V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER

MAITE RODRÍGUEZ APÓLITO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615
Biodireito e direitos dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Maria Claudia Crespo Brauner, Maite Rodríguez Apólito – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-216-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Biodireito. 3. Direito dos animais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

O Grupo de Trabalho intitulado Biodireito e Direito dos Animais envolveu a apresentação de 14 trabalhos apresentados por seus respectivos autores, dentre estes alguns integrando a carreira docente e, outros sendo discentes de cursos de Pós-graduação stricto sensu. A boa qualidade e originalidade das pesquisas foi observada durante a apresentação dos trabalhos.

Face à multiplicidade de perspectivas abordadas optou-se por dividir os trabalhos em dois momentos: o primeiro envolvendo a questão relativa aos direitos dos animais, temática que vem merecendo a atenção de juristas motivados pelas reivindicações por um tratamento mais respeitoso e responsável aos animais, propondo-se uma mudança do paradigma antropocêntrico. As contribuições apresentadas propuseram, sob diversas perspectivas e, com fundamentos em teorias de renomados autores, um novo tratamento jurídico destinado aos animais não humanos. A riqueza das abordagens pode demonstrar que a temática não só é relevante como vem sendo aprofundada e tem merecido a sua inclusão na legislação e na jurisprudência de diversos países.

Em um segundo momento, foram apresentados os trabalhos envolvendo temáticas relativas às questões de Biodireito. Tal disciplina vem se consolidando em diversas legislações e busca equacionar a utilização dos novos conhecimentos científicos no domínio vasto da medicina e da genética com a proteção da dignidade humana e o respeito à vida. A utilização das novas biotecnologias sobre o ser humano e, igualmente, sobre a biodiversidade comporta repercussões de toda ordem que refletem de forma intensa na sociedade e que colocam em jogo interesses políticos, sociais e de mercado. Portanto, o debate público relativo à elaboração de legislação regulando as modalidades de intervenção da ciência sobre a vida, tornou-se imprescindível nas sociedades democráticas e pluralistas. É importante perceber a participação da sociedade no debate sobre os limites jurídicos, buscando a criação de um enquadramento bem definido em matéria de práticas biomédicas, acolhendo a demanda dos cidadãos e promovendo a saúde e o bem-estar de todos.

Nessa segunda parte das apresentações, foi possível realizar o agrupamento dos trabalhos tratando da problemática relativa ao princípio bioético da autonomia e sua compreensão seja na relação médico/paciente, seja na liberdade de disposição corporal. Dentre as temáticas, foram discutidas as questões envolvendo autonomia decisória pelo direito de morrer com

dignidade; diretivas antecipadas de vontade; autonomia do paciente; dignidade humana e eutanásia; doação de material genético; autonomia e beneficência nos partos no Brasil. Logo após, foram discutidas questões envolvendo a saúde e o controle do bem-estar social ; o registro civil dos transexuais ; a atuação do Conselho Federal de Medicina (CFM) na criação de tipos normativos e, a despenalização do aborto na perspectiva do direito brasileiro. Todos os textos trouxeram a perspectiva crítica necessária para o enfrentamento de temas ainda bastante polêmicos.

As principais ideias e reflexões sobre as interfaces entre a Bioética e Direito, desde o momento de discussão e produção de normas jurídicas, se enraízam na preocupação em orientar a atuação da ciência sobre o homem e o meio ambiente. A relevância das discussões que foram apresentadas nessa segunda etapa, centrou-se na ideia de que é necessário reconhecer a extensão dos poderes oferecidos pela moderna medicina e de questionar quais são os limites e responsabilidades que devemos impor aos cidadãos face às novas demandas e as soluções que a justiça vem construindo nessa perspectiva.

Os trabalhos apresentados alcançaram o objetivo de fomentar o debate e de divulgar as reflexões abrangentes e criativas que vem sendo elaboradas nas pesquisas jurídicas estimuladas nos Curso de Pós-Graduação, dentro de uma proposta de abordagem inter e transdisciplinar.

Profa. Dra. Maria Claudia Crespo Brauner - FURG

Profa. Maite Rodríguez Apólito - UDELAR

O LEGISLATIVO PARALELO: A ATUAÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA NA CRIAÇÃO DE TIPOS NORMATIVOS

THEPARALLEL LEGISLATURE: THE PERFORMANCE OF THE FEDERAL MEDICAL COUNCIL ON THE CREATION OF NEW REGULATORY TYPES

Igor de Lucena Mascarenhas

Resumo

O presente trabalho visa discutir a atuação do Conselho Federal de Medicina na elaboração de resoluções que pretendem regulamentar a atividade médica, porém acabam por interferir em direitos subjetivos dos pacientes. A partir da análise bibliográfica e das resoluções editadas pelo CFM, pretende-se analisar se o vácuo legal causado pelo Legislativo pode ser fundamento para a edição das normas médicas. Conclui-se que enquanto não houver norma regulamentadora, as normas do Conselho Federal de Medicina poderão ser consideradas pelo Executivo e Judiciário, porém tais normas não seriam dotadas de vinculação obrigatória.

