



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO**

**EUGÊNIO KRUSCHEWSKY**

**RESPONSABILIDADE CIVIL E CÉLULAS-TRONCO**

Salvador  
2008

**EUGÊNIO KRUSCHEWSKY**

**RESPONSABILIDADE CIVIL E CÉLULAS-TRONCO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Ciências Econômicas e Sociais da Universidade Federal da Bahia, como requisito para aprovação no Mestrado.

Orientador: Profa. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Salvador  
2008

Aos colegas do escritório Gabino Kruschewsky Advogados Associados, cujo apoio viabilizou o tempo disponível necessário ao presente estudo.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos professores do programa de mestrado da Universidade Federal da Bahia, especialmente à minha orientadora Roxana Borges, ao professor Washington Trindade e à professora Mônica Aguiar. O convívio com todos me fez melhor, pois descortinou horizontes inimagináveis, que somente a aventura do estudo pode proporcionar.

“Enquanto alguns caçam borboletas, eu prefiro cuidar do jardim para que elas venham [...]”

Mário Quintana.

## RESUMO

A dissertação em questão critica o regime de responsabilização civil reservado às células-tronco pela lei de biossegurança (lei 11.105/2005), qual seja a responsabilidade incondicionalmente objetiva e solidária. A disciplina jurídica em derredor das pesquisas e manejo dos achados destas pesquisas com células-tronco surge no contexto da sociedade atual, alcunhada de sociedade dos grandes riscos ou dos perigos globais e imensos, cuja ameaça de desastre atômico, químico e ambiental influencia o comportamento dos seres humanos. De fato, o mundo viveu recentemente duas impressionantes revoluções: a revolução genética e a revolução informática, que mudaram e têm potencial para mudanças maiores do *modus vivendi* das populações, mas que, de seu turno, incrementaram consideravelmente as exigências gerais de consumo, e desafiam a convivência ordeira no planeta e a preservação dos seus recursos naturais. O temor ensejado pelos riscos vividos tem promovido uma reação desmedida às novas conquistas do conhecimento, particularmente na genética, importando na criação de um regime de responsabilidades que não se deve aplicar a todas as situações. Deste modo, procura-se demonstrar que enquanto os organismos geneticamente modificados, por ostentar uma potencialidade de dano maior e geral, devam ostentar um programa de responsabilidade mais rigoroso, o mesmo não ocorre com as células-tronco que, a par de já terem demonstrado a sua utilidade em tratamentos de saúde, reúnem risco de dano circunscrito às pessoas que se submetem ao tratamento, ou seja, tem projeção de risco delimitada. Demais disso, reivindica-se que a modalidade de responsabilidade a ser aplicada deva variar de acordo com o caso em concreto, de modo a estar submetida a uma flexibilidade que a insegurança das relações atuais recomenda, muito embora os novos diplomas legislativos tenham primado pela rigidez na aplicação do sistema de responsabilização. Assim, sugere-se que ao invés de adotar o risco ensejado pela atividade como critério único de responsabilização, que conduz à sua objetivação, cumpriria indagar a quem beneficia a assunção deste risco. Se o benefício predominante for da vítima do dano, a responsabilidade não prescindiria, em regra, da análise da culpa, diversamente, se o risco fosse corrido em favor do ofensor, a indenização não dependeria da presença da culpa. A espinha dorsal da nova proposta que o trabalho encampa é o da flexibilização da aplicação da modalidade de responsabilização a depender das circunstâncias reveladas pelo caso em concreto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sociedade de riscos. Riscos enormes e globais. Células-tronco. Organismos geneticamente modificados. Responsabilidade civil. Responsabilidade civil objetiva e solidária. Responsabilidade subjetiva e flexibilizada. Responsabilidade civil do médico. Responsabilidade civil das entidades que se dedicam à saúde. Bioética. Biodireito. Biossegurança. Flexibilização na incerteza.

## COMPENDIO

La dissertazione in questione critica il regime di responsabilizzazione civile riservato alle cellule tronco dalla legge di biosicurezza (legge 11.105/205), qualunque sia la responsabilità incondizionalmente oggettiva e solidale. La disciplina giuridica riguardo alle ricerche e uso dei risultati di queste ricerche sulle cellule tronco sorge nel contesto della società attuale, una società di grandi rischi o di pericoli globali e immensi, che con la minaccia di un disastro atomico, chimico o ambientale influenza il comportamento umano. Effettivamente il mondo ha vissuto recentemente due impressionanti rivoluzioni: la rivoluzione genetica e la rivoluzione informatica, che hanno cambiato e possono cambiare ancor di più il *modus vivendi* delle popolazioni, ma che a loro volta hanno incrementato considerabilmente le esigenze generali di consumo e mettono in rischio la convivenza pacata del pianeta e la salvaguardia delle risorse naturali. Il timore causato dai rischi vissuti ha favorito una reazione smisurata verso le nuove conquiste della conoscenza, particolarmente riguardo alla genetica, che ha dato luogo ad un regime di responsabilità che può non applicarsi a tutte le situazioni. Per questo, si cerca di dimostrare nel presente studio che mentre gli organismi geneticamente modificati, per il fatto di offrire una potenzialità di danno maggiore e generale, debbano sottostare ad un programma di responsabilità più rigoroso, la stessa cosa non avviene per le cellule tronco che, oltre ad aver già dimostrato la loro utilità in trattamenti clinici, limitano il rischio di danno alle persone che si sottomettono al trattamento, ovvero hanno una proiezione di rischio limitata. Oltre a questo, si ribadisce che la modalità di responsabilità da applicare debba variare in accordo al caso concreto, in modo da essere sottomessa ad una flessibilità che l'insicurezza delle relazioni attuali raccomanda, anche se i nuovi testi legislativi hanno un primato per la rigidità nell'applicazione del sistema di responsabilità. Per questo motivo si suggerisce che invece di adottare il rischio causato dall'attività come criterio unico di responsabilità, che conduce alla sua oggettivazione, sarebbe meglio verificare chi beneficia l'assunzione di questo rischio. Se il beneficio predominante sarà della vittima del danno, la responsabilità non dovrebbe prescindere, di regola, dall'analisi della colpa, diversamente, se il rischio fosse corso in favore dell'offensore, l'indennizzazione non dipenderebbe dalla presenza della colpa. La spina dorsale della nuova proposta che il lavoro mette a fuoco è quello di rendere flessibile l'applicazione della modalità di responsabilizzazione a seconda delle circostanze rivelate dal caso in concreto.

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

#### 1 A SOCIEDADE DE RISCO E O DIREITO

1.1 NOTÍCIA SOBRE DESAFIOS DA PÓS-MODERNIDADE

1.2 A SOCIEDADE DO RISCO.

**1.2.1 O direito na sociedade do risco.**

**1.2.2 Responsabilização na sociedade do risco.**

1.2.2.1 Causalidade e culpa.

1.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PESQUISA E APLICAÇÃO DOS ACHADOS COM CÉLULAS-TRONCO COMO ESPÉCIE DO GÊNERO RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA DE SAÚDE

#### 2 POR UMA NOVA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA DE SAÚDE

2.1 INTRODUÇÃO: O ANTIGO E O ATUAL PAPEL SOCIAL EXERCIDO PELO MÉDICO.

2.2 UM PANORAMA DA IMPORTÂNCIA E EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS ESPÉCIES, COM ENFOQUE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE.

2.3 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO.

2.4 O PRESTADOR DO SERVIÇO DE SAÚDE E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: RESPONSABILIDADE OBJETIVA (?).

2.5 A TEORIA DO INTERESSE: MAIOR ADEQUAÇÃO.

**2.5.1 Debate acerca de observações críticas realizadas à teoria do interesse.**

**2.5.2 A teoria do interesse e a prestação do serviço de saúde público ou privado de natureza filantrópica.**

**2.5.3 Uma amostragem da adequação da teoria do interesse à luz de um pequeno estudo de casos.**

2.6 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA PERDA DE UMA CHANCE E A TEORIA DO INTERESSE



### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL E CÉLULAS-TRONCO**

3.1. PARA CONHECER AS CÉLULAS-TRONCO E O SEU USO TERAPÊUTICO: UM PANORAMA DAS ATUAIS PESQUISAS DESENVOLVIDAS.

**3.1.1 Tipos.**

**3.1.2 Um enfoque terapêutico.**

**3.1.3 Conclusão da incursão biológica.**

**3.1.4 A importância do consentimento informado no tratamento com células-tronco.**

**3.2. Para conhecer os organismos geneticamente modificados.**

**3.2.1 Organismos geneticamente modificados: temores e regulação.**

3.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL LEGALMENTE PREVISTA E UM ENSAIO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO INTERESSE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA PESQUISA E MANEJO DOS ACHADOS DA PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO.

**3.3.1 Células-tronco e organismos geneticamente modificados: um aprofundamento do esforço de diferenciação dos regimes jurídicos.**

3.4 A SOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO INTERESSE, DA APRECIÇÃO OU DA PREDOMINANTE VANTAGEM.

3.5 UMA JUSTIFICAÇÃO BIOÉTICA DA DIFERENCIAÇÃO (DE REGIMES JURÍDICOS DA RESPONSABILIDADE RELACIONADOS À CÉLULAS-TRONCO E OGMS) E DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO INTERESSE OU DA PREDOMINANTE VANTAGEM.

3.6. CÉLULAS-TRONCO, ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS E BIOSSEGURANÇA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA.

**3.6.1 Células-tronco.**

3.6.1.1 Envio de cordão umbilical e sangue nele depositado, com células-tronco, para conservação no exterior.

3.6.1.2 Custeio de tratamento com células-tronco, de prognóstico duvidoso, pela administração pública.

**3.6.2 Organismos geneticamente modificados.**

3.6.2.1 Estados Membros *versus* União na tentativa de controle, regulamentação e intervenção nas condutas de manejo e descarte de organismos geneticamente modificados.

**3.6.3 Biossegurança.**

3.7 CONCLUSÃO

## INTRODUÇÃO

O móvel do trabalho nasceu do espanto e medrou na perplexidade. O impacto causado por uma decisão judicial que, embora reconhecesse a ausência de culpa da entidade sanitária e dos médicos, seus prepostos, que atuaram no tratamento de paciente, condenou a pessoa jurídica à vultosa indenização.

O fundamento da decisão baseou-se na aplicação da responsabilidade objetiva pura para a prestação de um serviço hospitalar, invocando a disciplina do Código de Defesa do Consumidor. Desprezou mesmo a responsabilidade por fato de terceiro, para simplesmente desconsiderar o elemento volitivo do quadro de preocupações na construção da equação indenizatória.

Maior a perplexidade quando se constatou que a dicção judicial fora sobejamente fundamentada, apresentando-se culta, malgrado adotasse premissas consideradas inadequadas. Na apreciação do tema, foram conculcadas as peculiaridades da atividade médica, sintetizadas na incerteza proporcionada pela natural imperfeição do estado da técnica e da arte, pelo dever de atender que se afigurava presente na hipótese, ou seja, pela obrigação de prestar o serviço e pelas variáveis nunca definitivamente afastadas amalgamadas na capacidade de reação não padronizada do paciente.

Considerável o espanto ao se constatar que, na particularidade, o serviço foi gratuito, prestado por entidade filantrópica e desafiador o ato médico, uma vez que a família da paciente a encaminhou a tratamento após vencidas, pela idade, as maiores chances de recuperação. A despeito da assimetria e do elevado risco da intervenção, sem a qual certa era a morte, os médicos, atentos ao juramento prestado, enfrentaram a peleja e tiveram êxito, a despeito das seqüelas a bem dizer inevitáveis.

A preocupação com o tema redobrou quando, em caso posterior e análogo, a solução empregada por diverso juízo foi precisamente a oposta, isto é, embora reconhecesse a possibilidade de aplicação da responsabilização sem culpa, não pôde deixar de considerar as peculiaridades da hipótese para isentar o hospital público de condenação.

Assim é que se tentou, por igual tencionando sistematizar e uniformizar o pensamento a respeito, encontrar resposta para casos que tais, sugerindo a flexibilização da aplicação da modalidade de responsabilidade civil, a depender das nuances que o caso concreto ostente.

Dessarte, procurou-se atribuir o tipo de responsabilidade na dependência do predominante interesse na assunção do risco, sempre que fosse este assimétrico.

De tal modo, dividiu-se o interesse em primário (principal) e secundário (acessório), pontuando-se que, sempre que a assunção do risco beneficiasse predominantemente um interesse primário da vítima em comparação a do prestador do serviço, a responsabilidade a aplicar seria do tipo subjetiva, o inverso ocorrendo se o interesse primário ou a vantagem predominante se identificasse com o patrimônio jurídico do ofensor.

No campo da prestação do serviço de saúde, sustentou-se que o interesse primário ordinariamente penderia em benefício do paciente, mesmo em função do valor do bem jurídico que o serviço tutela, qual seja o bem-estar ou a saúde, em comparação com a vantagem financeira ou a projeção profissional, de modo a concluir ser excepcional a aplicação da responsabilidade sem culpa na atividade sanitária.

Em toda a reflexão acerca da idéia e exposição dos frutos desta reflexão não se deixou de reconhecer o timbre de conflagração que o tema encerra, não somente pela novidade que abriga, normalmente indesejada e temida, como também por contrariar um sólido sistema de responsabilização que se assenta com predominância.

De fato, ganha espaço a responsabilização independentemente de culpa, mormente nos tempos vividos, de sociedade impessoal, laica, individualista embora massificante, ciosa das garantias coletivas malgrado procure respeitar os direitos individuais, contraditória, enfim. A sociedade autômata, tecnologicamente avançada, submetida a grandes incertezas, imensos riscos.

Do temor ensejado pelos perigos atuais, recrudescer o desejo da responsabilização a qualquer custo, como um verdadeiro bálsamo compensador pelas agruras vividas por todos, como uma reação contra este estado indefinido de coisas e, por isso, inseguro, que cada vez mais despreza a culpa na atribuição da responsabilidade.

A tendência pela responsabilização sem culpa, objetiva e objetiva agravada – esta última desconsiderando, até, o nexos causal – se faz sentir no terreno dos ramos mais modernos do Direito, como o ambiental e o da biossegurança, ou biodireito, se é que este último já se possa categorizar assim.

Prestigiando o espírito inovador, o presente trabalho enriqueceu a perplexidade antes referida no caldo de cultura da biossegurança, procurando antever a repercussão de uma responsabilização objetiva e solidária para as pesquisas e manejo de seus resultados com as células-tronco, universo consideravelmente desconhecido, por igual temido, para o qual se cominou indevidamente, a juízo do autor, responsabilização demasiada.

O enfoque mais agudo do trabalho, portanto, consiste em sugerir um novo regime de responsabilização a ser reservado às células-tronco, diferentemente do previsto em lei que, ao disciplinar conjuntamente a matéria com o tema dos organismos geneticamente modificados dispensa tratamento idêntico a circunstâncias acentuadamente diferentes.

A intenção do trabalho não foi estabelecer uma ingênua e quixotesca contra-tendência, mas um convite à reflexão, mormente uma ponderação no sentido de ser possível conviver em um mundo inapto a fornecer respostas constituídas das certezas graníticas, o que impõe a flexibilização de determinados institutos jurídicos.

Procurando atribuir sistematicidade ao trabalho, fora ele dividido em três capítulos. O primeiro deles versou sobre a sociedade de risco, sua caracterização e efeitos sobre os comportamentos humanos. Tomou-se de empréstimo nesta etapa do trabalho a intimidade já angariada pelos direitos penal e ambiental com as novas exigências de tal realidade social, a partir do que se tentou perfilar como se comportaria o direito civil nesta novel circunstância para igualmente antever as conseqüências deste estado de coisas no biodireito.

No segundo capítulo houve um aprofundamento da particular visão do autor acerca do tratamento a ser conferido à responsabilidade civil no tratamento de saúde, dispensável de modo uniforme não só aos médicos, como por igual às clínicas e hospitais, na medida em que, ao fim e ao cabo, o que se deve avaliar é o conteúdo do trabalho médico ou para-médico. Dessarte, defendeu-se a não aplicação da responsabilidade civil objetiva para os hospitais e clínicas, mormente quando se afirmem como entidades públicas ou filantrópicas. Nesta esteira de conclusões, sustentou-se que as pesquisas com células-tronco e manejo dos seus resultados, por visarem à aquisição de tecnologia para tratamento de saúde, deveria ser enquadrada como atividade sanitária e, por essa razão, a esta deveria aplicar-se o mesmo regime de responsabilização.

No terceiro capítulo, de seu turno, foi realizada uma intercessão dos temas antes debatidos com a bioética, de modo a se alcançar uma conclusão para o trabalho que também se justifique nos primados de tal ramo da ciência, particularmente na bioética latino-americana.

Na oportunidade, procurou-se ainda mais gizar, à luz de conhecimentos fornecidos por outros ramos do saber, a diferença fundamental entre o estágio de desenvolvimento das células-tronco e dos organismos geneticamente modificados e, sobretudo, a assimetria dos riscos presentes nas duas investigações, o que impunha uma diferença de tratamento.

Antes de finalizar o estudo, realizou-se, ainda no terceiro capítulo, um apanhado dos mais atuais posicionamentos dos tribunais do país relativamente à biossegurança, células-tronco e organismos geneticamente modificados, a fim de estabelecer um liame entre a teoria e a pragmática, de modo a se estar lidando com uma teoria realizadora, e não um pensamento estéril e sem projeção na realidade.

O convite à reflexão e a convicção externada de que a incerteza convida à flexibilidade, e não à rigidez, são a tônica e a baliza do presente trabalho.

## 1 A SOCIEDADE DE RISCO E O DIREITO

### 1.1 NOTÍCIA SOBRE DESAFIOS DA PÓS-MODERNIDADE.

Se discorrer sobre o passado pode apresentar a dificuldade de não se acessar todos os elementos necessários para a realização de uma análise plena, não raro tal dificuldade se apresenta igualmente em relação ao presente.

Com efeito, extrair da vida que se vive as suas características e prognóstico comumente se apresenta como tarefa complexa, pelo motivo de que, bastas vezes, os fenômenos da organização social não se apresentam ultimados, dotados da distância necessária para uma reflexão mais completa e isenta.

Não por outra razão Hans-Georg Gadamer<sup>1</sup> defende a adequação do distanciamento da história efetual, de modo que ao estudioso seja permitido refletir sobre os acontecimentos passados no aconchego do afastamento neutro, embora reconheça que toda neutralidade é relativa, porque o intérprete sempre carrega consigo a sua pré-compreensão<sup>2</sup>.

Malgrado não se desconheça o mito contido na neutralidade das ciências do espírito<sup>3</sup>, conforme demonstrou o subconsciente freudiano, o determinismo histórico-ideológico de Marx e a efetualidade da história de Gadamer, não se pode negar a complexidade acentuada em reconhecer e estudar um processo histórico que ainda se apresenta em curso.

---

<sup>1</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 7. ed. Vol. I. Petrópolis; Bragança Paulista: Vozes e Universitária São Francisco, 2005, p. 385.

<sup>2</sup> KRUSCHEWSKY, Eugênio. *Um Diálogo entre Gadamer e Ross*. Artigo de conclusão de curso da matéria Hermenêutica. (Mestrado em Direito). Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2006, p.15.

<sup>3</sup> Em uma visão mais humanizada, confira-se: “[...] a pretensão da cientificidade, como a de neutralidade, exige certo distanciamento da realidade social. E é por isso que o Direito cada vez mais se afastou da sua noção de arte e se aproximou desta pretensão de pseudo-cientificidade, mediante a qual os conceitos buscavam aprisionar os fatos da vida até que as águas desses diques represados acabavam rompendo as comportas para que os fatos se impussem” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 59).

A despeito disso, o estudioso contemporâneo não pode deixar de enfrentar tal complexidade, sob pena de encerrar as suas ações no imobilismo do passado; sobretudo o estudioso do direito que precisa disciplinar o presente como forma mesmo de prevenir o futuro<sup>4</sup>.

Atento a esta necessidade, leciona Calmon de Passos<sup>5</sup>, com força em Hanna Arendt, que o timbre maior da pós-modernidade é a insegurança, a insegurança de viver em um mundo laico, impessoal e anônimo<sup>6</sup>.

Com efeito, enquanto no passado poder-se-ia refugiar-se na segurança dos dogmas religiosos ou na proteção política de um rei onipotente e divino, hoje o homem vive o dilema de gerir o seu destino com a incerteza que lhe é inerente e inafastável. Tal estado de coisas exige o abandono das idéias absolutas e das convicções graníticas, para se permitir conviver, com naturalidade, na companhia constante do incerto.

O desafio da pós-modernidade, portanto, é administrar a insegurança e a incerteza, que ainda mais se acentuam com os avanços tecnológicos experimentados na sociedade pós-industrial, sintetizados pelas revoluções quântica<sup>7</sup>, informática e genética, progressos acerca dos quais

---

<sup>4</sup> Malgrado seja o legislador um asmático crônico, sempre ofegando ao tentar acompanhar a ligeireza dos fatos, o pensador do direito deve ser um homem apto a enfrentar os desafios e complexidades do seu tempo.

<sup>5</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Forense: Rio de Janeiro, 1999, p. 42-43.

<sup>6</sup> Evidentemente que o regime político-econômico vivido, o capitalismo financeiro, colabora com este estado de indefinições e impessoalidade, prova disso é que o seu símbolo mais perfeito é a sociedade anônima.

<sup>7</sup> A incerteza está presente mesmo na essência das ciências exatas, teórica e experimental, como ensina a filosofia da física de Werner Heisenberg com a qual, se não se pode estabelecer, na estreiteza do presente trabalho, um fundamento filosófico, é possível, de outra banda, fixar ao menos uma relação filosófica.

Com efeito, por conduto da física quântica, em especial através do contributo da escola de Copenhague, foi possível compreender que a incerteza, a probabilidade e a imprevisibilidade estavam não apenas na precariedade do conhecimento do investigador, mas na própria experiência, no próprio dado da natureza, chegando-se mesmo a concluir que a presença do investigador pode influenciar o resultado da investigação (HEISENBERG, Werner. *Física e Filosofia*. Brasília: Edições Humanidades, série Métis, 1999 p. 79).

Malgrado Einstein tenha sustentado que Deus não joga dados, para afastar a probabilidade e a incerteza das experiências matemáticas e físicas (vide Introdução aos Problemas da Filosofia Natural, de F. S. Northrop, texto introdutório da edição norte-americana de Física e Filosofia, op. cit, p. 09-42), a física quântica as introduziu de modo definitivo – ao menos aperfeiçoou o seu entendimento como elemento do experimento.

Na exata lição de Heisenberg: “Probabilidade em matemática ou na mecânica estatística, significa uma afirmação sobre o nosso grau de conhecimento acerca de uma situação concreta. Quando jogamos dados, não temos como conhecer exatamente os detalhes finos do movimento de nossas mãos, que determinam a maneira como caem os dados e, portanto, dizemos que a probabilidade de cair um certo número é uma em seis. A onda de probabilidade de Bohr, Kramers e Slater, todavia, significa mais que isso: ela correspondia a uma tendência para alguma coisa. Tratava-se, assim, de uma versão quantitativa do velho conceito de potência da filosofia aristotélica, que introduziu algo entre a idéia de evento e o evento real, um tipo estranho de realidade física a mediar entre a possibilidade e a realidade” (op. cit., p. 61).

A consideração da probabilidade como fator experimental faz nascer o reconhecimento das relações de incerteza, provocando uma guinada nas premissas da física newtoniana. De fato “ao invés de se perguntar: como se pode demonstrar, no esquema matemático conhecido, uma dada situação experimental?, uma outra pergunta era feita: seria verdade dizer-se que ocorrem na Natureza somente aquelas situações experimentais que podem ser demonstradas pelo formalismo matemático? A hipótese de que isso fosse realmente verdade deu lugar a limitações no uso de conceitos que tinham sido, desde Newton, básicos na física clássica. Da mesma maneira

não se pode sequer antever as conseqüências da sua incidência na vida cotidiana do homem comum.

## 1.2 A SOCIEDADE DO RISCO<sup>8</sup>

A sociedade do risco é o título que se pode conferir à sociedade atual. Nela, onde medram a incerteza e a insegurança, vivem todos submetidos a grandes perigos<sup>9</sup>, imensos riscos, que possuem efeitos globais e massificados, gerados, sobretudo, pelo extraordinariamente rápido avanço tecnológico.

De fato, constata-se o fim de uma sociedade industrial em que os perigos eram gerados pela natureza ou pela obra de um homem ou um grupo específico de homens, derivados de ações próximas, delimitadas e precisas<sup>10</sup>, que cede lugar a uma sociedade global, impessoal,

---

que na mecânica newtoniana, nada impede que se fale em posição e velocidade do elétron e, além disso, pode-se observar e medir estas grandezas. Mas, contrariamente ao que ocorre na mecânica de Newton, não se pode medir simultaneamente aquelas grandezas com alta precisão arbitrariamente. De fato, o produto das duas imprecisões, em suas medidas, resultou não ser menor que a constante de Planck dividida pela massa da partícula. Relações análogas foram igualmente formuladas para outras situações experimentais. Todas elas são usualmente chamadas de relações de incerteza, diferentes instâncias do princípio da indeterminação. E, assim, aprendeu-se que os velhos conceitos não se adequam à Natureza de maneira exata” (op. cit, p. 64).

Verifica-se, pois, que a par da incerteza povoar, inclusive, o campo das ciências duras, promoveu uma acentuada mudança de paradigma, como natural esperar.

<sup>8</sup> O batismo é controverso. O professor Washington Trindade defende, com apoio em Galbraith, J. K. (“A Era da Incerteza”) e Ilya Prigogine (“O Fim das Certezas”) que melhor seria chamar “sociedade da incerteza”.

<sup>9</sup> No trabalho perigo e risco são utilizados para exprimir a mesma idéia, qual seja a da incerteza e insegurança. Reconhece-se, contudo, assistir razão ao rigor semântico do professor Washington Trindade para quem “o risco é uma exposição a uma contingência, a um acontecimento conhecido, mas que aceitamos (v.g. o descarrilamento de um trem), enquanto perigo é o grau maior ou menor de insegurança, posto que a ciência do trabalho (medicina, engenharia, cálculo mecânico, biologia etc.) ensina que segurança é a ausência de perigo ou pelo menos, a atenuação do perigo ínsito na atividade humana”. Tais Informações foram colhidas em sala de aula e em generosas anotações de revisão disponibilizadas ao Mestrando. Pugnando pela diferenciação, entoam Morato Leite e Ayala: “Os riscos diferem, portanto, dos perigos, porque identificam uma fase de desenvolvimento da modernidade em que a interpretação das diversas ameaças a que a sociedade sempre esteve exposta ao longo da história passa a ser realizada, compreendendo-as (ret.) como condicionadas diretamente à atividade humana, abandonando a leitura que as associava aos destinos coletivos. Convive-se agora com um *perfil dos riscos* específico das novas sociedades, que não se identifica a contextos espaciais ou temporais particulares, e não mais expressa o resultado exclusivo de eventos involuntários e naturais. Sob esse perfil, o conceito moderno de risco que identifica o período referido por Beck como primeira modernidade ou modernidade simples representa fundamentalmente o fim da tradição, sua limitação como referência de validade na organização das relações sociais e políticas, e, principalmente, a substituição dos padrões de justificação tradicional e do destino, por padrões baseados na certeza e na segurança da nova racionalidade científica industrial” (MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Univesitária, 2004). Na qualidade de farol que guia tais e quais entendimentos, confira-se, por todos, BECK, Ulrich. *La Invención de lo Político. Para una Teoría de la Modernización Reflexiva*. Tradução de Irene Merzazi. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 65-66.

<sup>10</sup> “Os principais riscos característicos das sociedades contemporâneas são *artificiais* e de origem *tecnológica*. No passado o homem convivia com riscos de basicamente duas origens: os causados pela força da natureza, como nos desastres naturais, e os causados pela atuação direta de outros homens. O controle desses últimos



inconstante, destituída de verdades duradouras, massificada e massificante, que, naturalmente, passa a produzir riscos globais, que não conhece fronteiras geo-políticas.

O exemplo acadêmico desta modalidade de perigo que a todos submete são as conseqüências geradas pelo dano ambiental. Com efeito, um acidente nuclear ocorrido em determinado país pode gerar nuvens de radioatividade que, conduzidas pelo vento, atingem os países vizinhos, ou um acidente ocorrido com petroleiro que contamina mar territorial de uma nação específica, mas que é conduzido para outras tantas paragens através das correntes marítimas.

Evidentemente que tais riscos não conhecem distinção de raça, orientação ideológica, ou posição econômica, aflige, em diferentes proporções<sup>11</sup>, é verdade, ricos e pobres<sup>12</sup>, de modo a mais que nunca demonstrar a fragilidade compartilhada da condição humana, posto que todos os seres humanos habitam a mesma casa, o planeta Terra, submetendo-se aos semelhantes perigos globais.

Em razão do caráter indistinto de submissão aos perigos é que o sociólogo alemão Ulrich Beck sustentou que a sociedade de riscos não pode ser dividida em classes distintas, porque não existe a classe dos potencialmente atingidos e dos imunes ao risco. O objetivo maior perseguido pela sociedade de classes foi a igualdade, ao passo que um dos maiores anseios da sociedade de riscos é a segurança<sup>13</sup>.

Na sociedade atual a probabilidade da ocorrência de riscos é exponencial, inúmeras vezes superior ao verificado no passado. Os padrões de exigência da vida atual, que transformam

---

riscos era o objetivo do Direito Penal clássico. Os riscos dentro da sociedade globalizada pós-industrial, porém, têm dimensão muito maior do que as ameaças do passado, pois além daqueles riscos historicamente presentes, incluem os relacionados ao uso das novas tecnologias”(GARCIA, Iberê Anselmo. O Risco Permitido como Critério de Imputação do Erro Médico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.42)

<sup>11</sup> Embora todos estejam sujeitos aos riscos ambientais globais, evidentemente que aquele que tenha recursos financeiros encontra-se mais apto a enfrentá-los, buscando soluções alternativas. O exemplo de alguém que more à margem de um rio infecto, mas disponha de saldo de recursos para se mudar para um rincão ainda intocado, em comparação com outro a quem só resta continuar à margem do referido rio, bem pode figurar a assertiva aqui realizada.

<sup>12</sup> “Esses riscos originados pelo uso intensivo da tecnologia são gerados em todos os países independentemente do seu grau de desenvolvimento econômico e social, já que mesmo os países menos desenvolvidos têm acesso a parte dessa nova tecnologia. Leve-se em conta, por outro lado, como já visto, que quando ocorrem danos para o meio ambiente, as conseqüências podem atingir a própria população local e também as de regiões distantes. Neste caso, atingem-se da mesma forma os países e indivíduos ricos e pobres, já que a deterioração do meio ambiente afeta a qualidade de vida de ambos os grupos”. (Idem, p. 43).

<sup>13</sup> Trata-se de uma pretensão lógica, embora envolva uma realidade paradoxal, posto que a sociedade de riscos é a sociedade das incertezas. Afirma Beck que “[...] uma fase do desenvolvimento da sociedade moderna onde os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais criados pela ocasião do momento de inovação tecnológica escapam das instituições de controle e proteção da sociedade industrial” (BECK, Ulrich. *La Sociedad Del Riesgo*. Tradução do alemão de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Madrid: Paidós, 1998). Cf., por igual, FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, ‘Sociedade de Risco’ e o Futuro do Direito Penal. Panorâmica de Alguns Problemas Comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 55-68.

desejos em falsas necessidades, exigem o uso constante de tecnologia, que se manifesta pelo recurso intensivo a máquinas e equipamentos, pelo surgimento de inovações químicas e pela marcante manipulação genética. Este quadro fez com que Ulrich Beck<sup>14</sup> intitulasse a sociedade da segunda metade do século XX como *sociedade de risco*, criando o termo hoje mundialmente difundido.

Nesta sociedade somente a insegurança é duradoura, o que conduz à incerteza, emocionalização e moralização das posturas e discursos públicos<sup>15</sup>, o que, de seu turno, acrescenta em incerteza, como um processo auto-alimentador.

Em idêntica trilha, Jorge de Figueiredo Dias reconhece o advento de uma nova forma de organização social, que intitulou sociedade dos grandes riscos, em contraposição à sociedade industrial da primeira metade do século XX<sup>16</sup>.

A sociedade dos grandes riscos se caracterizaria, no magistério do supra citado doutrinador, pelo risco atômico, diminuição da camada de ozônio, destruição ecológica, transformações genéticas, produção maciça de produtos perigosos e assemelhados. Confirma-se a reprodução da lição precisa, cuja percuciência impõe transcrição:

Uma tal idéia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivam de acções humanas próximas e definidas, para a contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio...; para contenção das quais, numa palavra, era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados e, assim, o paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. Aquela idéia anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> BECK, Ulrich, op. cit. A propósito, confira-se FERREIRA, Helene Sivini. *A Sociedade de Risco e o Princípio da Precaução no Direito Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002, p. 21-47.

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Welt als Wille ohne Vortstellung. Sicherheit und Risiko aus der Sicht der Sozialwissenschaften*. Die Polistische Meinung. Bonn: Fromm, 1986, nº 229, citado por Pablo Rodrigo Alflem da Silva (Aspectos Críticos do Direito Penal na Sociedade de Risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 77).

<sup>16</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Papel do Direito Penal na Proteção das Gerações Futuras*. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, vol. 13, 2001, p. 45.

<sup>17</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal Entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43-44.

Resta manifesto não se tratar de um risco qualquer, mas de um perigo que ameaça mesmo a existência da vida no planeta.

Evidentemente que o risco assumiu formas diversas no curso do tempo, até alcançar o perfil grandioso hoje ostentado. É lição conhecida<sup>18</sup> que o risco atravessou diferentes etapas, nas quais se associava mais fortemente às seguintes idéias predominantes:

a) acidente – próprio da sociedade liberal, o dano estava fortemente associado à idéia de ocaso, ‘simultaneamente individual e repentino’<sup>19</sup>, de fortuito, que poderiam contudo ser perceptíveis mediante os sentidos;

b) prevenção – o risco passou, posteriormente, a encontrar-se mais vinculado à idéia de emergência da prevenção, ‘entendendo-se como tal a atitude coletiva, racional e voluntarista que se destina reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco (objetivável e mensurável)’. Nesta etapa intermediária o risco passa a não mais depender do ocaso para passar a ostentar um perfil científico e “assume a figura do acontecimento estatístico objectivado pelo cálculo das probabilidades e tornado socialmente suportável pela mutualização da responsabilidade pelos danos”<sup>20</sup>, posto que a cada pessoa se reconhece o direito à segurança, que deve ser garantido pelo todo social. Com efeito, o evoluir do pensamento constatou a inevitabilidade de se submeter a riscos, que, uma vez verificados, deveriam ter seus efeitos suportados de forma compartilhada pelo todo social ou pelo Estado. Tal concepção estava atrelada, naturalmente, a uma idéia socializante, que defendia o aumento da participação do Estado na vida dos cidadãos, um Estado que assumiria a função de segurador universal, mas tais riscos não eram entendidos como suficientemente grandiosos de modo a pôr em risco a própria manutenção da vida;

c) catástrofe – a fase atual é a do risco enorme, catastrófico, idôneo a afastar qualquer capacidade de previsão e de autêntica reparação. Perigos cujos efeitos, ainda que se quisesse, não poderiam ser mutuamente suavizados pelo corpo social, porque todos seriam vítimas de suas conseqüências, ainda que em maior ou menor intensidade, ou ao menos em maior ou menor velocidade de padecimento. Risco “que frustra as nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes”<sup>21, 22</sup>.

---

<sup>18</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen, Aspectos Críticos do Direito Penal na Sociedade de Risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 76.

<sup>19</sup> OST, François. *O Tempo do Direito*. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 344.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 345.

<sup>22</sup> Giddens, de seu turno, refere a um *perfil de risco* especificamente associado à modernidade, enumerando sete características: “1) globalização no sentido de intensidade; 2) globalização no sentido da expansão da quantidade de eventos contingentes que afetam todos ou ao menos grande quantidade de pessoas no planeta; 3) risco derivado do meio ambiente criado; 4) desenvolvimento de riscos ambientais institucionalizados que afetam a condição de vida de milhares de pessoas; 5) conseqüência bem distribuída do risco; e, sobretudo, 7) consciência das limitações da perícia.” (GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p.126-127).

O risco enorme ou catastrófico é este que se apresenta à sociedade atual, e nesta nova forma organizativa, continua Jorge Figueiredo Dias<sup>23</sup>, não mais vale o padrão da razão instrumental calculadora, mas está a exigir um novo paradigma filosófico e de pensamento.

Segundo Morato Leite e Ayala:

a proliferação de ameaças imprevisíveis, invisíveis, para as quais os instrumentos de controle falham e são incapazes de prevêê-las é uma característica tipicamente associada a um novo modelo de organização social que se caracteriza por uma dinâmica de poder baseada nas relações estabelecidas com o fenômeno da inovação, e que encontra suas origens em uma fase do desenvolvimento da modernização, que as transformações produzem conseqüências que expõem as instituições de controle e proteção das sociedades industriais à crítica[...]<sup>24</sup>

Os tempos atuais estão a reclamar o surgimento de uma nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política, de acordo com o apontado pensador. E a imperiosa necessidade de mudança de paradigmas reivindica, naturalmente, uma autêntica configuração jurídica que, quando não possa se apresentar revolucionária, deva ser ao menos revisada.

O Direito enfrenta igualmente o desafio de se revisar, certo de que o Direito de inspiração iluminista<sup>25</sup>, clássico, não atende mais sozinho, segundo muitos, aos reclamos da sociedade de riscos.

A lei de biossegurança e o espírito que encarna são frutos desta sociedade da insegurança, medrada no caldo de cultura dos riscos – e o temor por eles gerado - de viver contemporaneamente. São tais premissas sociológicas e axiológicas, portanto, que devem

---

<sup>23</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Papel do Direito Penal na Proteção das Gerações Futuras*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2001, p. 46, que também remete a BORGES, Anselmo, *O Crime Ecológico na Perspectiva Filosófico-Teológica*, em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, vol. 10, 2000, pg. 07.

<sup>24</sup> MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Univesitária, 2004, p. 12. Continuam os autores ao afirmar: “Se a reprodução de ameaças de diversas espécies sempre esteve presente nos diversos contextos de organização social, o risco é um conceito que tem sua origem na modernidade, dissociando-se de uma dimensão de justificação mítica e tradicional da realidade, relacionada com a verificação de contingências, eventos naturais e catástrofes, atribuídos a causas naturais e à intervenção divina, para se aproximar de uma dimensão que seleciona como objetos as conseqüências e os resultados de decisões humanas (justificadas, portanto, racionalmente), e que se encontram associadas ao processo civilizacional, à inovação tecnológica e ao desenvolvimento econômico gerados pela industrialização”, ob. cit. ps. 12 e 13. Na mesma direção, BECK, Ulrich. *Liberdade ou Capitalismo. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira Araújo. São Paulo: Unesp, 2003, p. 113.

<sup>25</sup> “A configuração da Sociedade Pós-Industrial do fim do século, a chamada *Sociedade de Risco*, no entanto, acarretou a geração de novos riscos que vêm desafiando os institutos clássicos do Direito Penal Iluminista [...]. Esse caráter, por assim dizer globalizado dos riscos torna-os incontrolláveis por cada Estado isoladamente, diminuindo a eficácia do Direito Penal de origem iluminista, já que está fortemente ligado à atuação do Estado Nacional, em que pesem as recentes iniciativas internacionalistas na área criminal” (GARCIA, Iberê Anselmo. *O Risco Permitido como Critério de Imputação do Erro Médico*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 41-44

orientar o estudo da responsabilização ali prevista, particularmente o de natureza civil, objeto do presente trabalho.

### 1.2.1 O direito na sociedade do risco.

Todo contato social implica na criação de riscos de danos aos integrantes da coletividade. Mas para que as interações entre as pessoas ocorram e a vida siga o seu fluxo relativamente esperado, determinados riscos têm que ser corridos, por isso são aceitos como elementos inerentes à convivência e tidos como riscos permitidos, admitidos, porque juridicamente tolerados.

Existem riscos, pois, que são indissociáveis à vida<sup>26</sup>, de modo que autores há que denominam esse risco inevitável existente em todo o tráfego jurídico como *risco geral de vida*<sup>27</sup>.

O Direito respira, pois, o dilema de reconhecer, de um lado, que não há vida socialmente organizada sem riscos e, de outro, que uma certa gama de riscos não devem ser sequer corridos, tentando, em um processo desenfreado de agigantamento, atuar como mecanismo de controle para evitar tal perigo.

Na seara do direito penal, onde os efeitos dessa sociedade do risco têm sido mais intensamente estudados, já se chegou a um entendimento de certo modo pacificado acerca das características que a insegurança social contemporânea impõe na disciplina deste ramo.

Cumprido, pois, visitar a doutrina penalista correspondente, mesmo porque mais amadurecida, para, a partir dela - e percorrendo, ainda, as lições de direito ambiental -, tentar traçar um perfil da influência desta sociedade do risco no direito civil, particularmente no regime da responsabilidade civil.

Como cediço, atribui-se ao Direito Penal a função de proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade<sup>28</sup>. As normas penais tutelam estes bens, salvaguardando-os de condutas que podem ensejar-lhes prejuízos mais acentuados, sobretudo as condutas que outros ramos do Direito,

---

<sup>26</sup> Guimarães Rosa chegou a declarar, em Grande Sertão Veredas, que “viver é muito perigoso”, ao passo que Raul Seixas, ainda mais concessivo à liberdade poética, cantou que “viver é muito arriscoso”.

<sup>27</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 316.

<sup>28</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la Culpabilidad* citado por PRADO, Luiz Régis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 34-35.

como o civil e o administrativo, não se revelam bastantes para desestimular, em face do seu menor potencial repressivo.

A despeito disso, a proteção realizada pelo Direito Penal não importa na conservação incondicional de tais bens relevantes, posto que, a par de impossível, poderia implicar no estancamento do desenvolvimento social. Por isso é dito que o objetivo do Direito Penal, a rigor, é a manutenção das condições de desimpedido exercício de direitos sobre estes bens, incriminando comportamentos capazes de promover a limitação deste exercício.

