversas entidades de que destacam as bolsas atribuídas pelo Instituto *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de Hamburgo. Das suas mais de três dezenas de publicações fazem parte três livros, capítulos em livros, artigos em revistas nacionais e internacionais, escritos em português, inglês, espanhol e italiano. Membro Honorário da Academia Mackenzista de Letras da Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo.

Sumário: 1.1. Considerações iniciais – 1.2. Definições e histórico – O Conselho da Europa e a Proteção dos Direitos Humanos; 1.2.1. Conceitos – A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e outros instrumentos adotados pelo Conselho da Europa para proteção dos Direitos humanos no âmbito do Biodireito; 1.2.2. Características – A proteção jurisdicional proporcionada aos direitos humanos pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; 1.2.3. Classificações – O Biodireito e os Direitos e liberdades protegidos pela Convenção dos Direitos do Homem – 1.3. A Jurisprudência do Tribunal dos Direitos do Homem no âmbito do Biodireito; 1.3.1. A exigência de consentimento informado; 1.3.2 A qualidade dos serviços de saúde e o funcionamento da responsabilidade civil nas situações relacionadas com a prestação desses serviços – 1.3.3. As técnicas de reprodução medicamente assistidas; 1.3.4. O início da Vida; 1.3.5. O fim de Vida – 1.4. Observações conclusivas – 1.5. Referências Bibliográficas

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nesse capítulo, consideraremos a relevância da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para o desenvolvimento do Biodireito no contexto europeu.

Na verdade, por um lado, à proteção dos direitos humanos atribui-se uma força motriz na conformação e desenvolvimento do regime jurídico aplicável às problemáticas concernentes ao Biodireito.¹ Por outro lado, o Tribunal Europeu dos

1. Pondo em destaque a influência dos direitos do homem quanto à regulação dos cuidados de saúde nos ordenamentos jurídicos europeus, Jean Mchale afirma *The discourse of human rights has pervaded the regulation of health care across jurisdictions*. Mchale, Jean, *Fundamental rights and health care*, in Health Systems Governance in Europe. The role of European Union law and policy, Elias Mossialos, Govin Permanand, Rita Baeten e Tamara K. Hervey (editors). Cambridge: University Press, 2010, p. 283.

Direitos do Homem (TEDH²) vem desempenhando, desde a sua criação, um papel nuclear na tutela dos direitos do homem no velho continente. Por consequência, da conjugação desses dois fatores, resulta que o Biodireito, no contexto europeu, sofre a influência determinante das decisões proferidas por este Tribunal que tem por missão garantir o cumprimento da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e de outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos que têm vindo a desenvolver-se sob a égide do Conselho da Europa.

Cumprido, desde já, nessas considerações introdutórias, destacar que a proteção jurisdicional proporcionada ao longo das últimas décadas pelo TEDH é um fenómeno ímpar a nível mundial, merecendo, portanto, a reflexão que vai ser levada a cabo neste capítulo.

Na nossa reflexão seguiremos o *iter* que passamos a expor. De imediato, na secção seguinte (1.2.), depois de explicitarmos, de modo sucinto, o surgimento do Conselho da Europa e a emergência no seu âmbito da proteção jurisdicional dos direitos humanos, daremos conta dos principais instrumentos de tutela desses direitos no âmbito do Biodireito (1.2.1.). Em seguida, dedicaremos a nossa atenção a descrever o modo e os termos de funcionamento do mecanismo de proteção jurisdicional que é proporcionado pela atuação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1.2.2.). Finalmente, deteremos a nossa atenção no elenco de direitos tutelados que têm especial relevância no âmbito do Biodireito e nas obrigações que, para garantia da sua tutela, emergem para os Estados que se submetem à jurisdição do TEDH. Munidos dos elementos expostos na secção 1.2., poderemos, então, na secção subsequente (1.3.) fazer um périplo pela jurisprudência do TEDH relativa às matérias de Biodireito. Atendendo aos limites desse trabalho, elegemos 5 áreas de grande importância e onde se encontram decisões abundantes. Falaremos de questões relacionadas com a exigência do consentimento informado (1.3.1), com a qualidade dos serviços de saúde e o funcionamento da responsabilidade civil nas situações relacionadas com a prestação desses serviços (1.3.2.), com a reprodução medicamente assistida (1.3.3.), com o início da vida (1.3.4.) e com o fim de vida (1.3.5.). Finalizado o percurso que ora anunciamos, vamos extrair algumas conclusões sobre o exposto (1.4.).