Palavras-chave: Conselho federal de medicina, Resoluções, Democracia, Representantes

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the performance of the Federal Medical Council (CFM in portuguese) that legislate about themes of medical interest, however the resolutions affects interests of non doctors.Through a bibliographical analysis, the paper discusses if the rules edited the Federal Medical Council by the can be applied into the legislative vacuum caused the omission of the Legislative Power. It is concluded that while there is no legal rule, the Federal Council of Medicine may be considered by the Executive and by the Courts, but without such power as the law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federal medical council, Resolutions, Democracy, Representatives

1. INTRODUÇÃO

O princípio do Estado Democrático de Direito importa em uma grande conquista apresentada pela Constituição de 1988. Neste novo modelo de organização do Estado, todos são iguais perante a lei. Pode-se conceituar o Estado Democrático de Direito como o Estado pautado em dois elementos: democracia e legalidade. É possível afirmar que é que este novo modelo de Estado foi disseminado a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que indica, nos seus arts. 1º, 3º, 5º e 6º, os valores fundamentais para o Estado Democrático de Direito: igualdade, soberania popular, princípio da legalidade e democracia.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de igual forma, defende essa forma de Estado:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

O Estado Democrático seria o meio de realização de valores fundamentais para a convivência humana, um instrumento de afirmação e defesa dos direitos fundamentais do povo. O Estado democrático significa que o poder emanaria do povo e permitiria a participação e influência deste nos rumos e na condução de uma nação.

O Estado de Direito determina que o Estado e os cidadãos estão sob a égide da lei. Essa previsão constitucional, sob o prisma particular, significa que ninguém poderá ser coagido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, ao passo que para o Estado significa que este só está autorizado a fazer algo quando previamente autorizado por lei. Ou seja, enquanto que para o particular a liberdade é interpretada de forma ampliativa, para o Estado é restritiva, como forma de evitar abusos e imposições volitivas arbitrárias por parte dos ocupantes do Poder. Neste contexto, o Estado Democrático é uma garantia para os particulares, em observância ao princípio da segurança jurídica, para que ninguém seja surpreendido pela variação de anseios dos governantes. A autoridade do governante deve estar submetida à lei, e não o inverso, de sorte que aquela é senhora do governante, sendo este seu servo.

O Poder, apesar de estar representando na figura dos ocupantes do Executivo, Legislativo e Judiciário, deve emanar do povo, que o exerce diretamente ou, mais comumente, por intermédio dos seus representantes. Desta forma, o nascedouro da lei deve estar pautado

na legitimidade outorgada pelas pretensões e anseios sociais. O exercício do mandato deve corresponder às expectativas dos eleitores que aderiram às propostas formuladas durante a campanha, ou seja, os representantes são o espelho dos representados.

A atual situação legislativa indica que os representantes e os representados não estão em sintonia, de modo que temas de interesse social são negligenciados, ao passo que pautas, em tese, de segunda importância, são rapidamente processadas. Em razão deste vácuo legal, novos atores têm assumido a função de "legislar" em favor de toda a sociedade.

O presente trabalho, a partir da análise bibliográfica, buscará expor a atuação no Conselho Federal de Medicina (CFM)[1] na criação de novos tipos legais e de novas diretivas para médicos que afetam toda a sociedade. Ou seja, as resoluções do CFM, apesar de ostentar caráter infralegal, criam direitos e deveres, porém o que deve ser questionado é qual a legitimidade dessa atuação, criando um novo Estado Constitucional em que as "leis" são oriundas de uma pessoa jurídica de direito público que caminha em paralelo ao Legislativo.

2. O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O Conselho Federal de Medicina é uma autarquia federal que desempenha um papel de destaque no cenário político nacional, atuando na defesa da saúde, além dos interesses próprios da classe que representa: a médica (BEHRENS, 2010). Para alcançar os seus objetivos, a partir de uma leitura da Lei 3268/57 e do Decreto 44.045/58, é possível afirmar que o CFM possui quatro funções básicas: judicante, cartorária, legislativa e executiva.

A função judicante refere-se à atuação do CFM no tocante ao julgamento dos médicos pelos médicos, ou seja, julgamentos administrativos que visam avaliar a atuação ética dos médicos no desempenho de suas funções. A Lei 3268/57 dispôs que cabe ao CFM regulamentar o Código de Deontologia Médica, chamado de Código de Ética Médica, atualmente representado pela resolução CFM nº 1897/09.

A função cartorária é representada pelo papel do CFM de arquivar os documentos relativos ao histórico do médico, bem como as alterações de seu registro como especialidades,

[1] O presente trabalho irá trabalhar o conceito do Conselho Federal de Medicina como a união dos Conselhos Federais e Conselhos Regionais de Medicina (CRM), uma vez que a atuação é, via de regra, conjunta ou o CFM atua como um órgão supletivo e recursal. Ou seja, o conceito adotado no presente trabalho será o do Sistema Conselhal de Medicina, sem promover grandes distinções entre o CFM e os CRMs.

condenações, dados pessoais. Nesse sentido, o CFM representa um verdadeiro de banco de dados público, cujo acesso, dependendo da natureza da informação, pode ser restringido.

A função legislativa está fundamentada nos arts. 2º e 5º da Lei 3268/57, que dispõem que o CFM é responsável por disciplinar e expedir instruções necessárias no âmbito dos Conselhos Regionais. Ou seja, o CFM tem a função de regulamentar o exercício da medicina em todo o país. Essas resoluções possuem o *status* de "leis médicas", de modo que criam um ordenamento para-oficial, cuja observação é estrita aos médicos. Cria-se uma ordem de direitos e deveres que, caso não observada, desencadeará a função judicante do CFM (BARROS JUNIOR, 2012).

A função executiva significa que o CFM é responsável por desenvolver políticas previstas em suas resoluções, bem como em convênios e parcerias firmadas com o Poder Público ou entidades particulares. No exercício desta função, o CFM promove a educação dos médicos e da população em geral em relação aos seus direitos relativos à área da saúde.