Impende, pois, afirmar de modo mais preciso, com Günther Jakobs, que “a função específica do Direito Penal não é a conservação de bens jurídicos, mas a *diminuição de probabilidade de lesão desses bens*”<sup>29</sup> ou ainda, de forma mais analítica, com Iberê Anselmo Garcia que:

[...] a missão do Direito Penal não é a de controlar a geração de riscos de dano aos bens jurídicos objetivando a diminuição da ocorrência de lesões dos mesmos. Proíbem-se por isso, as condutas consideradas pela sociedade potencialmente lesivas aos bens jurídicos em razão do grau de risco de lesão que acarretam. Decorre desse fato a importância da análise do risco gerado pela conduta como causa de dano a um bem jurídico de dignidade penal<sup>30</sup>

E a escolha deste bem jurídico a ser penalmente protegido há de ser eleito com rigor, posto que a atuação do direito penal, a par de seletiva, é subsidiária, ou seja, haverá de incidir quando iniciativa outra alguma possa intervir, seja no campo da administração, seja no ramo do direito civil, como última *ratio*.

Tal concepção de pensamento reservada ao direito penal, informada pelos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade, da lesividade e da exclusiva proteção dos bens jurídicos, é que caracteriza o direito penal mínimo<sup>31</sup>.

A indigitada configuração, contudo, vem sendo seriamente ameaçada pelos problemas surgidos com a sociedade de risco que, para alguns, passa a exigir um direito a ela adaptado, idôneo a enfrentar os novos desafios que a todos são impostos: o assim batizado direito penal do risco.

Esse direito penal do risco, que se opõe ao direito penal de feição clássica e reducionista, caracteriza-se, em síntese apertada, por encontrar-se em franca expansão – como em expansão encontram-se os riscos corridos –, por antecipar-se, cada vez mais, à ocorrência dos eventos danosos, de modo a incrementar a presença dos tipos de perigo, como que a assumir a feição

---

<sup>29</sup> JAKOBS, Günther, *Qué protege el derecho penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma?*. Tradução do alemão de Manuel Cancio Meliá. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

<sup>30</sup> Op. cit., p. 40.

<sup>31</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. vol. I, Parte Geral, 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

de um direito preventivo, por aumentar a sua incidência coletiva, de forma a proteger bens jurídicos coletivos, por fazer uso cada vez mais intenso da técnica legislativa das leis penais em branco e tipos abertos<sup>32</sup>, e por encontrar-se progressivamente administrativizado, ou seja, por orientar-se como um direito de gestão de comportamentos, um direito de gestão ordinária de comportamentos sociais<sup>33</sup>.

A fim de enriquecer o debate, convém revisitar o magistério de Figueiredo Dias acerca do direito penal do risco, como se confere:

No outro extremo se colocam aqueles que preconizam a aceitação e o desenvolvimento de um direito penal absolutamente funcionalizado às exigências postas por uma tutela, que assim se espera efectiva, dos megariscos que ameaçam a subsistência da humanidade. Dispõe-se neste contexto já de uma diversidade de propostas e de ensaios de caminhos de solução que, todavia, eu julgo poder reconduzir com justeza às direções que já atrás deixei referidas: alteração do modo próprio de produção legislativa em matéria penal, retirando cada vez mais aos Parlamentos a reserva de competência que em tal matéria normalmente lhes assiste, para a atribuir aos Executivos; antecipação da tutela penal para estádios prévios (e inclusivamente ainda mais distanciados) da eventual lesão de um interesse socialmente significativo, até ao ponto em que se perde, ao menos para a generalidade dos destinatários das normas, toda a ligação entre a conduta individual e o bem jurídico que em definitivo se intenta proteger; alterações dogmáticas básicas, no sentido do ‘enfraquecimento’ ou ‘atenuação’ de princípios como os que classicamente presidem à individualização da responsabilidade, à imputação objectiva, à culpa, à autoria; conseqüente extensão, em suma, do âmbito da tutela penal em assumida contradição com o princípio político-criminal da intervenção mínima ou moderada<sup>34</sup>.

E continua o renomado autor ao afirmar que toda esta mudança constatada estaria a serviço de

uma função promocional de valores que tornaria o direito penal em instrumento de governo da sociedade e, por aqui, faria esbater – até o desaparecimento – a linha de fronteira entre este direito e o direito penal administrativo. Tudo isto estaria, no todo ou em partes, na palavra ou no espírito do actual requisitório a favor de um direito penal do risco<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> “Mas diante deste panorama conflitante e em razão do emprego excessivo de leis penais em branco na maior parte das legislações, torna-se insustentável o fato de que desde a sua noção e sua legitimidade até suas conseqüências permaneçam incertas, uma vez que os problemas resultantes da moderna sociedade de risco tendem a fazer com que se amplie cada vez mais o emprego desta técnica, ao mesmo tempo em que objetivam a redução das garantias jurídico-penais”; (SILVA, Pablo Rodrigo Aflen. A Problemática das Leis Penais em Branco face ao Direito Penal do Risco. *Revista de Divulgação Científica da ULBRA/São Gerônimo*, v. 2, n.1, Rio Grande do Sul: ULBRA, 2003, p.23).

<sup>33</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La Expansión del Derecho Penal – Aspectos de la Política Criminal em las Sociedades Posindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999, p. 107.

<sup>34</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal Entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50-51.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 51.

Igualmente esclarecedor e ilustrado o apanhado realizado por Pablo Rodrigo Aflen da Silva, em derredor do direito penal do risco, ao afirmar, consultando autores de estatura transnacional, que:

Os desenvolvimentos e os aspectos críticos resultantes dessa “moderna sociedade do risco” para o direito penal foram amplamente analisados e criticados pela Escola de Frankfurt, originariamente, e de modo imediato por Prittwitz, o qual já observara o surgimento de um “direito penal do risco” que, longe de aspirar conservar o seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em *solo ratio*, em um direito penal expansivo, cujo aspecto é caracterizado pelo significado tridimensional que assume: a acolhida de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos (tais como meio ambiente, saúde pública, mercado de capital, processamento de dados, tributos), o adiamento das barreiras entre o comportamento punível e o não-punível e, em terceiro lugar, a redução das exigências para a reprovabilidade.<sup>36</sup>

Adverte ainda, citando Hassemer, que o moderno direito penal, o do risco, tem se caracterizado pelo aumento da forma de crimes de perigo abstrato, bem como pelo alargamento dos tipos penais em geral e agravamento de penas.

Se os riscos são muitos e imprevisíveis, é natural constatar que a insegurança e o temor ganham espaço, circunstância que, em nome de um resgate de um controle aparente, termina por suprimir garantias fundamentais<sup>37</sup>.

É neste cenário de expansionismo do direito penal, de tutela antecipada de eventos, que privilegia os tipos penais de perigo, utilizando-se de normas penais em branco e tipos abertos, que se situa a previsão legal criminal presente na lei de biossegurança, lei nº 11.105/05, retrato fiel da previsão legislativa própria da sociedade de risco.

O direito ambiental, de seu turno, por igual percebeu e metabolizou as influências de uma nova ordem social, timbrada pelos riscos de grandes proporções. Com efeito, as conseqüências malévolas da industrialização desenfreada se fazem e se fizeram sentir, desde a primeira hora, no ambiente natural. Assim, quanto maior o desenvolvimento, mais

---

<sup>36</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen. Aspectos Críticos do Direito Penal na Sociedade de Risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 80.

<sup>37</sup> O comprometimento das garantias individuais tradicionais ao direito terminou por atingir, outrossim, o campo do processo penal, alcunhado como processo penal do inimigo. O direito penal do inimigo e o processo penal do inimigo são, ao fim e ao cabo, conseqüências desta insegurança intrínseca à sociedade de risco. Correspondem, pois, a faces da mesma moeda. Acerca do processo penal do inimigo, confira-se, por todos, Diogo Rudge Malan (Processo Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.59, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 223 et seq., e anteprojeto de tese do Professor de Processo Penal da Universidade Federal da Bahia, FÁRIA JUNIOR, César de. *O Processo Penal do Inimigo, a Efetividade dos Direitos e Garantias Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro*. Anteprojeto de Doutorado apresentado e aprovado na seleção de 2006. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador.



intensamente danificado se apresenta o meio ambiente, ainda que isto não ocorra em idêntica proporção.

O direito ambiental preocupou-se em disciplinar, contemporizando, os efeitos do necessário desenvolvimento na degradação ambiental, concentrado, como Norberto Bobbio, no fato de que “uma coisa é falar dos novos direitos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra é garantir-lhes uma proteção efetiva”<sup>38</sup>.

Não se desconhece que a proteção do meio ambiente em uma sociedade de risco apresenta desafios ainda mais acentuados, mesmo por exigir a implementação de controles a nível planetário e não no recôndito interior de um Estado de Direito<sup>39</sup>. Desse modo, a despeito dos riscos possivelmente dimanados para a soberania dos estados, parece que uma internacionalização das políticas de desenvolvimento pode representar uma valiosa contribuição para minorar o ritmo de deterioração do meio ambiente<sup>40</sup>.

A despeito da inexistência, no momento, de uma política internacional de meio ambiente, que orientaria o direito ambiental entre os povos, não se pode olvidar a celebração de um sem número de tratados internacionais que almejam disciplinar a atuação governamental a respeito, o que faz nascer, para quantos como Alexandre Kiss<sup>41</sup>, um verdadeiro direito internacional ambiental.

A sociedade industrial e a sua natural força poluidora fez surgir, para Capella<sup>42</sup>, o Estado de Direito ambiental, que teria como missão primordial “estruturar os marcos legais que levam à vida econômica para um objetivo de solidariedade substancial”<sup>43</sup>. Evidentemente que este o chamado Estado de Direito Ambiental considera a natureza multifacetada da sociedade contemporânea, de modo a permitir que Canotilho afirmasse que “se queremos um Estado de

---

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 63.

<sup>39</sup> *Ibidem*

<sup>40</sup> MORENO, José Luis Serrano. *Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*. Granada: Comares Editorial, 1992, p. 57.

<sup>41</sup> KISS, Alexandre. *Direito Internacional do Ambiente*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996, vol. I, p. 77-141.

<sup>42</sup> “Neste marco surge o que temos chamado Estado ambiental, o qual poderíamos definir como a forma de Estado que se propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social, para alcançar um desenvolvimento sustentável orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural”. (CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de Las Razones a los Derechos*. Granada: Ecorama, 1994, p. 248.

<sup>43</sup> BIRNFELD, Carlos André Sousa. *A Emergência de uma Dimensão Ecológica para a Cidadania – Alguns Subsídios aos Operadores Jurídicos*. (Dissertação de Mestrado). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1997, p. 212.

Direito do Ambiente devemos ter em conta as experiências históricas e rejeitar as explicações monocausais num mundo de complexidade”<sup>44</sup>.

Embora seja discutível a utilidade da criação acadêmica de um Estado de Direito do Ambiente<sup>45</sup>, o que não se questiona é que as legislações do mundo ocidentais têm incorporado regramento protetor do patrimônio natural, do que é exemplo o art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Com efeito, a preocupação preservacionista, que está presente no regramento de parte considerável dos países ocidentais, deve se apresentar ainda mais acentuada diante de uma sociedade que vivencia os riscos da era pós-industrial, a chamada sociedade de riscos.

De fato, o direito ambiental, pode-se dizer, é direito típico da sociedade pós-industrial, “fruto da sociedade científico-técnico-industrial. Diversamente do que ocorre com os tradicionais direitos sociais, que visam compulsoriamente e positivamente a criar e realizar o que não existe (habitação, serviço de saúde), o Estado de Direito Ambiental tem por finalidade garantir o que já existe (bem ambiental) e recuperar o que deixou de existir (dano ambiental)”<sup>46</sup>.

O direito ambiental apresenta-se, pois, como o passo seguinte conferido dentro do direito social, “exigindo, fundamentalmente, ações de cidadania compartilhada entre Estado e cidadãos, utilizando mecanismos precaucionais, preventivos, de responsabilização, de preservação e reconstrução”<sup>47</sup>, e tendo como síntese do seu fundamento dogmático a idéia de conservação do equilíbrio ecológico<sup>48</sup>. E tal ramo ostenta uma importância fundamental no cenário da sociedade de risco, pela profunda necessidade apresentada de compatibilizar a

---

<sup>44</sup> CANOTILHO, José J. Gomes. Jurisdicização da Ecologia ou Ecologização. *Revista do Direito do Urbanismo e do Ambiente*, n.4, Coimbra: Almedina, dez. 1995, p. 73-74.

<sup>45</sup> A entendimento do autor, o título é demasiadamente reducionista. Em verdade, o Estado atual afirma-se como de elevada preocupação social, o que naturalmente envolve a preservação do meio ambiente, mas não se reduz a isso, salvo se no conceito de ambiente esteja presente a noção de preservação do patrimônio natural e humano, social, como quer o pensamento ecosófico de GUATARI, a ser visto adiante. O direito ao meio ambiente preservado se insere no contexto da função social da propriedade, tal qual desenvolveu Antônio Herman Benjamin: “Num primeiro momento histórico, por força do Welfare State, reconhece-se uma função social ao direito de propriedade, legitimando, por exemplo, a intervenção do Estado para proteger categorias de sujeitos, como os trabalhadores. Mais recentemente exige-se que a propriedade também cumpra sua função social ambiental, como condição para seu reconhecimento pela ordem jurídica”. (BENJAMIN, Antônio Herman. *Objetivos do Direito Ambiental*. Em Lusíadas. *Revista de Ciência e Cultura*. Série de direito, número especial, atas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada. Cidade do Porto, 1996, p. 40).

<sup>46</sup> MORATO LEITE, José Rubens e Ayala, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 39.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade por Danos Ecológicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 167.

utilização dos exponenciais achados técnico-científicos com a preservação e recuperação do patrimônio natural, garantindo-se o seu usufruto pelas gerações futuras.

E o que se poderia dizer do direito civil nesta sociedade de risco, como se poderia traçar um perfil, enfim, do direito civil do risco?

Opta-se, metodologicamente, em abordar a periferia mais superficial para, após, aprofundar-se no âmago da noção.

É fato que as relações atuais são timbradas por sua riqueza exponencial de tipos e pela complexidade acentuada destas relações variadas. Assim sendo, mais do que nunca as regulamentações normativas civis, por natureza mais abrangentes e exaustivas do que as penais, encontram-se a reboque dos fatos, incapazes de acompanhar a velocidade dos acontecimentos.

Evidente que, desde tempos imemoriais a vida sempre foi muito mais rica do que o direito, e, sendo o direito civil, o direito regulador da vida comum<sup>49</sup>, a constituição do homem médio<sup>50</sup>, está sempre em desvantagem ainda mais acentuada para acompanhar o ritmo dos fatos, ofegante nesta perseguição fadada ao fracasso, que lembra mesmo o trabalho de Sísifo e o suplício de Tântalo.

O direito atual reconhece esta incapacidade de previsão completa e imediata dos fatos da vida, por isso precisa aperfeiçoar a sua atuação. Assim, passa a ser um direito fortemente principiológico, posto que com a invocação de um princípio pode-se abarcar inúmeros fatos. A teoria do princípio<sup>51</sup>, e a eficácia a ele reconhecida, pois, ganha e ganhará cada vez mais

---

<sup>49</sup> “Afirmar que o direito civil acompanha a vida das pessoas é dizer pouco, porque ele as precede e as sucede”. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 62).

<sup>50</sup> “o Código Civil é a constituição do homem comum”, (REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 5).

<sup>51</sup> São muitos os importantes autores que se dedicaram ao estudo dos princípios, sobretudo procurando diferencia-los das normas preceptivas ou regras. Dentre eles destacam-se Josef Esser, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Claus-Wilhelm Canaris e Humberto Ávila. Confira-se, por todos e em reverência à abrangência limitada do trabalho em questão, o esforço sistemático de Dworkin. Para o referido autor “os princípios, ao contrário, não determinam a decisão, mas somente contêm fundamentos provenientes de outros princípios” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 61). As diferenças fundamentais que separam os princípios das regras são ligadas à **estrutura**, à **aplicação**, à **dimensão**, à **formulação lingüística**, à questão do **último fundamento de validade**, à **origem**, à **derrogação**, o **conteúdo**, ao **destinatário** e à **descoberta**. Com efeito, os princípios não se estruturam como as regras (se é A deve ser B), mas sinalizam, indicam um caminho a seguir. As regras ostentam aplicação absoluta, podem incidir ou não incidir, como um plano lógico do tudo ou nada, ao passo que os princípios podem ter aplicação relativa, gerando uma ponderação aplicativa. Os princípios ostentam uma dimensão de penso muito maior do que as regras, pois são estruturantes. As regras são sempre explícitas nas suas formulações lingüísticas, ao passo que os princípios podem ser implícitos. Os princípios não podem ser arrumados em cadeia, um superando e assentando o outro, como se faz com as regras para justificar o fundamento de validade. As regras se originam por promulgação, ao passo que os princípios nascem no sentido da conveniência determinada em dado espaço e tempo. Também por isto, enquanto as regras são derogadas, os princípios deixam apenas de ser aplicados. O conteúdo dos princípios é

prestígio em comparação com um direito puramente prescritivo, que tende a ser progressivamente abandonado.

A par disso, o direito civil – do que é exemplo o código atual – passa a se utilizar com maior intensidade de modalidades de normas cujo conteúdo significativo será preenchido pela ponderação do magistrado. São os conceitos jurídicos indeterminados ou determináveis, as cláusulas gerais, os conceitos abertos<sup>52</sup>.

Em grande parte, pois, o magistrado assume a posição do legislador; confia-se na capacidade de, com razoabilidade, aplicar a solução entendida como a mais indicada à luz dos valores sociais. O Poder Legislativo, pois, outorga um mandato genérico ao Poder Judiciário, mesmo porque esse igualmente padece das dificuldades de oferecer respostas céleres aos reclamos sociais.

O direito civil da sociedade de risco é um direito, portanto, que permite, antes mesmo, estimula, a concentração de poderes nas mãos do magistrado, transferindo-lhe uma responsabilidade interpretativa sem precedentes<sup>53</sup>.

Tal concentração, aliás, se reflete, por igual, nas recentes reformas implementadas no Código de Processo Civil, quando se constata que o magistrado passou a ter condições de julgar

---

intrinsecamente moral, ao passo que o das regras é diverso. Os destinatários das regras são os órgãos aplicadores do direito e os particulares, ao passo que os princípios somente têm como destinatários os referidos órgãos. Alfim, enquanto os princípios precisam ser descobertos pelo jurista, em atividade construtiva, as regras são apenas criadas pela autoridade competente. (DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005). Malgrado reconheça as diferenças, Humberto Ávila adverte que “o conteúdo normativo de qualquer norma – quer regra, quer princípio – depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo de aplicação. Assim, o último passo não é dado pelo dispositivo nem pelo significado preliminar da norma, mas pela decisão interpretativa [...] o modo final de aplicação não está determinado pelo texto, objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar” (AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 41, 44- 45).

<sup>52</sup> À semelhança, aliás, do que acontece com o direito penal com as normas penais em branco e tipos abertos.

<sup>53</sup> Tal noção encontra, aliás, base filosófica forte, mormente em Dworkin, para quem o próprio direito é um conceito interpretativo (*O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 89). Vale conferir com a fidelidade do ensinamento do referido autor: “A justiça e outros conceitos morais de natureza superior são conceitos interpretativos, mas são muito mais complexos e interessantes do que a cortesia, e também menos úteis enquanto analogia com o direito[...] A justiça é especial em outro sentido. Uma vez que se trata do mais nitidamente político dos ideais morais, oferece um elemento natural e conhecido à interpretação de outras práticas sociais. As interpretações do direito, como veremos, quase sempre recorrem à justiça como parte da idéia que desenvolvem na etapa interpretativa. As interpretações da justiça não podem elas próprias recorrer à justiça, e isso ajuda a explicar a complexidade filosófica e a ambição de muitas teorias da justiça” (nota de rodapé, p. 90-91) [...]. “Talvez não haja nenhuma formulação eficaz do conceito de justiça. Se assim for, isso não lança nenhuma dúvida sobre o sentido das discussões sobre a justiça, mas apenas oferece um testemunho da imaginação de pessoas que tentam ser justas. Em todo caso, temos algo que é mais importante do que uma formulação eficaz do conceito. Compartilhamos a mesma percepção pré-interpretativa dos limites aproximados da prática na qual nossa interpretação deve exercitar-se” (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.92)

recursos monocraticamente<sup>54</sup>, quando no passado o julgamento era exclusivamente colegiado, bem como influir mesmo na escolha da modalidade do recurso a ser manejado, com a possibilidade até de convertê-lo em recurso outro originariamente não optado pela parte<sup>55 56</sup>.

Naturalmente que o aumento das responsabilidades importou numa exigência social de incremento do controle, do que é exemplo a criação do Conselho Nacional de Justiça, a despeito de realizar uma fiscalização predominantemente administrativa.

O direito civil da sociedade de risco ostenta, pois, um traço de paradoxo, posto que, ao tempo em que ao magistrado é reconhecida uma gama maior de poder e responsabilidades, é igualmente posto, mais que nunca, sob controle institucional e, ainda mais, sob os holofotes da fiscalização social, realizada, sobretudo, através da imprensa escrita ou falada.

Ao magistrado reconhece-se, pois, uma capacidade mais ampla de criação normativa, o que se traduz em poder, mas não, evidentemente, em um poder que possa se aproximar de um temor reverencial, mas um poder que a sociedade exige, antes de tudo, como uma responsabilidade, sujeita a fiscalização e críticas<sup>57</sup>.

O paradoxo continua ao se contatar que, ao tempo em que as responsabilidades do magistrado são aumentadas, no campo do direito privado são criadas alternativas de jurisdição, como o juízo arbitral<sup>58</sup>, e desjurisdicinalizadas<sup>59</sup> relações intersubjetivas, tudo a ensejar certa redução do espaço de atuação do juiz.

Uma outra característica de extrema importância do direito civil da sociedade de risco é o reconhecimento e proteção dos direitos trans-individuais, coletivos ou difusos.

Tal circunstância é mais do que natural. Se os riscos atingem a todos, são enormes, não reconhecem limitações geopolíticas, econômicas, raciais ou religiosas, é de se esperar que todos devam ser protegidos dos seus efeitos, com o que o direito não penal da atualidade se esmerou na tutela coletiva de certos direitos para todos valiosos, como o direito do

---

<sup>54</sup> Art. 557 e seu §1º, do CPC, acrescentado pela Lei 9.756 de 17 de dezembro de 1998.

<sup>55</sup> Art. 527, II, do CPC, alterado pela Lei 11.187 de 19 de outubro de 2005.

<sup>56</sup> KRUSCHEWSKY, Eugênio. Desprestígio da Advocacia. *Jornal A TARDE*. Judiciárias, 07 fev.2002.

<sup>57</sup> Distante, naturalmente, das “idéias do direito livre”, cuja máxima expressão, “costuma-se citar, foi o juiz francês, Magnaud, que na última década do século XIX foi presidente do Tribunal de Château-Thierry. Por suas decisões, caracterizadas por grande humanidade e escasso respeito à letra da lei, granjeou o apelido de *le bom juge*”. (ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003, nota de rodapé à p. 171, que remete a *Leyret, H., Les Jugements du président Magnaud*, 1900).

<sup>58</sup> Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

<sup>59</sup> Tome-se, por tudo, a edição da lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007 que criou o inventário extrajudicial, a ser realizado por escritura pública desde que não haja testamento ou dissenso entre os herdeiros, bem como a possibilidade de se realizar separação consensual igualmente por escritura pública.

consumidor, o direito a um meio-ambiente saudável, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e quejandos<sup>60</sup>.

Assim é que, em esforço de síntese pode-se consignar, realizando-se uma apreciação panorâmica do direito civil do risco, que realça os aspectos que se apresentam mais claramente, e a despeito de tais e quais contradições verificadas – mesmo porque a evolução social não tem compromisso com a coerência -, afirmando como fato que o direito civil atual afigura-se como um direito que prestigia a força dos princípios e a autoridade normativa dos juízes<sup>61</sup> – um elemento, aliás, iluminando e alimentando o outro -, posto reservar a decisão progressivamente ao prudente arbítrio do magistrado, distanciando-se das fórmulas pré-definidas, tão comuns ao direito formular romano e ao direito canônico medieval. A par disso, é um direito que passou a se preocupar, crescentemente, com a tutela do coletivo, afastando-se de modo acentuado do individualismo oitocentista.

Mas ao situar uma lente de aumento no atual perfil do direito civil, pode-se aperfeiçoar as conclusões antes verificadas – ainda que se arriscando a pecar por repetição - e alcançar outras tantas.

Há, de fato, um movimento definitivamente instalado no direito civil que abandona o homem-patrimonializado, para valorizar o ser-humano plenificado.

Esse ser humano plenificado de logo afasta qualquer discriminação de sexo<sup>62</sup>, e é visto pelo direito como um ser em sua completude, não somente alguém que detém direitos sobre o cumprimento de uma obrigação, ou que exerce poder na estrutura familiar, ou que é sucessor em relação *mortis causa*, mas alguém que é protagonista completo de relações plurais, informadas por um sistema que, de seu turno, possui uma tábua axiológica uniforme.

E este sistema afirma-se fortemente influenciado por três princípios/valores fundamentais: o da eticidade, o da socialidade e o da operabilidade.

O princípio da eticidade determina que o integrante deste sistema pautar as suas ações com base na boa-fé, uma boa-fé que pode ser objetivada, que independe da particular noção de

---

<sup>60</sup> Art. 1º da Lei 7.115/83 (ação civil pública): “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística”.

<sup>61</sup> Dentre as inovações elencadas por Miguel Reale como orientadoras do direito das obrigações no Código Civil de 2002 destaca-se a de “conferir ao juiz poder moderador, no que se refere às penalidades resultantes do inadimplemento dos contratos, como, por exemplo, nos de locação, sempre que julgar excessiva a exigência do locador”. (REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 72).

<sup>62</sup> Daí preferir-se dizer, *verbi gratia*, poder familiar, e não mais poder parental.

cada qual acerca do que é certo. Daí poder-se diferenciar a boa-fé subjetiva, daquela objetiva, também chamada contratual ou obrigacional, porque sobremaneira aplicada nestas relações.

A boa-fé subjetiva consiste no desconhecimento real acerca do seu próprio direito e do direito do outro. Assim, alguém que detém a posse de uma fazenda, adquirida por título translativo bastante, que se revelou pior em confronto com título de terceiro, é detentor de boa-fé, porque agia como se fosse dono posto que no seu domínio acreditava, ignorando a inexistência do seu direito e a existência do direito do outro.

Já a boa-fé objetiva consiste em um comportamento informado pelo dever dos integrantes da relação obrigacional zelar pela realização do seu direito, mas também pela realização do direito do outro. Trata-se de uma postura de colaboração, solidária, para com o direito de outrem.

À relação obrigacional moderna não agrada, portanto, a idéia de extrair vantagem em detrimento da desvantagem de outro<sup>63</sup>, a concepção de que um contrato possa estar a serviço de um projeto de submissão do direito de um dos seus progonistas. Muito ao contrário, o contrato passa a ser um instrumento de realização dos direitos de todos<sup>64</sup>.

O princípio da eticidade se aprofunda para inaugurar a ética do ser, da pessoa em sua dignidade, que deve ser respeitada por suas opções e mesmo pela sua inação, que vale muito, apenas pelo que é, não se limitando a uma relação de apossamento com os objetos da vida, de vantagem desmedida com os seus pares e de poder para com a sua família.

Na lição de Martins-Costa e Branco se o direito patrimonial continuasse figurando como o mais importante, as normas de direito privado restariam “reduzidas a meios de tutela dos bens patrimoniais, obscurecendo-se a civilidade, dimensão social da existência, e a própria dimensão social do ‘ser civil’ no individualismo egoísta”<sup>65</sup>.

Continuam lecionando com tamanha pertinência e precisão que impõem transcrição do original:

---

<sup>63</sup> Daí a reedição do instituto da lesão nos contratos.

<sup>64</sup> “A boa-fé objetiva se traduz na idéia de que o contrato, sobretudo o bilateral, não pode criar vantagens gratuitas, não é feito para enriquecer um dos contratantes e submeter o outro à penúria. Exige um comportamento de colaboração mútua, porque o contrato somente será contrato quando atender aos interesses das partes, que confluem para o alcance de um objetivo comum. [...] Delineia-se com mais precisão o perfil ético da relação contratual, para não se admitir desníveis intoleráveis – embora não se busque a total equivalência, que representaria um golpe fatal na autonomia da vontade -, mas para aproximar o contrato do instrumento desejado de distribuição equilibrada de riqueza, coibindo, d’outra sorte, o enriquecimento ilícito e despropositado”, (KRUSCHEWSKY, Eugênio. *Teoria Geral dos Contratos Cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 23-24).

<sup>65</sup> MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132).

[...] se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa - isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente -, passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética as normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.<sup>66</sup>

Afirma-se, pois, o princípio da eticidade, como a edição de uma nova ética, que prestigia a dignidade da pessoa humana, em sua plenitude, sobrepondo-a em relação aos valores patrimoniais.

No pertinente ao princípio da socialidade, pode-se afirmar que o sentido social é o timbre mais marcante do moderno direito privado, fortemente publicizado, portanto<sup>67</sup>, o que torna ainda mais anacrônica a avoenga bipartição do Direito nestes dois troncos<sup>68, 69</sup>.

Mas a afirmada influência do direito público no privado vai além, posto que o individualismo e o liberalismo cedem espaço para um direito informado por valores socializantes. “Se não

---

<sup>66</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>67</sup> É indicativa de tal fenômeno a circunstância de que a Constituição Federal discorre longamente sobre institutos tradicionalmente reservados ao trato do direito privado, como propriedade e família. Ao focar o outrora mais autêntico representante do direito privado, qual seja a propriedade, já se constatou vivenciar este um processo de relativa publicização, como se a transitar entre os dois ramos do direito. De fato “o que se verifica nas legislações atuais é o empenho em compatibilizar o direito individual, com o interesse geral. Não sem razão que a Carta Magna pátria, sinalizando na direção da manutenção da propriedade como direito subjetivo individual, disciplinou a matéria no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, sem deixar, contudo, de igualmente regulamentá-la no tópico da Ordem Econômica, numa inequívoca demonstração do espírito conciliador adotado”. (KRUSCHEWSKY, Eugênio. *Direito Constitucional de Propriedade: Apogeu e Decadência (?)*. *Revista Ciência Jurídica*, vol. 88, 1999, p. 319).

<sup>68</sup> A propósito das modificações experimentadas pelo binômio direito público/privado, confira-se, por todos, o ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes: “Defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão. A divisão do direito, então, não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos e, de substancial – isto é, expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade – se transforma em distinção meramente ‘quantitativa’: há institutos onde é prevaletente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de Um Direito Civil Constitucional*. *Revista de Direito Civil*, vol. 65, 1993, p. 22).

<sup>69</sup> “Conforme as decisões políticas, cada ramo pode tomar uma direção um pouco diferente, mas, se um deles chegar a ser completamente reduzido ou eliminado, o ordenamento jurídico, enquanto sistema, não se sustenta. Portanto, direito público e privado não são auto-suficientes e são interdependentes. O setor intermediário entre um e outro, que muitos chamam de direito social, continua a se expandir e a ganhar importância política, mas tem como conteúdo, principalmente as relações econômicas, sejam de trabalho, sejam de consumo, sejam de organização da economia, não suplantando todo o campo do direito privado.” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. Coleção Professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110).



houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da socialidade, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana”<sup>70</sup>.

Vale registrar que o prestígio dos valores sociais supera a singela proteção dos interesses difusos ou coletivos, para abranger a consciência de que, mesmo em uma relação típica de direito privado, como um contrato ou o exercício do domínio, o interesse coletivo deva informar o exercício dos direitos individuais.

Ainda que se possa cogitar, em concessão dialética, seja o indivíduo a preocupação central do direito civil, este indivíduo não vive, nem pode viver só, mas se realiza e se afirma, como indivíduo, no seio de uma coletividade<sup>71</sup>.

Passa-se a exigir, pois, em reverência ao coletivo, a observância da função social da propriedade – prevista desde a promulgação da Constituição Federal -, da função social do contrato, da função social da empresa<sup>72</sup>.

A socialidade como parâmetro e princípio se adequa – antes em grande parte decorre – ao culturalismo de Miguel Reale, que se abebera nas lições de Emílio Betti, o qual, no condizente ao contrato ao menos, reconhece o forte “sentido social do contrato”, de modo que a declaração de vontade se afirma, em verdade, como uma “moldura natural, assumindo, em razão dos objetivos da consciência social, a sua típica significação e relevo”<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 07.

<sup>71</sup> “As regras jurídicas jamais são um ‘dado’, antes constituindo um ‘construído’ por realizarem-se sempre na história, consubstanciando, assim, uma das privilegiadas dimensões da cultura. Se esta afirmação é correta para o Direito em sua integralidade, sua adequação ressalta particularmente no Direito Civil, que é o Direito das pessoas que vivem na *cive*, traçando as regras aplicáveis às pessoas enquanto pessoas, dos ‘homens enquanto homens’, os quais se relacionam, no entanto, em necessária comunidade. Bem por isso hoje o Direito Privado reapresenta-se como ‘direito sim dos particulares, mas dos particulares *uti cives*; direito dos particulares como portadores da própria singularidade, mas também da necessidade de comunicá-la aos outros; da necessidade de isolar-se (que é algo a ser respeitado) mas também de associar-se; da necessidade de defender a própria personalidade, mas também de desenvolvê-la na comunidade que a enriquece e não a comprime’, como afirmou magnificamente, Giorgio Oppo. Direito dos particulares, do que é, pois, de interesse particular na tríplex dimensão do *ser* (direitos da personalidade, direito pessoal de família) do *ter* (direito de propriedade) e do *agir* (direito das obrigações, dos contratos e da empresa), mas que nem por isso se contrapõe ao que é interesse público, pois direito dos particulares que vivem na ordem civil”. (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131-132).

<sup>72</sup> “A socialidade informa que no confronto entre o individual e o geral deve prevalecer o interesse comum. Assim, já era com a propriedade e sua função social, com a função social da empresa, que obriga o proprietário e o empresário a agir positivamente, ou seja, não só deve se abster de praticar determinados atos contrários ao corpo social, como igualmente deve agir em benefício deste corpo, gerando recursos, empregos, tributos, tudo com responsabilidade sócio-ambiental. [...] A função social do contrato, pois, é criada para fornecer coerência ao sistema jurídico, de modo que as operações econômicas sejam inspiradas no alcance do bem-estar social. Seria inútil prever a função social da propriedade sem transbordá-la para o contrato que a ajuda a transferir.” (KRUSCHEWSKY, Eugênio. *Teoria Geral dos Contratos Civis*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 21).

<sup>73</sup> REALE, Miguel. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 02.

E este sentido social não é apenas um ideal abstrato distante, mas um critério operativo, que deve influenciar não só a interpretação dos institutos jurídicos como a sua operacionalização (art. 421, CC).

Exemplo feliz de assimilação do valor da socialidade no sistema do direito civil brasileiro é conferido pelo art. 1228 do Código Civil que, em seu parágrafo único, chega a consignar:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Fácil perceber que, a par da socialidade contida na observância da função social, o mencionado dispositivo igualmente considerou “o valor ecológico, universalmente reconhecido como uma invariante axiológica, por dele depender a sobrevivência do homem, o valor *fonte*”<sup>74</sup>.

Isto bem retrata este ser humano plenificado que o direito civil na sociedade de risco pretende reconhecer, não apenas como proprietário de, *verbi gratia*, uma extensão de terra, mas como indivíduo capaz de, através de sua ação ou omissão, proteger as riquezas naturais, preservando-a, generosamente, para as gerações futuras; sem deixar, evidentemente, de produzir lucro, que por igual se reverte socialmente na forma de imposto e emprego<sup>75</sup>.

Ao par da socialidade manifestar-se no domínio, afirma-se de modo inovador, para os padrões brasileiros, no instituto da posse. “Em virtude do princípio da socialidade, surgiu também um novo conceito de posse, a posse-trabalho, ou posse *pro-labore*, em virtude do qual o prazo de usucapião de um imóvel é reduzido, conforme o caso, se os possuidores nele houverem estabelecido a sua morada, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”<sup>76</sup>. Por igual o direito civil reviu e atualizou “o antigo conceito de posse, em consonância com os fins sociais da propriedade”<sup>77 78</sup>.

---

<sup>74</sup> Idem. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 107.

<sup>75</sup> É esse ser humano, pois, comprometido com o destino de sua espécie e das espécies que compartilham o seu ambiente, que é pré-concebido pelo direito, que deve ser o contemporâneo sujeito de direito e que pode ser, por igual, tido como elemento do seu universo, por isso universal.

<sup>76</sup> REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7-8.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>78</sup> Não fosse a limitação de espaço e o rigor metodológico, outros tantos exemplos poderiam ser citados, que bem indicam a necessidade de se considerar a propriedade como um ente a serviço do coletivo, que deve ser usufruído pelo dono, mas não a ponto de dela abusar ou destruir, posto que igualmente deve gerar empregos, riquezas e determinar o recolhimento de tributos.

A socialidade, em apertada síntese, encarna a prevalência dos valores coletivos mesmo nas relações de direito predominantemente individual, ressalvada, consoante magistério de Roxana Brasileiro Borges, a esfera improfanável dos direitos de personalidade<sup>79</sup>.

O princípio da operabilidade, de seu turno, retrata o ensinamento imorredouro de Von Jhering, citado por Reale<sup>80</sup>, que “diz que a essência do direito é a sua realizabilidade: o Direito é feito para ser executado; Direito que não se executa – já dizia Jhering na sua imaginação criadora – é como chama que não aquece, luz que não ilumina”.

A fórmula poética está a representar que o direito não é instrumento de satisfação teórica, é criado para incidir, influenciando, no mundo dos fatos, tem função, pois, real, e deve ser efetivo<sup>81</sup>. O exemplo citado pelo coordenador do anteprojeto do Código Civil foi o modo pragmático em que a prescrição e decadência passaram a ser disciplinadas, impedindo as confusões de outrora.

Evidentemente que pouco adiantaria que os valores da socialidade e da eticidade contidos no sistema jurídico atual ostentassem registro meramente protocolar. Para que valham, necessitam de realização, que pretende ser garantida pela operabilidade, que se apresenta, pois, como valor meio, a serviço de um fim maior.

---

<sup>79</sup> “Essa concepção individualista do direito é de fundamental importância para a compreensão do que se chama de livre desenvolvimento da personalidade. A autonomia privada é, nesse sentido, o principal instrumento que o ordenamento jurídico oferece aos indivíduos para o exercício positivo (não apenas a tutela negativa) dos seus direitos de personalidade. No entanto, não é essa visão da maior parte da doutrina, que vê nos direitos de personalidade apenas meios para excluir a intromissão indevida de terceiros em suas esferas privadas, numa concepção exclusivamente negativa dos direitos de personalidade. Ora, talvez tão prejudicial quanto a intromissão indevida de terceiros na esfera privada de alguém seja a intromissão indevida do Estado ou da sociedade, por meio do direito, na esfera de liberdade privada de uma pessoa, restringindo as possibilidades de esta se desenvolver como melhor lhe convier, ainda que suas atividades não prejudiquem direitos de terceiros ou não impeçam a organização da sociedade. Essa intensa intervenção legislativa é cabível na regulamentação da economia, da posse e da propriedade, das relações de produção e dos negócios de natureza eminentemente econômica, mas não no campo dos direitos de personalidade, esfera íntima do modo de ser da pessoa”. (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. Coleção Professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2005, p.104-105). No mesmo diapasão, modula a voz Alexandre Dos Santos Cunha, ao afirmar que os direitos de personalidade “[...] são o campo de livre exercício da autonomia privada, dela constitutivo, não podendo ser limitados senão tendo em vista a salvaguarda de direitos de terceiros.” (CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade da Pessoa Humana: Conceito Fundamental do Direito Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 261). Assim também lecionou Eduardo Espínola, registrando que “é preciso que a liberdade de ação de cada um não vá até o ponto em que possam ser prejudicados os interesses dos outros associados”. (ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 29). De seu turno, o argentino Lorenzetti: “a ‘esfera íntima’ é o âmbito absolutamente intangível de proteção da vida privada, porque se desenvolvendo dentro dela, o indivíduo não influencia com seu comportamento os demais. A Corte Suprema de Justiça da Nação tem afirmado que estas ações ‘ficam fora da competência do ordenamento jurídico: poderão ser consideradas boas ou ruins moralmente mas não admitem a qualificação de lícitas ou ilícitas’”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Traduzido por Vera Maria Jacob de Fradeira. São Paulo: RT, 1998, p. 467).

<sup>80</sup> REALE, Miguel, *O Projeto do Novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 10.

<sup>81</sup> Despiciendo registrar a forte tendência doutrinária, que repercutiu na lei, em conferir maior efetividade ao processo, contemporaneamente.

Tais e quais valores/princípios orientando este novo sistema permite concluir pelo surgimento de uma nova ética jurídica<sup>82</sup>, que dignifica a pessoa de modo pleno, que prioriza os valores sociais – posto que o indivíduo somente se completa e aperfeiçoa quando circula no meio coletivo -, que reivindica um direito operacionalizável, protagonista influente dos fatos sociais.

Assim é que, no campo das transformações vivenciadas pelo direito civil, não se pode desconhecer a profunda alteração experimentada pelo conceito de sujeito de direito, nuclear na teoria do direito civil-social, inclusive em face da falência pragmática dos três pilares fundamentais do direito civil individualista (na concepção egoísta antes considerada) – o contrato, a família e a propriedade -, enquanto despersonalizados (no sentido de não submetidos a uma persona), que devem servir, já agora, a uma função social e reverenciar a boa-fé.

Importa estar atento à advertência de Luiz Edson Fachin ao afirmar que “o reinado secular de dogmas, que engrossaram as páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil, começa a ruir. Trata-se de captar os sons dessa nova primavera em curso [...]”<sup>83</sup>.