1.2. DEFINIÇÕES E HISTÓRICO – O CONSELHO DA EUROPA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Conselho da Europa³ foi instituído com base num acordo internacional, assinado por dez Estados Europeus, em Londres, em 5 de maio de 1949, com o objetivo de dar realização a uma união mais estreita entre os seus membros, em

2. Nesse capítulo, para nos referirmos ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, empregaremos a sigla TEDH. Prevenimos também que, quando nos referirmos ao Tribunal sem indicações adicionais, estamos a reportar-nos ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

3. Nesse capítulo, para nos referirmos ao Conselho da Europa, empregaremos a sigla CE.

ordem à salvaguarda dos direitos humanos, à promoção dos ideais e princípios comuns e à harmonização de práticas sociais e jurídicas, fomentado do mesmo passo o progresso econômico e social numa Europa saída de uma devastadora segunda guerra mundial.⁴ Nos quase 70 anos que se lhe seguiram mais Estados aderiram e atualmente 47 Estados são membros do CE, entre os quais os 28 Estados-Membros da União Europeia, incluindo, no momento em que escrevemos, o Reino Unido,⁵ estando em curso o processo de adesão pela própria União Europeia, como referiremos de seguida.

Para dar concretização a um dos principais objetivos do CE – a promoção dos direitos humanos –, foi aprovada a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – também conhecida como Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁶ –, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950 e entrada em vigor a 3 de setembro de 1953, sobre que nos debruçaremos na próxima subsecção (1.2.1). Tratou-se de uma iniciativa que, à semelhança do que já havia acontecido quanto à Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas adotada em 10 de dezembro de 1948, vertendo num único instrumento internacional os direitos e liberdades que deviam ser respeitados pelos Estados contratantes, visou promover, de forma permanente, a paz e os valores comuns.

A importância, no espaço europeu, desse instrumento internacional, que, está quase a completar o seu 70º aniversário, manifesta-se na previsível adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos,⁷ em cumprimento da previsão contida no Tratado de Lisboa de 2007 entrado em vigor em 1 de dezembro de 2009.⁸ Essa futura adesão formal segue-se a uma “adesão jurisprudencial” que se constata na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia com a invocação frequente da CEDH como um dos instrumentos em que se encontram refletidas “as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros” da União Europeia e a uma “incorporação material” na ordem jurídica da União Europeia⁹

4. Sobre as origens da tutela dos direitos do Homem com referência à criação do CE, veja-se Barreto, Ireneu Cabral. *A convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5ª edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2015, p. 17 e ss.

5. Aos 47 Estados-membros, juntam-se 5 Estados observadores: Canadá, Estados Unidos da América, Israel, Japão, México e Santa Sé.

6. Nesse capítulo, quando nos referirmos à Convenção sem indicações mais precisas estamos a reportar-nos à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Para o mesmo efeito, empregaremos a sigla CEDH. Acresce que, quando, nesse capítulo, citarmos algum artigo sem referência adicional, deve entender-se que integra a mesma Convenção.

7. O n. 2 do art. 59 da CEDH, introduzido pelo Protocolo n. 14, prevê expressamente essa possibilidade.

8. Sobre a adesão da União Europeia à CEDH, que constitui um caso inédito de sujeição de uma instância supraestadual a um tratado internacional e aos respetivos instrumentos judiciais de controle, veja-se, em língua portuguesa, MOREIRA, Vital, *A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, in “Estudos de Homenagem a Miguel Galvão Teles”, org. Jorge Miranda et al., Coimbra: Almedina, Vol. I, 2012, p. 717 e ss.

9. MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 718-719 e p. 734.