O que se pretende analisar no presente trabalho é o desenvolvimento da atividade legislativa do CFM, em especial pelo fato de as "leis médicas", aos criarem deveres para os médicos, acabam por afetar os direitos dos pacientes atendidos pelos profissionais regulados.

Neste contexto, as resoluções do CFM regulamentam figuras que não estão presentes no ordenamento legal brasileiro como transgenitalização, barriga solidária e o uso do canabidiol, isto sem passar pelo crivo social através dos representantes do povo, restringindo-se aos representantes da classe médica, de sorte que, a princípio, tais normas careceriam de legitimação legal.

3. A LEI COMO FONTE DE DIREITO

A lei é a principal fonte formal do Direito, uma vez que vivemos em um Estado Democrático de Direito, em que vigora o império do princípio da legalidade. A formação das leis decorre da manifestação de valores sociais que devem orientar o legislador (JARDIM, 2012).

Logo, o Estado Democrático de Direito é, de certo modo, pautado pela atuação do Legislativo, no papel de inovar no sistema jurídico. A possibilidade de alterar a ordem legal decorre do poder outorgado pelo povo aos seus representantes, ou seja, os representantes do

povo atuam em nome deste. É o princípio da soberania popular. Esta representação indireta resulta da impossibilidade fática de se ouvir todos os cidadãos, de forma reiterada, sobre todos os temas importantes para o desenvolvimento do Estado. Há dois elementos impeditivos para a participação direta do povo na construção das leis, que não eram encontradas em sociedades antigas como a Grécia, por exemplo, como a limitação territorial e do conceito de cidadania. A primeira limitação decorre do fato de que Grécia e Roma adotavam o conceito excludente de cidadania, de modo que um número percentual ínfimo da população era, notadamente, capaz de influenciar os designíos do Estado. Ou seja, cidadãos seriam os homens livres qualificados como patrícios, que gozavam de uma cidadania plena. Plebeus, mulheres, escravos, estrangeiros e crianças não gozavam de tal *status*. Na Grécia Antiga, os cidadãos eram formados por um grupo restrito de homens livres, cuja principal função era o exercício intelectual a partir do ócio. Estrangeiros, mulheres, povos submetidos e os escravos não gozam de tal condição, de sorte que estavam à margem da cidadania. Em paralelo a esta limitação do número de cidadãos, a composição diminuta das cidades e das cidades-Estado permitia a reunião de todos os homens, de modo que pudessem definir os rumos da coletividade. É inimaginável a constante reunião de todos os cidadãos brasileiros, considerando as proporções continentais do nosso país, apesar de ser este o modelo democrático ideal (FIGUEIREDO, 2014).

A democracia representativa demonstra ser a melhor atuação para a manifestação da vontade do povo, pois permite que este eleja, a partir de uma decisão politica, quais valores e projetos pretende ver representados no Congresso Nacional (SILVA, 2005). De certo modo, o exercício do sufrágio representa uma programação mediante a qual o cidadão espera que os seus valores subjetivos também sejam defendidos pelo seu representante, de modo que o congressista é uma ficta extensão dos representados.

Conforme destaca Thiago Marrara (2014), o princípio da legalidade exige que haja uma supremacia da lei (*Vorrang des Gesetzes*) frente às vontades dos governantes, de modo que seja evitado que o Estado aja de forma diversa que o povo, representado pelo Legislador, pretenda ou queira, consubstanciando a máxima do Estado Democrático de Direito (FIGUEIREDO, 2014). Giovanni Sartori (1962) dispõe que a função da Constituição, e neste caso poderíamos estender para a lei, é eminentemente garantista, no sentido de impor limites ao poder governamental e restringir o poder arbitrário.

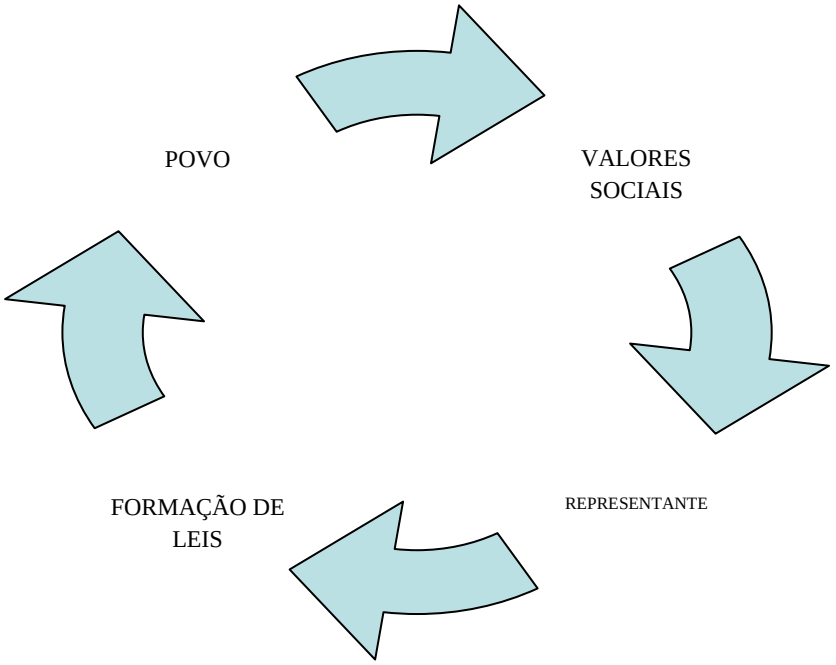
Ocorre que, em muitas oportunidades, o Estado se vale de instrumentos infralegais para regulamentar a vida social, de modo que o conceito de lei pode ser interpretado de forma ampla, compreendendo decretos, resoluções, portarias e regulamentos, por exemplo. A realidade complexa e dinâmica da vida em sociedade impede que haja uma hipernormatização no sentido de garantir exclusivamente ao Legislativo o poder de normatizar a vida em sociedade. Tal elemento significa dizer que, dentre as funções típicas do Legislativo, há o poder-dever de legislar, porém esta função também está presente no Judiciário e no Executivo, por exemplo. É reconhecer a inviabilidade técnica e prática de que apenas o Legislativo poderia ser editar as normas, uma vez que o procedimento legislativo é moroso e burocrático.