De igual sorte, é oportuna a lição de Orlando de Carvalho, reproduzida por Fachin, ao sustentar que “restaurar a primazia da pessoa é assim o dever número um de uma teoria do Direito que se apresente como teoria do Direito Civil”, posto ser “esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do Direito Civil o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples”<sup>84</sup>.

Tudo aqui dito é verdadeiro para a teoria geral do direito civil e sua principiologia, de modo a ser possível concluir pela relevância do valor solidariedade a incidir no sistema, com o abrandamento dos direitos do indivíduo (individualismo) e o agigantamento dos direitos do grupo social (coletivismo).

Apreciada a teoria geral do direito civil, cumpre já agora começar por indagar como seria um seu sub-ramo fundamental, o da responsabilidade, na sociedade de risco?

---

<sup>82</sup> Esta ética renovada autoriza Fachin<sup>82</sup> a afirmar que “a releitura crítica dos estatutos fundamentais do Direito Privado [...] exige uma visita crítica e construtiva aos três pilares fundamentais do Direito Civil, e por consequência do Direito Privado, quais sejam: a) o trânsito jurídico, calcado na noção de contrato, de obrigações e suas modalidades; b) as titularidades, fundamentalmente encimadas nas noções de posse e apropriação de um modo geral, e c) o projeto parental, que se encontra assentado na noção de família” (FACHIN, Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 01.

<sup>83</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 01.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

## 1.2.2 A responsabilização na sociedade do risco

Uma primeira apreciação indica que, no particular da responsabilização civil, na tentativa de proteger o indivíduo como representante de um corpo social, salvaguardando-se, ao fim e ao cabo, toda a coletividade, parece que o bem coletivo pode, algumas vezes, encontrar-se ameaçado. Uma idéia fundamental pretende ser desdobrada no presente trabalho, qual seja a de que a tentativa exacerbada, influenciada pelo temor generalizado, típico da sociedade atual, de proteger o todo através da punição exacerbada do indivíduo, pode estar ameaçando o coletivo.

Esta ameaça é identificada porque a proteção exacerbada do coletivo impõe um distanciamento, uma cautela e um artificialismo tão profundo nas relações entre os sujeitos que pode esgarçar o frágil tecido que une a parte no todo, e que tem na argamassa da solidariedade, comprometida por este distanciamento, um requisito indispensável<sup>85</sup>.

Por isso é que se pretende, através da dialética da complementariedade, derivada da “conciliação de duas diretrizes”<sup>86</sup>, verificar em que medida a demasiada proteção do indivíduo, na esteira da idéia da salvaguarda do todo a ele vinculado, pode restar por debilitar os anseios e projeções da maioria. Ou, melhor dito, em que medida a exacerbada punição do indivíduo infrator que enseja dano para o particular ou ameaça de dano para a coletividade pode, alfim, comprometer o desenvolvimento geral ou o benefício da comunidade.

Mas antes cumpre tentar traçar o perfil da responsabilidade civil nos tempos vividos e sua tendência de desenvolvimento.

Embora não se pretenda fazer, nesta altura, um registro histórico do desenvolvimento da responsabilidade civil no direito ocidental, e particularmente no Brasil, o que será reservado para tomo em capítulo próprio, a fotografia, aqui panorâmica, da sua evolução, permite extrair algumas premissas que serão a seguir desdobradas.

O primeiro ponto a registrar, contudo, é a extrema modificação do cenário onde se operava a responsabilidade, malgrado mantidos os protagonistas principais – o ser humano: diretamente

---

<sup>85</sup> A solidariedade que repercute no corpo social é aquela que se instaura primeiramente entre os indivíduos, na relação célula-célula, cujo paulatino crescimento vai criar o tecido que as une, o coletivo.

<sup>86</sup> REALE, Miguel . *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 154-155.

ou através de seus agrupamentos -, resultante, naturalmente, do estonteante avanço experimentado pela sociedade neste breve<sup>87</sup> século XX.

A extensão e profundidade desta alteração foram sintetizadas de modo feliz por Judith Martins-Costa, ao lecionar:

Será que no século XIX, quando era paradigma dominante o homem produtor de riquezas materiais que animou o sonho burguês oitocentista – e fez das regras tutelares de seu patrimônio a dimensão privilegiada da própria personalidade -, faria sentido falar em danos não-patrimoniais? Antes da psicanálise instaurar o seu reinado, pondo a nu a relevância da saúde psíquica e da vida sexual e afetiva, poder-se-ia cogitar da hipótese de “dano psíquico”, “dano à vida afetiva”, “dano à vida conjugal”, ou de “dano a realização sexual”? Anteriormente ao desmedido império das técnicas e dos meios de comunicação, inclusive a internet, haveria como imaginar certos danos à vida privada e à intimidade? Antes dos avanços da genética, poder-se-ia pensar em danos decorrentes de manipulação celular em embriões?<sup>88</sup>

A mudança meteórica experimentada obrigou, naturalmente, à revisão de concepções. Dessarte, tem-se observado que a responsabilidade civil atual progressivamente:

- a) desprestigia a vontade
- a.1) objetiviza as relações;
- b) promove com freqüência a inversão do ônus da prova.
- d) solidariza as responsabilidades.
- e) coletiviza os benefícios da reparação.

Com efeito, enquanto no passado<sup>89</sup> a apreciação minuciosa da conduta humana era relevante para apurar responsabilidades, atualmente, a qualificação da atuação humana é cada vez menos relevante. Com isto quer dizer que a avaliação da culpa no atuar humano deixou de ser um requisito indispensável para impor reparação.

### 1.2.2.1 Causalidade e culpa

---

<sup>87</sup> J. STIGLITZ chamou a última década do século XX de “Exuberantes Anos Noventa” para acentuar a celeridade das inovações e o ritmo frenético que tais alterações imprimiu no *modus vivendi* das pessoas, de modo que a sensação que se pode introjetar é que tudo tenha passado muito brevemente, até desaparecidamente, em face da quantidade exponencial de informações e o desabrido acesso a elas.

<sup>88</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os Danos À Pessoa No Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação. In MARTINS-COSTA, Judith. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 409.

<sup>89</sup> A história da organização social democrática não é longa. Desse modo, o retorno ao passado não alcança aqui o direito arbitrário dos reis ou déspotas, mas parte do período do esclarecimento, do iluminismo a bem dizer.

Antes, todavia, de desdobrar as características que imprimem a responsabilização nos tempos que correm, como será feito adiante, cumpre, para melhor orientar o leitor, deixar claro qual a noção esposada pela obra acerca de certas idéias gerais e premissas, e ainda que correndo o risco da repetição, mas o fazendo pelo zelo à coerência de posturas.

No campo da atribuição de responsabilidade nem sempre o causador é o culpado e, variando a modalidade de responsabilização, um e outro poderão ser responsabilizados.

Para o autor, embora o senso comum possa, na maioria das vezes, ser orientado pela responsabilização do causador do dano, nem sempre, todavia, esta solução reverencia o critério de justiça. Dessarte, cumpre tomar posição para afirmar que, a juízo do autor, a noção de justiça está associada à responsabilização quando houver culpa e não apenas causa.

Quanto o causador do dano age intencionalmente na sua produção ou assume o risco de gerar o dano, seja porque tenha incorrido em negligência, imperícia ou imprudência, parece razoável, mais que isso justo, que venha a responder pelos malefícios infligidos a terceiros ou a coletividade. Diferentemente disso, quando do causador do dano não se poderia exigir mais em cautela, diligência e perícia, quanto tomou todas as precauções devidas, mas ainda assim o prejuízo ocorrera, não se afirma como culpado, não devendo, como linha de princípio, assumir responsabilidades.

Evidentemente que, em circunstâncias excepcionais – e é esta exigência de excepcionalidade que talvez mais fortemente distinga o presente posicionamento -, pode-se admitir que a exponencialidade dos riscos ensejados com a atividade ou das vantagens por ela proporcionadas possam autorizar a responsabilização pelo critério exclusivo da causalidade, mesmo sem culpa, mas a par de excepcional, tal solução, ainda que melhor atenda à maioria, nem por isso deixará de estar dissociada de uma noção mais ortodoxa de justiça, à luz da compreensão do autor.

Assim, a idéia de uma reparação mesmo sem culpa é uma concessão que a justiça faz ao senso-comum e à aspiração coletiva de segurança<sup>90</sup>. De fato, repugna à idéia de justiça<sup>91</sup> que

---

<sup>90</sup> Outra concessão que a justiça faz à segurança, no direito, pode ser figurada com o instituto da coisa julgada material, em que embora a decisão possa ser injusta, prevalece por ter percorrido, na integralidade, o trâmite próprio de sua discussão.

<sup>91</sup> Acerca da equidade, que é um conceito normalmente muito próximo ao da justiça, memorável o ensinamento de Pontes de Miranda, que em grande parte pode ser aproveitado para figurar o entendimento acerca da justiça: “A rigor, equidade é apenas palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação. Para que se atenua a rapidez exegética, a prática e os legisladores têm recorrido a essa noção ambígua, se não equívoca, com que se manda tratar com igualdade sem se definir de que igualdade se trata, nem se dizerem os seus começos e os seus limites. No fundo, a vantagem, se vantagem realmente há, de tal expressão, em povos estranhos à tradição do nosso

alguém possa sofrer uma condenação embora não tenha cometido negligência, imperícia ou imprudência, que um inocente – não no sentido de não-causador, mas não-culpado - possa ser responsabilizado.

Mas, o surgimento da teoria do risco<sup>92</sup> exigiu a revisão de conceitos. A teoria do risco, em síntese estreita, defende que aquele que, para o fim de obter lucro, realiza atividade que coloca em risco a segurança de terceiro, deve responsabilizar-se pelos danos gerados, ainda que não tenha agido com culpa.

O fundamento axiológico da teoria é a concepção de que se o lucro é individualizado, o prejuízo não pode ser socializado, com o que se protege a sociedade, de modo que quem auferir o ônus deve por igual suportar o ônus.

A teoria tentou combater, outrossim, a dificuldade pragmática constatada em averiguar ou comprovar a ocorrência da culpa, tarefa particularmente inglória para a vítima que, em regra, não reúne conhecimentos ou desfruta de estrutura bastante para realizar tal apuração com facilidade.

É, em suma, o risco do negócio que se impõe e deve ser assumido por aquele que se beneficia do negócio, pouco importa tenha agido com culpa ou não para a ocorrência do evento indesejado.

A teoria do risco encontra-se consideravelmente atualizada e ganha ainda maior adesão ao se constatar os tempos hoje vividos, dos grandes e inevitáveis riscos.

O abandono da análise da culpa na avaliação da responsabilização das atividades arriscadas, fez com que os clássicos três elementos caracterizadores da responsabilidade civil – vontade que enseja ação (comissiva ou omissiva), ação que enseja dano e nexos causal entre a ação e o

---

direito, tem sido semelhante à de todas as outras expressões vagas. A vaguidade serve quando se quer o arbítrio, ou quando se pretende deixar a alguém determinar a norma, sem se confessar que se deu a alguém tal poder”, (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3.ed. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 375.

<sup>92</sup> A teoria do risco é a filha diletta, no campo jurídico, da revolução industrial, do avanço tecnológico e do crescimento populacional, mas sobretudo das cidades, muito em razão do êxodo rural. Divide-se, segundo Cavalieri, em diversos sub-ramos, que podem ser categorizadas em sub-teorias, como a do risco-proveito, mais aceita, que justifica a reparação em face da vantagem que a atividade arriscada enseja para o ofensor, a do risco-profissional, fundamentalmente aplicável nos acidentes de trabalho, que impõe o dever de indenizar sempre que o fato prejudicial decorre da profissão ou atividade do lesado, a do risco excepcional, que condiciona a indenização à prática de uma atividade demasiadamente arriscada e a do risco criado que, independentemente do proveito a ser auferido, sustenta que “responde civilmente aquele que, por sua atividade ou por sua profissão, expõe alguém ao risco de sofrer um dano” e a do risco integral, que desconsidera até mesmo os fatores excludentes do nexos causal para o estabelecimento da indenização. Consulte-se, por todos, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 146-148. No presente trabalho adotou-se, predominantemente, para efeito de análise, a teoria do risco-proveito e do risco-criado.



dano -, transformassem-se em dois, bastando para a responsabilização a existência do dano e o seu elo com a atividade desempenhada.

A responsabilidade subjetiva – dependente da apreciação da vontade na conduta humana – cedeu progressivamente espaço para a responsabilidade objetiva, que dispensa a análise da culpa.

A par disso, a responsabilidade civil atual promove, com frequência, a inversão do ônus da prova, o que consiste em prerrogativa processual que, evidentemente, repercute fortemente na entrega do direito material invocado.

Na teoria geral do direito probatório, compete sempre a quem alega provar o alegado. Ocorre que, a tarefa de comprovar determinadas circunstâncias revelou-se, a bem dizer, literalmente impossível para quem figurava no pólo ativo de determinadas ações, o que terminou por redundar, com frequência, no julgamento da improcedência do pedido por ausência de prova, embora o direito reclamado pudesse saltar aos olhos. Em grande medida, vivenciou-se a vitória do formalismo sobre o direito material.

Contra este estado de coisas, a invocação da prevalência da realidade sobre o formalismo, o enfoque da prova como uma atividade afeta ao processo e não somente a uma das partes, a compreensão da atividade probatória como um mecanismo em favor da verdade material, que deve sempre ser almejada pelo processo, construiu o princípio da solidariedade da prova ou “da carga probatória dinâmica”<sup>93</sup>, segundo o qual a prova deve ser produzida, a critério e decisão do magistrado, por quem esteja mais apto a fazê-lo.

E tal ensinamento *de lege ferenda* repercutiu no direito brasileiro que o emoldurou no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, que seu art. 6º, inciso VIII, estabeleceu como direito do consumidor, “a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Assim, quando se tratar de ação de indenização de relação de consumo é possível a inversão do ônus da prova, acaso satisfeitos os requisitos da lei.

---

<sup>93</sup> “Em determinadas circunstâncias, se produz uma transferência da carga probatória ao profissional, em razão de encontrar-se em melhores condições de cumprir tal dever”. (ANDORNO, Luis. *La Responsabilidad Civil Medica*. Porto Alegre: Ajuris 59, 1993, p. 224).

Mas a possibilidade da inversão do ônus da prova, cumpre ressaltar, deve ser manejada como expediente de exceção<sup>94</sup> e sempre com temperamento, para não se correr o risco do seu uso descontrolado encarnar injustiça maior do que a que se revelava possível antes da sua previsão legal.

Em primeiro, o uso da inversão do ônus da prova deve se restringir aos parâmetros da lei<sup>95</sup>: dizer respeito à típica relação de consumo, ser verossímil, crível, provável, a alegação e haver efetiva relação de hipossuficiência.

Mas ainda que os requisitos da lei estejam previstos, o expediente da inversão não pode ser utilizado se a sua prática conduzir, por exemplo, ao absurdo de obrigar o réu a produzir uma prova negativa, o que contrariaria a lógica e o melhor senso.

Para algumas modalidades de indenização, a doutrina já vem afastando peremptoriamente o uso do expediente da inversão do ônus da prova, tal qual sucede com aquela relacionada à reparação por danos gerados nas atividades de saúde, como será visto adiante.

Cumprido, por igual, não confundir inversão do ônus da prova com responsabilidade objetiva.

Em verdade, enquanto a inversão consiste em instituto de direito processual, a responsabilidade objetiva diz com o direito material, afirma-se como responsabilização sem a necessidade de perquirir acerca da existência de culpa, de modo que correspondem a dois dados jurídicos autônomos e não necessariamente co-relacionados.

Autores há que sustentam, inclusive, que a inversão estaria afeta exclusivamente à responsabilidade subjetiva, isto porque o elemento mais difícil de provar – e que, por isso, recomendaria a transferência do ônus – seria a culpa<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> O instituto vem sendo, desafortunadamente, utilizado de forma desmedida, por isso com erro, de modo que os magistrados têm invertido o ônus da prova como regra, ensejando danos e injustiças ainda maiores do que aquelas existentes no passado, antes da previsão legal do instituto. Não se desconhece que a diferença entre o remédio e o veneno é justamente a dose.

<sup>95</sup> “RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – CRITÉRIO DO JUIZ – MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – SÚMULA 7 STJ – RECURSO NÃO CONHECIDO.

1 – Em primeiro plano, resta consolidado, nesta Corte, através da Súmula 297, que CDC é aplicável às instituições financeiras.

2 – Por outro lado, em se tratando de produção de provas, a inversão, em caso de relação de consumo, não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, conforme estabelece o art. 6º, VIII, do referido diploma legal. Configurados tais requisitos, rever tal apreciação é inviável em face da Súmula 07.

3 – Recurso não conhecido” (REsp. 707451/SP; RECURSO ESPECIAL 2004/0170737-0, Relator Min. Jorge Sacartezini, 4ª Turma do STF, DJ 11.12.2006, p. 365. Disponível em: < www.stj.gov.br >. Acesso em: 02 jul. 2007).

A responsabilidade atual, portanto, comovida pela necessidade de amparar a vítima a qualquer custo, mormente nesta sociedade de riscos, convive com a possibilidade do magistrado, em específicas circunstâncias, inverter o ônus da prova.

Sintonizada com a prioridade da proteção da vítima, a fim de minorar os temores ensejados pela insegurança própria da vida social contemporânea, a responsabilidade civil atual também se caracteriza pela progressiva solidarização do dever de indenizar.

Como de sabença geral, a solidariedade não se presume. Há de decorrer da lei ou de outra fonte de obrigações, como o contrato ou o ato unilateral. Há de ser expressa, portanto.

As novas leis que regulam as relações próprias da sociedade de risco, ao preverem a responsabilidade correlata, quase sempre o fazem consignando a solidariedade do dever de indenizar.

Tal se dá, por exemplo, com a lei que será, adiante, objeto de análise exauriente no presente trabalho, a lei de biossegurança (11.105/2005), que no seu artigo 20 consagra não somente a responsabilidade solidária como a objetiva, ao dispor que “sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa”.

De igual modo, o Código de Defesa do Consumidor previu a responsabilidade objetiva do fabricante, produtor, construtor e importador, no seu art. 12, ao passo que no art. 18 previu a responsabilidade solidária dos fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis, na tentativa de abranger, o mais possível, a cadeia de produção e fornecimento.

---

<sup>96</sup> “O fato da responsabilidade objetiva ou subjetiva constituírem-se conceitos de direito material, ao passo que a inversão do ônus da prova refere-se a direito processual, nada acrescenta ao debate. Impõe-se analisar a natureza e conteúdo dessas formas de responsabilidade e quais as conseqüências identificáveis, no processo, da adoção de uma ou outra.

Em sendo assim, revela-se redundante e desnecessário inverter-se o ônus da prova no sistema de responsabilidade objetiva – sufragado pelo Código de Defesa do Consumidor – ao passo que as vedações legais constituem obstáculo intransponível à inversão, no contexto da responsabilidade subjetiva, pena de se alterar o substrato dessa forma de responsabilidade, tornando-a, por isso mesmo e *contra legem*, objetiva.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 12, §4º, exclui os profissionais liberais do âmbito da responsabilidade objetiva, sistema adotado pela lei protetiva. Admitida a inversão do encargo probatório, no caso do profissional liberal – e, mais especificamente, do médico –, estar-se-ão aplicando a uma situação regida pela necessidade de aferição da culpa os primados da responsabilidade objetiva, em que o prestador do serviço somente se exime de responsabilidade se provar caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou causa outra, para a qual não tenha ele contribuído de nenhum modo, que suprima definitivamente o nexo causal.” (KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002, p. 150-151).

Consiste, portanto, numa previsão tipicamente reativa dos riscos vivenciados atualmente, que procura minimizar, como visto, os efeitos da insegurança, ou ao menos, da sensação de insegurança.

A solidariedade da responsabilidade consiste, por evidente, em mais uma medida para acirrar o grau de penalização contra o infrator e diminuir as suas alternativas de escape, de modo que a vítima poderá cobrar de todos os envolvidos no ato lesivo, direta ou indiretamente, ou de apenas um deles, o que mais lhe aprouver, como lhe for mais conveniente, cabendo àquele que fora cobrado, o direito de regressivamente ressarcir-se dos demais (art. 264 do CC).

De outra sorte, a responsabilidade civil atual procura coletivizar os benefícios da reparação. Não raro as novas legislações criam fundos, para os quais serão destinados os valores auferidos com as multas, valores a serem empregados na preservação de bens que foram violados com o comportamento que ensejou a cobrança da multa ou no desenvolvimento de projetos de ensino comunitário relacionados a tais bens, ou mesmo para o fim de equipar os órgãos de controle e defesa dos indigitados bens. Tais multas, portanto, possuem, inicialmente, uma natureza punitiva, mas quando o valor correspondente passa a ser empregado na preservação de bens que foram ofendidos, assume, em um segundo momento e por igual, uma natureza compensatória.

Mas a compensação não se projeta em benefício particular do detentor do bem ofendido, mas, como se viu, é revertida para um fundo que irá destinar os seus recursos para a preservação desta modalidade de bem em geral.

Verifica-se, pois, que esta modalidade de reparação enseja um benefício coletivo, ao passo que o dano pode ser individual. É o que a respeito prevê a lei de biossegurança, em seu art. 23, ao dispor que “os recursos arrecadados com a aplicação de multas serão destinados aos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, que aplicarem a multa”.

Na particularidade da hipótese, o valor arrecadado com a multa vai ser destinado aos órgãos de fiscalização e controle da atividade potencialmente lesiva, de modo a melhor equipar e preparar os envolvidos na fiscalização da prática ofensiva e, ao fim e ao cabo, na preservação do bem ofendido.

A aplicação de fórmula que tal, que importa na coletivização dos benefícios, bastas vezes através da criação de fundos, é largamente utilizada, outrossim, na reparação dos danos ao meio ambiente, nos quais os recursos de um determinado fundo são empregados em

programas de educação ambiental, de reflorestamento, de recomposição das matas ciliares e assemelhados.

É este, pois, o perfil da responsabilidade civil atual, que desprestigia a vontade, objetiviza as relações, promove com frequência a inversão do ônus da prova, solidariza as responsabilidades e coletiviza os benefícios da reparação.

Esta tomada de posição está muito bem sintetizada, aliás, no disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, ao estabelecer que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Todo este esforço, que procura ser completo, de repressão ao dano pode ensejar, contudo, um malefício indireto, cujo estudo e exame serão objeto da preocupação do presente trabalho, representado pela possibilidade de paralisação ou, ao menos, anestesia, da inventiva de algumas atividades de vanguarda, cuja ousadia deve ser parte integrante do espírito dos seus partícipes.

A repressão exacerbada, própria da insegurança ensejada com a sociedade de risco, pode de fato, inibir a capacidade criativa de alguns setores da organização social, com considerável prejuízo potencial para as gerações atuais e futuras, de modo que, nem sempre, ao contrário do que possa parecer, um sistema completo e rigoroso de repressão ao dano pode ser, em todos os seus aspectos, benéfico à sociedade, sendo tempo de refletir sobre a real extensão de seus efeitos.

### 1.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PESQUISA E APLICAÇÃO DOS ACHADOS COM CÉLULAS-TRONCO COMO ESPÉCIE DO GÊNERO RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA DE SAÚDE

O surgimento do novo em qualquer sistema organizado de aplicação e estudo normalmente incentiva o estudioso a aproximá-lo de algo já existente no sistema, com o qual já se esteja acostumado a manejar, a fim de, por comparação, fazer aplicar ao novo os princípios e assertivas já consagrados no uso do sistema.

No caso em concreto, parece não haver propriamente uma relação de aproximação entre responsabilidade civil na área de saúde, médica propriamente dita, e responsabilidade civil na pesquisa e aplicação dos achados com células-tronco, mas antes de identificação. É que, como os achados das pesquisas com células-tronco terão aplicação eminentemente terapêutica – ao menos é esta tendência claramente apontada na maioria das pesquisas hoje realizadas –, é apropriado enquadrar o seu estudo no campo da apreciação jurídica na área de saúde.

Com efeito, os achados das pesquisas com células-tronco têm se evidenciado como um instrumental revolucionário e relevante de apoio às práticas terapêuticas médicas, sobretudo àquelas destinadas ao ser humano, com grande incidência na recuperação de órgãos e suas funções.

Vale o registro de que a célula tronco<sup>97</sup> prototípica é o óvulo fertilizado, ou zigoto. Esta única célula é capaz de gerar as demais de um organismo adulto, inclusive os gametas (óvulos e espermatozoides) que darão origem a novos zigotos, circunstância que tem fascinado os biólogos. Consiste em um tipo especial de célula que possui as seguintes características básicas: é indiferenciada, capaz de se auto-regenerar e produzir um grande número de células diferenciadas funcionais<sup>98</sup>.

As células-tronco são, pois, na lição de Potten e Loeffler<sup>99</sup>, células não diferenciadas capazes de proliferação, automanutenção, produção de um grande número de células derivadas funcionais e diferenciadas, regeneração tecidual após lesão e flexibilidade no uso destas funções.

Desde a década de 60 sabe-se que organismos adultos têm a capacidade de auto-regenerar determinados tecidos como a pele, o epitélio intestinal e principalmente o sangue, que têm suas células constantemente destruídas e renovadas, num complexo e finamente regulado processo de proliferação celular<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> “Células-tronco, segundo a definição científica, são aquelas que têm o potencial de se transformar em diferentes tecidos do corpo humano. No imaginário popular, elas são muito mais que isso. São sementes mágicas capazes de regenerar corações combalidos, reverter os sinais implacáveis da passagem do tempo, construir órgãos inteiros sob encomenda. Para os primeiros pacientes tratados em experiências realizadas no Brasil, as novas pesquisas são a materialização de uma segunda chance de vida”. (SEGATTO, Cristiane; BUSCATO, Marcela. Por Dentro dos Novos Tratamentos com Células-Tronco. *Revista Época*. Rio de Janeiro: Globo, 25 jun. 2007, p. 95.

<sup>98</sup> Projeto de pesquisa intitulado *como Terapia Celular pelo Transplante Autólogo de Células-Tronco de Medula Óssea em Pacientes com Doença Parenquimatosa Crônica de Fígado*, apresentado na Comissão de Ética em Pesquisa do Hospital São Rafael, a ser realizada em associação com a Universidade Federal da Bahia, da autoria de André Castro Lyra, Luiz Guilherme Costa Lyra, Milena Soares e Ricardo Ribeiro dos Santos.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

Outros tecidos, contudo, não são auto-regenerativos, de modo que a replicação destes em laboratório, através do uso de células-tronco, pode representar um significativo avanço para a medicina. Outrossim, e ainda em um estágio anterior de desenvolvimento científico, é sabido que há tecidos regenerativos, como o hepático, que, por se encontrarem em fase avançada de deterioração, perdem esta propriedade, que vem sendo recuperada por conduto da aplicação de injeção de células-tronco no local.

Pesquisas ainda mais recentes, como a desenvolvida por Gabriela Cezar, em Madison, utilizam-se de células-tronco para testar a toxicidade de novos compostos farmacêuticos, evitando-se, assim, o desgaste de submeter tecidos ou órgãos de seres humanos vivos aos eventuais transtornos de efeitos colaterais<sup>101</sup>.

Tais e quais circunstâncias, evidentemente, abrem uma perspectiva incalculável para a pesquisa e achados científicos envolvendo células-tronco que tentaram, ainda que de forma tímida, ser disciplinados pela Lei de Biossegurança recentemente editada.

Em face, pois, da identificação do manejo das células-tronco, no atual estágio de desenvolvimento, com a atividade de saúde e a prática médica, pode-se afirmar que, por natural conseqüência, a responsabilidade civil na pesquisa e aplicação dos achados com células-tronco afirma-se como espécie do gênero responsabilidade civil na área de saúde, responsabilidade civil médica.

Desse modo, os princípios, regime jurídico e reflexões aplicáveis na responsabilidade civil na área de saúde podem ser transportados para o estudo da responsabilidade civil decorrente dos achados e manejo com células-tronco.

---

<sup>101</sup> SEGATTO, Cristiane ; BUSCATO, Marcela. Por Dentro dos Novos Tratamentos com Células-Tronco. *Revista Época*. Rio de Janeiro: Globo, 25 jun..2007, p. 102

## 2 POR UMA NOVA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA DE SAÚDE

### 2.1 INTRODUÇÃO: O ANTIGO E O ATUAL PAPEL SOCIAL EXERCIDO PELO MÉDICO

Profundas e intensas foram as transformações que, em poucas décadas, ocorreram na relação médico-paciente, modificando-a drasticamente. O esculápio de outrora, alcunhado com a expressão intimista de ‘médico da família’, cuja atuação transcendia, em muito, à da profissão, alcançando a de conselheiro espiritual, uma espécie de tutor geral, já é, há muito, personagem raro no teatro da aventura humana.

De fato, em tudo ou quase tudo impescindia ouvir-se o médico, para opinar, até mesmo, em torno de casamentos, aquisições, estudos no exterior, ensejando a criação de estreitos laços de amizade, muitos dos quais qualificados pelo compadrio.

A profunda massificação das relações humanas nos dias que correm, reflexo de uma sociedade de produção em cadeia, alterou, quiçá definitivamente, a postura do médico, bem como a imagem que dele se cultiva<sup>102</sup>.

A limitação do liberalismo da profissão imposta pelos planos de saúde, o aviltamento da média de remuneração que, bastas vezes, exige o acúmulo exagerado de funções, o estabelecimento de um ambiente de acirrada competição, o temor de ser incompreendido pelo enfermo e familiares, a acentuada tecnificação da atividade, promoveram, a par de fatores outros, um marcante distanciamento entre a pessoa do médico e a pessoa do paciente, que se posicionaram, apenas, como consumidor e prestador de serviços<sup>103</sup>.

“De amigos e confidentes morais – no antigo modelo de médico de família –, médicos e pacientes tornaram-se distantes morais”<sup>104</sup>.

A propósito, bem pontua Lorenzetti ao observar que:

[...] a sociedade personalista apresentava um nível sociológico caracterizado pela figura do médico sacerdote, um nível axiológico contado pela fé irrecusável no progresso das ciências e um nível normativo que conduzia à

---

<sup>102</sup> O ato médico, adverte o professor Washington Trindade, não é uma equação binária, simples, mas um ato complexo, que envolve diversos profissionais e atividades, tais quais o enfermeiro, o auxiliar de enfermagem, o técnico em radiologia e quejandos.

<sup>103</sup> Isto não afasta a existência de um outro extremo que não deixa de ser por igual uma distorção, o que é chamado de iatronose, ou seja, a tendência a viver refém do médico e dos remédios.

<sup>104</sup> DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. *O Que é a Bioética?* São Paulo: Editora Brasiliense, 2006, p. 14.



irresponsabilidade. Em uma sociedade de massas alteraram-se substancialmente os níveis sociológico e axiológico, porém não ocorreu o mesmo com o nível normativo. O Direito deve ajustar-se às novas demandas desse contexto<sup>105</sup>.

E tal estado de coisas, representado, em poucas palavras, pelo desprestígio da profissão e o esgarçamento do seu conteúdo humano, tem influenciado a casuística forense brasileira, com o aumento exponencial das causas de indenização por suposto erro médico. Não é exagero afirmar que, atualmente, o médico se encontra no “banco dos réus” e tal circunstância pode, em um futuro próximo, representar mesmo um desestímulo ao exercício da profissão, ou ao exercício ousado, vanguardista, deste mister<sup>106</sup>.

E a resposta que o legislador vem dando à descoberta de novas terapêuticas promove um ainda maior acirramento da responsabilização, do que é exemplo a previsão da lei de biossegurança, que consignou a responsabilidade sem culpa e solidária inclusive para a empresa ou o pesquisador que investiga e maneja células-tronco.

O presente trabalho pretende, como será nas próximas páginas minudenciado, a par de revisitar a evolução da responsabilização civil na área de saúde, discutir em que medida o agravamento do regime de responsabilização é benéfico para o corpo social, mormente em se considerando que o exercício da atividade já envolve um risco que lhe é indissociável, inerente, e tal risco, a rigor, é predominantemente corrido em benefício do paciente, não do profissional ou da empresa onde atua. Finalmente, pretende censurar o regime de responsabilidade previsto para as atividades de saúde desenvolvidas com células-tronco.

## 2.2 UM PANORAMA DA IMPORTÂNCIA E EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS ESPÉCIES, COM ENFOQUE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE

---

<sup>105</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997, t. I, p. 14, tradução livre.

<sup>106</sup> Tal conjunto de circunstâncias cria temores e situações defensivas que terminam por ainda mais acentuar a distância, do que são exemplos um exacerbado cumprimento da cláusula de informação. Muitas vezes, imaginando resguardar-se, os médicos informam aos pacientes condições adversas de rara ocorrência que terminam por atemoriza-lo. Tal dever de informar, pois, deve ser timbrado – como tudo aliás no terreno da regulação inter-subjetiva – pelo princípio da razoabilidade. O excesso praticado no dever de informação pode ser representado nas bulas de remédio que hoje mais se aproximam de um documento jurídico – uma tentativa de salvo-contudo – do que propriamente de um documento informativo, a ponto de se repetir, com razão, que quem se propuser a ler a bula dificilmente toma o remédio. O tema não é objeto do presente trabalho, mas não é excessivo afirmar que o cumprimento do dever de informar não afasta a responsabilidade se o ato médico foi praticado com culpa. A informação, portanto, não corresponde a um *bill* de indenidade em benefício do profissional de saúde.

A idéia de retribuição de ofensa e reparação de danos é tema central da noção de justiça, tendo sempre acompanhado o homem nos seus mais elementares agrupamentos. Pode-se mesmo constatar a presença de um comportamento retributivo em animais não-humanos, no seu espaço natural ou em criações artificiais.

Não por outra razão é que o direito natural chegou a resumir o conteúdo do direito nos seguintes enunciados centrais: não causar danos, cumprir os contratos e respeitar a autoridade.

De fato, é lição teórica corrente, confirmada pelos fatos, que quase toda a manifestação da atividade humana envolve a questão da responsabilidade, o que faz naturalmente dimanar a elevada importância da regulação normativa do instituto, em face do seu apelo de realidade.

Autores há que sustentam ser a responsabilidade civil idônea a estabelecer, de forma mais eficaz, a necessária conexão entre o direito material e a própria realidade. O arrojo da tese reivindicada conferência:

A responsabilidade civil é, por assim dizer, a ponte que transporta o direito abstratamente posto à realidade, em se considerando que, através deste instituto, se identificará o responsável pela reparação do dano infligido àquele que teve seu direito desatendido.

Pouco adianta assegurarem-se direitos, prerrogativas ou faculdades às pessoas humanas, sem que haja a possibilidade de se atribuir àqueles que os desrespeitam o dever de reparar o dano causado. Não reparada a ofensa, o direito deferido a alguém não logra existência no mundo real, torna-se verdadeiramente um nada.

Desta forma, a responsabilidade civil é o elo mais sensível para a concretização da justiça: a face concreta e pragmática do direito civil<sup>107</sup>.

Malgrado não se possa deixar de obtemperar que este caráter realizador do direito que se quer atribuir, predominantemente, à responsabilidade civil, esteja presente em todo o direito material, e se estabelece no mundo dos fatos, se concretiza, através do processo, a citação em questão tem a virtude de bem ilustrar a importância do instituto para o direito em geral e o direito civil em particular.

De fato, reforça-se a idéia de que o instituto sempre esteve presente na organização normativa da sociedade, de modo a integrar aqueles que, como o contrato, a propriedade e a família, povoaram a primeira hora das preocupações dos produtores da norma no direito ocidental<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Civil Objetiva - Do Risco à Solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 13. Continua a observar o autor citado que “Desta íntima ligação entre a responsabilidade e a realidade, mui provavelmente, resulta a extrema maleabilidade do instituto e a capacidade deste em se ajustar, quase que metaforicamente, às transformações sociais, seja pela modificação do próprio ordenamento jurídico, seja pelo ajuste ofertado pela interpretação doutrinária e jurisprudencial”, para concluir, na p. 14, que “devido a esta excepcional capacidade de adaptar-se ao meio social, a responsabilidade civil apresenta-se em constante evolução, o que resulta em uma curiosa instabilidade doutrinária sobre o tema”.

O primeiro estágio da responsabilidade civil correspondia a uma exata retribuição ao ofensor do dano que tinha imposto ao ofendido, idéia que é sintetizada no registro da lei de Talião, vulgarmente reproduzida como “olho por olho, dente por dente”. Era a fase em que se fazia necessário que o ofensor pagasse o dano com a “mesma moeda” e tal retribuição se operacionalizava, inicialmente, pelo ofendido ou sua família ou gene, e, posteriormente, pela autoridade constituída.

Diferentemente disso, a primeira fase vivenciada pela responsabilidade na prestação dos serviços de saúde é a da irresponsabilidade, ou seja, a ausência de substrato valorativo, cultural, que permitisse que a sociedade questionasse as opções de uma figura com tanto prestígio social, como o médico<sup>109</sup>.

Em uma fase de maior maturação, a responsabilidade em geral foi enriquecida com critérios de apuração cuja presença era indispensável para resultar em indenização, tendo surgido, inicialmente, a responsabilidade subjetiva, aquela que não prescindia, para se configurar, do ato culposos, do dano e do nexo de causalidade entre um e o outro.

Em verdade, a responsabilidade subjetiva firmou-se como marco normativo no Código Civil de Napoleão que, como cediço, influenciou os mais importantes diplomas do mundo ocidental, o que não significa dizer que a responsabilidade objetiva não tenha convivido com a subjetiva mesmo nos primórdios de sua sistematização legal, ou antes disso. De fato, “sob a influência do Código Civil francês, a teoria da culpa passou a predominar nas legislações de

---

<sup>108</sup> LIMA, Alvino. *Da Culpa ao Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 44.

<sup>109</sup> Uma condenação judicial de médico que se pode dizer histórica e paradigmática é descrita por Carvalho Santos, na íntegra e na língua original, e resumida por Caio Mário da Silva Pereira, nos seguintes termos: “Um caso célebre, ocorrido na França, reflete estes conceitos, como se lê em Carvalho Santos, que transcreve em minúcia todas as peças do julgamento [...]. Trata-se de uma jovem senhora, bonita e gozando saúde, que se submeteu a uma cirurgia com a finalidade de corrigir o excesso de volume nas pernas. Procurando um hospital de bom conceito e consultando um profissional reputado, este desenganou-a de conseguir o resultado almejado mediante tratamento clínico, e lhe declarou que a cirurgia estética não era a sua especialidade. Advertida dos riscos de toda cirurgia, confiou-se ao cuidados de especialista que a animou. Realizada a operação, com retirada de tecido adiposo, não se completou a sutura dos bordos da incisão, o que levou o médico a envolver a perna operada para provocar a cicatrização. Sofrendo terríveis dores, uma vez passado o efeito da anestesia, agravaram-se estas. Após vários esforços e tentativas, sobreveio a gangrena de que resultou a amputação do membro operado. Proposta ação contra o médico que foi acusado de erro operatório e de negligência por abandono da cliente de quem deveria estar junto para prestar todos os cuidados, e ainda de falta de advertência sobre os riscos cirúrgicos, foi objeto de ataque a operação em si mesma, tendo por centro o argumento de que o corpo humano é sagrado. Defendeu-se o médico de todas as acusações. Os advogados desenvolveram seus *plaidoyers* e oficiou o procurador-geral. A sentença foi condenatória: ao par de outras considerações subjetivas, assentou que o simples fato de realizar uma operação sem qualquer utilidade para a saúde impõe a responsabilidade médica.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 155-156).

todos os povos, bem como na doutrina, embora a teoria da responsabilidade sem culpa já fosse aplicada”<sup>110</sup>.

Verifica-se, pois, que mais do que a existência de um período hermeticamente definido onde vigeu a responsabilidade subjetiva com exclusividade, para, após, ceder o posto e a exclusividade para a responsabilidade independentemente de culpa, o que se verificou na história do direito foi e é a concomitância dos dois regimes, com maior ou menor predominância<sup>111</sup>.

Para figurar esta idéia basta tomar como exemplo o período vivido sob a égide do Código Civil brasileiro de 1916, tido e havido, com acerto, como um código liberal/patrimonialista, no qual era prevista, todavia, a responsabilidade objetiva (ou ao menos a subjetiva com presunção de culpa), como nos casos de objetos precipitados das sacadas dos condomínios verticais que, caso não se identificasse a unidade de onde tinham caído ou sido lançados, a responsabilidade havia de ser assumida pelo condomínio (art. 1529).

No interstício de vigência do código de Bevilacqua e mesmo antes, surgiu uma série de legislações extravagantes que consagraram a responsabilidade objetiva, tal como o Decreto Legislativo nº 2681/1912 (responsabilidade das estradas de ferro), a Lei 3.724/1919 (acidentes de trabalho), o Decreto-lei 227/1967 (Código de Minas – responsabilidade pelos danos causados à propriedade onde ocorre a exploração de minério), o Decreto-lei nº 483/1938 (Código Brasileiro do Ar – responsabilidade por danos causados a terceiros no solo), a Constituição Federal de 1946 (responsabilidade objetiva do Estado), a Lei nº 6.453/1977 (danos nucleares), a Lei nº 6.938/1981 (meio-ambiente), a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei 8.884/94 (Lei Antitruste que criou a responsabilidade por infrações econômicas).

Pode-se, contudo, afirmar, sem reboços, que a paulatina passagem do estado liberal para o estado de preocupação social ou o estado social fez com que a responsabilidade objetiva fosse ganhando cada vez mais terreno.

Mas a conquista deste terreno não se realizou sem embate e polêmica, responsáveis pela consolidação de idéias que, decorridos quase dois séculos, mantêm em parte a sua utilidade argumentativa.

---

<sup>110</sup> LIMA, Alvino, *op. cit.*, p. 115, nota 2.

<sup>111</sup> “O nosso direito, em tese adota o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade. Entretanto, não se filiou, decisivamente, nem a um nem a outro dos sistemas já apreciados. Aliás, o princípio influi nessa instabilidade, porque a sua insuficiência está, a cada passo, em qualquer dos sistemas, impondo temperamentos, exceções, derivações, que o inutilizam como regra fundamental”. (*Op. cit.*, p. 47).