A lei difere das demais fontes do direito em razão de sua natureza "escrita, seu uso obrigatório, seu conteúdo vinculante e sua natureza primária em relação a outras fontes" (MARRARA, 2014, p. 29). Isto significa dizer que as demais fontes do Direito como costumes, analogia, princípios gerais de direito deverão suprir as lacunas legais, conforme dispõe o art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).

Por se tratar de fonte primária e mais importante, a lei deve observar a natureza democrática, ou seja, representar os intentos dos representados. Friedrich Müller (2010) destaca que o direito na Roma Antiga foi produzido de duas formas distintas: democrática e não democrática. A primeira seria a *ius civile*, ao passo que a segunda seria a *ius honorarium*[2]. Nessa discussão, tem-se que o ordenamento, sobretudo legal, tem uma natureza ciclíca, ou seja, os representantes são escolhidos conforme valores subjetivos do povo, que espera que aqueles defendam os valores que justificariam a suposta simetria de pretensões entre eleitor e eleito no âmbito do Legislativo. Nesse sentido, podemos citar a recente decisão do Congresso, em que se discute a redução da maioridade penal, amplamente apoiada pela população. Ou seja, há uma potencial simetria entre as vontades. Logo, a relação entre representados, leis e representantes poderia ser ilustrada da seguinte forma:

[2] Ordenamento criado pelos pretores romanos durante a época da República sem a participação dos cidadãos.

Figura 1 – Fluxo de valores sociais na formação das leis



Fonte: elaboração própria.

Logo, poderíamos fixar que a lei, para garantir sua eficácia, deve observar os valores sociais que representa, caso contrário poder-se-ia ter uma lei vigente, válida, porém ineficaz. Como forma de ilustrar tal relação deficiente, cabe citar a atuação do CONTRAN, a partir da competência fixada na Lei 9.503/97 e no Decreto 2.327/97, que institui (referenciando a atuação do CONTRAN) o *kit* de primeiros socorros obrigatórios nos veículos. Inicialmente, a obrigatoriedade do cinto de segurança foi ineficaz sob a perspectiva social, pois não foi observada pela sociedade, de modo que apenas com um ulterior processo educativo da população foi acolhida pela sociedade. Tais normas, de início, não estavam em consonância com o interesse da população. A lei deve ter um perfil de Janus[3], olhando para duas direções distintas, de modo que possa verificar os valores sociais e os objetivos/fundamentos jurídicos a que se destina. Uma boa norma sem respaldo social tende a ser ineficiente. Uma norma fundamentada apenas em valores tende a falhar, pois toda norma deve ter um fim social.

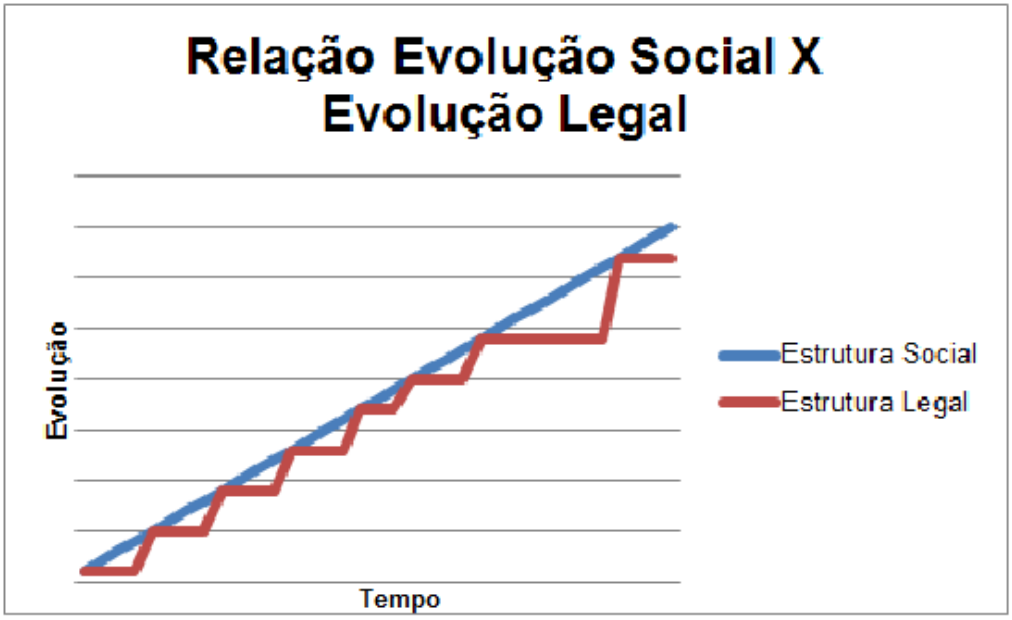
4. AS NORMAS DO CFM

As normas tendem a não se desenvolver na mesma velocidade que os valores sociais. Deste modo, enquanto a sociedade é dinâmica e está em constante evolução, a estrutura