Para conhecer, em certa medida, o conflito estabelecido entre as idéias, cumpre re-visitar obras consagradas, como a de Alvino Lima, que dá notícia de que os contestadores da responsabilidade objetiva afirmavam que a adoção da teoria do risco poderia representar uma espécie de freio ao desenvolvimento da atividade a ela sujeita, anestesiando o empreendedorismo tão necessário ao avanço social. Os seus defensores, de seu turno, sustentaram desconhecer algum exemplo de atividade que tenha sido atrofiada em face de uma previsão mais rigorosa do regime de reparação, de modo que tal argumento não se coadunaria com a realidade<sup>112</sup>.

De seu turno, Aguiar Dias consignou que os críticos da responsabilidade sem culpa denunciavam uma visão demasiadamente materialista do problema reparatório, esquecendo-se do caráter humano que deveria timbrar a discussão e a operacionalização do instituto. Os que a isso se opunham registraram, de outra sorte, que era a responsabilidade objetiva que garantia a observância dos princípios da equidade e justiça, ao garantir a indenização em hipóteses não abarcadas pela teoria da culpa, em face mesmo das desvantagens naturalmente criadas pela desigualdade econômica. Desse modo, seria a teoria do risco que seguiria, à risca – com o perdão do trocadilho – o princípio da isonomia substancial, segundo o qual se deveria tratar os desiguais de modo desigual e na medida desta desigualdade<sup>113</sup>.

Registrou Guilherme Castro Couto, por sua vez, a crítica segundo a qual a teoria do risco representaria uma volta ao passado bárbaro, um retrocesso ao que havia antes da concepção de culpa, que operava como uma garantia de justiça e preservava a ordem social. Em resposta, os adeptos da teoria do risco sustentaram a dessemelhança à teoria do risco à vingança privada antes da noção estreita de culpa imperante. Longe disso, a responsabilidade objetiva teria na equidade o seu fundamento e que, a precariedade dos fundamentos da teoria do risco igualmente existia na outra modalidade de responsabilidade, o que fazia com que ambas ostentassem uma margem natural e inevitável de incerteza<sup>114</sup>.

Apresentados assim os argumentos fundamentais que tencionavam o cabo de força entre as duas modalidades de responsabilidade, importa ainda registrar que, para evitar a expansão da responsabilidade objetiva, os adeptos da subjetiva foram obrigados a reformá-la e enriquecê-la em categorias, do que são exemplos não só a ampliação do conceito de culpa como a noção de presunção de culpa.

---

<sup>112</sup> Op. cit., p. 191.

<sup>113</sup> Op. cit., v. 1, p. 66.

<sup>114</sup> CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 2.

Como visto, a transição<sup>115</sup> da responsabilidade timbrada pela imprescindibilidade da presença da culpa para aquela inspirada no risco foi orientada por uma opção político-legislativa de se garantir a indenizabilidade da vítima<sup>116</sup>, a qualquer custo, mesmo a custo de responsabilizar quem não tenha atuado com culpa. Na verdade, houve uma opção ideológica que considerou como adequado que nas atividades que por sua natureza ensejassem risco para terceiros, aquele que a ela se dedica deve assumir as conseqüências danosas que eventualmente produza a atividade, ainda que culpa alguma haja, embora presente o nexo causal, a causa.

Na precisa lição de Rui Stoco:

A doutrina objetiva<sup>117</sup>, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre um e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco, diz Philippe Lê Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretense responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade (ob. cit., n.2, p. 4) (cf. Caio Mário, op. cit., p. 267)<sup>118</sup>

A espinha dorsal da responsabilidade objetiva e da teoria que lhe dá supedâneo “se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano<sup>119</sup>” é devido à culpa.

A pergunta fundamental deixa de ser, portanto, “quem tem culpa?” para passar a ser “quem responde pela indenização?”, partindo-se da premissa, para os acólitos da teoria objetiva, que a vítima tem sempre que ser indenizada.

De um modo geral, a posição mais aceita é a eclética, adotada pelo direito brasileiro, de que a responsabilidade civil subjetiva convive com a objetiva, esta última reservando-se a casos particulares e expressamente estabelecidos que, pouco a pouco, pela ampliação que se lhe vem defendendo, vai saindo da condição de exceção para exibir cada vez mais predominância.

---

<sup>115</sup> A rigor não se trata exatamente de uma transição de institutos, posto conviveram, mas transição de teorias que justificaram os institutos em dado momento, ou seja, a teoria da culpa na responsabilização para a teoria da responsabilidade inspirada no risco.

<sup>116</sup> Vide capítulo I.

<sup>117</sup> O direito brasileiro credita a Alvino Lima o tratamento inaugural do tema, em tese apresentada em 1938, na Faculdade de Direito da USP, que deu origem ao livro homônimo: “Da Culpa ao Risco”.

<sup>118</sup> STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 66.

<sup>119</sup> PEREIRA, Caio Mário, op. cit., p. 268.

Durante a maior parte de sua história, a responsabilidade civil do prestador de serviço de saúde – pessoa jurídica, inclusive – foi exclusivamente do tipo subjetiva, mas, com o passar do tempo, a modificação de alguns cenários sociais e o desenvolvimento da teoria do risco<sup>120</sup>, passou-se a defender, em algumas circunstâncias (relação de consumo e especialidades médicas como cirurgia estética<sup>121</sup> e exames de diagnóstico em laboratório), a aplicação da responsabilidade objetiva, que vem a ser aquela que prescinde da presença da culpa, bastando para caracterizá-la o dano e o nexo de causalidade.

Não se duvida, de toda sorte, que o desenvolvimento da responsabilidade civil sempre se fez à luz de uma contínua preocupação com a pessoa humana, que é e deve ser o centro de tudo e que a justiça, por mais que se pretenda desconsiderar o fato, sempre se realiza à luz de um caso em concreto, posto que abstratamente considerada só tem expressão retórica. Embora se reconheça a importância da responsabilidade objetiva, parece que a subjetiva é aquela que melhor considera a concretude estreita do caso, enquanto a objetiva enfoca os arredores dele, terceiros muitas vezes não afetados, e expectativas de danos.

Outrossim, não se pode deixar de considerar que a teoria do risco não distingue quando o risco é gerado em predominante benefício daquele que a este se submete ou mesmo criado em função e razão deste<sup>122</sup>, parecendo tratar da mesma forma situações desiguais (quando não há ou quando há maior vantagem no risco para aquele que pode sofrer o dano), circunstância que urge seja enfocada com mais minúcia e preocupação, tal qual será feito adiante.

Embora se reconheça a dificuldade de mensurar, matematicamente, a predominância da vantagem, este obstáculo não pode ser aceito como suficiente para afastar a análise acerca do assunto, na tentativa de, à luz do caso em concreto e das peculiaridades que apresente, bem assim orientado pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade, alcançar soluções

---

<sup>120</sup> “A insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, por obrigar a perquirir o elemento subjetivo da ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os perigos à vida e à saúde humana, levaram a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização. Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a idéia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio do *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi onus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas conseqüências”. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 7, p. 12-13).

<sup>122</sup> Aqui visivelmente adota-se uma amálgama entre a teoria do risco-proveito e do risco-criado.

melhores do que as atualmente encontradas com a responsabilização objetiva guiada pela teoria convencional do risco gerado.

### 2. 3 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO

O tema da responsabilidade civil do médico não foi desprezado pelo Código Civil de 1916 que, em seu art. 1545, limitou-se a afirmar que “os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir ou ferimento”.

Previu, portanto, a responsabilidade do tipo subjetiva para os profissionais liberais, nada especificamente dispondo sobre a cota-parte de responsabilização das empresas dedicadas à saúde – hospitais, clínicas, empresas de pesquisa -, embora tenha genericamente consignado a responsabilidade do patrão pelos atos culposos dos seus empregados ou prepostos no exercício do trabalho (art. 1521, III), a tanto se aplicando às pessoas jurídicas que exercem exploração industrial (art. 1522). Igualmente contemplou a responsabilidade solidária do farmacêutico pelos enganos do seu preposto (art. 1546).

A respeito do assunto, pontuou Bevilaqua, consignando:

[...] a responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo, por atos profissionais, que produzam morte, inabilitação para o trabalho, ou ferimento, funda-se na culpa; e a disposição tem por fim afastar a excusa, que poderiam pretender invocar, de ser o dano um acidente no exercício de sua profissão. O direito de exigir que esses profissionais exerçam precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem. E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso, que a lei repressiva lhe pune as infrações<sup>123</sup>.

Carvalho Santos, de seu turno, citando Giorgi, afirmou:

presume-se habilitado todo aquele que exercita publicamente uma arte, ofício ou profissão, de sorte que, se devido a uma imperícia, resultar qualquer dano, tem o prejudicado o direito de exigir a devida indenização, precisamente porque tinha razões para acreditar na

---

<sup>123</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1954, vol. 5, p. 252.



habilitação de quem exercia publicamente a arte ou profissão respectiva<sup>124</sup>.

Na mesma direção aponta o ensinamento de Aguiar Dias que, a par de reconhecer a responsabilidade do tipo subjetiva, realça a natureza contratual da responsabilização, a despeito do código de 1916 tê-la previsto no capítulo dos atos ilícitos, mas não referindo no capítulo da atividade profissional a responsabilidade da pessoa jurídica<sup>125</sup>.

Caio Mário da Silva Pereira, ao mencionar o projeto de Código Civil de 1975 (projeto 634-B) realçou a mudança que, à época, pretendeu-se implementar:

[...] dispensou-se de reproduzir o disposto no art. 1545 do Código de 1916, por se entender que não há razão para destacar a imprudência, a negligência, a imperícia do conceito genérico de culpa. É, em verdade, conveniente observar que a referência expressa à observância de regras muito rígidas pode levar o juiz a se apegar demasiadamente aos casuísmos, deixando não indenizada a vítima<sup>126</sup>.

A visão clássica em derredor do assunto, portanto, pode ser resumida considerando a responsabilidade civil do médico e profissionais de saúde como do tipo **subjetiva, contratual**<sup>127</sup> – a despeito da previsão legal do art. 951 do CC de 2002 e 1545 do CC de 1916 – e **instrumental, id est**, oriunda de obrigação de meio, não de resultado<sup>128</sup>; noutra falar, não se pode exigir do médico o compromisso da cura, mas tão somente o emprego de todos os

<sup>124</sup> CARVALHO SANTOS, J.M.. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 6. ed. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959, p. 247.

<sup>125</sup> AGUIAR DIAS, José, *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 252-253.

<sup>126</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 148-149.

<sup>127</sup> “No Brasil, quanto à responsabilidade médica, o elemento de referência é a análise da culpa individual do médico, com o ônus da prova a cargo do ofendido.

[...] Ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado. O devedor tem apenas que agir, é a sua própria atividade o objeto do contrato. O médico deve apenas esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga.

A jurisprudência tem sufragado o entendimento de que, quando o médico atende a um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato. A responsabilidade médica é de natureza contratual. Contudo, o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão.

Já na obrigação de resultado (empreitada, transporte, cirurgia plástica estética propriamente dita), o profissional obriga-se a atingir determinado fim, o que interessa é o resultado de sua atividade – sem o que não terá cumprido a obrigação.

Não há, pois, culpa presumida do médico, por estarmos diante de um contrato. Ao autor incumbe a prova de que o médico agiu com culpa.”(KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, p. 51, 54-55).

<sup>128</sup> “Ora, na obrigação de meios o que se exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Esse tipo de obrigação é o que aparece em todos os contratos de prestação de serviços, como o de advogados, médicos, publicitários etc. Dessa forma, a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la.” (MAGALHÃES, Tereza Ancora Lopes. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. In: CAHALI, Yussef Said (org.). *Responsabilidade Civi*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 146).

instrumentos que estejam a seu alcance para obtê-la, à luz, naturalmente, da orientação científica vigente à época em que se deu o atendimento.

Do caráter subjetivo, resulta a imprescindibilidade do elemento volitivo qualificando a prática do ato danoso, ao passo que a conseqüência prática promanada do feitiço contratual-instrumental da responsabilidade *sub cogitatione*, consiste na necessidade do suposto ofendido positivar, sem reбуços, a culpabilidade do ofensor, cabendo àquele o ônus da prova.

Assim, inobstante o seu caráter predominantemente contratual, na responsabilidade civil do médico, à semelhança do que ocorre com a culpa dita aquiliana, dimanada de inobservância normativa, recai sobre o ofendido a obrigação de delimitar o ato lesivo e a culpabilidade que o informa, de maneira que não restem dúvidas acerca do comportamento doloso, negligente, imprudente ou imperito do profissional, em face mesmo da natureza instrumental da obrigação.

Se assim é relativamente aos profissionais atuantes na área de saúde, no condizente às empresas são estas responsabilizadas na medida em que seus prepostos ajam culposamente.

Mas a par da demonstração da culpa, necessário esteja presente, para complementar os elementos caracterizadores da responsabilidade subjetiva, o nexo causal e o dano.

A relação de causa e efeito deve, para ensejar a indenização, ser estabelecida entre o comportamento do médico e o resultado danoso. À luz da orientação mais tradicional, este nexo precisa ser direto (o dano decorra efetivamente e sem mediações do ato culposo) e indispensável (sem o qual jamais resultaria o prejuízo), sob pena de ser nocivamente confundido com uma mera coincidência.

A respeito da imperiosidade do elemento causal para configurar a responsabilidade civil, melhor o disse Caio Mário da Silva Pereira<sup>129</sup>:

Na etiologia da responsabilidade civil, como visto, são presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista, porque sem eles não se configura: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexo de causalidade entre uma e outro. Não basta que o agente haja procedido contra o direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”; não basta que a vítima sofra um “dano”, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, “é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o

---

<sup>129</sup> Op. cit., p. 75.

dano não ocorreria” (Traité des Obligations en Général, volume IV, nº 366). O nexu causal se torna assim indispensável, acrescenta Leonardo A Colombo, para que a culpa possa gerar conseqüências para seu autor. Não basta, esclarece Savatier, que um dano tenha coincidido com a existência de uma culpa ou de um risco para estabelecer uma responsabilidade. “Coincidência não implica causalidade” (La Responsabilité Civile, vol. II, nº 459). Para que se concretize a responsabilidade é indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano porque o agente procedeu contra direito (René Rodiere, Responsabilité Civile, pg. 232; Marty e Raynaud, Droit Civil, tomo II, volume I, Les Obligations, nº 447).

E arremata, adiante, sintetizando a visão tradicional a respeito<sup>130</sup>:

Em se tratando de elemento causal, cumpre ao lesado, no curso da ação de indenização, prová-lo cumpridamente. Se a causalidade resta incerta, diz Carbonnier, em razão de uma impossibilidade de prova, o juiz deve rejeitar a ação de perdas e danos (Droit Civil, vol. IV, Les Obligations, parágrafo 91, pg. 316).

O dano, de seu turno, exige-se certo, pouco importando seja atual ou futuro, de modo que o dano hipotético não enseja reparação<sup>131, 132</sup>. A comprovação do dano varia de acordo com a sua modalidade. O dano material necessita ser provado<sup>133</sup>, não se podendo presumir, seja ele apresentado na forma de dano emergente – aquilo que efetivamente se perdeu, o déficit

---

<sup>130</sup> Op. cit., p. 76

<sup>131</sup> “Por isso que não há que distinguir, para efeito de responsabilidade, entre o dano atual e futuro. Todos os autores concordam em que a distinção a fazer, nesse sentido, é tão-somente se o dano é ou não certo”. (STOCO, Rui, op. cit., p. 503).

<sup>132</sup> Esta noção da imprescindibilidade da certeza do dano, embora se afirme como regra, não afasta as exceções, progressivamente ampliadas.

Exceção antiga a esta regra é a do dano que ruína pode ensejar em prédio vizinho, o chamado dano infecto, já previsto no art. 555 do CC de 1916. O dano infecto significa o prejuízo eventual, possível ou iminente. No direito romano antigo, quando um imóvel ameaçava ruir, o pretor podia ordenar ao proprietário a prestação de caução para o caso dela ocorrer, se não preferisse abandoná-lo. (De Page, citado por Rui Stoco, op. cit., p. 507). Continuamente, todavia, a certeza do dano como regra vem sendo posta à prova na sociedade de risco.

No campo do dano ambiental, por exemplo, basta que haja risco de contaminação para que, muitas vezes, remanesça presente o dever de indenizar. Basta que as regras de cautela não sejam observadas, ainda que dano algum seja produzido.

Também na seara da biossegurança o dano potencial se faz presente. É proibida a experiência genética que conduz à clonagem humana. Ainda que dano algum advenha para a humanidade, mas somente benefícios, a inobservância desta regra gera o dever de indenizar.

O dano potencial, portanto, pode ser indenizável no direito brasileiro.

<sup>133</sup> À exceção do que decidiu a 1ª Turma do STJ, em RSTJ 76/257, rel. Min. Asfor Rocha, j. 20.03.1995: “Em família de poucos recursos, o dano patrimonial resultante da morte de um de seus membros é de ser presumido”. “Compete ao ofendido comprovar os rendimentos que auferia por ocasião do evento danoso, para a apuração da porcentagem da depreciação da sua capacidade de trabalho. À falta de tal prova, ou se demonstrado que vivia de trabalhos eventuais, sem renda determinada, toma-se por base o salário mínimo para a fixação da referida porcentagem. Esse mesmo critério é adotado quando o lesado não consegue demonstrar qualquer renda porque não se encontrava exercendo atividade laboral, sendo, no entanto, pessoa apta para o trabalho”. (DIAS, Carlos Roberto Golçalves. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 695).

patrimonial experimentado -, seja ele apresentado na forma de lucros cessantes – o benefício que razoavelmente se deixou de vivenciar<sup>134</sup>.

O dano moral – aquele que não se refere ao patrimônio material, mas ideal, abrangendo a noção de proteção à honra, ao direito a uma vida digna e sem maiores sobressaltos -, por sua vez, pode ser presumido, adotando-se sempre, evidentemente, o padrão de sensibilidade do homem médio, o outrora alcunhado *bonus pater familiae* dos romanos, a fim de se evitar que uma demasiada suscetibilidade possa justificar indenizações. O critério de fixação do dano moral é o da razoabilidade, do comedimento, levando-se em consideração o grau de culpa e a repercussão negativa da ofensa<sup>135</sup>.

A despeito da regra geral em relação ao médico, ou seja, a responsabilidade com culpa<sup>136</sup> demonstrada pelo ofendido, não se desconhece que, a pouco e pouco, em alguns casos, defendeu-se e defende-se a presunção da culpa que deveria ser afastada pelo esforço probatório do profissional<sup>137</sup> ou empresa, consistindo esta, pois, em uma fase de transição, que anunciava as transformações a serem implementadas, a princípio, pelo Código de Defesa do Consumidor e, em seguida, pelo Código Civil de 2002.

---

<sup>134</sup> “Em regra, os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta. Pode suceder, contudo, que esses efeitos se produzem em relação ao futuro, impedindo ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido à vítima. Aí estão identificados o dano positivo ou *damnum emergens* e o lucro cessante... O critério acertado (na definição do lucro cessante) está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto.” (STOCO, Rui, op. cit., p.503-504).

“Para que ocorra o direito aos lucros cessantes, a título de perdas e danos, deve-se comprovar haver, com certeza, algo a ganhar, uma vez que só se perde ‘o que se deixa de lucrar’ (cf. Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado. T. XXV, p.23). Aliás, estabelece o art. 1059 do Código Civil [atual art. 402], que a perda indenizável é ‘o que razoavelmente deixa de lucrar’ sendo de se exigir venha o esbulhado demonstrar haver possibilidade precisa de ganho, sem o que não há que falar em lucros cessantes” (1º TACSP – 3ª C – Ap. 476.842/1 -Rel. Antônio de Pádua Ferraz Nogueira – j. 01.06.1993)

“O lucro cessante não se presume, nem pode ser imaginário. A perda indenizável é aquela que razoavelmente se deixou de ganhar. A prova da existência do dano efetivo constitui pressuposto ao acolhimento da ação indenizatória” (STJ – 4ª T. – Resp 107.426 – Rel. Barros Monteiro – j. 20.02.2000 – DJU 30.04.2001 e RSTJ 153/298).

<sup>135</sup> “A reparação do dano moral deve significar uma compensação equitativa da perda ocasionada pelo réu. Não pode, evidentemente, dar causa a um enriquecimento ilícito. O que se percebe atualmente é que os exageros estão desmoralizando o instituto. É necessário ter-se mais prudência na fixação dos danos morais, para que o judiciário não sirva como instrumento de enriquecimento sem causa. Os juízes precisam estar atentos aos exageros, e devem agir com cuidado na fixação do quantum.” (TJ/BA, ap. nº 49658-4, publicado no DPJ de 10.04.99, rel. des. Paulo Furtado).

<sup>136</sup> “O profissional da Medicina só poderá responder por aquilo que *dele*, exclusivamente dele, dependa. Não pode responder pela resposta do organismo do paciente”. (NALINI, José Renato. A Responsabilidade Penal do Médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Direito e Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 267).

<sup>137</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 560.

## 2.4 O PRESTADOR DO SERVIÇO DE SAÚDE E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: RESPONSABILIDADE OBJETIVA (?)

Valorizando a defesa dos interesses do consumidor, que incluem a priorização do ressarcimento da vítima, o Código de Defesa do Consumidor previu, no *caput* do seu art. 14, a responsabilidade objetiva pelo defeito na prestação de serviços, embora tenha ressalvado, no §4º, a necessidade de apurar a responsabilidade dos profissionais liberais, médicos entre eles, mediante a verificação da culpa<sup>138</sup>.

O Código Civil de 2002, de seu turno, previu, no parágrafo único do art. 927, a responsabilidade independentemente da culpa nos casos especificados em lei “ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, embora tenha previsto, no art. 951, a culpa para o fim de averiguação da responsabilidade profissional.

A partir da promulgação dos referidos diplomas construiu-se o entendimento de que, embora a responsabilidade pessoal do médico sempre dependesse da verificação da culpa, a responsabilidade das empresas que se dedicam à saúde – hospitais, clínicas, sanatórios, laboratórios, institutos de pesquisa – independeria da ocorrência da culpa, bastando, pois, a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre o comportamento dos prepostos e o dano verificado.

Na esteira da priorização dos interesses da vítima passou-se, outrossim, não raro, a inverter-se o ônus da prova da culpa (art. 6º, VIII, CDC) nas ações intentadas contra os profissionais liberais, supostamente mais aptos para demonstrar a sua ausência do que a vítima para positivar a presença.

E é este o quadro hoje dominante<sup>139</sup> que, por força da construção de uma corrente mais vanguardista da doutrina e jurisprudência, começa acertadamente a ser revisado.

---

<sup>138</sup> “Constituindo-se em obrigação de meio, o descumprimento do dever contratual deve ser provado mediante a demonstração de que o médico agiu com imprudência, negligência ou imperícia, assim como está previsto no artigo 1545 do Código Civil [...] A lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no seu artigo 14, §4º, manteve a regra de que ‘a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa’. Esse mesmo ônus que existe na relação contratual, tratando-se de obrigação de meio, também existe na responsabilidade extracontratual, cabendo igualmente ao lesado a prova dos pressupostos enumerados no artigo 159 do Código Civil, que também se refere à culpa nas suas modalidades de imprudência, negligência e imperícia.” (AGUIAR JR. Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Direito e Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 146).

<sup>139</sup> Confira-se um apanhado de jurisprudências: “COMPETÊNCIA. DANO. RESPONSABILIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FORO COMPETENTE. Código de defesa do consumidor – Competência –

---

Responsabilidade do fornecedor de serviços – Médico. A ação de responsabilidade por dano decorrente da prestação do serviço médico pode ser proposta no foro do domicílio do autor (art. 101, I, do Codecon), ainda que a responsabilidade do profissional liberal dependa da prova de sua culpa (art. 14, § 4º, do Codecon). Recurso não provido.” (Resp. n. 80.276/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25.03.1996 e [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)).

“CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. Civil e Processual – Cirurgia estética ou plástica – Obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva) – Indenização – Inversão do ônus da prova. I – Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não-cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II – Cabível a inversão do ônus da prova. III – Recurso conhecido e provido.” (REsp. n. 81.101/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 31.05.1999).

“CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. Cirurgia estética – Obrigação de meio. O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar.” (AgRgAg. nº 37.060/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 06.02.1995).

“Direito civil – Ação indenizatória – Hospital – Falecimento de paciente – Atendimento por plantonista – Empresa proponente como ré – Culpa dos prepostos – Obrigação de indenizar – Danos morais – Quantificação – Controle pela instância especial – Possibilidade – Valor – Caso concreto – Inocorrência de abuso ou exagero – Recurso desacolhido. I – Nos termos do Enunciado n. 341 da Súmula/STF, ‘é presumida a culpa do patrão ou do comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto’. II – Comprovada a culpa dos prepostos da ré, presente a obrigação desta de indenizar. III – O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se que, na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento á realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. IV – No caso, diante de suas circunstâncias, o valor fixado a título de danos morais mostrou-se razoável”. (REsp. n. 259.816/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 22.08.2000).

“Responsabilidade civil – Indenização por danos sofridos em consequência de infecção hospitalar – Culpa contratual – Danos moral e estético – Cumulatividade – Possibilidade – Precedentes – Recurso desprovido. I – Tratando-se da denominada infecção hospitalar, há responsabilidade contratual do hospital relativamente à incolumidade do paciente, no que respeita aos meios para seu adequado tratamento e recuperação, não havendo lugar para alegação da ocorrência do ‘caso fortuito’, uma vez ser de curial conhecimento que tais moléstias se acham estreitamente ligadas à atividade da instituição, residindo somente no emprego de recursos ou rotinas próprias dessa atividade a possibilidade de prevenção. II – Essa responsabilidade somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado. III – Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado” (REsp. nº 116.372/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ. 02.02.1998).

“Responsabilidade civil do nosocômio por erro médico. Responsabilidade objetiva. Necessidade de prova cabal acerca da prestação de serviço deficitário. Caracterização. Dano moral puro configurado. *Quantum*. Critérios. Minoração. É dever de o hospital prestar adequadamente os serviços a que se propõe. Outrossim, a responsabilidade do nosocômio é objetiva, o que faz com que se exija do lesado apenas a comprovação do dano, do nexos causal e da má prestação de serviço, para que seja reconhecido o dever de indenizar por parte do prestador de serviço. Nos autos, a prova coligida aponta uniformemente para a ocorrência de negligência e imperícia no cuidado despendido com a *de cuius*, o que impõe o reconhecimento da responsabilidade civil do nosocômio.

O dano moral é *in re ipsa*, sendo desnecessária a realização de provas sobre sua ocorrência, à medida que os prejuízos são presumíveis.

Na mensuração do dano, não havendo no sistema brasileiro critérios fixos e objetivos para tanto, mister que o juiz considere aspectos subjetivos dos envolvidos. Assim, características como a condição social, a cultural, a condição financeira, bem como o abalo psíquico suportado, hão de ser ponderadas para a adequada e justa quantificação da cifra reparatória-pedagógica.

Dessarte, cotejando-se os elementos supra indicados, é de ser minorada a indenização pelo dano moral experimentado, adequando-o ao entendimento desta Colenda Câmara.” (Deram parcial provimento ao apelo do Réu, vencido o Des. Umberto Sudbrack que provia em menor extensão. Prejudicado o recurso adesivo unânime. TJ-RS, apelação cível nº 70017889601, Quinta Câmara Cível, rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, 20.12.2006). Note-se que, no presente julgamento, embora inicialmente sustente a responsabilidade hospitalar do tipo objetiva, por igual menciona a existência de ato de negligência e imperícia, como se a não prescindir da apreciação da culpa.

No diapasão desta nova corrente modula a voz o Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>140</sup> ao decidir:

responsabilidade civil – hospital – ajuizamento com base no Código de Defesa do Consumidor – responsabilização objetiva – inadmissibilidade – hipótese de exercício de profissão liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico – necessidade de prova de que o réu agiu com culpa ou dolo – art. 14, §3º, do referido Código – recurso não provido. Em ação de indenização contra hospital, ajuizada com base no Código de Defesa do Consumidor, embora se trata de pessoa jurídica, a ela não se aplica a responsabilização objetiva, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico. Aplicável, pois, o §4º do art. 14 do referido Código.

Ao comentar a decisão, Miguel Kfoury Neto a classificou:

inovadora [...] e abre nova perspectiva à exegese do mencionado artigo. Desconsiderou-se a pessoa jurídica – cuja responsabilidade é objetiva –, alcançando-se a pessoa do médico – com o intuito de verificar-se se o profissional, mesmo empregado da casa hospitalar, agiu ou não com imperícia, imprudência ou negligência. Noutras palavras, afirmou o órgão julgador que, haja ou não vínculo empregatício, é a análise da atuação pessoal do médico que determinará – ou não – a responsabilidade do estabelecimento. No caso de serviços prestados pelo profissional da medicina, portanto, não incidiria o §3º do art. 14 – sempre o §4º, em qualquer hipótese<sup>141</sup>.

Para Kfoury, a responsabilidade objetiva não se afeiçoa à atividade médica, em face da natureza singular do serviço, qual seja curar os doentes, salvar vidas, posto que “viver já envolve toda sorte de riscos. Intervir no corpo humano potencializa esses riscos”<sup>142</sup>.

No mesmo passo, trafega Carreira Alvim<sup>143</sup> ao afirmar:

No caso das empresas que se dedicam à prestação de serviços de saúde, não se pode dizer que, por serem pessoas jurídicas, assumem, em qualquer caso, um compromisso com o resultado do tratamento, mesmo porque tais serviços são prestados por médicos, na condição de profissionais consorciados, ou prestadores de serviços, ou empregados, em situação similar à responsabilidade do profissional médico liberal.

A par disso, ainda segundo Kfoury:

revela-se palmar equívoco, em demandas indenizatórias ajuizadas em face de médicos, autorizar a inversão do ônus da prova, o que se faz, de costume, com respaldo no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Primeiro, porque – como se procura demonstrar – é vedada por lei tal inversão, relativamente aos profissionais liberais; segundo, porque a

---

<sup>140</sup> *RJTJSP – Lex 141/248*

<sup>141</sup> *Responsabilidade Civil do Médico*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 186.

<sup>142</sup> *Op. cit.*, p. 186-187.

<sup>143</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. Reflexões sobre a Responsabilidade Civil Médica. A Tutela Antecipatória na Ação de Reparação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Direito e Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 223.

responsabilidade médica encontra-se disciplinada, sem tergiversações, no art. 1545 do Código Civil brasileiro – atual 951 –, que condiciona a reparação dos danos ligados às atividades profissionais nele mencionadas à verificação da ocorrência de imperícia, imprudência ou negligência<sup>144</sup>.

De outra parte, Ruy Stoco sustentou atentar contra a lógica aplicar a responsabilidade objetiva às empresas que se dedicam à saúde posto que:

[...] o serviço prestado pelo hospital, quando contratado para ministrar tratamento, cirurgia ou acompanhamento médico ou ambulatorial, tais práticas são subministradas por médicos, de modo que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico, como atividade especializada e restrita àqueles previamente credenciados pelo Conselho Regional de Medicina [...] Por fim, cabe obtemperar que a total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se assegura apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão-somente em razão de sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício entre um e outro<sup>145</sup>.

Verifica-se, pois, ter sido forjado um entendimento, protagonizado por parcela minoritária, a bem da verdade, da doutrina e jurisprudência, de que os danos gerados pelas atividades de prestação de serviços de saúde, ainda que desempenhadas por pessoas jurídicas, não podem ser reguladas pela responsabilidade objetiva, posto que, em verdade, o que se está sempre avaliando é o comportamento profissional liberal do médico, seu preposto.

---

<sup>144</sup> *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

A propósito do tema, um posicionamento intermediário: “Responsabilidade civil – Médico e Hospital – Inversão do ônus da prova – Responsabilidade dos profissionais liberais – Matéria de fato e jurisprudência do STJ (REsp. n. 122.505/SP). 1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a ‘responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’ (art. 14, §4º). 2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao ‘critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência’ (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias. 3. Recurso especial não conhecido.” (REsp. n. 171.988/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ. 28.06.1999. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2007).

Ainda acerca da inversão do ônus da prova prevista pelo CDC: “Não é, porém, porque o Código seja de defesa do consumidor que todos os benefícios e favores da ordem jurídica tenham que lhe ser aplicados, mesmo porque não contém ele um sistema completo e hermético de regulamentação das obrigações originadas das relações de consumo. [...] Dizer-se que a culpa, *in casu*, se presume porque o Código do Consumidor inclui entre os esteios da proteção ao consumidor a inversão do ônus da prova é, *data venia*, uma inverdade. Se é possível dita inversão, não a instituiu, porém, o CDC como regra absoluta e invariável. Ao contrário, o artigo 6º, n. VIII, admite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor como medida a ser adotada caso a caso, segundo critério do juiz, e sob a condição de se verificar a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência técnica do consumidor, aferíveis conforme as regras ordinárias de experiência. [...] Daí porque a melhor doutrina é a preconizadora de que a obrigação dos médicos, perante seus clientes, continua sendo, mesmo depois do CDC, regida pela regra tradicional do Código Civil [...]” (THEODORO JR., Humberto. *A Responsabilidade Civil por Erro Médico*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito e Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 123).

<sup>145</sup> Responsabilidade civil dos profissionais liberais e dos prestadores de serviços. Tribuna da Magistratura, *Cadernos de Doutrina*, set. 1996, p. 65.



De fato, consiste mesmo em imposição de lógica inapelável diferenciar as prestadoras de serviço convencionais, como a montadora de automóveis, a fábrica de calçados ou de fogões da entidade que presta serviços à saúde, posto que nesta última enfrenta-se o imponderável, a muitas vezes imprevisível reação do organismo<sup>146</sup>, com as suas deficiências pré-constituídas, as enfermidades cujas curas ainda não foram descobertas, os riscos inafastáveis de qualquer intervenção cirúrgica e o desafio sempre posto e nunca definitivamente superado de apascentar as dores e adiar o caminho do homem em direção à morte. A medicina, despiendo dizer, não é ciência exata, sendo inadmissível, portanto, que os hospitais sejam tratados como prestadores de serviços ordinários, não qualificados.

Cumpra afirmar, portanto, a inadequação de reservar-se a responsabilidade objetiva mesmo para as pessoas jurídicas, com finalidade lucrativa ou não, que se organizam para prestar serviços de saúde, posto que, em primeiro, o que se põe em exame é o próprio trabalho médico, desempenhado por um preposto; em segundo, porque o risco no desempenho da atividade é predominantemente corrido não em benefício da pessoa jurídica, mas do paciente<sup>147</sup>; em terceiro porque, não raro, à empresa não é reservada a opção de optar ou não a prestar o serviço. Tais e quais razões serão pormenorizadamente analisadas nos tópicos que se seguirão.

## 2.5 A TEORIA DO INTERESSE<sup>148</sup> -<sup>149</sup> -<sup>150</sup>: MAIOR ADEQUAÇÃO.

---

<sup>146</sup> “[...] o médico sempre trabalha com uma zona de risco a seu favor, pois cada pessoa é uma e as reações dos indivíduos ao mesmo tratamento podem variar, sendo, portanto, imprevisíveis”. (LOPEZ, Tereza Ancona. *O Dano Estético – Responsabilidade Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.27).

<sup>147</sup> Embora tal argumento será objeto de aprofundamento posteriormente, já se pode adiantar a dificuldade de medir tal predominância, malgrado seja aqui defendida baseada no cotejo dos bens jurídicos protegidos na relação que se entabula: de um lado, o paciente, que almeja à proteção da vida e saúde, do outro lado, o prestador de serviço, que visa à percepção do lucro ou o alcance de uma finalidade filantrópica. Parece ao autor, portanto, haver uma desproporcionalidade de origem no valor dos benefícios que poderão ser a cada qual reservados com a atividade humana.

<sup>148</sup> Não confundir com a jurisprudência dos interesses que, segundo lição do Professor Washington Trindade, é incompatível com a sociedade tecnológica ou sociedade dos grandes riscos.

<sup>149</sup> Não confundir com o princípio da equidade ou do interesse preponderante encontrado na literatura jurídica germânica adepta à responsabilidade objetiva que, a despeito da similitude do título, apresenta conteúdo bem diverso. Com efeito: “Princípio da equidade ou do interesse preponderante. Segundo ele, o mecanismo da responsabilidade funcionaria conforme a situação das partes interessadas. Se a pessoa que causa o dano é economicamente forte, alarga-se o campo em que se enquadra a responsabilidade, mormente se o lesado é pouco afortunado; na situação oposta, restringe-se e se exclui, até, a ação de indenização, desde que o autor do dano tenha agido sem malícia ou culpa grave.”(AGUIAR DIAS, José de, op. cit., p. 53).

<sup>150</sup> Ao analisar o trabalho o professor Washington Trindade considerou melhor batizar a teoria de teoria da apreciação, uma vez que interesse seria um termo anacrônico, *démodé*, que há cem anos foi usado por Jhering para definir a ciência do Direito, como um interesse juridicamente protegido.

No julgamento do subscritor, já é tempo de questionar a conveniência de se aplicar às atividades de prestação de serviços de saúde, em face das peculiaridades que lhe são próprias, o sistema consagrado de responsabilização civil, que se divide em dois grandes troncos auto-excludentes: o da responsabilidade subjetiva que não prescinde da verificação da culpa e que se opõe ao da responsabilidade objetiva, inspirada na teoria do risco.

Pretende-se que o questionamento a ser feito promova mesmo a superação do modelo posto, para, em iniciativa propositiva, estudar nova roupagem a ser aplicada na responsabilização derivada da prestação de serviços de saúde.

De fato, a aplicação pura e simples da clássica teoria do risco, que conduz à responsabilidade objetiva, somente é razoável quando esse risco for corrido em benefício do prestador, mas nunca quando o risco for vivido predominantemente em benefício do “consumidor” ou mesmo gerado em razão dos interesses deste, como ocorre com os médicos e hospitais, nos quais o perigo enfrentado é justificado pela tentativa de obtenção de cura do paciente, em seu benefício, portanto. Não fosse assim, poder-se-ia admitir que o hospital ou médico, em face de elevado risco apresentado por um paciente, poderia negar-se a prestar o serviço, quando se sabe que tal opção não se lhes é reservada<sup>151</sup>.

Cumprido, pois, desenvolver e aplicar a teoria do interesse ou da predominante vantagem no manejo da responsabilidade civil na prestação do serviço de saúde. A teoria do interesse que pretende ser construída desloca o eixo de valor da teoria do risco, para, ao invés de considerar o risco e a necessidade da proteção daquele que o vivencia, considerar o interesse pela assunção do risco<sup>152</sup>.

Com efeito, na prestação de serviços de saúde, o risco é predominantemente corrido, e por isso gerado, no interesse do paciente, de modo que, ao contrário do que se dá em outras atividades privadas, como o transporte, o risco é mesmo desejado, até porque viabiliza a chance – de cura, de sobrevivência, de maior bem-estar e quejandos.

---

<sup>151</sup> “No caso das empresas que se dedicam à prestação de serviços de saúde, não se pode dizer que, por serem pessoas jurídicas, assumem, em qualquer caso, um compromisso com o resultado do tratamento, mesmo porque tais serviços são prestados por médicos, na condição de profissionais consorciados, ou prestadores de serviços, ou empregados, em situação similar à responsabilidade do profissional médico liberal. Não fosse assim, a instituição de saúde também recusaria o paciente sempre que não visse chance de poder alcançar o resultado esperado, e com esse comportamento os seus dirigentes e médicos incidiriam na reprovabilidade e responsabilidade penal, no mínimo, na modalidade de omissão de socorro (art. 135, CP)”. CARREIRA ALVIM, J.E. *op. cit.*, p. 223. Repetiu-se a parte inicial antes transcrita para permitir a compreensão do enunciado.

<sup>152</sup> Neste cenário, cresce de importância o dever de informação completo do médico e o consentimento informado do paciente como um processo dialógico de comunicação, tal qual será abordado linhas adiante.

No desenvolvimento da teoria do interesse, substitutiva do risco, cumpre promover a segmentação do interesse ou da vantagem em primário e secundário, para realçar a importância do primário na definição da natureza da relação jurídica.

Desse modo, na prestação privada de serviços de saúde, o interesse primário é o bem-estar do paciente, enquanto o secundário é o lucro, ao passo que na prestação de serviço convencional, como na atividade de transporte, o interesse primário é sempre o lucro, e o secundário a satisfação do cliente (passageiro ou proprietário de mercadoria) – mesmo porque, não raro, este serviço pode ser negado ao cliente que o procura, por diversas razões. À vista de tal distinção, aplicar-se-ia, no primeiro caso a teoria do interesse e, no segundo, a do risco, nos moldes em que conhecida.

Em outras palavras e adotando-se o critério da vantagem predominante, tem-se o mesmo resultado<sup>153</sup>. No cotejo das vantagens a serem experimentadas, a empresa de saúde sempre terá uma vantagem de menor envergadura do que aquela vivenciada pelo paciente, mesmo porque todo o esforço daquela é concentrado para se alcançar um benefício direto ao enfermo e indireto para si própria. Tal se dá até pela singela razão de que o direito à vida e saúde são direitos fundamentais de todo indivíduo e que ostentam dignidade e estatura constitucionais, sobrepairando, a princípio, em relação a qualquer outro direito.

Sintetizando, poderia dizer-se da necessidade de, no caso em concreto, investigar o interesse primário ou a predominante vantagem e, a depender esteja este identificado com a vítima ou o ofensor, aplique-se invariavelmente a responsabilidade subjetiva no primeiro caso e a objetiva no segundo.

A distinção que se pretende estabelecer, vale o registro, não se confunde com a noção de dano justo, ou seja, aquele inevitável que pode ser representado como um erro escusável, tal qual ocorre com as reações iatrogênicas, posto não solucionar os casos em que a empresa de saúde é responsabilizada pela simples ocorrência do nexo de causalidade e do dano, ainda que justo.