[3] Deus romano representado por duas faces que estão olhando em direções opostas.

normativa tem evolução lenta e está, via de regra, em descompasso com a sociedade. O desafio legislativo é que o ordenamento esteja o mais próximo possível da sociedade representada. É possível ilustrar a relação entre evolução social e evolução normativa a partir da seguinte representação gráfica:

Figura 02 – Relação Evolução Social e Evolução Legal



Fonte: elaboração própria

A partir da leitura da figura 02, é possível identificar que a lei consegue paridade pontual com a estrutura social aplicável, porém, rapidamente, torna-se obsoleta em, ao menos, alguma temática. Em alguns momentos, o ordenamento já nasce velho e ultrapassado (DANTAS, 2014).

O Legislativo é moroso para apreciar temas essenciais para a efetivação de direitos fundamentais, ao passo que se debruça sobre questões de ordem político-partidária ou sem nenhuma repercussão prática. Como exemplos para a atuação pouco efetiva do Legislativo, vale citar a criação do Dia Nacional da Poesia (Lei 13.131/2015) e os projetos de lei que pretendem criar o Dia Nacional da Amazônia Azul (PLS 7903/14) e o Dia Nacional do Perdão (PL 6128/13), ao passo que temas como transgenitalização, eutanásia e ortotanásia, barriga solidária e o uso do canabidiol permanecem alheios ao ordenamento legal brasileiro. Temas espinhosos e delicados são negligenciados em favor de assuntos que garantam uma maior

promoção pessoal do legislador[4]. Há um conflito entre a promoção pessoal dos legisladores, o princípio da impessoalidade e a supremacia do interesse público.

Como forma de transpor essa barreira legislativa, o CFM tem legislado sobre essa temática. Eduardo Dantas (2014) defende que as normas editadas pelo CFM, apesar de supostamente possuírem um caráter classista, devem ser de observância geral, uma vez que dentre as competências do CFM está a de editar resoluções que regerão o exercício da medicina em todo o território nacional[5]. Como forma de ratificar esse entendimento, destaque-se que o art. 59, ao dispor sobre o processo legislativo, insere as resoluções como normas de caráter supletivo que apenas não podem conflitar com normas de hierarquia superior. Ante o vácuo legal, não haveria conflito; portanto, as normas da Autarquia reinariam soberanas[6]. Tem-se uma legislação específica para médicos e para todos os demais afetados por ela, uma espécie de *urbi et orbi*, ou seja, para os médicos e para o mundo. Importante considerar que as normas éticas não podem extrapolar ou inovar no ordenamento jurídico, atuando como se lei fosse, de modo que a atuação conselhal deve se restringir a regulamentar a conduta ética médica sem ultrapassar o limite do princípio da legalidade, como bem pontifica Genival Veloso (2010).

4.1 A TRANSGENITALIZAÇÃO

A transgenitalização é, atualmente, regulada pela resolução CFM nº 1955/2010. Todavia, desde 1997 o tema já é objeto de discussão e regulamentação pelo CFM, através da resolução CFM nº 1482/97, posteriormente revogada pela resolução nº 1652/2002. A partir do histórico indicado, percebe-se que o CFM se debruçou em três oportunidades distintas para discutir, com profundidade, um tema tão difícil.

[4] Como bem pontifica Clèmerson Merlin Clève (2011), o Congresso Nacional deixa de legislar sobre determinadas matérias, sobretudo as que exigem uma integração legislativa, e atuam, em demasia, em relação a outras matérias.

[5] Em sentido contrário, Eduardo de Oliveira Leite (2012) entende que as resoluções produzidas pelo CFM não tem o *status* de norma jurídica, pois seriam simples "padrões de conduta" e recomendações que balizam a conduta ética médica. Não podemos concordar com o pensamento externado pelo referido autor, pois recomendações e conselhos não vinculam, porém a inobservância das resoluções acarreta responsabilidade administrativa do médico. Importante destacar que há um artigo específico do Código Ético da Medicina/2009 que dispõe que é vedado ao médico "Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los" (Art. 18). Logo, é uma norma que vincula, no mínimo, o médico.

[6] Interpretando o pensamento do autor, há uma espécie de competência legislativa concorrente e que como não há lei federal regulando a temática, o CFM deteria uma competência legislativa plena, em analogia ao art.24, parágrafo 3º da CF/88.

A transgenitalização é o procedimento médico-cirúrgico mediante o qual há uma adequação entre o sexo psíquico e o sexo biológico. Trata-se de um processo corretivo terapêutico, em que haverá a adequação do gênero morfológico em relação ao gênero psíquico (dominante). É uma forma de proteção da identidade da pessoa, em consonância com o princípio da dignidade da dignidade da pessoa humana e na defesa dos direitos da personalidade.

Ocorre que, no afã de regular a atividade médica, o CFM criou algumas limitações ao direito da personalidade dos cidadãos, pois estabeleceu uma série de regras que os médicos devem observar, o que, por via reflexa, importa em uma limitação do fim da atividade médica: o paciente.

A partir da análise da resolução CFM nº 1955/2010, pode-se extrair que só poderão participar do procedimento em apreço os maiores de 21 anos que já estejam em acompanhamento por equipe multidisciplinar ao longo de 02 (dois) anos. Logo, uma pessoa juridicamente capaz (maior de 18 anos), apesar de ser apta a praticar todos os atos da vida civil, não pode optar, livre e conscientemente, pela realização da cirurgia, uma vez que há um critério etário e um lapso temporal a ser observado.