### **2.5.1 Debate acerca de observações críticas realizadas à teoria do interesse.**

---

<sup>153</sup> O que seria igualmente alcançado se perquirisse o motivo da criação do risco que, se direcionando predominantemente para os interesses daquele que o corre, justificaria a flexibilização defendida da modalidade de responsabilização.

A iniciativa de divulgação das idéias fundamentais consignadas no presente trabalho ensejaram inquietações em alguns operadores do direito. Questionaram, não sem razão, o fato de que a teoria do interesse adota alguns dogmas imodificáveis como premissas, a partir dos quais é desenvolvida.

Observam, contudo, que nem sempre tais premissas se afirmam verdadeiras ou, ao menos, podem ser questionáveis, a começar pela cisão do interesse em primário e secundário e a adoção de um ou outro no comportamento de certos sujeitos de direito.

Como garantir que, em todas as circunstâncias, um médico, clínica ou hospital terá como interesse predominante a cura, bem-estar ou melhoria das condições de saúde do paciente? Como afastar o interesse mercantilista, tão presente na sociedade contemporânea, da atividade médica, como se fosse ela uma ilha isolada de virtudes magnânimas?

São questões de alta indagação que uma postura séria de abordagem não pode desprezar no contexto do debate científico.

Não há de fato garantias de que, em todas as circunstâncias, um médico, clínica ou hospital terá como interesse predominante o bem estar do paciente. Pode, por igual, não ser fácil classificar, bastas vezes, o interesse primário ou secundário. De outra banda, não se pretende fixar aqui regras inflexíveis, insensíveis à variação que a riqueza dos fatos pode conferir à frieza da teoria, mesmo porque se vive, como visto, a era das incertezas, do imponderável, na qual as verdades graníticas são substituídas por ponderações marcadas pelos juízos de razoabilidade e proporcionalidade. Procurou-se, contudo, adotar critérios coerentes de reflexão.

Primeiramente, adotou-se como modelo o do homem-médio, profissional da medicina que escolhe a carreira por vocação e que realiza o juramento de Hipócrates com sinceridade de espírito e lealdade de intenções. Neste modelo, evidentemente, não se encaixam todas as pessoas que se dedicam à medicina, mas ao autor parece temerário afirmar corresponder a uma minoria.

Assertiva de difícil ou impossível prova – a de que a maioria dos sujeitos que se dedicam à saúde (pessoa física ou jurídica) coloca o interesse do paciente acima dos próprios – não afasta, certamente, a possibilidade de sua adoção como ponto de partida da construção de teoria, posto que, ainda que não ocorra na prática – o que por igual não é fácil positivar -, é socialmente adequado esperar-se seja esta uma meta a seguir, exigindo-se tal comportamento e postura filosófica nas faculdades e na atuação do caso em concreto.

Indubitável, contudo, que tal premissa pode ser adotada para a aplicação da teoria do interesse em bases científicas, mesmo porque pensar a atuação dos sujeitos que se dedicam à medicina de forma diversa – posicionando o interesse econômico acima do bem-estar do paciente – é raciocinar com lastro na distorção, é quase como refletir com fundamento no comportamento patológico.

Demais disso, outros modelos de argumentação podem ser manejados. Se se abandonar o paradigma esperado para a atuação dos operadores de medicina, em outras palavras, se se abandonar o sujeito como critério para fundamentar a teoria do interesse para adotar o objeto, ou seja, o ato médico, pode-se supor que boa parte dos atos médicos realizados no Brasil apresentam risco assimétrico, isto é, as vantagens econômicas não compensariam o risco corrido pelo profissional que atua, neste risco considerado a projeção do perigo vivenciado pelo paciente, na enfermidade e na tentativa do seu enfrentamento.

De fato, o que dizer dos inúmeros procedimentos remunerados de forma vil pelo Sistema Único de Saúde, que, considerando a imensa população pobre do país e o fato de que o pobre, porque mal-nutrido e destituído de condições ideais de higiene, adoeça mais facilmente, pode-se deduzir como a maioria dos atos médicos ocorrentes? O que dizer dos inúmeros procedimentos realizados no interior deste país continental sem que a unidade de tratamento reúna as condições ideais de abordagem médica? Mesmo nas capitais, como imaginar que as casas de saúde públicas e as filantrópicas, que tem na não obtenção do lucro um timbre de sua natureza, possam colocar o interesse ao lucro, que não possuem como marca estrutural, acima do bem-estar do paciente?

E não se desconhece, a propósito, a quantidade imensa de santas casas de misericórdia e hospitais públicos existentes no país, que superam em número as pessoas jurídicas exclusivamente privadas, mesmo porque a saúde tende a ser uma atividade de difícil rentabilidade.

Ao par da adoção do sujeito e do objeto como critério, pode-se outrossim considerar o bem da vida que se pretende alcançar com a intervenção médica. Ora, é natural intuir, considerando uma escala de valores do homem-médio, considerando a incidência do princípio do razoável, que a saúde e a vida do ser humano são valores que se posicionam acima da contraprestação por um serviço desempenhado.

E não se trata, apenas, de argumento retórico, posto que, transferido para a esfera jurídica, pode-se afirmar, à luz inclusive da tábua axiológica eleita pela Constituição Brasileira, que a

saúde e a vida são direitos fundamentais, que se agigantam em face da remuneração por atividade profissional desempenhada.

Embora tanto a propriedade quanto à vida estejam presentes no art. 5º da Constituição Federal como direitos fundamentais, na eventualidade do conflito entre estes dois direitos, deve-se priorizar, à luz do princípio da razoabilidade, o direito à vida, mesmo por ser um direito pressuposto, sem o qual o direito à propriedade não pode ser exercido, nem tampouco cogitado.

É por esse motivo que foi possível afirmar que, por maior que seja o lucro da pessoa jurídica ou física ao praticar um ato médico, a vantagem do paciente que alcançou uma melhora de bem-estar ou ao menos que tentou alcançar será maior, isto porque o bem jurídico protegido é de mais elevada envergadura constitucional.

Desta forma, seja adotando-se o modelo de sujeito ou de atuação em medicina, seja adotando-se o perfil da maioria dos atos médicos praticados no Brasil, seja adotando o bem da vida a ser protegido ou o bem jurídico a ser assegurado, pode-se concluir que, na maior parte dos casos, o interesse primário da atuação médica será o bem-estar do paciente.

E quando se puder provar o contrário, ou seja, que o profissional, a clínica, o hospital ou o sanatório agiram, no caso em concreto, considerando as suas peculiaridades, visando predominantemente o interesse remuneratório é evidente não se possa aplicar a teoria do interesse, mas tal circunstância não pode ser presumida como uma verdade inicial, antes, por se afirmar como exceção de acordo com a lógica do presente trabalho, necessita ser positivada quando em processo discutida.

### **2.5.2 A teoria do interesse e a prestação do serviço de saúde público ou privado de natureza filantrópica**

Se a teoria do interesse, que recomenda a análise do interesse primário para determinar o tipo de responsabilidade a ser aplicada, é idônea a afastar a do tipo objetiva das empresas que se dedicam à saúde, por maior razão afastará esta modalidade de incidência dos hospitais públicos e das pessoas jurídicas que se dedicam à filantropia, como em parte antecipado em linhas volvidas.

Com efeito, estes últimos não mantêm uma relação finalística e fundamental com a apuração do lucro. No primeiro caso, o serviço é gratuito, no segundo caso, embora se almeje o lucro, este nunca é distribuído entre os seus componentes, mas reinvestido na própria atividade ou em programas gratuitos de assistência que privilegiam determinados grupos de pessoas carentes.

Para o serviço público e organizações filantrópicas o interesse primário nunca será o lucro, mas a saúde do paciente, de modo que a responsabilidade civil na sua modalidade objetiva não deve ser jamais aplicada nas ações que envolvam tais entes, por ainda maiores razões do que as antes apreciadas.

Se tal colocação, admita-se *ad argumentandum tantum*, possa ser questionada ponderando-se que o Poder Público tem a obrigação de prestar um serviço de saúde de qualidade, por se tratar de atividade pública essencial, a ser exercitada pela administração direta, independentemente, por óbvio, de almejar o lucro, o que enfraquece a isenção de responsabilização incondicional a ser reservada aos hospitais públicos, mesmo porque a responsabilidade do estado está sacramentada como objetiva em relação aos atos comissivos, embora subjetiva relativamente aos omissivos, o mesmo não pode ser sequer cogitado no condizente às instituições filantrópicas.

A propósito destas, recomenda-se mesmo uma apreciação à luz do critério da equidade.

De fato, como imaginar que uma instituição privada que se dedica à saúde sem almejar a distribuição de lucros para os seus componentes, inspirada, pois, em motivos exclusivamente caritativos ou humanísticos, imaginada e montada para fornecer um serviço de qualidade à comunidade, de modo despretensioso, possa responder, em todas as circunstâncias, pelo malogro de um tratamento médico?

Mais do que em qualquer outra circunstância repugna à noção de justiça que as entidades filantrópicas que se dedicam facultativa e graciosamente à prestação dos serviços de saúde possam, de acordo com a teoria do interesse ou da vantagem predominante, responder objetivamente pelos danos que causarem aos pacientes, a uma, porque não estavam obrigados a prestar o serviço, mas o fizeram por liberalidade e altruísmo, a duas, porque o seu interesse primário não é, por sua natureza, o lucro, nem tampouco o predomínio da vantagem no desempenho da atividade nunca lhe poderá ser reservado, mas invariavelmente ao paciente.

Talvez a hipótese ora contemplada seja a que mais anima o esforço de mudança do sistema da responsabilização objetiva que hoje se pretende aplicar às instituições que se dedicam à prestação de saúde.

### **2.5.3 Uma amostragem da adequação da teoria do interesse à luz de um pequeno estudo de casos**

A reflexão, seguida da convicção, acerca da necessidade de mudança do regime consagrado da responsabilidade civil em relação às pessoas jurídicas prestadoras de serviços de saúde dimanou mesmo da experiência prática, da atuação profissional do advogado no foro.

A fim de ainda mais demonstrar a inadequação do sistema hoje imperante, que sustenta a aplicação da responsabilidade independentemente de culpa<sup>154</sup> para as prestadoras do serviço de saúde, destacou-se dois casos paradigmas, cujos dados de identificação serão omitidos porque correram sob o manto do segredo de justiça.

No primeiro caso, o magistrado condenou hospital filantrópico ao pagamento de indenização embora admitisse - à rigor, aliás, do que entendeu o laudo pericial - a ausência de qualquer erro na prática médica, reconhecendo mesmo a inexistência de nexo causal entre o resultado danoso e a atuação dos profissionais responsáveis pelos atos cirúrgicos praticados. Não é demasiado sublinhar que, no caso dos autos, tratava-se de criança que padecia de séria enfermidade cardíaca de natureza congênita, ainda mais agravada porque os seus responsáveis encaminharam-na a atendimento médico após superada a idade ideal para submissão à cirurgia.

Tudo somado: tratou-se de caso grave, com condições pré-operatórias extremamente desvantajosas, sem compensação econômica posto promovido atendimento pelo SUS, mas que não inibiram os médicos de tentarem uma intervenção ousada, a fim de evitar a morte iminente, que restou evitada, mas com seqüelas para o paciente.

Confira-se a fundamentação da decisão:

---

<sup>154</sup> “Agravado de instrumento. Reparação de danos. Erro médico. Culpa. Profissional liberal. Responsabilidade objetiva. Hospital. Responsabilidade objetiva. Inversão do ônus da prova. A pessoa que figura como paciente de médico é consumidor. Quanto aos hospitais, a responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 14 do CDC. A prestação de serviço está tipificada nas disposições do art. 2º e 3º, da Lei n. 8078/90. A inversão do ônus da prova é integrante do princípio da facilitação da defesa do consumidor. Recurso provido.” (TJ-PR, AI nº 0296474-5, 18ª Câmara Cível. Rel. Des. Nilson Mizuta, julgado em 14/06/2005. Disponível em: < www.tj.pr.gov.br>. Acesso em: 04 nov. 2007).



Da análise da perícia acostadas aos autos, verifica-se que as seqüelas produzidas foram originadas de eventos indesejáveis e imprevistos ocorridos no pós-operatório imediato, inexistindo qualquer nexo de causalidade entre resultado danoso e a atuação dos profissionais responsáveis pelos atos cirúrgicos praticados na pessoa da Autora.

Ressalta-se ainda que no caso concreto, por se tratar de enfermidade a qual se requer um conhecimento técnico apurado, a prova pericial tem um peso inestimável, somente podendo ser preterida se os demais elementos de prova fossem claramente demonstrativos de que as conclusões periciais não estão corretas. No caso dos autos não emergem tais questionamentos.

Dos depoimentos das testemunhas da parte Autora não houve nenhum esclarecimento indubitável de que o resultado danoso tenha sido causado por “erro médico” subsumido das especialíssimas condutas dos prepostos do Réu. Hipóteses não são provas cabais suficientes para desconstituir uma conclusão técnica pericial.

O ponto vital da questão, porém, refoge da conduta da equipe médica encarregada dos atos cirúrgicos e passa a residir na definição da responsabilidade civil do Hospital. [...]

No entanto, é no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) que se assenta como irrecusável a responsabilidade da parte Ré. O art. 14 do referido Estatuto consagra a responsabilidade do fornecedor de serviço, independentemente da existência de culpa para reparação de danos causados aos consumidores.

Dessarte, como prestadoras de serviço, a responsabilidade das instituições hospitalares é objetiva. Mesmo tomando a necessária diligência para a obtenção do resultado satisfatório, as mesmas devem assumir a margem de risco inerente à atividade. [...]

Por se tratar de obrigação de resultado, o Hospital está obrigado a atingir o fim último visado pelo ajuste. Tendo falhado em seu intento, descumpriu a obrigação assumida. No assentamento da responsabilidade civil não se exige prova de culpa, por quanto se revela implícito na inobservância do resultado satisfatório [...]. (Decisão proferida por Justiça Estadual da Bahia no ano de 2005)

A decisão, malgrado culta, não atende em absoluto a um critério de justiça. Adota uma interpretação rigorosa e hermética da responsabilidade objetiva supostamente reservada às casas de saúde. A despeito de já haver jurisprudência, como visto, posicionando-se de maneira diversa, admitindo, com acerto, que na responsabilidade hospitalar o que se põe em exame e que deve ser considerado ao fim e ao cabo é o trabalho do médico, profissional liberal, de modo a incidir o §4º, do art. 14, do CDC, é certo que a aplicação da teoria do interesse afastaria a controvérsia, o que demonstra a sua utilidade ao colaborar com a pacificação do tema.

Com efeito, aplicada a teoria do interesse ou da predominante vantagem, dever-se-ia considerar a quem beneficiava o risco corrido no caso em particular: a um hospital filantrópico que não distribui lucros entre os seus associados, que promoveu o atendimento

através do SUS, que não teve por isso sequer os custos da cirurgia reembolsados, cuja equipe médica observou o compromisso profissional de não negar socorro, a despeito das graves condições apresentadas pelo paciente, o que tornava a intervenção cirúrgica consideravelmente arriscada, ou a paciente que, a despeito das seqüelas vivenciadas, teve sua vida preservada?

Como o risco não era corrido em benefício do hospital a quem, por outro lado, não era reservado o direito de negar-se a prestar o atendimento, a despeito das graves condições da paciente, não se poderia, neste caso, aplicar de modo singelo a teoria pura da responsabilidade objetiva, mas aplicar a subjetiva, posto que o grande beneficiário com o risco assumido fora, de fato, a paciente.

De outra banda, elegeu-se decisão que, diferentemente da antes narrada, procurou assentar o seu raciocínio em um critério de justiça e equidade e, após definida a solução que considerou justa, adaptar as fontes do direito à sua fundamentação.

Tratou-se de ação dirigida contra médico e hospital universitário federal, público, portanto, que, a despeito de reconhecer o dano e o nexo de causalidade, não impôs condenação à pessoa física, nem tampouco à jurídica. De igual forma, afirmava-se como caso extremamente grave, no qual a paciente, pessoa sem recursos financeiros, apresentava um tumor de proporções gigantescas, com aderência acentuada aos órgãos digestivos e vasos que os irrigavam, o que dificultou enormemente a dissecação. A decisão foi proferida na Justiça Federal, no mesmo ano de 2005.

Cumprê-la:

O justo nem sempre é definido a partir de sua primeira feição, ou de sua solução mais óbvia ou mais fácil. Por isso o julgador há de perquirir todo o feixe de circunstâncias que envolve o conflito sobre o qual se debruça, porque não mais se compraz em ser apenas “a boca da lei”, sendo, antes, alguém compromissado com o norte constitucional, temperando sua atuação com razoabilidade e bom senso. [...]

Indaga-se, porém: terão sido negligentes os profissionais que apesar das proporções e peso [...], e da “intimidade anatômica” com outros órgãos vitais [...], retiraram a “massa tumoral” que se vê nas fotografias acomodadas à fl. [...]? Terão sido negligentes os médicos que, apesar dos riscos inexoráveis, não se furtaram ao desafio de remover o enorme tumor, sem negacear diante das possibilidades mais sombrias que rondavam a paciente? Merecem ser chamados de “negligentes” os esculápios que, intimoratos, atendendo em hospital público – e, obviamente, sem nenhuma motivação financeira de realce -, salvaram a vida da paciente?!

Quero crer que a mais candente negativa é a resposta justa a tais perguntas.

Suponha-se a dificuldade, facilmente perceptível à sensibilidade de leigo, de se proceder à dissecação (afastamento) de [...] órgãos não invadidos pelo tumor, removendo as aderências, e “ressecando” estruturas mais incrustadas da massa tumoral [...], manobras complexas, corretamente cumpridas conforme inúmeras passagens dos autos, sobretudo das peças da sindicância reproduzidas, com absoluto sucesso pelos mesmos profissionais que aqui são ditos “negligentes”. [...].

Antolha-se-me mais compassado ao ideário da Justiça considerar o “caso fortuito” como fundamento para exculpar esses profissionais.

Não faço menoscabo do sofrimento da autora, padecendo o desconforto físico e psicológico durante o espaço de tempo que mediou as duas cirurgias [...]. Mas não consigo, de outra banda, vislumbrar a necessidade de reparação para quem, de qualquer modo, foi salva pelos mesmos “algozes”. Dano haveria, certamente, em caso de condenação, na história dos réus, na motivação que os impulsionou a assumir a responsabilidade extrema que decorre de procedimentos desse jaez, pondo em xeque sua sorte e sua reputação em troca de “apenas” honrar o compromisso de Hipócrates.

Penso que digno de censura seria um outro comportamento, v.g., se, por não desejarem correr riscos, tivessem se negado os réus ao desafio de operar a requerente, pessoa de modesta condição, passando o caso para outrem, acomodando-se na inaceitável indiferença dos covardes.

Existe uma cepa de profissionais médicos que, fugindo de fazer da medicina um negócio, não divisam as patentes ou metais de seus pacientes, abraçando com a mesma coragem o compromisso de trata-los, sem se interessar sobre sua condição sócio-econômica. Há, todavia, os que, adotam procedimentos desnecessários em troca de vantagem acertada adrede, depois de induzirem o incauto ao convencimento de que era indispensável fazê-lo. Os primeiros devem constituir a regra, felizmente. Dos últimos, creio, não fazem parte os réus, como se deduz de tudo quanto narrado e alocado nos autos.

Adiante, a decisão em questão traça uma nítida diferença dogmática com a anteriormente compilada, porque sustenta que a responsabilidade hospitalar somente será possível se constatada a culpa dos médicos que atuaram no caso em concreto, filiando-se, pois, à corrente da jurisprudência que entende pela necessidade de, em qualquer circunstância, avaliar o comportamento dos esculápios que participaram do atendimento, tal qual se lê:

Quanto à responsabilidade (do hospital universitário), embora sendo possível à luz da jurisprudência pátria responsabilizar pelo dano sofrido pelos pacientes submetidos a tratamento em suas hostes e por seus médicos, tal só aconteceria se demonstrada a *culpa in eligendo* do nosocômio, por escolher mal seus profissionais, ou, de outro modo, por não fornecer os meios materiais ou condições de higiene apropriados à sua atividade.

Em nenhum instante do *iter* processual imputou-se qualquer falha estrutural ao (hospital universitário), pelo menos no que tange as intercorrências e resultados das cirurgias da requerente. Tampouco pôs-se a cobro a capacitação técnica de seus profissionais, tidos, na acusação exordiana, por “negligentes” – o que se afastou ao longo desta *Fundamentação* -, mas jamais inábeis ou despreparados.

Por isso não se lhe irá pesar (ao hospital universitário) a responsabilização que, de igual modo, e em homenagem aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é também afastada dos demais réus.

Verificou-se, pois, tratar-se de duas decisões proferidas no mesmo ano, mas que adotaram bases teóricas de abordagem completamente distintas. Independentemente de a qual delas se possa filiar – malgrado já se tenha deixado clara a posição do autor -, certo é que a simples ausência de uniformidade já cria insegurança para o operador do direito e o jurisdicionado.

Desse modo, a teoria do interesse poderia figurar como uma opção de uniformização do assunto, com a vantagem de que seus resultados adequam-se à noção de justiça e aborda a responsabilidade civil dos prestadores de saúde considerando as peculiaridades que lhe são próprias e inafastáveis.

## 2.6 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA PERDA DE UMA CHANCE E A TEORIA DO INTERESSE OU DA PREDOMINANTE VANTAGEM.

Personagem curioso do cenário da responsabilidade civil vem a ser aquele derivado da perda de uma chance.

Admiti-la implica superar o paradigma da inexorável certeza do dano<sup>155</sup>.

Em lição digna de nota e encômios, resume Cristiano Chaves de Farias<sup>156</sup>:

Sabemos que o dano indenizável é composto pelos elementos da atualidade e certeza. É o dano presente, de existência determinada. Indeniza-se também o lucro cessante, em que haverá uma condenação atual com suporte em prejuízo futuro, alicerçado em uma probabilidade objetiva do que a pessoa lucraria. Todavia, não são indenizáveis os danos eventuais ou hipotéticos, lastreados em meras conjunturas ou fantasias de quem se julga lesado.

Avulta perceber, que entre o dano certo e o dano hipotético pode existir uma terceira via, com significado e efeitos próprios. Trata-se da teoria da *perda de uma chance*. Aplica-se no Direito Francês, em situações nas quais alguém possuía uma chance efetiva de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, mas teve a chance frustrada, pois a oportunidade esvaiu-se em razão de um dano.

Em idêntico diapasão, modula a voz Sérgio Savi<sup>157</sup>:

---

<sup>155</sup> Malgrado também se diga que implicaria em superar a necessidade do dano ser presente, não futuro, o que não merece adesão na medida em que, o lucro cessante, há muito conhecido, já prevê a projeção do malefício no porvir. Acerca do dano hipotético ou incerto confira-se nota nº 130.

<sup>156</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2007, p. 442-443

<sup>157</sup> SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 482.

[...] durante muito tempo o dano decorrente da perda desta oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito. Como não era possível afirmar com certeza que sem o ato do ofensor a vantagem seria obtida, ignorava-se a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, qual seja, o dano da perda da oportunidade de obter qualquer vantagem.

A nota distintiva deste tipo de responsabilidade é que, como visto, o malefício ou o benefício são incertos, nada garantindo pudessem ocorrer. Verifica-se, pois, reivindicar um liame menos rígido do que o normalmente exigido para o nexo causal que, em sua versão clássica, pressupõe a ligação direta e **indispensável**. Em outras palavras, se o evento danoso não ocorresse o dano não se verificaria, em nenhuma circunstância.

Não é, pois, o que se verifica na responsabilidade pela perda de uma chance – por isso mesmo de difícil incidência em todos os casos, mas apenas em circunstâncias particulares que, por sua natureza, possam-na comportar –, de modo que algumas adaptações devam ser feitas na da trilogia fundamental dos elementos que compõem a responsabilidade civil subjetiva.

Em primeiro, como visto, parece que a responsabilidade pela perda de uma chance não pode ser aplicada em todos os casos. Naqueles regidos pela lógica da responsabilidade objetiva afigurar-se-ia um excesso imaginar que um ato praticado sem culpa, que naturalmente implicasse na perda de uma oportunidade, pudesse ensejar reparação.

Ademais, a flexibilização a ser considerada quanto à configuração do nexo causal, que permite não seja o ato danoso indispensável para a ocorrência do dano, que é incerto, está a reivindicar um re-equilíbrio de forças entre os elementos caracterizadores da responsabilidade objetiva.

Dessarte, somente a culpa de natureza grave, aquela que represente uma inobservância de uma regra elementar de conduta profissional, por exemplo, é que, equilibrando os vetores de força dos elementos configuradores da responsabilidade civil, poderia justificar uma responsabilização pela perda de uma chance.

Em qualquer circunstância, contudo, no capítulo da delimitação do dano cumpre gizar que, por ser este incerto, não é o dano que há de ser reparado, mas a perda da oportunidade em si mesma. Assim, “a indenização não será calculada sobre o valor do benefício esperado – como nos lucros cessantes -, mas com base na perda da chance em si, conforme percentuais maiores ou menores de probabilidade, de acordo com regras de estatísticas”<sup>158</sup>, de modo que não se

---

<sup>158</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de, op. cit., p. 443.

cogite da indenização do prejuízo que não se garante ocorreria, mas da frustração padecida com a oportunidade privada.

Diante disso, evidente que o valor a ser reservado à indenização pela perda de uma chance será sempre menor do que aquele que se poderia esperar pelo padecimento do dano certo, decorrente denexo causal direto e indispensável, e, ainda assim, desde que a chance não seja remota, mas, ao menos, a probabilidade de sua ocorrência seja superior a cinquenta por cento.

Com efeito, indenizar pela oportunidade que dificilmente se concretizaria seria o mesmo que permitir que, com a perda da chance, ostentasse a vítima melhores condições de beneficiar-se do que com a assunção do risco natural pela ocorrência do benefício ou malefício, ou seja, seria tolerar que a oportunidade não vivida fosse até mesmo desejada, o que contraria o princípio geral da boa-fé, que deve permear e timbrar todas as relações jurídicas.

De fato,

somente será possível indenizar a chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência da chance e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização<sup>159</sup>.

Mas ainda que se considere factível a chance perdida, não se há de cogitar de reparação pelo dano vivenciado, como visto, mas pela frustração da oportunidade em si, razão pela qual a indenização deve ficar em um percentual que dependerá sempre da probabilidade de ocorrência, mas que não se cogita possa ser maior do que 50% do valor pelo dano certo<sup>160</sup>.

Adverte, contudo, Cristiano Chaves de Farias que “para além da perda de uma chance de obtenção de uma vantagem ou um benefício, impõe-se também se considerar a perda de uma chance de ter evitado um prejuízo que efetivamente se verificou”<sup>161</sup>, tal qual comumente ocorre na área de saúde e passa a guardar, portanto, relação com o presente trabalho.

Com efeito, não raro, a não realização de um diagnóstico no momento oportuno pode fazer com que a enfermidade seja enfrentada em um estágio já avançado, minorando as possibilidades de cura ou de uma sobrevida com melhor qualidade.

Como tal assunto deveria ser tratado pela responsabilidade civil do médico? E, ainda, como se relacionaria com a teoria do interesse ou da predominante vantagem?

---

<sup>159</sup> SAVI, Sérgio, op. cit., p. 483.

<sup>160</sup> O que em muitos casos já se configuraria um valor excessivo.

<sup>161</sup> Op. cit., p. 444.

Segundo o magistério de Fernando Noronha<sup>162</sup>:

[...] se o agravamento do estado do paciente for devido a um erro médico (ou seja, se com um tratamento adequado a doença seria curada, ou pelo menos o paciente experimentaria melhoras), o profissional terá de responder, ainda que a responsabilidade em regra não seja pelo total do dano sofrido pelo paciente: é que nestes casos haverá de descontar a parcela do dano que seja atribuível à própria doença preexistente, conforme a regra geral aplicável nas hipóteses de concurso entre fato do responsável e caso fortuito ou de força maior, que é uma das situações em que temos a chamada causalidade concorrente.

Assim, para que se cuide de responsabilidade civil do médico ou hospital<sup>163</sup> pela perda de uma chance, necessário será, em primeiro, tenha havido efetivo erro médico, ou seja, ato qualificado por negligência, imprudência ou imperícia, que privou o paciente de uma situação de vantagem ou de uma oportunidade de melhora ou cura em face da enfermidade instalada.

Viu-se, outrossim, que este dano, em razão da concorrência entre o deslize profissional e a enfermidade, vai ser reparado em montante menor do que o que seria na hipótese de um dano certo e controlável.

Acrescenta-se a esta percepção, o dado de que a culpa deva ser grave, não no sentido de admitir uma gradação categorizada de culpa (culpa leve, média, grave), mas no sentido de não desprezar a circunstância de que a medicina já é influenciada, naturalmente, por uma série de variáveis que permite afirmar, mormente na medicina mais avançada, trabalhar esta, em grande parte, no terreno movediço das incertezas. Com efeito, as condições predisponentes, as diversas e imprevisíveis formas de reação do organismo individualmente considerado, a gravidade e a resistência da doença, as limitações das técnicas disponíveis, tudo isso leva a crer que o direito à reparação pela falha médica que não redunde em um dano certo e direto, mas na perda de uma oportunidade, somente deve ser deferido em condições extraordinárias.

Em um sopro de palavras, poder-se-ia resumir, dizendo, que a própria dificuldade, na medicina, de avaliar a probabilidade matemática da chance, em face das variáveis incidentes no desempenho da atividade, dificultaria a imposição de uma condenação e a própria caracterização do erro médico para o dano incerto, posto que a cura ou a melhora é quase sempre incerta ou, melhor dito, por mais certa que a experiência demonstre ser, há sempre a chance da surpresa, de que os acontecimentos não obedeçam ao script comumente estabelecido.

---

<sup>162</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 681.

<sup>163</sup> Como visto, o presente trabalho adota como premissa a impossibilidade de aplicar o regime da responsabilidade civil objetiva aos hospitais quando o que está em jogo é a performance do médico, havendo, pois, que avaliar, nesta circunstância, o comportamento culposo do esculápio.

E como a teoria do interesse ou da predominante vantagem pode interferir no regime jurídico da responsabilização civil dos atos médicos na perda de uma chance?

A princípio parece não haver zona de interseção com esta moderna aplicação do direito médico, isto porque a teoria do interesse incide em uma etapa anterior, não vivida pela responsabilidade pela perda de oportunidade. De fato, a teoria da predominante vantagem perscruta a quem mais beneficia o ato de correr o risco e, uma vez estando este identificado com a vítima do dano, seria a responsabilidade subjetiva a modalidade a ser aplicada, ao passo que, identificado o risco com o interesse do ofensor, o elemento volitivo, a apuração da culpa, passa a ser dispensável para efeito de estabelecimento do dever de reparar.

Assentada que a responsabilidade pela perda de uma chance é sempre uma modalidade de responsabilidade subjetiva, resta, ao menos neste estágio inicial de reflexão acerca da teoria do interesse na responsabilidade civil, improvável possa tal teoria repercutir na avaliação do escape da oportunidade médica.



### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL E CÉLULAS-TRONCO

#### 3.1 PARA CONHECER AS CÉLULAS-TRONCO: UM PANORAMA DAS PESQUISAS DESENVOLVIDAS

A despeito das recentes publicações e do maior destaque reservado ao assunto nos últimos anos, o conhecimento acerca da existência de células-tronco é há tempos consolidado na comunidade científica, posto que de saber correntio e avoengo que os animais e vegetais possuem a disposição células capazes de regenerar estruturas do organismo, de modo constante.

Não se suspeitava, contudo, a extensão da utilidade do seu manejo para a terapêutica médicas que, como visto, abre uma perspectiva incalculável para a pesquisa e achados científicos envolvendo células-tronco, sobretudo no que diz respeito à regeneração de tecidos, órgãos e suas funções..

As conceituações das células-tronco guardam considerável similitude, como se, a despeito das recentes e revolucionárias descobertas, houvesse, como há, um espaço já sedimentado do conhecimento a respeito do tema.

Com efeito, segundo o *Department of Health and Human Services*, a célula-tronco consiste:

[...] em uma espécie particular de célula que tem a singular capacidade de renovar-se e dar origem a células especializadas. Diferentemente da maioria das células do corpo, como as células do coração ou da pele, que são comprometidas a conduzir uma função específica, a célula-tronco não está comprometida e permanece não-comprometida, até que receba o sinal para desenvolver-se em uma célula especializada. A capacidade proliferativa combinada com a habilidade de tornar-se especializada fazem delas células únicas.<sup>164</sup>

De acordo com Vescovi as células tronco seriam:

[...] células de natureza peculiar que, mesmo sendo localizadas em muitos tecidos de indivíduos adultos, conservam características funcionais indiferenciadas e são dotadas de um potencial proliferativo que pode perdurar por toda a vida. Estas células-tronco são dotadas de capacidade de dar origem às células maduras que compõem o tecido no qual as células-tronco residem (diferenciação) e possuem, portanto, a característica definida como pluri ou multipotencialidade. A medula óssea dos mamíferos, por exemplo, contém células multipotentes que desenvolvem uma importante

---

<sup>164</sup> *Stem Cells: Scientific Progress and Future Research Directions*. Disponível em: <[http://www.nih.gov/news/stemcell/draftguidelines, htm, 1-7](http://www.nih.gov/news/stemcell/draftguidelines.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2007.

função de regenerar todas as células-sanguíneas no arco de toda a vida do sujeito ao qual pertencem.<sup>165</sup>

Uma definição consideravelmente didática é a que consigna que “chama-se tronco as células animais que ainda não atingiram aquele grau de diferenciação e especialização que lhes permita desempenhar uma função específica, num determinado órgão como o coração, fígado ou cérebro; são, no entanto, precursoras dessas células especializadas”<sup>166</sup>.

No magistério de Barth, as células-tronco:

[...] têm um papel fundamental. Sua presença nos tecidos do organismo faz com que este tenha sempre à disposição “material de reposição”, recolocando novas células nos lugares daquelas células que morrem ou são danificadas, pois elas se dividem assimetricamente, de modo que uma das duas células filhas permanece sempre como célula-tronco, ao passo que a outra dá início à especialização. Elas entram em atividade sempre que se faz necessário, a partir de um sistema regulador intrínseco. Em muitos tecidos elas estão alojadas em nichos próprios onde são mantidas, ao passo que em outros, especialmente no sangue, estão misturadas com as células especializadas. Assim, mantêm a vida do organismo, deixando de atuar somente quando este morre<sup>167</sup>.

Remanesce claro, portanto, que as propriedades comuns às células-tronco podem ser assim sintetizadas: “1. não é terminalmente diferenciada (isto é, não é o fim de uma via de diferenciação); 2. pode dividir-se sem limite (ou pelo menos pela vida toda do animal); 3. quando se divide, cada célula ‘filha’ pode permanecer como célula-tronco ou pode tomar o caminho que leva à diferenciação celular”<sup>168</sup>

Assim, embora as células-tronco pareçam ocupar um estágio menos avançado do que as células diferenciadas e especializadas, o fato de poderem se diferenciar e, ao mesmo tempo, permanecer indiferenciadas, revela uma vantagem evolutiva sem precedentes, de grande valia para o organismo onde reside.

Em face de tais prerrogativas, as células-tronco vêm sendo acompanhadas de expressões encomiásticas como “células da esperança”, “células milagrosas” e consideradas, quase unanimemente, como uma das mais recentes maravilhas da pesquisa biomédica, ostentando, pois, um promissor campo de atuação terapêutica.

---

<sup>165</sup> VESCOVI, A. *Cellule staminali del sistema nervoso centrale: plasticità e transdifferenziamento*. In: REDI, C.A.; GARAGNA, S.; ZUCCOTTI, M. (coord.). *Biologia delle Cellule Staminali. Opportunità e limite di Impiego*. Pavia: Íbis, 2000, p. 17.

<sup>166</sup> ARCHER, L. Clonagem – Verdade Científica e Sonho Mítico. *Humanística e Teologia*, n.21, 2001, p. 80.

<sup>167</sup> BARTH, Wilmar Luiz. *Células-Tronco e Bioética – O Progresso Biomédico e os Desafios Éticos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 28

<sup>168</sup> BRUCE, A.; BRAY, D.; LEWIS, J.; RAFF, M.; ROBERTS, K.; WATSON, D. *Biologia Molecular da Célula*. 3.ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 1155.

O avanço das pesquisas bem retrata a evolução experimentada no particular e fornece um histórico do nível de intimidade do homem acerca do assunto. De fato, as pesquisas começaram a se aprofundar na década de 70, quando se descobriu que a partir de tumores que se formavam nas gônadas e nos ovários se poderia extrair células-tronco. Posteriormente descobriu-se que tais células poderiam ser extraídas diretamente dos blastocistos de camundongos, desnecessário, pois, recorrer aos teratocarcinomas (tumores)<sup>169</sup>.

Em uma fase subsequente, na década de 80, as pesquisas se dedicaram a isolar as células-tronco de animais e seres humanos, e, em outra etapa, ainda mais amadurecida, foi possível produzir animais quiméricos (formados a partir de dois genótipos diferentes). Em 1994 foram derivadas as primeiras células-tronco de blastocistos humanos, a partir de embriões excedentes de fertilização *in vitro* doados pelos casais que os criaram para fins reprodutivos.

Em 05 de novembro de 1998 a *Geron Corporation*, situada na Califórnia, USA, em *Merlon Park*, divulgou que os seus cientistas tinham logrado isolar e cultivar em laboratório linhas de células-tronco decorrentes de embriões humanos<sup>170</sup>.

As pesquisas que atuaram nesta direção, no sentido, pois, de cultivar células-tronco humanas em laboratório, a despeito dos diferentes métodos utilizados, foram capazes de positivar que as células-tronco humanas podiam ser isoladas e cultivadas *in vitro* e utilizadas para terapias de reposição celular na produção de tecidos humanos em laboratório. Vale o registro de que mantiveram, *in vitro*, as mesmas características exibidas *in vivo*, o que reforçava a viabilidade de sua utilização<sup>171</sup>.

Em 12 de novembro de 1998 o *New York Times* publicou resultados de pesquisa que promovera a derivação de células-tronco de blastocisto produzido a partir da clonagem do núcleo de uma célula somática humana com o óvulo desnucleado de um bovino<sup>172</sup>.

Ao par destas pesquisas que utilizaram embriões e fetos humanos, uma equipe italiana, liderada por Vescovi, conseguiu isolar e cultivar *in vitro* células-tronco de organismos adultos. Lograram fazer com que células cerebrais se especializassem em células nervosas,

---

<sup>169</sup> GARDNER, R.L. *Stem Cells: Potency, Plasticity and Public Perception*. *Journal of Anatomy*, n. 200, 2002, p. 280.

<sup>170</sup> A pesquisa é reportada por MARSHALL, E. *A Versatile Cell Line Raises Scientific Hopes, Legal Questions*. *Science*, n.282, 1998, p. 1014-1015.

<sup>171</sup> *Department of Health and Human Services. Stem Cells: Scientific Progress and Future Research Directions*, Disponível em: < <http://www.nih.gov/news/stemcell/draftguidelines>>. Acesso em: 18 jun. 2007.

<sup>172</sup> Experiência conduzida por WEST, Michel. Cf. WADE, N. *Researchers Claim Embryonic Cell Mix of Human and Cow*. *New York Times*, 12. Nov. 1998.

sanguíneas e musculares<sup>173</sup>. Com isto, descobriu-se que, ao contrário do que se imaginava, “no organismo adulto não estavam somente presentes células progenitoras que repovoavam os tecidos nos casos de necessidade ... mas ... existiam também células-tronco”<sup>174</sup>, embora com uma capacidade mais restrita de desenvolvimento do que as células derivadas de embriões.

Mais recentemente as células-tronco são transformadas em células-especializadas para que possam servir de objeto de teste de novos fármacos, afastando o inconveniente dos efeitos colaterais em humanos na fase de experimentação de <sup>175</sup>medicamentos, como realizado pela brasileira Gabriela Cezar, com células cardíacas, na cidade de Madison, Wisconsin, USA. A mesma pesquisadora tem utilizado células-tronco embrionárias para testar efeitos deletérios de medicamentos aplicados em grávidas, sem risco para o feto, evidentemente.

### 3.1.1 Tipos

A classificação das células-tronco auxilia na sua compreensão.

Dividem-se, em dois troncos básicos, as células-tronco embrionárias e as células-tronco adultas.

As primeiras correspondem àquelas existentes no embrião humano e, de seu turno, dividem-se em duas categorias, as da totipotentes e as da pluripotentes, estas últimas, de outra banda, podem ser multipotentes ou unipotentes.

Para assimilar tais diferenciações, cumpriria revisar as etapas iniciais da reprodução humana. Como se sabe, o zigoto é formado pela fecundação do óvulo através do espermatozóide, composto, pois, por dois materiais genéticos (diplóide), cuja evolução gradual, chamada embriogênese, dá origem a um novo ser.

Após aproximadamente trinta horas da fecundação do zigoto este se divide, em um processo de clivagem, em duas novas células, batizadas como blastômeros, que por sua vez se multiplicam em quatro, em oito, e assim sucessivamente, em projeção geométrica. No quarto ou quinto dia o embrião já possui aproximadamente duzentos e quarenta células e é chamado de blastocisto.

---

<sup>173</sup> VESCOVI, Angelo, op. cit., p. 17-21.

<sup>174</sup> BARTH, Wilmar Luiz, op. cit., p. 26.

<sup>175</sup> SEGATTO, Cristiane; BUSCATO, Marcela. Por Dentro dos Novos Tratamentos com Células-Tronco. *Revista Época*, jun. 2007.

O blastocisto é composto pelo trofoblasto, que contém a maioria das células do blastocisto e fica na periferia do embrião e originarão a placenta e todas as demais estruturas de apoio ao feto na gestação, e pelo embrioblasto, uma estrutura central de células que dará origem aos órgãos e tecidos do embrião.

O indigitado blastocisto alcança a sua fixação definitiva no útero (nidação) após catorze dias. Posteriormente, na oitava semana, a especificação terá alcançado o seu estado máximo, restando apenas o amadurecimento do feto até o nascimento<sup>176</sup>.