A própria jurisprudência se curva aos termos da Resolução, apesar de inexistir instrumento legal regulatório, capaz de gerar direitos para os não-médicos (pacientes). O Recurso Especial nº 876672, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2010, ressalta a existência desta grande lacuna legal e reconhece que o instrumento normativo existente se limita à Resolução CFM:

> **Deter-se o julgador a uma codificação generalista, padronizada, implica retirar-lhe a possibilidade de dirimir a controvérsia de forma satisfatória e justa,** condicionando-o a uma atuação judicante que não se apresenta como correta para promover a solução do caso concreto, quando indubitável que, mesmo inexistente um expresso preceito legal sobre ele, há que suprir as lacunas por meio dos processos de integração normativa, pois, atuando o juiz supplendi causa, deve adotar a decisão que melhor se coadune com valores maiores do ordenamento jurídico, tais como a dignidade das pessoas. Sendo assim, sem perder de vista os direitos e garantias fundamentais expressos da Constituição de 1988, especialmente os princípios da personalidade e da dignidade da pessoa humana e, levando-se em consideração o disposto nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, entendo que deve ser deferida a mudança do sexo (de "masculino" para "feminino") que consta do registro de nascimento, adequando-se documentos e, logo, facilitando a inserção social e profissional.
> Sobre o tema, encontra-se o seguinte comentário de Tereza Rodrigues Vieira na obra intitulada de Bioética e Sexualidade, pág. 117: "O transexual masculino não pode realizar-se como ser humano pertencente ao sexo masculino, pois não se sente homem, nunca foi homem e nunca o será. Essa convicção é atestada por ele e por todos os especialistas que o examinaram e o indicaram para a cirurgia.

> Eles passam por um tratamento doloroso porque querem viver em sociedade da única maneira digna e que corresponde ao sexo a que sentem psicológica e fisicamente pertencer: sexo feminino.
> **O Direito não pode andar na contramão do progresso científico, afinal tal cirurgia é reconhecida como ética pelo Conselho Federal de Medicina desde 1997**. Negar tal pedido àquele que fez a cirurgia é negar-lhe o direito de viver dignamente, é marginalizá-lo, mantendo seu sofrimento. O Direito deve atender às justas necessidades das pessoas, sobretudo quando não prejudicam terceiros (BRASIL, STJ, 2010, sem grifos no original).

Em outra oportunidade, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais impediu a mudança do nome de transexual que ainda não havia se submetido à cirurgia de transgenitalização, nos termos da Resolução CFM nº 1955/2010[7]:

> RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. TRANSEXUALISMO. POSTULANTE QUE AINDA NÃO SE SUBMETEU A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. INVIABILIDADE. PRINCÍPIOS DA IMUTABILIDADE DO NOME E DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO DESPROVIDO. O registro público do nome goza de natureza de ordem pública, e, por essa razão, deve ser preservado incólume, como regra, em prol da segurança jurídica. Nessa perspectiva, enquanto não realizada a cirurgia de transgenitalização. intervenção já prevista no rol de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde (vide Resolução 1652/2002, do CFM), e indicada pelo Conselho Federal de Medicina Brasileiro como "solução terapêutica" ao "transtorno de identidade sexual" -, não é possível autorizar a retificação do assento de nascimento do interessado, pois o Judiciário não pode chancelar uma situação de desconformidade entre o prenome e o aspecto físico (órgão sexual) de seu portador, em inobservância aos princípios da segurança jurídica e da imutabilidade do nome. Recurso desprovido. (MINAS GERAIS, TJMG; 2013)

Logo, observa-se que a ação legiferante do CFM tem pautado a atuação do Executivo e Judiciário, gerando direitos para a realização de cirurgias e outros direitos que podem acompanhar a cirurgia, como a mudança do nome. Por outro lado, apesar de representar uma possibilidade de efetivação de direitos, a Resolução acaba por limitar os direitos dos pacientes, ao estabelecer diversos pré-requisitos. Ora, se a liberdade do particular é extensiva, a falta de previsão legal sobre condições temporais para a realização da cirurgia deveria ser interpretada em seu favor e não o contrário.

4.2 O USO DO CANABIDIOL

[7] Importante ressaltar que há entendimento contrário e com relativa força a defender que a cirurgia de transgenitalização não é obrigatória para que seja possível a alteração do nome, fixando outros critérios como legitimadores da alteração, como o reconhecimento social do sexo psíquico e diagnóstico de equipe multidisciplinar da transexualidade, por exemplo. O que se pretende evitar é a criação do *homo sacer,* figura do direito romano que representava uma contradição intrínseca, pois, apesar de ser considerado sagrado, portanto não poderia ser sacrificado, poderia ser morto sem que houvesse qualquer punibilidade por parte do agente ativo (BARBOZA, 2012).

O canabidiol é um componente psicoativo encontrado na folha da *cannabis*, popularmente chamada como maconha, e possui diversos usos farmacológicos. De acordo com recentes estudos, o canabidiol é um dos canabinóides, derivativos da maconha, que possuem efeitos antiepiléticos, sedativos, ansiolíticos e antipsicóticos (ZUARDI, 2008).

Esse canabinóide pode ser utilizado, sobretudo, para evitar crises convulsivas, mais comum em jovens, portadores de epilepsia de difícil controle. Conforme relatos médicos, alguns pacientes tinham até 60 crises convulsivas e, com o uso do medicamento, o número foi reduzido ou até eliminado (NASCIMENTO, 2015). Logo, o uso dos canabinóides representa uma questão de ordem pública e que permaneceu à margem da lei, sendo regulado, tão somente, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e pelo CFM. Este posicionamento dos referidos órgãos decorreu da pressa popular, sobretudo pais de pacientes, que se mobilizaram para facilitar e regulamentar o uso, uma vez que a prática era de importação clandestina ou a busca pelo Judiciário para autorizar o tratamento médico.

Ou seja, o Judiciário, já assoberbado, era acionado para dirimir mais um conflito em razão do vácuo legal, ante o princípio da inafastabilidade de jurisdição. Como forma de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e a observância ao princípio bioético da não maleficência[8], os juízes vinham deferindo medidas liminares para a importação do medicamento. No caso em apreço, a inércia legislativa estava causando um crescente número de demandas judiciais, ou seja, uma concretização do sistema de *check and balances*, em que um Poder era chamado para atuar supletivamente em razão de outro não cumprir, a contento, sua obrigação constitucional de efetivação de direitos fundamentais.

Ocorre que as normas editadas pela Anvisa e pelo CFM são conflitantes, uma vez que enquanto que a RDC nº 17 da Anvisa não dispõe sobre qualquer limite etário, a norma do CFM, Resolução nº 2113/2014, só autoriza o tratamento para crianças e adolescentes. Ou seja, o médico que prescrever o tratamento de canabidiol para maiores de idade estará violando as normas do CFM e poderá ser processado administrativamente por descumprir as diretivas da autarquia.

Neste cenário, estamos diante de um conflito normativo que, mais uma vez, apresenta um cerceamento de direito por parte de pessoas maiores, capazes e cujo tratamento com

[8] Também chamado de beneficência, exige que o tratamento não cause danos, além de extremar os benefícios e minimizar os potenciais riscos (BARBOZA,2003).

canabinóides poderá ser necessário. De forma grosseira, só possuem direito reconhecido à saúde através dos canabidiol os menores de idade; os maiores precisam buscar mais uma vez o socorro do Judiciário, como forma de salvaguarda dos seus direitos.

4.3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E BARRIGA SOLIDÁRIA

A reprodução humana assistida (RHA) é meio de planejamento familiar para as pessoas que encontram dificuldades ou que não podem se reproduzir da forma convencional. Trata-se de uma alternativa para a efetivação do direito ao projeto parental em razão de problemas oriundos de ordem natural ou até por infortúnios da vida, como no caso da inseminação *post mortem*. Flávia Piovesan (1998) destaca que as pessoas, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, têm o direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva.

Desde 1992, o CFM se debruça sobre a temática, já tendo editado as seguintes resoluções: 1358/1992, 1957/2010, 2013/2013 e 2121/2015. Ocorre que, ao longo desse percurso, o CFM já editou diversas limitações, como a aquiescência do cônjuge ou companheiro para que a mulher se submeta ao processo de RHA e a limitação etária de 50 anos para a realização do procedimento.

Em relação à barriga solidária ou gestação por substituição, forma de reprodução assistida pela qual um útero é cedido por uma familiar do casal que busca procriar, devendo o óvulo ser doado por terceiro anônimo, sendo vedada a utilização do óvulo da mulher que irá gestar a criança. A norma exige que a gestante pertença à família de um dos parceiros em parentesco até o quarto grau.

Ocorre que a limitação etária prevista na Resolução 2013/2013 era reiteradamente questionada judicialmente e reconhecida pela Justiça Federal como inconstitucional de forma incidental. O limite de idade para a realização de técnica de reprodução humana assistida violaria a garantia ao planejamento familiar, previsto no art. 226, parágrafo 7º da CF/88 e regulamentada pela Lei 9.263/96. Inclusive o Enunciado 41, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, realizado em 2014, defendeu a inconstitucionalidade da norma:

> **ENUNCIADO N.º 41**
> O estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar. (CNJ, 2014)

Posteriormente, com o fito de evitar o afastamento de sua norma pelo Judiciário, o CFM editou a Resolução 2121/2015, em que há uma espécie de limitação não absoluta, de sorte que caso a paciente tenha mais de 50 anos, é necessário que se fundamente técnica e cientificamente a inclusão da paciente no procedimento. Ou seja, cria-se uma proibição relativa, em que salvo situações excepcionais, as mulheres com mais de 50 anos não poderão se submeter ao procedimento, ainda que desejem e aceitem os riscos advindos do procedimento.

Em paralelo, de igual forma, a limitação de que a gestante, para casos de barriga solidária, seja consanguínea de até 4º grau de um dos membros do casal é uma violação à autonomia da vontade privada das pessoas, uma vez que pode haver amigas e parentes de 5º ou maior grau que sejam altruístas e estejam dispostas a auxiliar um casal para concretizar o sonho do projeto familiar. Ademais, a exigência de consanguinidade é algo que não é excessivamente valorizado pelo Direito, uma vez que a afetividade se sobrepõe, em muitas oportunidades, à consanguinidade, quando existente de forma isolada. Como bem destaca Vera Lúcia Raposo (2014), ter filhos é a concretização do sonho possível do desejo impossível de ser imortal.

Seria justa tal limitação, se não está respaldada em termos técnicos? A limitação ao vínculo familiar possui fundamento estritamente social, quando o CFM é um órgão técnico, que, portanto, deveria regulamentar de forma técnica as matérias ao seu alcance. De certo modo, a previsão de limitação etária encontra mais fundamento ante a existência de riscos para a gestante e para o feto, do que a limitação de vínculo familiar.