Os blastômeros são o tipo de células-tronco tido como totipotentes, assim chamados porque reúnem condições de formar um novo embrião, com tudo quanto necessário para o seu desenvolvimento até o nascimento do feto, como pode ser corroborado pela possibilidade de nascimento de irmãos gêmeos monozigóticos.

As células-tronco pluripotentes, de outra sorte, são idôneas a formar um organismo inteiro, ou seja, todos os tipos de células que compõem um organismo, mas não são capazes de gerar um embrião viável, posto que não dão origem às células que gerarão o trofoblasto.

Segundo lição de Barth, as células-tronco pluripotentes se diferenciam em células chamadas multipotentes, isto é, células de um tecido ou órgão especializado dão origem a todas as células deste tecido e a nenhum outro tipo de célula, como no exemplo das células sanguíneas que somente geram hemácias, plaquetas e leucócitos, bem como se diferenciam em células unipotentes que, atingindo um grau maior de especialização, só produzem células de um tipo, como se daria no exemplo de hemácias que somente produziriam hemácias, nada além<sup>177</sup>, <sup>178</sup>.

Ao par de embrionárias, contidas em embriões, as células-tronco estão presentes em organismos adultos, daí serem intituladas células-tronco adultas, de descoberta recente. No magistério de fonte já acessada “célula-tronco adulta é uma célula indiferenciada que é encontrada em um tecido diferenciado (especializado) no adulto, tal como o sangue. Ela pode

---

<sup>176</sup> Confira-se, por todos, BARTH, op. cit., p. 30.

<sup>177</sup> Op. cit., p. 31.

<sup>178</sup> “As células-tronco pluripotentes, à diferença daquelas totipotentes, são retiradas de embriões, mas não são embriões elas mesmas. Parece ser consenso, a nível científico, o fato que tais células (pluripotentes) sejam não somente a única linha de pesquisa, mas a mais profícua e que, em todo caso, somente o avanço da pesquisa poderá estabelecer a preferência de uma via do que outra. O problema da liceidade da pesquisa se coloca, portanto, somente por causa da sua derivação de embriões humanos e não pelas características intrínsecas da pesquisa, que não é pesquisa em embriões”. (ROBERTSON, J. A. Ética e Controle nas Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias (tradução livre). *Kennedy Institute of Ethics Journal*, n.9, 1999, p. 111.

produzir os tipos de células especializados do tecido no qual tem sua origem. No corpo, além disto, também pode renovar a si mesmo”<sup>179</sup>.

Já na didática explanação de Barth pode-se alcançar uma compreensão acentuada em derredor da função das células-tronco adultas, tal qual se lê:

Assim, as células-tronco pluripotentes estão presentes no organismo adulto de todos os animais, independentemente de sua idade. No caso de uma necessidade do organismo, elas se multiplicam, dando origem a células que passam a ocupar o lugar da célula morta ou danificada, daquela que migrou ou sofreu outro processo e desempenham a função desta. Bjornson e sua equipe repovoaram a medula óssea de um camundongo com células-tronco, depois que o mesmo passara por uma alta dose de quimioterapia e estas passaram a produzir células sanguíneas, sem as quais o mesmo acabaria morrendo em pouco tempo<sup>180</sup>.

São, cumpre concluir, células de reposição que permanecem como um estoque inespecífico dentro do próprio organismo, comum nos tecidos sanguíneo, cerebral, muscular, intestinal, epitelial, nervoso, no fígado, no pâncreas e na medula óssea. Nos órgãos em que há renovação constante das células, despiciendo mencionar a importância da reposição regenerativa propiciada pelas células-tronco adultas.

Embora as células-tronco adultas não tenham, ao que demonstram as últimas pesquisas, o mesmo potencial multiplicador das embrionárias, ostentam a vantagem de poderem ser utilizadas pelos próprios pacientes dos quais foram retiradas, na forma de transplantes autólogos, de modo a não gerar o risco da rejeição, e um risco menor na formação de tumores.

Com a maturação das pesquisas, cada tipo de célula-tronco demonstrará, certamente, que possui um grande potencial inexplorado, e servirá melhor a determinado fim, a depender das características que possam ser descobertas, das funções que poderão desempenhar e das necessidades e carências que visarão debelar, sendo certo que ainda há um longo e luminoso caminho a percorrer, no particular.

### **3.1.2 Um enfoque terapêutico: o presente e as perspectivas para o futuro.**

---

<sup>179</sup> *Department of Health and Human Services. Stem Cells: Scientific Progress and Future Research Directions*, Disponível em: < <http://www.nih.gov/news/stemcell/draftguidelines> >. Acesso em: 18 jun. 2007.

<sup>180</sup> Op. cit., p. 43.

Mais importante, todavia, do que classificar e entender as células-tronco é conhecer as possibilidades terapêuticas que proporciona, o que remete a tudo que ainda remanesce possível alcançar em benefício da humanidade.

A primeira promessa que se insinua é a possibilidade de melhor entender o complexo processo responsável pelo desenvolvimento do ser humano. Evidentemente que conhecendo o trajeto com perfeição se poderá evitar ou até mesmo corrigir os desvios de rumo. Em outras palavras, as enfermidades genéticas poderão ser obviadas ou debeladas.

Outro promissor espaço de crescimento diz com a medicina regenerativa. A possibilidade de, através das células-tronco, desenvolver células, tecidos e órgãos que poderão ser transplantados, curando moléstias ou retardando a degradação natural do organismo. A um só tempo que se combate às doenças, resolve-se o problema crônico da insuficiência de órgãos ou material em geral para transplantes, afastando a possibilidade de rejeição – e o uso das potentes drogas que se destinam a impedi-la – na medida em que tais e quais estruturas a serem transplantadas podem ser mesmo elaboradas a partir do material genético fornecido pelo próprio beneficiário, que será, por igual, o doador.

Enfermidades como diabetes, queimaduras, artrite óssea e reumática, distrofia muscular, câncer de pele e mal de Alzheimer já estão sendo tratadas com técnicas que se baseiam na premissa tecnológica da criação de células, tecidos e órgãos através da multiplicação das células-tronco *in vitro*.

Demais disso, as células-tronco já são usadas para testar novas drogas medicamentosas<sup>181</sup> que, em tempos idos, deveriam ser experimentadas em animais ou mesmo seres humanos, que se submetiam, seja por uma imposição discriminatória de especifismo<sup>182</sup>, seja por uma imposição do desespero, a tentativas malogradas que ainda mais comprometiam a qualidade de vida e geravam efeitos colaterais, impondo, não raro, danos consideráveis. E o melhor é que os testes podem ser realizados em condições ideais, ou seja, adotando-se o material com configuração genética ou celular idêntica ao do paciente, que poderá, naturalmente, oferecer as células-tronco para a procriação do material que será submetido às necessárias avaliações. Os testes, pois, estão e poderão ser ainda mais realizados de forma menos custosa e mais precisa, por isso segura.

---

<sup>181</sup> SEGATTO, Cristiane; BUSCATO, Marcela. Por Dentro dos Novos Tratamentos com Células-Tronco. *Revista Época*, jun. 2007.

<sup>182</sup> Vide SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Mas referindo-se especificamente aos êxitos terapêuticos já consagrados ou em vias de sê-lo, pode-se citar, como exemplos, o tratamento de leucemia. Com efeito, além da quimioterapia, de pouca eficiência, em regra, se recorria freqüentemente ao transplante da medula óssea, mas com severas limitações de compatibilidade, posto que mesmo entre irmãos a percentagem de transplantes viáveis é de ¼. Atualmente, além de não ser necessário retirar as células-tronco da medula, que são isoladas do próprio sangue, purificadas e reintroduzidas na corrente sanguínea - que espontaneamente se dirigem à medula óssea - sem sequer a necessidade de anestesia, não há carência de doadores ou problema de incompatibilidade, porque as células-tronco são tiradas do próprio paciente.

A pequena capacidade regenerativa do cérebro também tem sido alvo de atenção das pesquisas com células-tronco. A idéia – ainda não suficientemente desenvolvida ou testada – é introduzir células-tronco em partes danificadas do cérebro, confiando no seu restabelecimento, o que nutre esperanças no tratamento da esclerose, no mal de Parkinson, epilepsia, derrame cerebral e mesmo traumas diversos.

O mesmo princípio de introdução de células-tronco em áreas de órgãos danificados tem sido aplicado nas enfermidades cardíacas. O coração lesionado tenta se recuperar e criar novos vasos, mas de modo lento e insuficiente, o que pode ser auxiliado através da introjeção de células-tronco nas áreas respectivas.

Já se chega mesmo a afirmar, com Benagiano, que no futuro poderá ser possível produzir sangue para as transfusões e ter à disposição células purificadas para tratamento de doenças hematológicas e imunológicas, doenças oncológicas, degenerativas e AIDS<sup>183</sup>.

Ainda há, contudo e naturalmente, grandes temores acerca da terapêutica com células-tronco. O principal deles é a possibilidade não afastada de estas células introduzidas se multiplicarem no local inapropriado ou, mesmo que no local, se multiplicarem de modo incontrolável, criando tumores. Seria uma espécie de reprodução da dinâmica do câncer dentro do organismo humano, gerado por uma tentativa de terapia. Esta preocupação foi, de modo oblíquo, revelada pela professora Mayana Zatz em entrevista concedida em 14.01.2005<sup>184</sup>, que, ao responder ao questionamento acerca da “probabilidade da célula-tronco se transformar em outro tipo de célula da especificada para o local requisitado” respondeu ser esta uma indagação “importante”, de modo que “exatamente por isso que ninguém pensa em ejetar

---

<sup>183</sup> BENAGIANO, G. *Lé Cellule Staminali: Ricerca di Base...*, p. 114, citado por BARTH, op.cit., p. 73.

<sup>184</sup> Entrevista concedida pela internet após o programa Globo Repórter de 14 jan. 2005. Disponível em: <www.globovideochat/globo.com>. Acesso em: 20 dez. 2007.



células-tronco diretamente. A gente precisa aprender como ela vai para aonde a gente quer”<sup>185</sup>.

Vê-se, pois, que o efeito colateral da proliferação de células diferentes das desejadas e em local não previsto ainda não pode ser descartado (daí a importância do consignado no item 3.1.4, acerca do consentimento informado).

De outra sorte, em uma visão mais otimista, outros cientistas imaginam ser possível que células-tronco injetadas no organismo possam migrar, através do sangue, para combater enfermidades ou mesmo células já existentes no organismo possam ser induzidas a migrar, para o mesmo efeito, o que afastaria mesmo a necessidade de produção destas células fora do seu ambiente natural.

Acerca da potencialidade terapêutica, profetizam Caragna, Redi e Zuccoti:

No futuro talvez seja possível retirar uma célula-somática de um adulto e cultivá-la de modo a fazer com que se torne indiferenciada, para obter um tipo celular novo re-transferível em grande quantidade no corpo do indivíduo, ou mesmo cultiváveis até a produção de novos tecidos ou até mesmo órgãos. Ou ainda, se poderá induzir uma célula em estado de dormência a readquirir funções úteis em um organismo diferenciado ou modificar os mecanismos da progressão neoplástica até a completa reversão do tumor e a reprogramação das atividades celulares normais<sup>186</sup>.

De tudo quanto visto, parece restar incontroverso que o potencial terapêutico das células-tronco ainda é ilimitado, de modo que a possibilidade do seu conhecimento ser usado para ensinar o bem se afigura em patamares ainda inimagináveis, e as pesquisas terão neste material, ao lado talvez da clonagem e da transgenia, o objeto preferido das próximas incursões e descobertas, estando neles, pois, a mais acendrada esperança da humanidade para descoberta da cura de males que atormentam há muitos séculos.

De toda sorte, não se pode omitir que as pesquisas com células-tronco envolvem profundas questões éticas porque, não raro, desconsideram a sacralidade da vida que, para alguns, está igualmente manifestada no embrião. Ocorre que o trabalho em questão, vale a advertência,

---

<sup>185</sup> Este pensamento foi reproduzido em entrevista concedida ao programa Roda-Viva da TV Cultura, realizada em dezembro de 2006, no qual a professora e geneticista afirma que o que se deve considerar extremamente importante “nessas pesquisas é que a gente só vai poder injetar essas células no organismo quando souber que domina a diferenciação destas células no tecido específico, então vai-se injetar quando souber que esta célula tem um compromisso de se transformar em músculo, neurônio, osso e não no que ela quiser, mas no que a gente quer e o corpo está precisando”. Diferentemente disso, haveria risco de formação de tumores. A preocupação da pesquisadora, no particular, é com os vetores a serem assumidos pelo material aplicado, a direção a ser tomada.

<sup>186</sup> GARAGNA, S., REDI, C.A., ZUCCOTTI, M. *Cellule Sempre Nuove*. Lê Scienze. Quaderni 122, 2001, p.8.

não se dispõe a discutir a adequação da utilização das células-tronco embrionárias a partir da discussão do efetivo início da vida, mas parte da premissa da possibilidade criada pela lei.

Não se cuidará, portanto, por opção do corte metodológico, em discutir o estatuto jurídico do embrião, mas vislumbrar as conseqüências reparatórias das atividades que a lei, de antemão, já autorizou. Se as pungentes tentativas de decretar a inconstitucionalidade da lei prosperarem, malgrado retire em pragmática a validade da reflexão, não afasta o valor de refletir, nela mesma impregnada.

### **3.1.3 Conclusão da incursão biológica**

O esforço para definir, classificar, e fornecer o potencial terapêutico no manejo das células-tronco pode ser interpretado, pelos mais incautos, como inadequado em uma investigação de natureza puramente jurídica, mas a par de viabilizar a interseção multidisciplinar, permite vislumbrar os grandes benefícios já alcançados nas pesquisas com as referidas células e as surpreendentes promessas que o futuro descortinará e que, a seu modo, já são prelibadas.

O estado atual das pesquisas com células-tronco e os avanços que se insinuam, os exponenciais benefícios que podem ser proporcionados à saúde do ser humano, em suma, devem ser convidados a repercutir no regime jurídico a ser reservado na responsabilização civil pelos danos resultantes das atividades relacionadas à investigação e aplicação dos achados respectivos, por ora tratados de modo demasiadamente rigoroso e em deletéria confusão com conceitos e fenômenos diversos, daí a razão em se proceder a esta ampla, mas superficial, aproximação com a biologia e a genética, que se estabelece, assim, como uma união que se almeja frutuosa.

### **3.1.4 A importância do consentimento informado no tratamento com células-tronco**

Considerando que o dano que pode ser provocado pelo tratamento médico com o manejo das células-tronco se concentra, predominantemente, no paciente que a ele se submete, cresce de importância o cumprimento pleno e cabal, pelo médico, da obrigação de informação.

A obrigação médica de informação nunca estará suficientemente cumprida sem o uso do consentimento informado ou, melhor dito, dificilmente será convenientemente demonstrada sem que o profissional se valha de tal instrumento.

A locução *informed consent* foi introduzida nos EUA através decisão proferida por um Tribunal da Califórnia, em 1957<sup>187</sup>, embora, dois anos antes, a Suprema Corte da Carolina do Sul tenha tido como negligente a conduta de um cirurgião que não explicou os riscos envolvidos na intervenção. “Esta última decisão, pelo seu teor, é citada como a primeira de um conjunto que marcou a transição de um conceito misto de conveniência e necessidade de obtenção do consentimento do paciente para a construção doutrinária do conceito de consentimento informado, como verificação necessária e prévia da intervenção médica”<sup>188</sup>.

No pertinente aos ordenamentos europeus mais influentes, destaca-se a origem do instituto na jurisprudência alemã. Em uma sentença proferida em 1958 pelo Supremo Tribunal Federal Alemão lê-se que

um doente desconhecedor de assuntos médicos olha para o médico como um conselheiro e espera deste conselho e informação [...]. O conveniente respeito pelo dever de autodeterminação do paciente aumentará, ao invés de diminuir, a confiança no seu médico [...]. Respeitar a vontade do paciente é respeitar a sua liberdade e sua dignidade enquanto ser humano<sup>189</sup>.

Como decisão pioneira do Tribunal Alemão tem-se a sentença proferida em 31 de março de 1894, proferida no caso de um médico que, após ter diagnosticado uma tuberculose óssea que afligiria seu paciente, uma criança de sete anos, realizou a amputação de um pé do paciente, contrariando a vontade do próprio pai. Restou decidido, assim, que a discordância do pai constituía um limite para a atuação do médico, ainda que se tratasse de uma medida recomendada pela ciência médica<sup>190</sup>.

Na Espanha, de seu turno, o problema do consentimento informado tem detido a jurisprudência desde 1959, ano em que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se acerca da matéria. Na particularidade do caso, o paciente foi submetido a uma cirurgia de hérnia inguinal e, aberta a cavidade abdominal, o médico identificou um tumor que diagnosticou

---

<sup>187</sup> *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*.

<sup>188</sup> RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 30.

<sup>189</sup> GIESEN, Dieter. *The Patient's Right to Know – A Comparative Perspective. Medicine and Law*, vol. 12, n. 6/7/8, 1993, p. 557.

<sup>190</sup> NANNINI, Ubaldo G., *Il Consenso al Trattamento Medico. Presupposti Teorici e Applicazione Giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*. Milão: Giuffrè, 1989, p. 198.

como um sarcoma do pênis, motivo que considerou suficiente para extirpar o órgão sexual e urinário, sem que tenha realizado uma biópsia pré ou pós-operatória.

Na hipótese, inclusive, teria sido possível obter o consentimento do paciente, que se encontrava anestesiado localmente, bem como dos parentes, que se encontravam no hospital. O Supremo Tribunal Federal espanhol decidiu, no particular, que era dever do médico obter a autorização expressa do paciente, mormente porque maior de idade e capaz de exercer livremente os atos de sua vida civil, de modo a que se afirmava como dono de sua integridade corporal<sup>191</sup>.

Identificada a origem do instituto médico-jurídico em alguns dos países influenciadores do direito nacional, cumpre conhecer o instituto.

No magistério de João Vaz Rodrigues, o consentimento informado implica:

[...] mais do que a mera faculdade de o paciente escolher um médico, ou de recusar (dissentir sobre) um tratamento médico indesejado (da manifestação da liberdade como protecção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana), não constitui mero requisito para libertar os médicos do espectro da negligência, nem deve servir simplesmente para persuadir o paciente a aceitar a intervenção proposta. Esta necessária obtenção do consentimento, expresso ou tácito, deverá ser sempre resultante de um processo dialógico de recíprocas informações e esclarecimentos que a relação entre o médico e o paciente incorporam, para que este, numa tomada de posição racional, autorize ou tolere àquele o exercício da arte de prevenir, detectar, curar ou, pelo menos, atenuar as doenças. [...] só assim se poderá dizer que o paciente foi tratado como sujeito e não como objeto do acto médico.<sup>192</sup>

Em primeiro, vale o registro de que, antes de tudo, o paciente também deve autorizar seja informado de todos os detalhes do procedimento, posto também ser direito seu não receber as informações pertinentes.

Aceitando recebê-las, o profissional deve ostentar a necessária sensibilidade para adaptar as informações ao nível sócio-cultural do paciente, a fim de que o diálogo se estabeleça através da efetiva compreensão. Deve o médico assegurar-se de que foi efetivamente compreendido.

Ademais, o dever de prestar informações do que é espécie o consentimento<sup>193</sup>, não se exaure antes do ato médico, mas o permeia, de modo a que remanesce ainda no período da

---

<sup>191</sup> Cf. CALCERRADA, Luis Martinez. *El Medico em el Derecho Civil. Derecho Medico*. Vol III, Madri: Tecnos, 1986, p. 848.

<sup>192</sup> Op. cit., p. 26-27.

<sup>193</sup> Tal posição não é imune a conflagração, tal qual se lê em CASABONA, Carlos Maria Romeo. O Consentimento Informado na Relação entre Médico e Paciente: Aspectos Jurídicos. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotechnologia e suas Implicações Ético-Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 146, *verbis*: “Finalmente, havia que mencionar a informação necessária para que o paciente possa prestar seu consentimento a qualquer intervenção (seja diagnóstica, preventiva ou curativa) ou

convalescença, bem como em relação às seqüelas que poderão advir, na pós-intervenção, portanto, imediata e posterior.

Ficou claro que não deve ser tido, o consentimento informado, como o cumprimento de uma mera formalidade preliminar, mas se afirma como um ato que reverencia o princípio da dignidade da pessoa humana, transformando o paciente – indivíduo normalmente fragilizado em face do drama da enfermidade –, em protagonista do seu tratamento, partícipe ativo da tomada de decisões. Desse modo, tal qual visto, a compreensão das informações deve ser assegurada pelo médico, a fim de que o consentimento retrate a vontade aquiescente.

Como a única consequência danosa hoje conhecida relativamente ao uso de tratamentos com células-tronco se projeta, ou pode projetar-se, exclusivamente nos pacientes submetidos a tratamento, o consentimento informado passa a ostentar uma relevância vital para a adequada deflagração da terapêutica.

Dessarte, médicos, enfermeiros, pesquisadores, empresas de pesquisa, devem assegurar que o paciente, mormente quando submetido a um tratamento inovador com células-tronco, compreendeu com exatidão os riscos a que é submetido com e, depois disso, que se dispõe a submeter-se, sempre considerando, evidentemente, à luz mesmo dos princípios da escola americana de bioética, da beneficência e da não-maleficência<sup>194</sup>, o balanço das vantagens e desvantagens que poderão advir com a aplicação do ato médico.

Evidentemente que na avaliação do êxito na prestação do dever de informação – do que o consentimento informado também é espécie – pelo médico, deve-se levar em conta o nível de escolaridade do paciente ou do responsável que precisa ser informado. Desse modo, quanto mais culturalmente preparado encontrar-se o paciente, menor há de ser o esforço do médico

---

tratamento. Seu fundamento se encontra em que somente pode existir um consentimento juridicamente válido quando emitido pelo sujeito de acordo com uns requisitos e se mostre ausente de vícios. Não se deve esquecer que o consentimento é a condição ou pressuposto que confere licitude às intervenções que, estando indicadas, pretenda realizar o profissional. **Por tal motivo, esta classe de informação por si própria não forma parte da *lex artis* profissional, ou seja, dos deveres de cuidado do médico**, salvo que se confunda no todo ou em parte com alguma das funções da informação acabadas de expor, pois assim gozaria também da natureza destas. Não obstante, a omissão de tal informação ou sua transmissão incorreta (insuficiente, errônea), pode dar lugar à responsabilidade civil do profissional ou patrimonial – objetiva – da Administração.” Em nota de rodapé, contudo, a mesma obra registra que a jurisprudência dominante não compartilha com o entendimento daquele Autor, consignando: “Não o entende assim a jurisprudência, incorretamente na minha opinião. V. STS (1ª, Civil) de 24 de maio de 1995: ‘... com sua conduta omissiva veio a desconhecer a obrigação pela *lex artis* no aspecto concreto indicado de ter prescindido do consentimento do paciente ...’, o que não é obstáculo para poder sustentar a responsabilidade civil com o fundamento que se menciona no texto. Parecem compartilhar o critério jurisprudencial, DE LORENZO y MONTERO, Ricardo; SÁNCHEZ CARO, Javier. El Consentimento Informado. En: Responsabilidad legal de profesional sanitario, 2000, p. 67 (v., não obstante, aí mesmo, n. 9).

<sup>194</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

para explicar o diagnóstico e o prognóstico da enfermidade, as opções terapêuticas e suas nuances.

Para o pleno atendimento do objetivo a ser alcançado pelo consentimento informado cumpre seja ele objeto de retida reflexão por parte do paciente e/ou responsável. Por isso, como medida de ordem prática, não é aconselhável que o médico colha a assinatura na mesma consulta que apresenta o consentimento, permitindo que o interessado porte o documento consigo, reflita com os seus, amadureça e selecione as dúvidas e, após isso, em um encontro posterior, decida acerca da subscrição ou não do consentimento – tudo isto quando houver tempo hábil, naturalmente.

A prestação de um adequado consentimento informado, resultante de um processo dialógico entre médico e paciente, é relevante, pois, para ainda mais assegurar que os riscos a serem vivenciados pelo paciente são corridos em seu próprio favor (em benefício dele), com a sua consciência e aquiescência, o que repercute, como antes visto, na modalidade da responsabilidade a ser aplicada em caso de indenização.

É de ver-se que se a responsabilidade fosse objetiva<sup>195</sup>, o consentimento informado não seria capaz de elidir responsabilidades ou preveni-las, posto que o profissional responderia em qualquer circunstância, o que parece não ser adequado ocorrer em terapêuticas com células-tronco, como exaustivamente visto e ora repisado, argumento, pois, que incide para acentuadamente reforçar, em face da adequação do consentimento informado como antecedente de terapêutica com células-tronco, que a modalidade da reparação deve observar o modelo que considera e averigua a presença da culpa, eis que a predominante vantagem, no particular, é vivenciada pelo paciente.

### 3.2 PARA CONHECER OS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

A lei de biossegurança (11.105 de 24/03/2005) preocupou-se, na sua maior porção, em disciplinar o tratamento a ser reservado aos organismos geneticamente modificados, de tal modo a chegar a inspirar dúvidas fundadas se por igual cuidou de outros temas, mediata ou imediatamente afetos.

---

<sup>195</sup> Em desacordo com tal posicionamento, vide nota 159.

Assumindo uma postura até mesmo pedagógica, chega a conferir o conceito – que passou a ser legal - de muitas das figuras da biogenética que só recentemente ingressaram no vocabulário dos operadores jurídicos especializados<sup>196</sup>.

Assim, o referido diploma estabeleceu normas de segurança e mecanismos de controle da observância destas normas, acerca da construção, cultivo, produção, manipulação, transporte, transferência, importação, exportação, guarda, pesquisa, comercialização, consumo e, mais importante, liberação ao meio ambiente e descarte de organismos geneticamente modificados.

---

<sup>196</sup> **Art. 1º** Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se atividade de pesquisa a realizada em laboratório, regime de contenção ou campo, como parte do processo de obtenção de OGM e seus derivados ou de avaliação da biossegurança de OGM e seus derivados, o que engloba, no âmbito experimental, a construção, o cultivo, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a liberação no meio ambiente e o descarte de OGM e seus derivados.

§ 2º Para os fins desta Lei, considera-se atividade de uso comercial de OGM e seus derivados a que não se enquadra como atividade de pesquisa, e que trata do cultivo, da produção, da manipulação, do transporte, da transferência, da comercialização, da importação, da exportação, do armazenamento, do consumo, da liberação e do descarte de OGM e seus derivados para fins comerciais.

[...] **Art. 3º** Para os efeitos desta lei, considera-se:

I - organismo: toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas;

II - ácido desoxirribonucléico (ADN), ácido ribonucléico (ARN): material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência;

III - moléculas de ADN/ARN recombinante: as moléculas manipuladas fora das células vivas mediante a modificação de segmentos da ADN/ARN natural ou sintético e que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação; consideram-se também os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural;

IV - engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante;

V - organismo geneticamente modificado (OGM): organismo cujo material genético - ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

VI - derivado de OGM: produto obtido de OGM e que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OGM;

VII - célula germinal humana: célula-mãe responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia;

VIII - clonagem: processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética;

IX - clonagem para fins reprodutivos: clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo;

X - clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica;

XI - células-tronco embrionárias: células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo.

§ 1º Não se inclui na categoria de OGM o resultante de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, inclusive fecundação "in vitro", conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural.

§ 2º Não se inclui na categoria de derivado de OGM a substância pura, quimicamente definida, obtida por meio de processos biológicos e que não contenha OGM, proteína heteróloga ou ADN recombinante.

São assim considerados - a locução já está a antecipar -, o organismo cujo material genético tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética, ao passo que a lei tem como organismo toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético de qualquer natureza, mesmo vírus ou estruturas ainda não conhecidas – e por isso não classificadas -, mas que venham a ser conhecidas no futuro.

Em outras palavras, o organismo geneticamente modificado, também chamado de transgênico, consiste naquele que, através do uso de técnicas de engenharia genética, adquiriu características genéticas de outro organismo, de modo que o termo tem sido utilizado para descrever a atuação da tecnologia do DNA que sofre uma nova combinação (recombinado, por isso recombinante) através da inserção ou supressão de material que compõe o DNA e o RNA, para a alteração genética de animais, plantas e microorganismos.

No mesmo diapasão, entoa a voz Lenise Aparecida Matins Garcia, como se lê:

[...] transgênicos (ou OGMs – Organismos Geneticamente Modificados) aqueles organismos que adquiriram, pelo uso de técnicas modernas de engenharia genética, características de um outro organismo algumas vezes bastante distante do ponto de vista evolutivo. Assim, o organismo transgênico apresenta modificações impossíveis de serem obtidas com técnicas de cruzamento tradicionais, como uma planta com gene de vagalume ou uma bactéria produtora de insulina humana<sup>197</sup>.

A tecnologia da recombinação de material genético é feita através do isolamento dos genes de interesse por conduto de procedimentos de clonagem molecular, “que consistem em induzir um organismo e amplificar a seqüência de DNA do qual se tem interesse, em sistemas que permitem uma fácil purificação e recuperação do referido fragmento de DNA. Para isso, são utilizados vetores de clonagem (plasmídeos ou vírus) nos quais a seqüência de DNA de interesse é inserida, utilizando a enzima DNA ligase”<sup>198</sup>. Uma vez isolado o gene de interesse, estes fragmentos de DNA (genes) são incorporados (por meio de técnicas de Engenharia Genética) no genoma do organismo alvo, resultando em um organismo geneticamente modificado (OGM)<sup>199</sup>.

De toda sorte, a lei de biossegurança exclui do conceito de OGM o organismo resultante de técnica que introduza diretamente o material genético, se não envolver nesse procedimento molécula de DNA/RNA recombinante ou outro OGM, com o uso de técnicas como a

---

<sup>197</sup> Citada em BARROS, Felipe Luiz Machado. *Biodiversidade e Desenvolvimento Sustentável*. Aspectos Teóricos da Proteção Legal Brasileira ao Patrimônio Genético. 2000. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 02 set. 2007

<sup>198</sup> Apostila fornecida pelo curso de biologia da USP. Disponível em: <www.iq.usp.br/disciplinas/dbq/dnata/apostila/parte%2014.doc>. Acesso em: 16 ago.2007, p. 60.

<sup>199</sup> Vide site acima citado.



mutagênese, a formação e utilização de células somáticas de hibridoma animal, fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais, que possam ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo e autoclonagem de organismos não-patogênicos, tudo se processando de modo natural.

De toda sorte, cumpre distinguir o processo de produção de organismo transgênico, que consiste em modalidade de modificação genética, do melhoramento genético e da mutação genética. No melhoramento ocorre a combinação genética de dois organismos da mesma espécie ou gênero pelo cruzamento sexual, monitorado e provocado, com o fito de segregar, selecionando, características fenotípicas e comerciais desejadas na espécie, tal qual se dá, por exemplo, com a seleção de gado bovino. A mutação, de seu turno, é a alteração fenotípica da espécie por determinação natural do meio ambiente, com o fito de criar melhores condições de adaptabilidade, em sinal de evolução.

O mais importante é notar que, no processo transgênico, em que se promove a recombinação do material genético, a nova caracterização genética passa a ser transmissível, passa a ser hereditária, como se incorporasse este novo ser, representado por esta nova combinação genética, ao elenco de seres disponíveis no planeta, através, naturalmente, da interferência humana.

Tal circunstância, em face do seu elevado teor de artificialidade, bem como porque venha a conceder ao ser humano um feixe de poderes nunca dantes vislumbrado, que o chega mesmo a aproximá-lo de um dom divino, a capacidade de criação de novos seres, tem ensejado profundas preocupações.

Não se trata apenas do temor do desconhecido, presente em assunto que tal, posto que não há, ainda, elementos capazes de verificar quais as conseqüências podem advir na introdução de seres novos – em velocidade muito acima do que poderia imprimir o natural ritmo evolutivo -, no meio ambiente, mas, por igual, preocupação com a forma que tal poder possa ser controlado, fiscalizado, uma vez que o ser humano já deu suficientes mostras de egoísmo e irresponsabilidade na condução e operabilidade de temas que implicam em considerável acúmulo de poder, permitindo, pois, submissão do próximo.

### 3.2.1 Organismos geneticamente modificados: temores e regulação.

Como antevisto, a par de um preocupante cenário genético-ambiental imposto pela reunião de conhecimentos detidos pelo homem, que incide, para alterar, de forma brusca e definitiva, o meio ambiente natural, o manejo dos organismos geneticamente modificados inspira dilemas político-sociais e morais.

No pertinente ao primeiro espectro de preocupações, quais sejam, as conseqüências genético-ambientais no uso dos organismos geneticamente modificados, poder-se-ia sintetizar os temores daí decorrentes nas conseqüências advindas com o descarte de tais novéis estruturas, com o seu consumo – pelo ser humano inclusive – e pela reação, sempre encadeada, imprevisível e plural – do meio ambiente natural com a introdução de uma nova espécie, artificial, criada, pode-se dizer, em laboratório.

O consumo dos transgênicos parece estar na ordem do dia, como primeira preocupação, mesmo porque os alimentos com esta propriedade deixam cada vez mais de situar-se no distante e recôndido ambiente do debate científico para instalar-se nas prateleiras do mercado, alcançando o consumidor final, posto produzidos em grande escala, representando, pois, uma alternativa real de consumo em muitos países.

Os temores e os riscos, contudo, também são acompanhados de entusiástica defesa do uso das referidas estruturas. Os opositores alertam para a inexistência de suficientes estudos capazes de prever quais os resultados que podem advir do uso do transgênico, bem como realçam a inexistência de uma aceitação indubitosa no mercado, ao passo que os seus defensores anotam que podem afirmar-se como uma solução definitiva para a erradicação da fome, para o combate de pragas, para a diminuição ou supressão do uso de agrotóxicos, não havendo motivo para abdicar dos avanços alcançados pela biogenética.

Antes de tentar firmar posição a respeito, o objetivo da presente abordagem é apenas dar conhecimento das posições mais recorrentes<sup>200</sup>.

---

<sup>200</sup> “No caso dos OGMs, por exemplo, contrapõem-se os posicionamentos. Os segmentos da sociedade favoráveis aos transgênicos asseveram que o desenvolvimento e plantio destes organismos podem gerar importantes benefícios para a produção agrícola na medida em que possibilitam maior resistência a agentes externos (clima, praga, salinidade do solo, entre outros) e, conseqüentemente, promover um maior rendimento dos cultivos, contribuindo à erradicação da fome. No que se refere aos benefícios ambientais, referem que os organismos resistentes às pragas reduzem o uso de agentes químicos e que poderiam gerar organismos destinados a recuperar os nutrientes, reconstituir a composição do solo e reabilitar terras degradadas. Para esses grupos, a redução da biodiversidade não seria ‘dano ambiental reparável’, já que os benefícios suplantariam os eventuais prejuízos.

No tocante aos alimentos transgênicos, cumpre dizer reconhecer-se, hoje, três gerações consolidadas. A primeira que se destinou e se destina à produção de transgênicos com finalidade exclusivamente alimentar, a segunda que agrega a este fim uma destinação terapêutica e nutricional e a terceira que labora com a circunstância de que alimentos poderão vir a conter fármacos, atendendo não só à função nutricional como de cura, preventiva ou reparadora, como já se dá, ao seu modo, com o arroz transgênico enriquecido com betacaroteno (vitamina A), capaz de combater a cegueira noturna.

A propósito da produção de alimentos transgênicos, as técnicas predominantemente utilizadas são a da agrobactéria e o método do bombardeamento de microprojéteis<sup>201</sup>, das quais resultam as duas espécies mais produzidas, quais sejam a das “plantas inseticidas”, capazes, por si sós, de emitir substâncias tóxicas contra pragas, mas que, em princípio, não são danosas ao homem e as plantas resistentes a determinados inseticidas ou herbicidas, que toleram aplicações elevadas de produtos químicos, sem gerar danos para o cultivo, bem como sem transmitir – presume-se - tal química para quem as consome.

De toda sorte e em apertada síntese, as mais conhecidas pesquisas com alimentos transgênicos têm procurado pautar a sua condução na obtenção de espécies tolerantes a pragas ou condições climáticas inóspitas, o que permitiria não só o desuso de substâncias que a par de

---

Por sua vez, os contrários aos OGMs, apontam para a ameaça à biodiversidade, já que produzem uma incontável erosão ou contaminação genética, pois novos genes são introduzidos em um determinado ecossistema e, por conseguinte, espécies autóctones e relacionadas poderiam, ao incorporar estes genes (por exemplo, através da fecundação e serviços ecossistêmicos como a polinização), perder suas características genéticas originárias e, inclusive, desaparecer, afetando ainda mais a já comprometida segurança alimentícia mundial. Também poderiam originar-se novas plantas daninhas, aplicar os efeitos deste tipo de planta e perturbar os ciclos naturais das comunidades bioéticas coexistentes e as funções dos ecossistemas. Ademais, o plantio destes organismos simplifica os sistemas de cultivos, isto é, fomentam as monoculturas, que são mais suscetíveis a patógenos e desgastes bióticos e abióticos.

No que se refere aos perigos à saúde humana, os contra-OGMs afirmam que esses organismos podem ser causa de efeitos alérgicos e resistência a antibióticos. Por último, apontam para os efeitos sociais, porque os agricultores ficariam dependentes de multinacionais que dominam as sementes modificadas geneticamente e os produtos químicos associados, gerando-se assim um monopólio alimentício sem precedentes.

Para esse segmento, portanto, além dos riscos à saúde humana, haveria incontroverso dano ambiental, pois, a longo prazo, a biodiversidade seria sensivelmente reduzida” (STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil e a Lei de Biossegurança. In: MORATO LEITE, José Rubens; FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (Orgs). *Biossegurança e Novas Tecnologias na Sociedade de Risco: Aspectos Jurídicos, Técnicos e Sociais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p.106-107.

<sup>201</sup> “Especificamente sobre os alimentos geneticamente modificados, as tecnologias de produção mais desenvolvidas atualmente são o método da agrobactéria e o método do bombardeamento com microprojéteis. No primeiro, induz-se o gene com a característica desejada na agrobactéria, que por sua vez o transferirá para o vegetal escolhido; no último, encobrem-se partículas microscópicas do metal tungstênio com os genes desejados e, através da aceleração de partículas, atiram-se os mesmos contra as paredes das células vegetais, nas quais adentram e são inseridos no DNA. Em ambos os casos, as células receptoras são colocadas em placas de vidro, onde germinarão antes de serem transferidas para o solo”. (SUZUKI, Jorge Brunetti. *Aspectos Polêmicos da Nova Lei de Biossegurança*. Disponível em: <[www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br)>. Acesso em: 07 set. 2007, p. 04.

combaterem as pragas, agridem a natureza, como um aumento significativo da produção, o que, em tese, pode permitir um acesso mais facilitado a produtos que tais.

Em qualquer circunstância, remanesce o problema ambiental do descarte e introdução dos OGMs no meio ambiente, temas correlatos que podem ser tratados como uma única questão.

O assunto não é estranho à política comunitária européia, longe disso, foi onde encontrou a primeira e mais antiga disciplina. A propósito, vale consignar:

*La política comunitaria europea incorporo en 1987 a su agenda política ambiental lo que, desde la Agenda 21 de las Naciones Unidas, se conoce como Bioseguridad. Entre las iniciativas que, a partir del IVº PACMA surgieron bajo este impulso deben destacarse dos directivas del Consejo aprobadas en Abril de 1990: la Directiva 90/219/CEE del Consejo sobre utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente y la Directiva 90/220/CEE del Consejo sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente. En estas Directivas, reformadas parcialmente en los años 90 con el objetivo de adaptarlas a los avances científicos, se definieron los criterios generales que deberían ser tomados en consideración en la evaluación de riesgos tales como la patogeneidad de los nuevos organismos, su supervivencia o persistencia o las posibles consecuencias genéticas en el caso de su liberación en el medio ambiente natural. También se precisaron una serie de medidas concretas relativas a la evanucción y el control de los riesgos.<sup>202</sup>*

Ainda mais acentuando a profundidade da preocupação à matéria reservada na comunidade européia, complementa o autor:

*Aunque estas Directivas no hacen mención expresa del principio de precaución, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconocía en el año 2000 que dicho principio “se tiene plenamente en cuenta en el Derecho Comunitario sobre liberación de omg”. Siguiendo esa tendencia, el principio de cautela se ha recogido ya expresamente en la redacción de la Directiva 2001/18/CE sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente. Esta orientación se recuerda ya en el articulado de la Directiva, habiendo de tenerse en cuenta, además, que la misma califica genéricamente de “irreversibles” todos los posibles daños asociados a la liberación de organismos modificados genéticamente, sea una liberación en grandes o pequeñas cantidades. Nótese que se situa así toda liberación den OMG bajo la orientación del principio de precaución<sup>203</sup>.*

De acordo com a orientação da diretiva da comunidade européia, a introdução de organismos geneticamente modificados deve obedecer ao princípio do “a passo e passo”, de modo que se possa avaliar, a cada liberação, se houve prejuízo ou repercussão no meio ambiente natural e humano para, depois desta avaliação, se possa tomar qualquer atitude adicional no sentido da continuação da liberação ou supressão da atividade.

---

<sup>202</sup> SAN EPIFANIO, Leire Escadejo. *Principio de Precaución y Riesgos Ambientales, Especialmente los Asociados a Los OMG*. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*. Bilbao-Granada: Comares Granada, 2004, p. 158-159.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 159.

Ao par da repercussão ambiental povoar os temores do uso dos OGMs, também manifestam-se as reflexões, ainda que em menor proporção, acerca das repercussões político-sociais e morais.

Teme-se que o desenvolvimento da técnica pelos países desenvolvidos possa ainda mais aprofundar o fosso existente entre estes e aqueles em desenvolvimento, a ponto do domínio da tecnologia poder ser manobrado em prol do atendimento de interesses meramente econômicos quando as suas vantagens devessem ser democratizadas, utilizadas em benefício de todos, como por exemplo, quanto aos alimentos, para combater a fome onde quer que se encontre.

No aspecto moral não se duvida, como visto, que a manipulação artificial de estruturas naturais possa aflorar o antigo dilema ético dos limites da influência da inventiva humana sobre o espaço natural, submetendo todos os demais seres vivos e o equilíbrio de suas relações aos interesses de uma única espécie, a espécie humana<sup>204</sup>.

### 3.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVISTA PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA E UM ENSAIO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO INTERESSE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA PESQUISA E MANEJO DOS ACHADOS DA PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO

A teoria do interesse deve ter a sua eficiência comprovada à luz do caso em concreto e, para que o seu ensaio tenha maior utilidade, justifica-se aplicá-lo às circunstâncias mais atuais de prestação de serviços de saúde, como se afigura com as terapêuticas que fazem uso de células-tronco, reguladas, entre nós, pela lei nº 11.105, de 24.03.2005, batizada como lei de biossegurança.

A leitura assistemática do art. 1º da lei de biossegurança pode até conduzir à conclusão restritiva de que esta não disciplina a atividade com células-tronco, mas apenas com os organismos geneticamente modificados<sup>205</sup>, o que é afastado pelo teor dos arts. 5º e 24 do mesmo diploma, bem como pela previsão genérica da responsabilização civil contemplada no

---

<sup>204</sup> O especismo foi denunciado por Peter Singer como a forma mais moderna e elaborada de discriminação no planeta, como se lê em *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>205</sup> A diferença entre estes dois conceitos se apresenta no conteúdo dos incisos V e XI do art. 3º e é ressaltada com a diversidade de tratamentos conferidos pelos arts. 5º, §3º, e 30, todos da lei 11.105/05.

art. 20, a par do posicionamento assumido pelas fontes mediatas do direito, particularmente pela doutrina que sobre a matéria se debruça<sup>206</sup>.

A novel legislação prevê em seu art. 20 que “sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa”, criando, portanto, uma responsabilidade solidária e objetiva.

Adota-se a premissa, vale reiterar o registro inicial, de que a responsabilidade civil no manejo dos achados com pesquisas em células-tronco integra o campo maior da responsabilidade civil na área de saúde, do médico ou de empresas que se dedicam à atividade médica.

A responsabilidade objetiva do médico pesquisador ou aplicador de novas terapêuticas derivadas da manipulação de células-tronco ou de empresa com idêntica atividade contraria o disposto no art. 951 do Código Civil e 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, afetando um sistema já consolidado que não dispensava a presença da culpa na verificação do dever de ressarcimento do médico em particular e do profissional liberal de modo geral.

O fenômeno da objetivação incondicional da responsabilidade civil é, aliás, fruto maduro da sociedade dos grandes riscos, bem como da insegurança geral que dela dimana. Tal conceito, da sociedade dos grandes riscos<sup>207</sup>, já se encontra suficientemente trabalhado na seara do direito penal, por conduto do extenso caminho percorrido por quantos como Pablo Rodrigo Aflen da Silva<sup>208</sup>, Jorge de Figueiredo Dias<sup>209</sup> e Iberê Garcia<sup>210</sup>, têm se preocupado com o estudo do tema, tal qual antes visto.

Tal responsabilização sem culpa, derivada da lei de biossegurança, afigura-se, cumpre reiterar, imprecisa e mal orientada, isto porque confere tratamento igual a circunstâncias desiguais. Não se procurou fazer a diferenciação entre a atuação de profissionais que lidem com células-tronco daqueles que manejam organismos geneticamente modificados, o que consistiu em imprecisão nociva, mesmo porque o art. 6º, incisos III e IV da referida lei vedou a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano e a

---

<sup>206</sup> SILVA, Reinaldo Pereira. Biossegurança – Entre as Insuficiências do Instituto da Responsabilidade Civil e a Institucionalização da Irresponsabilidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 491.

<sup>207</sup> BECK, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

<sup>208</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alflem. Aspectos Críticos do Direito Penal na Sociedade de Risco. São Paulo: Revista dos Tribunais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46, 2004, p. 78-79.

<sup>209</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal Entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43-44.

<sup>210</sup> GARCIA, Iberê Anselmo. O Risco Permitido como Critério de Imputação do Erro Médico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.42.

clonagem humana, não se podendo, por isso, incluir o manejo das células-tronco no conceito de organismos geneticamente modificados, mesmo porque, no particular desse, não há alteração genética<sup>211</sup>.

Convém, pois, aplicar a teoria do interesse no manejo das células-tronco com finalidade terapêutica, reservando regime diverso para a manipulação de organismos geneticamente modificados<sup>212, 213</sup>, posto que, no primeiro caso, o risco é corrido predominantemente em benefício do paciente que, de outra sorte, será diretamente vitimado pelas conseqüências maléficas eventualmente produzidas, o que não ocorrerá com os organismos geneticamente modificados, que a par de seus efeitos poderem ameaçar toda a coletividade, são pesquisados e criados por empresas privadas que almejam o seu patenteamento, a fim de, na maior parte das vezes, incrementar os seus lucros.

A despeito do ainda pouco material disponível acerca do assunto, em derredor da responsabilidade civil e a lei de biossegurança já se escreveu que, no condizente à utilização do DNA recombinante, dos organismos geneticamente modificados, a responsabilidade objetiva comum podia mesmo ser de reduzido impacto, de modo a se exigir mais, o que seja: a responsabilidade agravada.

Cotejando a responsabilidade objetiva agravada com a comum, lecionou Fernando Noronha:

[...] na comum exige-se que o dano seja resultante de ação ou omissão do responsável, ou de ação ou omissão de pessoa a ele ligada, ou ainda de fato de coisas de que ele seja detentor. Na agravada vai-se mais longe e o responsável fica obrigado a reparar danos não causados por si mesmo, nem por pessoa ou coisa a ele vinculados, são danos simplesmente acontecidos durante a atividade que o responsável desenvolve<sup>214</sup>.

Reinaldo Pereira e Silva vai além para considerar que, no condizente aos organismos geneticamente modificados, qualquer reparação seria ineficaz, posto não se poder reparar danos de natureza irreversível, não se poder, sequer, quantificá-los quando não há limite de

---

<sup>211</sup> Coteje-se, uma vez mais, o disposto nos incisos V e XI do art. 3º e arts. 5º e 30 da Lei 11.105/05.

<sup>212</sup> O que derivaria mesmo do consignado no art. 225, II e V, da CF.

<sup>213</sup> “Dada a novidade destas técnicas, ainda é impossível delimitar o universo de benefícios ou de eventuais danos à saúde e ao meio ambiente que a liberação de organismos geneticamente modificados pode gerar. Este absoluto estado de incertezas é característico do modelo social definido por Beck como uma ‘sociedade de riscos’, que se caracteriza pelo domínio dos riscos civilizatórios, assim entendidos como produtos em massa da industrialização, que são sistematicamente intensificados na medida em que se dispersam e se tornam globais. Enquanto nas sociedades antigas assinalava-se a existência de perigos, que se colocavam como situações externas à sociedade, na sociedade de riscos, assinala-se a existência dos riscos como uma conseqüência de decisões tomadas no âmbito da própria sociedade, o que confere um caráter reflexivo ao risco”. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil e a Lei de Biossegurança. In: MORATO LEITE, José Rubens; FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (orgs). *Biossegurança e Novas Tecnologias na Sociedade de Risco: Aspectos Jurídicos, Técnicos e Sociais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 104.

<sup>214</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 487-521.

espaço e de tempo a serem definidos, certo de que os prejuízos que podem ser gerados pela utilização do DNA recombinante ao meio ambiente projetam-se sem que se possa cogitar de fronteiras geopolíticas ou mesmo balizas temporais, protraindo-se por gerações<sup>215</sup>.

A lição de Annelise Monteiro Steigleder enriquece o debate, pontificando:

[...] apresentam-se preocupantes os riscos – ainda pouco conhecidos – decorrentes dos organismos geneticamente modificados, devendo analisar se as estruturas vigentes de responsabilização civil apresentam-se efetivas para dar conta desses desafios. ... A inserção de organismos geneticamente modificados no ecossistema pode produzir, dentre outros efeitos adversos, a redução quantitativa de um determinado animal, em virtude da alteração de seu ecossistema e de seu ciclo biológico<sup>216</sup>.

Em profícua contribuição, Vasconcelos, de seu turno, aponta a existência de entraves que dificultam, senão inviabilizam, a responsabilização civil decorrente de danos promovidos por organismos geneticamente modificados, sistematizando:

i) a dificuldade de comprovação de que a atividade biotecnológica tenha provocado aquele dano específico, até mesmo por falta de conhecimentos científicos e métodos de apuração eficientes; ii) o dano ecológico causado pela engenharia genética terá, com certeza, a característica de se expressar muito tempo depois e, ainda, o será de forma difusa; e (iii) a possibilidade de somatórios de fatores danosos, ou seja, a ocorrência de diversas causas que contribuem para o dano (concausas)<sup>217</sup>.

Com efeito, no pertinente aos organismos geneticamente modificados, é voz corrente que os institutos tradicionais do Direito, construídos para “acompanhar e valorar padrões de conduta que se baseavam em premissas fundamentais que não mais correspondem à realidade do mundo”<sup>218</sup> não se apresentam suficientes, posto basearem-se em noções de previsibilidade e precisão inexistentes nos tempos que correm.

Chega-se mesmo a afirmar que a sociedade de riscos promove uma irresponsabilidade organizada<sup>219</sup>, o que auxilia a compreender “como e porque as instituições da sociedade moderna devem reconhecer inevitavelmente a realidade da catástrofe, se bem que negando

---

<sup>215</sup> SILVA, Reinaldo Pereira. Biossegurança – Entre as Insuficiências do Instituto da Responsabilidade Civil e a Institucionalização da Irresponsabilidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 502.

<sup>216</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil e a Lei de Biossegurança. In: MORATO LEITE, José Rubens; FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (Orgs.). *Biossegurança e Novas Tecnologias na Sociedade de Risco: Aspectos Jurídicos, Técnicos e Sociais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 92-93.

<sup>217</sup> VASCONCELOS, Beto Ferreira Martins. Biotecnologia e a Responsabilidade Civil. In: VASCONCELOS, Beto Ferreira Martins. *Direito Ambiental visto por nós advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 252.

<sup>218</sup> SAMPAIO, Francisco José Marques. *A Evolução da Responsabilidade Civil e Reparação de Danos Ambientais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

<sup>219</sup> BECK, Ulrich, op. cit., p. 61



simultaneamente sua existência, ocultando as suas origens e evitando a indenização ou controle”<sup>220</sup>.

Tamanha a insuficiência dos mecanismos submetidos à disposição do operador do direito que Aurora Besalú Parkinson, inspirada em Augusto Morello, propõe uma modificação do próprio batismo do sub-ramo do direito, para denominá-lo “Direito dos Danos”, que há de ter como enfoque a capacidade de evitar os danos, posto que uma vez ocorridos, em dimensões globais e atemporais, como possivelmente verificável com os organismos geneticamente modificados<sup>221</sup>, não há possibilidade de reparação plena.

Desenvolvendo tal raciocínio, pondera a autora portenha:

[...] a noção de dano foi enriquecida com uma categoria nova: os danos graves e irreversíveis. Para eles, e por causa deles, o jogo da responsabilidade se transforma: aqui não se trata mais de reparar, posto que é impossível reparar o irreparável; se trata de impedir, de prevenir, de acionar a fim de que o dano não se produza, por conseguinte, de responsabilizar e de responsabilizar-se.<sup>222</sup>

Resta evidenciado, pois, que um tratamento desta natureza, que se pretende reservar aos organismos geneticamente modificados, que chega mesmo a defender a ineficácia de qualquer forma de responsabilização – para sugerir a cessação absoluta da atividade e do risco dela derivado -, ou que alcança a ponderação da responsabilidade objetiva agravada, ou seja, sem que estejam presentes a culpa e onexo causal, não pode ser partilhado pelo manejo das células-tronco, que a par de apresentarem riscos consideravelmente menores, já oferece resultados positivos a todos quantos se beneficiam de sua terapêutica.

Percebe-se que, de um lado, há acentuado descontentamento quanto ao regime da responsabilização reservado aos organismos geneticamente modificados, previsto pela lei nº 11.105/2005, bem como pela própria lei 6.938/81. Sustentam-no incapaz de disciplinar o perigo e de reparar os danos ensejados<sup>223</sup>. Propugnam um regime mais severo, ou a adoção de um conceito totalmente novo, em que não se valorize a reparação, mas, sobretudo, a

<sup>220</sup> GOLDBLATT citado por STEIGLEDER, Annelise Monteiro, op. cit., p. 110.

<sup>221</sup> Segundo Bertoldi, as borboletas Monarca são os primeiros seres afetados pelo cultivo de organismos geneticamente modificados, posto que o pólen gerado pelo milho BT, transferido pelo vento para as folhas com as quais se alimentam no estágio inicial de vida, como larvas, têm afetado o crescimento da espécie com o incremento da mortalidade. (BERTOLDI, Márcia Rodrigues. Biossegurança: uma Análise do Protocolo de Cartagena. *Revista de Direito Ambiental*, v. 38, 2005, p. 144).

<sup>222</sup> PARKINSON, Aurora Besalú. *Responsabilidad por Dano Ambiental*. Buenos Aires: Jose Luis Depalma Editor, 2005, p. 59, tradução livre.

<sup>223</sup> “Os danos à biodiversidade, decorrentes da liberação de OGMs, não se enquadram nesses requisitos (previstos pelas leis 6.938/81 e 11.105/2005), o que impõe a ampliação da moldura do dano reparável e da redefinição de causalidade, caso se deseje a prevenção e a reparação desses danos. Caso contrário, a consequência será a irresponsabilidade organizada, pois o próprio sistema jurídico vigente se encarregará de ‘absolver’ os eventuais responsáveis pela degradação” (STEIGLEDER, Annelise Monteiro, op. cit., p. 111).

capacidade de evitar a ocorrência do dano, pugnando-se por uma auto-responsabilização que deriva, naturalmente, de um processo profundo de autoconsciência.

De outra banda, o sistema previsto para o manejo das células-tronco, cujo potencial ofensivo e capacidade de danificar não se comparam a dos organismos geneticamente modificados, nem em gravidade, nem em dimensão, nem tampouco em permanência, se afigura demasiadamente severo, imprestável para servir à função de regulação do desempenho da atividade.

Daí o grande equívoco em reunir institutos diversos, que reclamam tratamento diferenciado, e realizar, quiçá, uma média impensada de severidade na regulação, que não os atende, nem separadamente, nem muito menos em conjunto.

### **3.3.1 Um aprofundamento do esforço de diferenciação**

Um argumento menor pode ainda ser agitado para censurar o tratamento indiferenciado. É que mesmo partindo-se da regulação atual reservada, em outras paragens, aos organismos geneticamente modificados – não infensa a críticas, naturalmente -, conclui-se pela impossibilidade de transferência dos requisitos para a hipótese de manejo das células-tronco.

De fato, o art. 27 do Protocolo de Cartagena estabelece, em consonância com outros documentos produzidos por fontes de autoridade, como a Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu, que somente os impactos significativos ao meio-ambiente são passíveis de indenização.

O anexo I da citada diretiva esclarece os critérios de aferição da natureza significativa do impacto ambiental, ponderando a necessidade de analisar o número e densidade de indivíduos afetados, o papel desempenhado pelos indivíduos e a capacidade de propagação da espécie afetada.

Ora, é difícil pensar hodiernamente - malgrado se reconheça que esta incapacidade de imaginação pode ser superada com o avanço assombroso das técnicas – que tal impacto ambiental significativo possa figurar como elemento de dano ensejado com o manejo de células-tronco. É ainda improvável imaginar que as atividades com células-tronco possam promover prejuízos coletivos, incontrolláveis, ambientais, que dirá em extensão e impacto significativo.

Os danos até aqui temidos relativamente às células-tronco parecem circunscreverem-se aos malefícios que podem ser ensejados a certos e determinados pacientes submetidos à técnicas de tratamento médico que as utilizem. Assim, não se afasta, *verbi gratia*, a possibilidade das células-tronco migrarem ou se multiplicarem desordenadamente, gerando tumores no organismo humano, com sintomatologia idêntica, ou ao menos semelhante, ao câncer<sup>224</sup>.

Os danos cogitados limitam-se, portanto, à esfera de interesses das pessoas submetidas ao tratamento médico, problema que, em cumprimento ao dever de informação reservado a todo e qualquer médico, seria resolvido por meio de um termo de consentimento informado, que tivesse o cuidado de registrar a extensão dos riscos corridos.

Trata-se, pois, inequivocamente, de uma perspectiva de prejuízo diversa e menos abrangente do que sucede com os organismos geneticamente modificados.

#### 3.4 A SOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO INTERESSE OU DA PREDOMINANTE VANTAGEM

Assim, cumpre criticar o regime jurídico reservado à responsabilidade civil nos tratamentos de saúde com células-tronco, para propor um regime diverso, seja para acatar responsabilização objetiva para os danos provocados ao meio ambiente, quando ocorrente, mas prever a responsabilização subjetiva para os profissionais liberais que provocassem danos em relação aos pacientes, devidamente informados, seja para em suma propor que, à luz do caso em concreto, investigue-se o interesse primário ou a predominante vantagem e, a depender esteja este identificado com a vítima ou o ofensor, aplique-se a responsabilidade subjetiva no primeiro caso e a objetiva no segundo.

Assim, como o tratamento com células-tronco tem a cura ou a melhora da saúde do paciente como interesse primário e qualquer outra consequência, tal qual o lucro, projeção científica, como secundário, na relação direta entre médico e paciente tratado com células-tronco a responsabilidade, ao contrário do que padroniza a lei, deveria ser subjetiva e não-solidária.

De outra banda, quando as pesquisas ou manejo dos resultados desta pesquisa pudessem ensejar danos ao meio-ambiente – o que se tem como impossível ou, ao menos, muito pouco

---

<sup>224</sup> Vide entrevista concedida por Mayana Zatz no Programa Roda Viva, exibido pela TV Cultura, em dezembro de 2006.

provável -, a responsabilidade deveria, de fato, ser objetiva, tal qual no sistema reservado à responsabilidade por dano ambiental.

Em sendo o dano provocado a terceiro, não beneficiário do tratamento, como o seu interesse primário não é priorizado, nem tampouco há predominante vantagem para si reservada na prática de tratamento que não lhe beneficia, a responsabilidade poderia ser objetiva.

Não se pode perder de vista, de outra sorte, que a objetivação incondicional da responsabilidade pode trazer malefícios ao corpo social, na medida em que tende a desestimular os avanços científicos, mormente no fértil campo do desenvolvimento das terapêuticas com células-tronco, não sem registrar, portanto, que a solução apresentada pela lei não se coaduna com a noção mais elementar de justiça.

Cumprido, pois, não olvidar a advertência de João Rodrigues Vaz ao conjurar o perigo de que “a prática de uma medicina adequada a evitar possíveis procedimentos judiciais, excessivamente rodeada de precauções e em que, compreensivelmente, os riscos não são assumidos pelos médicos”<sup>225</sup> (ainda que em benefício do paciente), representa um inegável risco social, posto se estabelecer, cada vez mais, o que ele batizou de medicina receosa – por outros tida como medicina defensiva -, que, inegavelmente, não prioriza o paciente, mas a segurança do médico, amedrontado e apequenado pelas pressões sociais.

### 3.5 UMA JUSTIFICAÇÃO BIOÉTICA DA DIFERENCIAÇÃO (DE REGIMES JURÍDICOS DA RESPONSABILIDADE RELACIONADOS A CÉLULAS-TRONCO E OGMs) E DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO INTERESSE OU DA PREDOMINANTE VANTAGEM.

A despeito de não se pretender, por despciendo, demonstrar aqui as zonas de interseção entre ética e direito<sup>226</sup>, a substância da matéria abordada pela lei de biossegurança é evidentemente

---

<sup>225</sup> Op. cit., p. 32.

<sup>226</sup> Para Dominique Lecourt “[...] os sistemas jurídicos são na verdade sistemas normativos entre outros (religiosos, políticos, médicos, estéticos...) e que a ética constitui o discurso que enuncia os princípios da compatibilidade geral entre esses sistemas em um dado momento. A ética não é primeira, mas a segunda em relação ao direito, assim como em relação aos outros sistemas.” (LECOURT, Dominique. *Erros Agradáveis, Verdades Desagradáveis*. In: GOUYON, P. H.; LECOURT; MEMMI, D.; THOMAS, J-P.; THOUVENIN, D. (Orgs). *A Bioética é de Má-fé?*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 11.

bioética<sup>227</sup>, de modo a recomendar-se que as opções jurídicas propostas possam também se justificar a luz deste ramo de conhecimento.

Tal orientação é sugerida não só pela afinidade material entre ética, bioética e direito, mas pela viabilidade que se reconhece para a tarefa, uma vez que possuem, como quer Athienza<sup>228</sup>, uma evidente comunhão metodológica, encontrando na ponderação de interesses o mais eficaz sistema de decisão entre idéias contrapostas, mas igualmente sustentáveis.

E nesta tentativa de justificação bioética, malgrado o tema central em estudo seja o direito médico, cumpre render homenagem a bioética total cunhada por Potter – não se filiando propriamente à chamada bioética médica -, a que pode melhor orientar a compreensão dos problemas globais com os quais a humanidade se defronta e, se não estabelecer soluções, ao menos indicar os caminhos a serem seguidos.

Como cediço, é costume atribuir-se a Potter<sup>229</sup> a cunhagem do termo “bioética”<sup>230</sup>, que teria surgido de sua obra “Bioética: uma Ponte para o Futuro”, publicado em 1971, baseada em artigos de sua autoria publicados nas décadas de 1950 e 1960. Nesta obra, deixa claro que para que a bioética cumprisse o seu natural destino deveria ser um conhecimento capaz de acompanhar o desenvolvimento científico, mas com disciplina ética.

Segundo Diniz, o importante da proposta de Potter é a idéia de que a constituição de uma ética (*ethos*) aplicada às situações de vida (*bio*) seria o caminho para a sobrevivência da espécie humana e já a proposição do termo enfatizava os dois elementos considerados relevantes para alcançar uma prudência que ele julgava imprescindível: o conhecimento tecnológico associado a valores humanos<sup>231</sup>. A proposta de Potter, pois, é visivelmente

---

<sup>227</sup> Esta parece ser, de fato, e como quer Hooft, a nomenclatura adequada para este ramo do conhecimento, deixando-se de adotar o termo biodireito pelas razões, dignas de endosso, compiladas em HOOFT, Pedro Federico. Bioética e direito? Bioética e biodireito? Biodireito: uma crítica ao neologismo. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (orgs). *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética; Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola, 2003, p. 409-508.

<sup>228</sup> Ao sugerir a juridicização da bioética, Athienza nada mais pretende do que reservar a possibilidade de se decidir como os juízes, ou seja, utilizando-se do método da ponderação de interesses que utilizam. Em outras palavras, propõe a adoção no processo de decisão das complexas questões bioéticas do método jurisprudencial, dos critérios jurisprudenciais de ‘ponderação’ entre princípios, regras ou valores eventualmente em colisão, seguindo o modelo da argumentação articulada pelos tribunais constitucionais ao decidir esses conflitos. ATHIENZA, Manuel. *Juridificar la Bioética*. In: VASQUEZ, Rodolfo (org.). *Bioética y Derecho. Fundamentos y Problemas Actuales*. México: F.C.E, 1999.

<sup>229</sup> Malgrado esquecido pela sua própria pátria nos vinte anos que se seguiram à publicação - época em que imperara a hegemonia asfixiante da bioética médica -, o pensamento de Potter fora resgatado pelos asiáticos, mais precisamente no IV Congresso Internacional de Bioética, no Japão e, a partir daí, voltou a ser estudado nos grandes centros que ao tema se dedicam.

<sup>230</sup> O batismo da matéria é, por alguns, atribuído ao grupo de estudo de Hellegers, vide FERRER, Jorge José; Alvarez, Juan Carlos. *Para Fundamentar a Bioética*. São Paulo: Loyola, 2005, p. 61.

<sup>231</sup> DINIZ, Débora. *Conflitos Morais e Bioética*. Brasília: LetrasLivres, 2001, p. 57.

conciliadora, posto não repele o avanço tecnológico, mas procura orientar o seu progresso por conduto de uma ética voltada para a valorização da vida.

A par disso, consiste em uma proposta global, que não se limita à atividade médica, mas sua tentativa de associação se dá em sentido amplo, envolvendo a aproximação do bem-estar dos humanos, dos seres vivos não-humanos, do meio ambiente e da ética. Daí chamar-se de uma bioética ecológica, global ou plena, em contraposição com a corrente exclusivamente biomédica. Segundo Potter, “os valores éticos não podem ser separados dos fatos biológicos. A humanidade necessita urgentemente de uma nova sabedoria que lhe proporcione o conhecimento de como usar o conhecimento para a sobrevivência do homem e a melhoria da qualidade de vida”<sup>232, 233</sup>.

Esta ética plena, não-sectarista e inclusivista de Potter serve de lastro à conclusão que o presente trabalho deseja alcançar – quando, por exemplo, propõe um regime mais brando de responsabilização para as células-tronco -, na medida em que reconhece que a preservação deve estar acompanhada de um controle racional dos avanços científicos, de modo que os seus benefícios não possam, por outro lado, ser negados ao homem contemporâneo.

Se o ser humano não pode ser submetido à ditadura da tecnologia, também não pode ser servo de um sentimento preservacionista irracional, que venha a impedir a democratização dos benefícios proporcionados pela inventiva humana. Mesmo porque, admite Potter, a tecnologia é um fato inapelavelmente estabelecido, e como tal não deve ser combatida, mas disciplinada.

Este mesmo discurso inclusivista e pleno pode ser constatado na produção de Felix Guattari. Ao reconhecer a natureza muito mais ampla da preocupação ecológica, que pode mesmo ser entendida como a preocupação pela vida de um modo geral, seja manifestada no ambiente selvagem e natural, seja no ambiente social, das relações entre os homens, ainda que não envolva propriamente a natureza, o escritor espanhol trilha caminho que se pode dizer entreaberto por Potter.

Neste sentido, Guattari menciona a existência de três ecologias, que mantêm profunda intersecção, a ecologia social, a mental (individual) e a ecologia natural ou ambiental. Ao adotar esta premissa plena, global, inclusivista, de que a preocupação ecológica não se limita ao meio ambiente, mas inclui o homem e suas relações com os próprios homens e com a

---

<sup>232</sup> FERRER, Jorge José; ALVAREZ, Juan Carlos. *Para Fundamentar a Bioética*. São Paulo: Loyola, 2005, p. 62.

<sup>233</sup> Este posicionamento não-sectarista de Potter, nestes tempos em que questões ecológicas e de justiça global são as mais relevantes e prementes para a ética do século XXI, está destinado a ser ainda mais recuperado nos grandes círculos acadêmicos e de pesquisa.

natureza, seguindo, a seu modo, a trilha universalista de Potter, Guattari termina por incluir a ecologia no seio dos lares, nas relações familiares, no trabalho.

Esta inclusão visa a preservação – cara para qualquer orientação ecológica – das relações sócio-afetivas que vêm sendo esgarçadas pelo ritmo de vida frenético há décadas imperante, exponencialmente amplificado, tal ritmo, pelo tecnicismo frio e distante que acentuadamente caracteriza as relações intersubjetivas. De seu turno, tal preservação inclusivista é idônea a reconhecer que a ética a ser aplicada na união destas três ecologias, neste pensamento que chamou de ecosófico, é a ética do melhor possível.

Em outras palavras, enuncia um discurso conciliador entre a técnica – que precisa ser contida e controlada – e a natureza, ambiental e das relações humanas, de modo que se deve atuar dentro de um modelo do possível, que contemple as necessidades de todos os envolvidos.

Guattari, a despeito de ecologista, não é um tecnofóbico, talvez porque não possa mesmo ser chamado de ecologista, mas de ecosofista. Para melhor entender o conceito, cumpre recorrer à fonte:

O planeta Terra vive um período de intensas transformações técnico-científicas, em contrapartida das quais engendram-se fenômenos de desequilíbrios ecológicos que, se não forem remediados, no limite, ameaçam a vida em sua superfície. Paralelamente a tais perturbações, os modos de vida humanos individuais e coletivos evoluem no sentido de uma progressiva deterioração. As redes de parentesco tendem a se reduzir ao mínimo, a vida doméstica vem sendo gangrenada pelo consumo da mídia, a vida conjugal e familiar se encontra freqüentemente ‘ossificada’ por uma espécie de padronização dos comportamentos, as relações de vizinhança estão geralmente reduzidas a sua mais pobre expressão... [...]

As formações políticas e as instâncias executivas parecem totalmente incapazes de apreender essa problemática no conjunto de suas implicações. Apesar de estarem começando a tomar uma consciência parcial dos perigos mais evidentes que ameaçam o meio ambiente natural de nossas sociedades, elas geralmente se contentam em abordar o campo dos danos industriais e, ainda assim, unicamente numa perspectiva tecnocrática, ao passo que só uma articulação ético-política – a que chamo de ecosofia – entre os três registros ecológicos (o do meio ambiente, o das relações sociais e o da subjetividade humana) é que poderia esclarecer convenientemente tais questões<sup>234</sup>

O modelo do possível pode mesmo ser dimanado da postura de Guattari diante da necessidade de traçar uma ética real - não a ponto de se tornar uma ética do caso em concreto, como a ética prática de Peter Singer -, não simplesmente ideal, que possa orientar as relações entre os homens, alimentando, como visto, a noção da ética preservacionista do melhor possível. Em

---

<sup>234</sup> GUATTARI, Felix. *As Três Ecologias*. Campinas: Papirus, 2006, p. 7-8.

outras palavras: não desconhece que o homem, cuja presença em influência e número vem se acentuando na superfície do planeta, é um poluidor inato, pela própria natureza do seu sistema respiratório, que aspira oxigênio e expira gás-carbônico, o que não impede, todavia, de se promover uma conciliação entre os apelos da vida contemporânea e a preservação das relações sociais e do meio ambiente natural.

Duas, pois, são as idéias caras ao pensamento de Guattari: a de inclusão, de globalidade e a de realidade, da opção pelo melhor possível.

Na tentativa de identificar bases de sustentação teórico-metodológicas mais abrangentes do que aquelas embutidas na bioética principialista de raiz anglo-saxônica, Volnei Garrafa, de seu turno, aprimorando o pensamento de Bellino, Nicolescu e Kosik, propõe como lastros do estatuto epistemológico da bioética, as noções de multi-inter-disciplinariedade, de complexidade e do que chamou de totalidade concreta<sup>235</sup>.

Considera que para que se compreenda adequadamente a realidade é necessária toma-la em sua completude, admitindo-a como “única, múltipla, heterogênea e contraditória – que se apresenta aos nossos olhos de forma orgânica e estruturada”<sup>236</sup>. A realidade não se opera de forma exclusivista, mas transcorre com um sem-número de superposições, de conflitos, de encontros, de ordem, de desordem, de harmonia e de desarmonia.

Assim, partindo da “lógica do outro incluído” de Nicolescu, Garrafa desenvolve a idéia da totalidade concreta concebendo a realidade como o palco da convivência dos contrários, onde múltiplos interesses se encontram, se chocam e se harmonizam, de modo que não se pode “impor soluções padronizadas para resolver os diferentes problemas provenientes da diversidade”<sup>237</sup>. Tal noção plena de realidade, que abraça a alteridade, afirma-se útil à justificação bioética da convivência de diversos regimes de responsabilidade civil, que o presente trabalho propõe.

Assim, em Potter, Athienza, Garrafa e sobretudo Guattari, vai-se buscar inspiração para este discurso conciliatório que se pretende propor, que não despreza a necessidade do homem viver bem consigo e com os outros, e com as técnicas que ele próprio alcançou e que lhe ensejam conforto, nem tampouco a necessidade de se preservar os recursos naturais para as

---

<sup>235</sup> GARRAFA, Volnei. Multi-inter-transdisciplinariedade, Complexidade e Totalidade Concreta em Bioética. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Bases Conceituais da Bioética – Enfoque Latino-Americano*. São Paulo: Gaia, 2006, p. 73-86.

<sup>236</sup> Op. cit., p. 77.

<sup>237</sup> Op. cit., p. 78.



gerações futuras, sem perder de vista que o uso da técnica não pode, de outra sorte, suprimir a identidade das nossas relações sociais, de modo que também estas devam ser preservadas.

Tal discurso conciliatório, que tem na premissa guattariana da melhor preservação possível um sustentáculo fundamental, bem como na sua crítica à homogeneização das relações entre os homens, pode justificar, do ponto de vista ético, a necessidade de conferir tratamento desigual à responsabilidade derivada do manejo dos organismos geneticamente modificados e àquela reservada às células-tronco, elegendo, para esta última, um regime mais brando.

No primeiro caso (do OGM) vige a lógica da precaução<sup>238, 239</sup>, de evitar o dano a qualquer custo, porque, a rigor, irreparável, que pode comportar mesmo a proibição da prática de determinadas atividades - como acontece, hodiernamente, com a vedação da engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano e a clonagem humana -, tudo com o fito de tutelar os interesses das gerações futuras. Nesta circunstância, não sem razão se pode afirmar que os pressupostos clássicos da responsabilidade civil não conferem à sociedade a proteção necessária do risco que a atividade promove.

Não se desconhece que, de fato, um dos objetivos das penas graves é dissuadir o ofensor a reiterar a prática ofensiva. Ora, neste novo cenário, por mais grave que seja a pena, este convencimento pode não existir, mesmo por não haver nada mais a tutelar, em face da natureza dantesca do prejuízo ensejado<sup>240</sup>.

---

<sup>238</sup> É lição do Direito Ambiental, distinguindo prevenção de precaução que “a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos. Em outros termos, enquanto a prevenção trabalha com o risco certo, a precaução vai além e se preocupa com o risco incerto. Ou, ainda, a prevenção se dá em relação ao perigo concreto, ao passo que a precaução envolve perigo abstrato”. (MILARE, Edis. *Direito do Ambiente – A Gestão Ambiental em Foco*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 766).

<sup>239</sup> “*En este contexto el principio de precaucion aparece de la mano de una nueva conciencia que se ha venido a resumir en el objetivo de alcanzar un desarrollo sostenible. Frente a las políticas que entendían que, de no establecerse el potencial de riesgo, una actividad debía entenderse en todo caso como no de riesgo, el principio de precaución reconoce la posibilidad de exigir – en algunos de esos casos – una acción preventiva. Esta filosofía entiende, en palabras del Gobierno de la Republica Federal alemana (1976), que la política ambiental no puede agotarse en una mera defensa frente a los peligros armenazantes y en la reparación de los daños ya producidos, sino que debe acoger además un planteamiento cautelar o precautorio que valore y conserve apropiadamente los fundamentos de la Naturaleza. Así, la precaución, cautela o previsión aparece en la legislación alemana de los años 70 como una actuación complementaria de lo que hasta entonces, en un sentido estricto, se había entendido como prevención. Este planteamiento se extendió – como veremos – a la legislación internacional y al Derecho comparado y se aviene en resumir hoy día, no sin voces discordantes, como principio de precaución o principio de cautela.*” (SAN EPIFANIO, Leire Escadejo. *Principio de Precaución y Riesgos Ambientales, Especialmente los Asociados a Los OGM*. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*. Bilbao-Granada: Comares Granada, 2004, p. 150-151).

<sup>240</sup> O princípio da precaução foi expressamente previsto pela Constituição da República do Equador de 1998, ao prever que “o Estado tomará medidas preventivas em caso de dúvidas sobre o impacto ou as consequências ambientais negativas de alguma ação ou omissão, ainda que não exista evidência científica de dano”. Para alguns, ainda que obliquamente o princípio é ainda previsto no art. 225 da Constituição Federal Brasileira de 1988. No Brasil, é frequentemente reconhecida aplicabilidade ao princípio pela jurisprudência, como ocorreu

No segundo caso (das células-tronco), impera a lógica da reparação, mesmo em face da pouca extensão dos danos, ou mesmo da impossibilidade, no atual estado tecnológico em que vivemos, de se cogitar de danos a terceiros – menos ainda ambientais – decorrentes do tratamento médico que utilize células-tronco.

A identificação das diferenças permite, pois, a convivência conciliatória de dois regimes diversos.

Na tentativa de aplicar a teoria do interesse ou da predominante vantagem, cumpre, de um lado, reconhecer que no manejo dos organismos geneticamente modificados, os riscos exponenciais não podem fazer presumir que o interesse ou a vantagem predomine para a coletividade, longe disso, o interesse maior será da empresa que desenvolve a pesquisa que, como cediço, patenteará a descoberta e lucrará exponencialmente com isso, tal qual já se verifica, ainda que em fase embrionária, com a tecnologia de desenvolvimento de sementes resistentes.

Ainda que a vantagem derivada da pesquisa possa alcançar um nicho maior de envolvidos, como comerciantes de sementes, produtores, beneficiadores do produto derivado da produção,

---

com a concessão de liminar em juízo federal para impedir o desembarque de produtos agrícolas argentinos, face à possibilidade de conterem transgênicos. Não fosse isso, alguns dos Estados-Membros da República Federativa do Brasil editaram leis complementando a regulação federal acerca da disciplina dos organismos geneticamente modificados, como se deu no Rio Grande do Sul e Paraná. A lei 14861/2005, do Estado do Paraná, foi, todavia, considerada inconstitucional pelo STF, tal qual se lê na ementa da ADIN 3645/PR, Relatora Min. Ellen Gracie, julgada em 31/05/2006, publicada no DJ em 01 set. 2006, p. 16: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 14.861/05, DO ESTADO DO PARANÁ. INFORMAÇÃO QUANTO À PRESENÇA DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EM ALIMENTOS E INGREDIENTES ALIMENTARES DESTINADOS AO CONSUMO HUMANO E ANIMAL. LEI FEDERAL 11.105/05 E DECRETOS 4.680/03 E 5.591/05. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE PARA DISPOR SOBRE PRODUÇÃO, CONSUMO E PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ART. 24, V E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTABELECIMENTO DE NORMAS GERAIS PELA UNIÃO E COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS ESTADOS. 1. Preliminar de ofensa reflexa afastada, uma vez que a despeito da constatação, pelo Tribunal, da existência de normas federais tratando da mesma temática, está o exame na ação adstrito à eventual e direta ofensa, pela lei atacada, das regras constitucionais de repartição da competência legislativa. Precedente: ADI 2.535-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.11.03. 2. Seja dispendo sobre consumo (CF, art. 24, V), seja sobre proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII), busca o Diploma estadual impugnado inaugurar regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente. 3. Ocorrência de substituição - e não suplementação - das regras que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente abrangente. Extrapolação, pelo legislador estadual, da autorização constitucional voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal. Precedente: ADI 3.035, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.05. 4. Declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de decreto regulamentar superveniente em razão da relação de dependência entre sua validade e a legitimidade constitucional da lei objeto da ação. Precedentes: ADI 437-QO, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.02.93 e ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90. 5. Ação direta cujo pedido formulado se julga procedente. Decisão: O Tribunal, à unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 14.861, de 26 de outubro de 2005, e do Decreto nº 6.253, de 22 de março de 2006, ambos do Estado do Paraná, nos termos do voto da Relatora, Ministra Ellen Gracie, Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Plenário, 31.05.2006.”. Disponível em: < www.stf.gov.br>. Acesso em: 16 ago.2007).

e até consumidor, fato é que o interesse primário, a vantagem predominante estará sempre associada ao lucro.

Na maioria dos casos, de outra sorte, muitos serão os indivíduos do corpo social que não experimentarão vantagem alguma, não ostentarão qualquer interesse, mas mesmo assim correrão o risco de dano a eles próprios ou ao ambiente em igualdade de proporções com aqueles que se beneficiam.

Desse modo, o discurso conciliatório, que não nega o espaço da técnica, mas reivindica disciplina ética para garantir a preservação do ambiente natural e social em benefício das gerações futuras, pode fazer concluir que, quanto aos organismos geneticamente modificados, a responsabilidade deve, de fato, ser objetiva e solidária, e alguns casos até agravada, posto que o interesse primário envolvido na atividade será sempre o lucro.

De outro modo, mesmo reconhecendo e valorizando a tecnologia e o conforto por ela proporcionado, é imperioso admitir que, em relação às pesquisas com os organismos geneticamente modificados, quando o risco envolvido não possa sequer ser imaginado, ou exista fundado receio de dano em grande proporção, a investigação e a pesquisa respectiva devam ser proibidas, ao menos até que se evolua de modo suficiente a desenvolver uma tecnologia de controle, que possa prever e evitar o risco de dano.

O mesmo discurso conciliatório e inclusivista, que respeita a alteridade, orienta a um tratamento diverso no relativo à pesquisa e manejo dos achados das pesquisas com células-tronco, que não precisa necessariamente afastar os demais regimes de responsabilidade civil, mais severos.

Como já se disse e ora reitera-se, as pesquisas e as atividades desenvolvidas com células-tronco, hoje prioritariamente concentradas no tratamento à saúde, tem no restabelecimento do paciente, ou na melhoria do seu bem-estar, o seu interesse primário. A vantagem predominante, portanto, é usufruída pelo paciente, ainda que possa haver um interesse de menor dimensão e força, representado por eventual vantagem econômica no desenvolvimento da pesquisa ou na implementação da atividade.

Tal se dá mesmo porque, como cediço, técnicas cirúrgicas, procedimentos terapêuticos e métodos de diagnóstico a serem empregados no ser humano ou animal são, pela legislação

brasileira, impassíveis de serem patenteados, pois não são considerados invenção ou modelo de utilidade (art. 10, VIII, da Lei 9279/96<sup>241</sup>).

Verifica-se, pois, que o potencial mercadológico e comercial das pesquisas e achados dela derivados com células-tronco é infinitamente menor do que o potencial relativo aos organismos geneticamente modificados, isto porque a impossibilidade de patentear métodos de diagnóstico e tratamento dirigidos aos seres humanos e animais retira a possibilidade de apropriação da idéia e, conseqüentemente, de sua comercialização.