5. CONCLUSÃO

A atividade legislativa do CFM deve ser feita com muita cautela e, sempre que possível, formada por um debate extensivo sobre os efeitos de uma norma médica em relação aos "não-médicos". Deve ser considerado que a norma produz efeitos estranhos aos participantes da relação firmada e que, sobretudo, não puderam escolher os seus representantes na elaboração da lei. Ou seja, enquanto que para o médico a norma deve ter

observância obrigatória, para o particular, que não outorgou nenhum mandato para o médico conselheiro federal, tal norma, *a priori*, não deveria produzir efeito jurídico algum.

As normas editadas por particulares, como convenções condominiais e acordos coletivos, demonstram que há uma autorregulação por parte dos próprios agentes afetados pela norma. Ou seja, há uma participação ativa na construção das normas particulares, de modo que os principais interessados discutem e revisam as normas que regulamentarão suas próprias vidas. No âmbito legal, a sociedade participa através dos seus representantes. Ocorre que as normas produzidas pelo CFM afetam toda a coletividade, porém, esta não participa ativamente das discussões e, não raras vezes, é marginalizada, demonstrando um caráter excessivamente paternalista da norma médica. Enquanto que é possível negar a eficácia de uma norma que versa sobre uma relação laboral para um terceiro estranho a ela, o mesmo não se pode afirmar em relação às normas do CFM, uma vez que todos somos potenciais demandantes de atendimento médico. Há de se ter a preocupação legislativa do CFM de não se concretizar o *urbi et orbi*, ou seja, legislar de forma indistinta e para todos.

A ausência de uma regra específica justifica a aplicação das normas do CFM, porém, em observância à inafastabilidade da justiça, nada impede uma constante rediscussão dos efeitos da norma, o que poderá resultar em uma hiperprovocação do Judiciário. Ao invés de ser criada uma norma geral com legitimidade incontestável, porém potencialmente falha, o Legislativo não assume o seu papel, de sorte que cabe ao Executivo e ao Judiciário, mediante a lacuna legislativa, aplicar a norma "mais próxima" para a satisfação do interesse público. Tem-se que não há uma usurpação da função legislativa e sim um preenchimento do vácuo legal causado pelo próprio Poder legiferante. A violação ao dever de legislar não pode ser interpretada em desfavor daquele que não deu causa ao vazio legal

Deste modo, entende-se que, enquanto não houver lei que regulamente diversos temas importantes da vida cotidiana e que estão correlacionados com a atividade médica, como ortotanásia, testamento vital, transexualidade, reprodução assistida e o uso do canabidiol, por exemplo, o ideal é que se aplique a doutrina e a normatização médica, evitando-se, assim, que direitos fundamentais sejam negados em virtude da inércia do Estado. Nesta situação, o CFM, assim como outras autarquias e órgãos especializados, deverão colmatar as lacunas normativas, de modo que tais situações não fiquem em um limbo jurídico sem solução; porém, tal atuação deve vir precedida de um diálogo com os maiores interessados, os pacientes, de modo a garantir maior legitimidade às normas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Disposição do próprio corpo em face da Biotética: o caso dos transexuais. In: GOZZO, Debora; LIGIERA, Wilson Ricardo (org.) **Bioética e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126-147

_____.Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELES, Jussara M. L.; BARRETTO, Vicente de Paulo (org). **Novos temas de Biodireito e Bioética.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p 49-81.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Processo Ético Profissional da Medicina.** São Paulo: Atlas, 2012

BEHRENS, Paulo Eduardo. **Código de Processo Ético Profissional Comentado.** Belo Horizonte: Fórum, 2010

BRASIL. CNJ. **Relação de enunciados aprovados pela plenária da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 – São Paulo-SP.** Disponível em http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude. Acesso em 30 de julho de 2015.

_____. STJ. **REsp 876672.** Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 05 de março de 2010. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=transgenitaliza%E7%E3o&&b=DTXT&p=false&t=JURIDICO&l=10&i=2#DOC2. Acesso em 1º de agosto de 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A lei no Estado contemporâneo. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). **Direito Constitucional: organização dos poderes da República.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.145-165.

DANTAS, Eduardo. **Direito Médico.** 3 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria Geral do Estado.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica.** 6 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso. **Revista Jurídica**, v. 11, n. 10, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Inseminação *post mortem* e a Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina: do equívoco ético ao comprometimento jurídico. In: GOZZO, Debora; LIGIERA, Wilson Ricardo (org.) **Bioética e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 187-207

MARRARA, Thiago. As fontes do Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **APCV 1.0701.12.025387-0/001**; Rel. Des. Eduardo Guimarães Andrade. Belo Horizonte, Diário de Justiça Eletrônico de Minas Gerais, 17 de julho de 2013.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo – A questão fundamental da democracia.** 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

NASCIMENTO, Luciano **Anvisa estuda reclassificar canabidiol como medicamento, diz presidente** Disponível em http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-11/anvisa-estuda-reclassificar-canabidiol-como-medicamento-diz-presidente. Acesso em 02 de agosto de 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RAPOSO, Vera Lúcia. **O Direito à imortalidade.** Coimbra: Almedina, 2014.

SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A preliminar discussion. **The American Political Science Review.** V. 56, n 4, p. 853-864, 1962.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2005.

ZUARDI, Antonio Waldo. Cannabidiol: from an inactive cannabinoid to a drug with wide spectrum of action. **Revista brasileira de psiquiatria**, v. 30, n. 3, p. 271-280, 2008.