Remanesce em grande parte, pois, o interesse primário na cura ou melhora do estado de saúde do paciente, de modo que, como o tal interesse está identificado com o beneficiário do tratamento, o regime de responsabilidade civil relativo ao tratamento de saúde com células-tronco deve ser subjetivo e não-solidário, como se defendeu na integralidade do presente trabalho.

De mais a mais, não há nada que possa contra-indicar a existência de regimes diversos para circunstâncias tão variadas, sendo antes salutar que tais e dessemelhantes regimes de responsabilidade civil convivam na rica pluralidade da diversidade, com o timbre do respeito à alteridade, tão própria à sociedade contemporânea e tão coerente com os discursos inclusivistas de Potter, Garrafa e Guatari.

### 3.6 BIOSSEGURANÇA, CÉLULAS-TRONCO E ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.

Não se pretende, à evidência, realizar um apanhado geral e incondicionado da jurisprudência brasileira em derredor dos citados temas, mas antes selecionar as matérias mais recorrentes para as quais os tribunais brasileiros forneceram, no momento, respostas que se apresentam estáveis.

Os tribunais selecionados para a pesquisa foram o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os cinco Tribunais Regionais, o que se justificou em face de decisão do Tribunal Excelso no sentido de que a competência para estabelecimento de normas gerais acerca da produção, consumo e proteção e defesa da saúde é da União, remanescendo aos Estados Membros competência suplementar, de acordo com a interpretação conferida pelo

---

<sup>241</sup> Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: [...] VIII – técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para a aplicação no corpo humano ou animal;

acórdão proferido pela Min. Ellen Gracie na ADI 3645-PR, ao disposto no art. 24, V e XII da Constituição Federal.

A despeito do critério acima invocado, não se deixou de perscrutar o posicionamento dos tribunais estaduais da região Sul do país, na medida em que se faz presente, ali, uma antiga e atuante militância ecológica que assumiu a vanguarda dos questionamentos relacionados, sobretudo, ao manejo e descarte dos organismos geneticamente modificados.

Explicada a forma de orientação, cumpre dividir o apanhado nos temas de abordagem.

### **3.6.1 Células-tronco.**

3.6.1.1 Envio de cordão umbilical e sangue nele depositado, com células-tronco, para conservação no exterior.

Um dos temas que originalmente foram enfrentados pela jurisprudência pátria, antes mesmo da edição da atual lei de biossegurança, foi o pertinente à vedação do envio de cordão umbilical, com sangue, e, naturalmente, células-tronco, para criopreservação no exterior do país, notadamente em clínicas especializadas americanas, para fins terapêuticos.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, baseada em parecer de sua Procuradoria, considerou ilegal a referida remessa, posto afrontar o disposto no art. 14, §1º, da Lei 10.205/01<sup>242</sup>, bem assim hostilizar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

---

<sup>242</sup> Art. 14. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

[...]

IV - proibição da comercialização da coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, componentes e hemoderivados;

[...]

XI - segurança na estocagem e transporte do sangue, componentes e hemoderivados, na forma das Normas Técnicas editadas pelo SINASAN;

[...]

§ 1º É vedada a doação ou exportação de sangue, componentes e hemoderivados, exceto em casos de solidariedade internacional ou quando houver excedentes nas necessidades nacionais em produtos acabados, ou por indicação médica com finalidade de elucidação diagnóstica, ou ainda nos acordos autorizados pelo órgão gestor do SINASAN para processamento ou obtenção de derivados por meio de alta tecnologia, não acessível ou disponível no País.

A interpretação do disposto no artigo 14, § 1º, da Lei 10.205/2001, defendida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), foi no sentido de que este proíbe a exportação de sangue (substância humana) para fins terapêuticos, o que resultou mesmo na edição de Portaria pelo Ministro da Saúde, de nº 2.381/2004, cujo teor do seu artigo 7º, § 1º, expressamente estabelece: “Determinar que a partir da data de publicação desta Portaria, seja vedado o envio de – Sangue de Cordão Umbilical e Placentário para o exterior, com o objetivo de armazenamento de CTH/SCUP (células tronco hematopoiéticas oriunda de sangue de cordão umbilical)”.

A agência estatal insistia em que o envio de material genético brasileiro para o exterior ofendia o disposto no art. 199, §4º da Constituição Federal<sup>243</sup>, por significar a realização de comercialização de sangue e hemoderivados, bem como que tal circunstância colocaria em risco o patrimônio genético brasileiro.

A posição da ANVISA foi objeto de mandados de segurança, que tramitaram, sobretudo, no Tribunal Regional da Primeira Região.

Os desembargadores federais foram unânimes em confirmar ou deferir a segurança em favor daqueles que pretendiam exportar o material genético<sup>244</sup>, não identificando na conduta ofensa

---

<sup>243</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

§4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

<sup>244</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. REMESSA DO SANGUE DO CORDÃO UMBILICAL DE RECÉM-NASCIDO AO EXTERIOR COM FINALIDADE TERAPÊUTICA. ARMAZENAMENTO DE **CÉLULAS-TRONCO**. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. OFENSA AO INTERESSE PÚBLICO. INOCORRÊNCIA.1. Para compatibilizar o disposto no § 1º do artigo 14 da Lei 10.205/2001 com a determinação constante do § 4º do artigo 199 da Carta Magna, é mister que seja conferida à disposição legal interpretação conforme a Constituição no sentido de que não existe vedação à exportação de sangue de cordão umbilical para fins terapêuticos, interpretação essa que é reforçada pelo fato de que o próprio dispositivo legal estabelece que a proibição em causa não se aplica nos casos de indicação médica com finalidade de elucidação diagnóstica, pois não se pode negar que a estocagem do sangue do cordão umbilical - que visa a preservar as chamadas "**células-tronco**" - atende ao objetivo da elucidação diagnóstica, ou seja, à preservação da saúde e da vida humana. 2. Por outro lado, é densa a plausibilidade jurídica do entendimento segundo o qual a ampliação da proibição contida no § 1º do artigo 14 da Lei 10.205/01 pela Portaria 2.381/2004 do Ministério da Saúde, que em seu artigo 7º, § 1º, proíbe o envio de sangue de cordão umbilical e placentário para o exterior - mesmo que seja para depósito em banco destinado à sua conservação, a fim de que seja utilizado, no futuro, pelo próprio titular do material genético, para fins terapêuticos -, é inadmissível, pois embora compatível com a literalidade do referido dispositivo legal, é ofensiva ao artigo 199, § 4º, da Carta Magna, e aos princípios da reserva legal, da proporcionalidade e da razoabilidade (Carta Magna, art. 5º, II e LIV). 3. Inexistência de ofensa ao interesse público, uma vez que de acordo com a Resolução 153/2004 da ANVISA a regra é o descarte do cordão umbilical após o parto, não se vislumbrando, assim, a utilidade do sangue à população nacional.4. Agravo de instrumento ao qual se dá provimento. (Agravo por Instrumento nº 2004.01.00.050703-1/DF. TRF1.6ª Turma. Relator Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado).Publicado em 21 mar. 2005, DJ p.104. Disponível em:< www.trf1.gov.br>. Acesso em 22 jan. 2008)

---

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. AUTORIZAÇÃO PARA REMESSA DE SANGUE DE CORDÃO UMBILICAL DE RECÉM-NASCIDOS PARA PAÍS ESTRANGEIRO COM VISTAS AO PROCESSAMENTO DE CÉLULAS -TRONCO. FINS ESTRITAMENTE TERAPÊUTICOS. PORTARIA Nº. 2.381/2004-ANVISA. INAPLICABILIDADE. I - Prevendo o art. 199, §4º, da CF/88 que "a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgão, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado qualquer tipo de comercialização" e pretendendo as impetrantes a remessa de sangue umbilical de seus filhos, para preservação de **células-tronco**, para fins terapêuticos, e para uso próprio e futuro, dado o desenvolvimento de pesquisa e tecnologias nesta área, à instituição, internacionalmente reconhecida, no exterior, afigura-se ilegítimo o ato coator que, ao dar interpretação literal ao disposto no §1º, do art. 14, da Lei nº. 10.205/01, afronta os princípios da reserva legal, da proporcionalidade e da razoabilidade, mormente porque não há, na espécie, qualquer comprovação de suposta afronta à supremacia pública, à saúde pública e/ou à segurança nacional, reforçado pelo fato de que, atualmente, o sangue do cordão umbilical, a ser armazenado no exterior, é descartado, após o parto. II - Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. (Apelação em Mandado de Segurança nº 2005.34.00.011040-7/DF. TRF1. 6ª Turma. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Publicado em 28 maio 2007, DJ p.68. Disponível em: <www.trf.gov.br>. Acesso em: 22 jan. 2008).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. AUTORIZAÇÃO PARA REMESSA DE SANGUE DE CORDÃO UMBILICAL DE RECÉM-NASCIDOS PARA PAÍS ESTRANGEIRO COM VISTAS AO PROCESSAMENTO DE CÉLULAS -TRONCO. FINS ESTRITAMENTE TERAPÊUTICOS. PORTARIA Nº. 2.381/2004-ANVISA. INAPLICABILIDADE. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DESCABIMENTO.

I - A caracterização do dissídio jurisprudencial entre órgãos julgadores do Tribunal reclama a ocorrência reiterada de julgados em sentidos opostos sobre determinada matéria, hipótese não caracterizada, na espécie, em que o pedido de instauração de incidente de uniformização de jurisprudência ampara-se em caso isolado, julgado no âmbito de cada uma das Turmas integrantes da Terceira Seção. Rejeita-se, assim, na espécie, o pedido de instauração do incidente de uniformização de jurisprudência. II - Prevendo o art. 199, §4º, da CF/88 que "a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgão, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado qualquer tipo de comercialização" e pretendendo as impetrantes a remessa de sangue umbilical de seus filhos, para preservação de **células-tronco**, para fins terapêuticos, e para uso próprio e futuro, dado o desenvolvimento de pesquisa e tecnologias nesta área, à instituição, internacionalmente reconhecida, no exterior, afigura-se ilegítimo o ato coator que, ao dar interpretação literal ao disposto no §1º, do art. 14, da Lei nº. 10.205/01, afronta os princípios da reserva legal, da proporcionalidade e da razoabilidade, mormente porque não há, na espécie, qualquer comprovação de suposta afronta à supremacia pública, à saúde pública e/ou à segurança nacional, reforçado pelo fato de que, atualmente, o sangue do cordão umbilical, a ser armazenado no exterior, é descartado, após o parto. III - Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. (Apelação em Mandado de Segurança nº 2005.34.00.025339-5/DF. TRF1. 6ª Turma. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Publicado em 13 jul. 2007, DJ p.48. Disponível em: <www.trf.gov.br>. Acesso em: 22 jan. 2008).

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA DO SANGUE DO CORDÃO UMBILICAL DE RECÉM-NASCIDO AO EXTERIOR COM FINALIDADE TERAPÊUTICA. ARMAZENAMENTO DE **CÉLULAS-TRONCO**. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. OFENSA AO INTERESSE PÚBLICO. INOCORRÊNCIA. 1. Nos termos do art. 199, § 4º, da Constituição Federal, a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. 2. Regulamentando o dispositivo constitucional, o art. 14 da 10.205/01 prescreveu vedação a doação ou exportação de sangue, componentes e hemoderivados, exceto em casos de solidariedade internacional ou quando houver excedentes nas necessidades nacionais em produtos acabados, ou por indicação médica com finalidade de elucidação diagnóstica, ou ainda nos acordos autorizados pelo órgão gestor do SINASAN para processamento ou obtenção de derivados por meio de alta tecnologia, não acessível ou disponível no País. 3. Nesse sentido, mostra-se incompatível com esses regramentos a leitura do art. 7º, § 1º, da Portaria 2.381/2004 do Ministério da Saúde, que estende a vedação a envio de sangue de cordão umbilical e placentário para o exterior, para depósito em banco destinado à sua conservação, para fins de utilização terapêutica, no futuro, pelo próprio titular do material genético. 4. Ofensa à reserva legal, manifesta na contraposição à solidariedade, ao direito à saúde, à razoabilidade. A estocagem do sangue do cordão umbilical -

ao art. 199, §4º da Carta Magna, mormente se realizada uma interpretação conforme a Constituição.

Com efeito, entendeu-se que a vedação constitucional refere-se apenas à comercialização de sangue e seus derivados, nisto não se incluindo a remessa do produto para fins terapêuticos, mesmo porque a própria lei à qual remete a Norma Maior ressalva a exportação por indicação médica com finalidade de elucidação diagnóstica (art. 14, §1º, da Lei 10.205/2001).

Entender diferentemente, adotando uma interpretação que dificulte a remessa de cordão umbilical e células-tronco para o exterior, aliás, importaria, para os Julgadores, em contrariar o espírito do regramento constitucional, que impõe que a lei deva facilitar a remoção de substâncias humanas para fins de tratamento.

Assim, para compatibilizar o disposto no §1º do art. 14 da Lei 10.205/2001 com o imperativo constante do §4º do ar. 199 da Carta Magna, ou seja, para conferir uma interpretação da lei conforme a Constituição, a jurisprudência consolidou o entendimento de não haver vedação à exportação de sangue de cordão umbilical para fins terapêuticos, mesmo porque a armazenagem de sangue visando à preservação de células-tronco atende ao objetivo da elucidação diagnóstica previsto na lei, tudo a promover a salvaguarda da saúde e da vida humanas.

3.6.1.2 custeio de tratamento com células-tronco, de prognóstico duvidoso, pela administração pública.

---

que visa a preservar as chamadas "**células-tronco**" - atende ao objetivo da elucidação diagnóstica, cuja teleologia compreende a preservação da saúde e da vida humana. 5. De outra parte, não há falar-se em maltrato ao interesse público, uma vez que, de acordo com a Resolução 153/2004 da ANVISA, a regra é o descarte do cordão umbilical após o parto. 6. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas. (Apelação em Mandado de Segurança nº 2005.34.00.027215-5/DF. TRF1. 6ª Turma. Relator Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado). Publicado em 10 set. 2007, DJ p. 59. Disponível em: <[www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)>. Acesso em: 22 jan. 2008).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE INSERÇÃO EM CADASTRO NACIONAL DE VOLUNTÁRIOS PARA PESQUISAS COM **CÉLULAS-TRONCO**. INEXISTÊNCIA DE CADASTRO QUE ABRANJA ALGUMA DAS DEFICIÊNCIAS DA QUAL O AGRAVANTE É PORTADOR. 1. Não cabe a conversão do agravo de instrumento em agravo retido quando a decisão agravada puder causar à parte lesão grave e de difícil reparação. 2. Não havendo cadastro nacional de voluntários para pesquisas com **células-tronco** que abranja alguma das deficiências da qual o recorrente é portador, afigura-se incabível o deferimento da tutela de urgência postulada. 3. Agravo de instrumento não provido. (Agravo por instrumento nº 2006.01.00.010944-0/MG. TRF1. 5ª Turma. Relator Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado). Publicado em 19 out. 2007, DJ p. 59. Disponível em: <[www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)>. Acesso em: 22 jan. 2008)



O caso coletado diz com um paciente que a par de portador do vírus HIV, desenvolveu a síndrome de Stevens Johnson, que causa desorganização da superfície ocular e, no caso, redundou em cegueira total.

Foi proposta ação com pedido de antecipação dos efeitos da tutela no sentido de que fosse custeado, pelo Estado Membro respectivo, o valor remanescente do tratamento só ocorrente em outro Estado Membro, terapêutica que envolve a aplicação de células-tronco visando à recomposição do material lesado pela síndrome.

Na particularidade da hipótese, havia relatório médico afirmando que as chances de êxito na reconstituição da função do órgão eram mínimas, mormente pela incompatibilidade no uso rotineiro de certos medicamentos que a síndrome da imunodeficiência adquirida impediria.

Em face disso foi negado o pedido, não somente em sede de tutela de urgência, mas, por igual, no mérito do recurso, forte no argumento de que as poucas chances de êxito não recomendavam o reconhecimento da pretensão<sup>245</sup>.

Malgrado qualquer inferência em derredor de tal decisão seja especulação, não se nega que o pedido somente fora negado em face das poucas chances de êxito do tratamento, o que permite supor que, diferentemente disso, se fossem razoáveis as chances, não haveria, em princípio, motivo para a negativa, circunstância, aliás, que já fora objeto de tratamento jurisprudencial em relação à aplicação de outras terapêuticas, com o mesmo sinete inovador.

### **3.6.2. Organismos geneticamente modificados.**

3.6.2.1 Estados Membros *versus* União na tentativa de controle, regulamentação e intervenção nas condutas de manejo e descarte de organismos geneticamente modificados.

---

<sup>245</sup> ADMINISTRATIVO. COMPLEMENTAÇÃO DE VERBA PARA CIRURGIA DE TRANSPLANTE DE CÉLULAS TRONCO E TRANSPLANTE DE CÓRNEA. TRATAMENTO COM MÍNIMAS POSSIBILIDADES DE RESULTADOS SATISFATÓRIOS. NÃO HÁ VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES.

Em que pesem as peculiaridades do caso em tela, sobretudo quanto à gravidade do estado de saúde do agravante, não se vislumbra a verossimilhança na espécie. Isso porque, de acordo com o relatório de atendimento ao paciente, não há indicação técnica para o procedimento, considerando os riscos e a falta de evidência clínica de resposta terapêutica, referindo, ainda, que o transplante de células límbicas (tronco) não apresenta resultados satisfatórios. (Agravo por Instrumento nº 2005.04.01.035472-2/SC. TRF4. 4ª Turma. Relator Desembargador Federal Márcio Antonio Rocha. Publicado em 22 mar. 2006, DJ p. 693. Disponível em: <[www.trf4.gov.br](http://www.trf4.gov.br)>. Acesso em: 22 jan. 2008).

A jurisprudência dos tribunais superiores, no particular, consigna um embate de vulto travado entre representantes da administração direta ou indireta dos Estados Membros e da União, cujo objeto central é a discussão da possibilidade da realização de pesquisas, que envolvem, naturalmente, testes de campo, compreendendo organismos geneticamente modificados, a pretexto da inobservância de requisitos definidos em lei estadual que a lei federal, posterior, não assimilou.

A contenda envolve, ainda, uma discussão que se afirma como premissa, qual seja a definição de competência para julgar ações que tais, se deveriam ser processadas no juízo estadual ou no federal, daí o registro recorrente de conflitos de competência.

Tais conflitos foram solucionados em favor do juízo federal, sustentado na ponderação de que, embora a competência seja concorrente, como definido pela Constituição, na medida em que lei federal regula exaustivamente a matéria, a competência estadual passa a ser residual<sup>246</sup>.

Ao lado de tal argumentação, revelou peso sustentar que os eventuais efeitos deletérios do uso indevido dos organismos geneticamente modificados não se circunscreveriam aos limites do Estado Membro, mas se irradiariam para além, podendo abranger o remanescente do território nacional, mesmo porque diz respeito à proteção da saúde pública de toda a população do

---

<sup>246</sup> PROCESSO PENAL - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL - DENÚNCIA - CRIME, EM TESE, DE LIBERAÇÃO NO MEIO AMBIENTE DE **ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS** (SOJA TRANSGÊNICA) - LEI Nº 8.974/95 - EXISTÊNCIA DE INTERESSES CONCRETOS E OBJETIVOS DA UNIÃO - COMPETÊNCIA CONCORRENTE RESIDUAL DOS ESTADOS PARA LEGISLAR E FISCALIZAR SOBRE A MATÉRIA - COMPETÊNCIA FEDERAL RECONHECIDA.

1 - Tendo os denunciados praticado, em tese, crime de liberação, no meio ambiente, de **organismos geneticamente modificados** – plantação de soja transgênica/safra 2001 (art. 13, V, da Lei nº 8974/95), verifica-se, consoante legislação federal específica, prejuízo à interesses da União, porquanto há reflexos concretos da utilização desta tecnologia de plantio na Política Agrícola Nacional e na Balança Comercial de Exportação de nosso País. 2 - Outrossim, a Lei nº 8.974/95 estabeleceu "normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo **geneticamente** modificado (OGM), visando proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente." (art. 1º, do citado diploma legal). No mesmo diapasão, o legislador ordinário federal atribuiu aos órgãos de fiscalização do Ministério da Saúde, do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária e do Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal, dentro do campo de suas competências, observado o parecer técnico conclusivo da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, órgão consultivo e de assessoramento do Governo Federal, o poder de fiscalizar as empresas, pessoas físicas e instituições que façam uso da biotecnologia dos transgênicos. 3 - Por fim, o Colendo Supremo Tribunal Federal assentou, no tocante a legislação pertinente aos **Organismos Geneticamente Modificados**, ser a competência dos Estados apenas residual, já que há lei federal expressa (Lei nº 8.974/95) (cf. Tribunal Pleno, Med.Cautelar em ADIN nº 3.035/PR, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJU de 12.03.2004). 4 - Conflito conhecido e provido para declarar competente o D. Juízo Federal da Vara Criminal de Passo Fundo/RS, ora suscitado (Conflito de Competência nº 41279/RS. Processo original nº 2004/0007970-8. Terceira Turma. Ministro Jorge Scartezzini. Publicado em 01 jan. 2004, DJ p. 175. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 23 jan. 2008). Nesta mesma direção, a já citada ADIN nº 3645/PR, Relatora Min. Ellen Gracie, julgada em 31 maio de 2005, publicada no DJ em 01 set. 2006, p. 16.

território nacional, sendo certa a livre circulação no país dos produtos produzidos em determinado Estado Membro, ao menos dos produtos agrícolas sob enfoque, qual seja a soja transgênica<sup>247</sup>.

Definida a competência do juízo federal, casos de verdadeira intervenção estadual sobre território federal – intervenção às avessas - e sobre a condução de assuntos de empresas federais foram apreciados pelas cortes federais e tribunais superiores.

Com efeito, há registros de que o Departamento de Produção Vegetal da Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado do Rio Grande do Sul promoveu interdição de unidade agrícola da EMBRAPA, ente federal, na qual estavam sendo realizados experimentos científicos com soja transgênica, em face da ausência de apresentação de relatórios e informações ao Poder Executivo Estadual, contrariando, pois, o que exigiria o Decreto Estadual 39.314/99 que regulamentou a lei estadual nº 9.453/91.

O conflito bem retratou a medição de forças estabelecida entre os entes federativos e a decisão a respeito fixou parâmetros que têm sido seguidos, a recomendar transcrição:

6. A questão controvertida consiste em saber se a interdição realizada pelo recorrido, com fundamento na legislação estadual, encontra respaldo no ordenamento jurídico, considerando-se, especificamente, a disciplina normativa federal à luz do regime da competência legislativa concorrente previsto na Constituição da República.

7. Constitui competência material concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre proteção do meio ambiente, reservando-se ao legislador federal a edição de normas gerais, o que, todavia, não afasta a

---

<sup>247</sup> CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. LIBERAÇÃO DE ORGANISMO GENETICAMENTE MODIFICADO NO MEIO AMBIENTE. SEMENTES DE SOJA TRANSGÊNICA. FALTA DE AUTORIZAÇÃO DA CNTBio. EVENTUAIS EFEITOS AMBIENTAIS QUE NÃO SE RESTRINGEM AO ÂMBITO DE ESTADOS DA FEDERAÇÃO INDIVIDUALMENTE CONSIDERADOS. POSSIBILIDADE DE CONSEQÜÊNCIAS À SAÚDE PÚBLICA. INTERESSE DA UNIÃO NO CONTROLE E REGULAMENTAÇÃO DO MANEJO DE SEMENTES DE OGM. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

A Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CNTBio) – Órgão diretamente ligado à Presidência da República, destinado a assessorar o governo na elaboração e implementação da Política Nacional de Biossegurança – é a responsável pela autorização do plantio de soja transgênica em território nacional. Cuidando-se de conduta de liberação, no meio ambiente, de organismo **geneticamente** modificado – sementes de soja transgênica – em desacordo com as normas estabelecidas pelo Órgão competente, caracteriza-se, em tese, o crime descrito no art. 13, inc. V, da Lei de Biossegurança, que regula manipulação de materiais referentes à Biotecnologia e à Engenharia Genética. Os eventuais efeitos ambientais decorrentes da liberação de **organismos geneticamente modificados** não se restringem ao âmbito dos Estados da Federação em que efetivamente ocorre o plantio ou descarte, sendo que seu uso indiscriminado pode acarretar conseqüências a direitos difusos, tais como a saúde pública. Evidenciado o interesse da União no controle e regulamentação do manejo de sementes de soja transgênica, inafastável a competência da Justiça Federal para o julgamento do feito. Conflito conhecido para declarar a competência o Juízo Federal da Vara Criminal de Passo Fundo, SJ/RS, o Suscitado. (Conflito de Competência nº 41301/RS. Processo original 2004/0008716-4. Terceira Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. Publicado em 17 maio 2004, DJ p. 104. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 jan. 2008)

competência suplementar dos Estados. A inexistência de lei federal sobre normas gerais autoriza o exercício da competência legislativa plena pelos Estados e Distrito Federal. Contudo, a superveniência daquela suspende a eficácia da lei local anterior, naquilo que com ela for incompatível.

8. Ao tempo do ato de interdição, competia ao Poder Executivo Federal, por meio da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, autorizar, fiscalizar e controlar os trabalhos de pesquisa científica com OGMs, incluindo soja transgênica, bem assim emitir o

Certificado de Qualidade em Biossegurança (CQB) e exigir a apresentação do EIA/RIMA quando fosse necessário (Lei 8.974/95, arts. 7º, II, III, IV, VII e IX, e 10; Decreto 1.752/95, arts. 2º, V, XIV, XV, 11 e 12, parágrafo único).

9. Os estudos de impacto ambiental, conquanto previstos na CF/88, são exigidos, na forma da lei, nos casos de significativa degradação ambiental. No sistema normativo infraconstitucional, o EIA e o RIMA não constituem documentos obrigatórios para realização de experimentos com OGMs e derivados, salvo quando, sob o ponto de vista técnico do órgão federal responsável (CTNBio), forem necessários.

10. O Decreto estadual 39.314/99, muito além de extrapolar os limites da Lei estadual 9.453/91 – pois previu exigência não-contida naquela (apresentação do EIA/RIMA) – e retroagir para alcançar situação de fato pretérita (trabalho científico em curso), não observou o disposto na legislação federal vigente desde 1995, contrariando-a. Por consequência, resta caracterizada a violação do direito líquido e certo da recorrente, consistente em realizar as pesquisas científicas com soja transgênica em Passo Fundo/RS.

11. A regulamentação das atividades envolvendo OGMs através de lei federal, que define as regras de caráter geral, homenageia o princípio da predominância do interesse, na medida em que o controle e a fiscalização dessas atividades não se limita ao interesse regional deste ou daquele Estado-membro, mas possui indiscutível alcance nacional.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido para fins de conceder a segurança e anular o ato de interdição.<sup>248</sup>

Como antecipado, a solução dos conflitos que se apresentam no particular tem prestigiado a posição da União e o poder de fiscalização da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança,

---

<sup>248</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 592682/RS, processo nº 2003/0167167-4. Primeira Turma. Relatora Ministra Denise Arruda. Publicado em 06 de fev. 2006, p. 200, disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), acesso em 24 jan. 2008. Em posição análoga:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – PLANTIO DE OGM (ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS) – LEI 10.814/03.

1. O propósito do Estado do Paraná de instaurar competência concorrente com a União para legislar sobre o cultivo dos transgênicos foi obstado pelo STF, que suspendeu, em decisão liminar, os efeitos do Lei Estadual 14.162/03.

2. As informações técnicas sobre o plantio de transgênicos, concentradas no Ministério da Agricultura, não podem ser repassadas ao Estado, por ausência de previsão legal.

3. Mandado de segurança denegado. (Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 9455/DF, processo nº 2003/0232507-1. Primeira Turma. Relatora Ministra Eliana Calmon. Publicado em 14 ago. 2006, p. 250, Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em 24 jan. 2008)

disciplinado pela lei federal 11.105/2005, que, tendo se aprofundado na abordagem e regulação dos organismos geneticamente modificados, permitiu maior controle do seu manejo pelos entes federais, subtraindo dos Estados Membros competência para fiscalizar o assunto, que remanesce residual<sup>249</sup>.

### 3.6.3 Biossegurança.

A pesquisa considerando o verbete em questão desprezou, naturalmente, os temas tratados nos julgados antes consignados, mesmo por corresponder a gênero do qual células-tronco e

---

<sup>249</sup> Antes, todavia, da edição da lei federal acima citada, os Estados Membros promoviam um controle direto, baseado em suas legislações próprias, poder de polícia que, por igual, redundou em conclaves judiciais, como no exemplo: DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - INTERDIÇÃO DE LAVOURA POR ALEGADA UTILIZAÇÃO DE **ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS** (O.G.M.) DETECTADA EM UM 1º TESTE - IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO 2º TESTE POR CULPA EXCLUSIVA DO ESTADO - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - DANOS MATERIAIS APURADOS ATRAVÉS DE PERÍCIA PORMENORIZADA - DANOS MORAIS QUE SE OSTENTAM - PROVIMENTOS PARCIAIS DOS APELOS PARA REDUZIR A VERBA HONORÁRIA E MAJORAR A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, AINDA QUE EM VALOR BEM AQUÉM DO ESTIMADO PELO AUTOR. Apelos parcialmente providos. Sentença confirmada em reexame quanto ao remanescente. (Apelação Cível Nº 70008570624, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 29 set. 2004, Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 24 jan. 2008).

ADMINISTRATIVO. MEIO AMBIENTE. SAUDE. CULTIVO DE ORGANISMO GENETICAMENTE MODIFICADO. OMG. CTNBIO. SOJA TRANSGENICA ROUNDUP READY. LEI Nº 8.974/95. NOTIFICACAO. AUTORIDADE ESTADUAL. INTERDICAÇÃO DA ATIVIDADE. 1.O USO DE TECNICAS DE ENGENHARIA GENETICA NA CONSTRUCAO, CULTIVO, MANIPULACAO, TRANSPORTE, COMERCIALIZACAO, CONSUMO, LIBERACAO E DESCARTE DE ORGANISMO GENETICAMENTE MODIFICADO DEPENDE (I) DE AUTORIZACAO DO PODER PUBLICO FEDERAL (MINISTERIOS DA SAUDE, DO MEIO AMBIENTE, DA AGRICULTURA E DA REFORMA AGRARIA) E DE (II) LICENCIAMENTO PELO ORGAO AMBIENTAL COMPETENTE. ART.7º DA LEI FEDERAL Nº 8.974/95 E ART.11 DO DECRETO Nº 1.752/95. 2.O PARECER TECNICO CONCLUSIVO SOBRE REGISTRO, USO, TRANSPORTE, ARMAZENAMENTO, COMERCIALIZACAO, CONSUMO, LIBERACAO E DESCARTE DE ORGANISMO GENETICAMENTE MODIFICADO OU DERIVADOS DA COMPETENCIA DA COMISSAO TECNICA NACIONAL DE **BIOSEGURANCA** - CTNBIO - ORGAO DO MINISTERIO DA CIENCIA E DA TECNOLOGIA - DESTINA-SE A INSTRUIR O PEDIDO DE AUTORIZACAO DIRIGIDO AOS MINISTERIOS DA SAUDE, DO MEIO AMBIENTE E DA AGRICULTURA, NAO SUPRINDO A EXIGENCIA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL A CARGO DA AUTORIDADE COMPETENTE. POR ISSO, O PARECER CONCLUSIVO FAVORAVEL DA CTNBIO NAO FACULTA O EXERCICIO DE ATIVIDADE RELACIONADA COM ORGANISMO GENETICAMENTE MODIFICADO. ART.7º, INCISOS III E IV, DA LEI FEDERAL Nº 8.974/95 E ART.2º, INCISO XII, DO DECRETO Nº 1.752/95, LEI Nº 6.938/81 E RESOLUCAO 237/97 DO CONAMA. 3.O CULTIVO DE ORGANISMO GENETICAMENTE MODIFICADO PARA COMERCIALIZACAO SEM EXPRESSA AUTORIZACAO E REGISTRO DO PRODUTO PELO PODER PUBLICO FEDERAL, LICENCA AMBIENTAL DO ORGAO COMPETENTE E NOTIFICACAO PREVIA DO EXECUTIVO EXIGIDA PELA LEI ESTADUAL CONSTITUI-SE EM ATIVIDADE ILEGAL SUJEITA A INTERDICAÇÃO. HIPOTESE EM QUE A SANCAO, A PAR DE LEGAL, EVIDENCIA-SE INDISPENSÁVEL PARA FAZER CESSAR A ILEGALIDADE QUE POE EM RISCO A SAUDE E O MEIO AMBIENTE. RECURSO DO IMPETRANTE DESPROVIDO. RECURSO DO ESTADO PROVIDO. (14 FLS) (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mandado de Segurança nº 70000027425. Segunda Câmara Cível. Relatora Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. Publicado no DJ de 06 out. 1999. Disponível em: <www.tr.rs.gov.br>. Acesso em: 25 jan. 2008).

organismos geneticamente modificados são temas-espécies. Dessarte, somente julgamento, envolvendo biossegurança, que não diga respeito diretamente a células-tronco ou organismos geneticamente modificados é que é objeto da preocupação da presente abordagem.

Já se pode adiantar que o corte metodológico proposto não reservou muitas alternativas de decisões judiciais para análise, dentre as quais se destaca a proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que não considerou o plantio de soja transgênica como inadimplemento em contrato de arrendamento rural quando o contrato não especificou pormenorizadamente a destinação que a arrendatária deveria conferir à área, nem tampouco quando não se verificou infração direta à lei de biossegurança, como se lê:

**EMENTA:** CONTRATOS AGRÁRIOS. ARRENDAMENTO RURAL MISTO. PEDIDO DE DESPEJO CUMULADO COM RESCISÃO CONTRATUAL. MOTIVO. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. PLANTIO DE CULTURA ILEGAL. SOJA GENETICAMENTE MODIFICADA. CONTRARIEDADE A LEI DE **BIOSSEGURANÇA**. NÃO-VERIFICADA. SENTENÇA MANTIDA. A apelante arrendou à apelada determinada área de terras para que a arrendatária plantasse a cultura que bem lhe aprouvesse. O contrato não especificou detalhadamente a destinação que a arrendatária deveria conferir às terras arrendadas. Então, assim como outros produtores, durante os anos de 2002 e 2003, a arrendatária plantou soja transgênica. Ocorre que, desde o ano de 2001, o Governo Federal vem editando e renovando medidas provisórias para escoar o plantio da soja transgênica e, com isso, evitar maiores prejuízos aos produtores rurais brasileiros. Porém, em 13 de junho de 2003, converteu-se a MP 113/03, na Lei 10.688/03, disciplinando-se a comercialização da safra de soja geneticamente modificada de 2003. E, posteriormente, editou-se a Lei 10.814/03, datada de 15 de dezembro de 2003, isentando expressamente os produtores de soja transgênica relativamente às safras anteriores ao ano de 2003 de toda e qualquer responsabilidade e/ou penalidade, nos termos do art. 13 da Lei 10.814/03. Desta forma, tanto a safra de 2002, quanto a de 2003, produzidas pela apelada com o emprego de sementes de soja transgênica devem ser reputadas lícitas. Logo, esta circunstância não tem aptidão para configurar motivo de despejo ou inadimplemento contratual a ponto de rescindi-lo. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70010538460, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 02/03/2005).

Não tendo reconhecido infração contratual nem inobservância direta da lei, o Tribunal entendeu não ter havido a prática de ato contrário à norma que pudesse implicar em inadimplemento, afastando, pois, a possibilidade de resolução contratual.

A despeito da incipiência dos temas nos tribunais pátrios, em face da novel disciplina, o presente apanhado procurou ser fiel aos temas mais recorrentes, como visto, podendo fornecer uma visão muito aproximada da experiência vivenciada nas cortes de justiça do país.

### 3.7 CONCLUSÃO

Longe de pretender estabelecer, com a reflexão constante do presente trabalho, uma contratendência quixotesca e feérica, o que se pretende é animar o debate acerca de um novo e revolucionário estado de coisas que de pouco em pouco se estabelece e modifica substancialmente a vida de todos.

Uma nova ordem, pós-industrial, dos grandes e incalculáveis riscos, está a exigir a aplicação de institutos igualmente inovadores, posto que o decalque das soluções alcançadas pela sociedade industrial não reproduz com exatidão o conforto porventura antes vivenciado na aplicação da norma ao caso em concreto, mesmo porque sobreposta, a solução, em uma realidade flagrantemente diversa.

Desse modo, é tempo de refletir se a aplicação incondicionada da responsabilidade objetiva e solidária para os novos fenômenos da realidade social, como os avanços biogenéticos, apresenta-se incondicionalmente positiva. É tempo de questionar se o instituto da responsabilização à luz do risco não deve perquirir a quem se afigura vantajosa à assunção de tal risco. Parece ser o momento de indagar se também a responsabilidade civil, como inúmeros outros institutos jurídicos, não devam ser flexibilizados à luz do caso em concreto.

Modulando a voz neste diapasão, é por igual de obtemperar-se a inadequação da aplicação de regimes idênticos de responsabilização civil para fenômenos tão diversos, como o do manejo de organismos geneticamente modificados e o uso das células-tronco.

Não se duvida que o trabalho em questão possa ser alvo de críticas, mas o atendimento ao convite do debate que à crítica pressupõe já terá atingido o seu objetivo, mesmo porque o crítico não ficará a ele insensível, sendo certo, inclusive, que uma idéia somente finca raízes no terreno da aceitação após o saudável confronto dialético, que lhe serve de adubo e lhe faz medrar.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JR. Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito e Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 133-180.

AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Civil Objetiva - Do Risco à Solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007

ANDORNO, Luis. *La Responsabilidad Civil Medica*. Vol. 59. Porto Alegre: Ajuris, 1993.

ARCHER, L. Clonagem – Verdade Científica e Sonho Mítico. *Humanística e Teologia*, n.21, 2000, p. 67-93.

ATHIENZA, Manuel. *Juridificar la Bioética*. In: VASQUEZ, Rodolfo (org.). *Bioética y Derecho. Fundamentos y Problemas Actuales*. México: F.C.E, 1999, Capítulo III, p. 64-91.

AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Felipe Luiz Machado. *Biodiversidade e Desenvolvimento Sustentável*. Aspectos Teóricos da Proteção Legal Brasileira ao Patrimônio Genético. 2000. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 02 set. 07

BARTH, Wilmar Luiz. *Células-Tronco e Bioética – O Progresso Biomédico e os Desafios Éticos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

BECK, Ulrich. *Liberdade ou Capitalismo. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira Araújo. São Paulo: Unesp, 2003.

\_\_\_\_\_. *La Invención de lo Político. Para una Teoría de la Modernización Reflexiva*. Tradução de Irene Merzazi. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999.

\_\_\_\_\_. *La sociedad del riesgo*. Trad. do alemão de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman. Objetivos do Direito Ambiental. Em Lusíadas. *Revista de Ciência e Cultura*. Série de direito, número especial, atas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada. Cidade do Porto, 1996.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues. Biossegurança: uma Análise do Protocolo de Cartagena. *Revista de Direito Ambiental*, v. 38, 2005, p. 140-159.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1957.

BIRNFELD, Carlos André Sousa. *A Emergência de uma Dimensão Ecológica para a Cidadania – Alguns Subsídios aos Operadores Jurídicos*. (Dissertação de Mestrado). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1997.



BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. Coleção Professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial n. 107.426*. 4ª Turma. Rel. Min. Barros Monteiro. Publicado em 20 fev. 2000. *Revista do STJ*, n.153, 2000. Disponível em <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 02 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial n. 116.372/MG*. 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Publicado no DJ de 02 fev. 1998. Disponível em <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 03 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial n. 171.988/RS*. Rel. Min. Waldemar Zveiter. Publicado no DJ de 28 jun.1999. Disponível em <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 02 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial n. 259816/RJ*. 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Publicado no DJ de 22 ago. 2000. Disponível em <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 02 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial n. 80.176/SP*. 3ª Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Publicado no DJ de 25.03.1996. Disponível em <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 02 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial*. 1ª Turma do STJ. Rel. Min. Asfor Rocha. Publicado em 20 mar.1995. *Revista do STJ*, n. 76, 1995.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Primeiro TACSP. 3ª Câmara. *Apelação Cível* n. 476.842/1. Relator Dês. Antônio de Pádua Ferraz Nogueira. Publicado no Diário do Poder Judiciário em 01 jun. 1993. Disponível em <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 12 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental n. 37060/RS*. 3ª Turma. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Publicado no DJ de 06 fev.1999. Disponível em <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 12 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 2004/0170737-0. Rel. Min. Jorge Scartezzini. Publicado no DJ de 11 dez. 2006, p. 365. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 02 set. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* n. 3645/PR. Rel. Min. Ellen Gracie. Publicado no DJ de 01 set.2006. Disponível em: < [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 16 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça da Bahia. *Apelação Cível* n. 49658-4. 4ª Câmara Cível. Rel. Dês. Paulo Furtado. Publicado no Diário do Poder Judiciário de 10 abr. 1999

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Paraná. *Agravo Instrumento* n. 0296474-5. 18ª Câmara Cível. Rel. Des. Nilson Mizuta. Publicado no DJ em 14 jun.2005. Disponível em:<[www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br)>. Acesso em: 04 nov.2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* n. 70017889601. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo. Publicado no Diário de Justiça em 20.12.2006. Disponível em: <[www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)>. Acesso em: 04 nov.2007

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial n. 81.101/PR*. Rel. Min. Waldemar Zveiter. Publicado no DJ de 31 maio 1999. Disponível em <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 02 jul.2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *Agravo por Instrumento* nº 2004.01.00.050703-1/DF. 6ª Turma. Relator Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado). Publicado em 21 mar. 2005, DJ p.104. Disponível em: <[www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)>. Acesso em: 22 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. *Apelação em Mandado de Segurança nº 2005.34.00.011040-7/DF*. 6ª Turma. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Publicado em 28 maio 2007, DJ p.68. Disponível em: <[www.trf.gov.br](http://www.trf.gov.br)>. Acesso em: 22 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. *Apelação em Mandado de Segurança nº 2005.34.00.025339-5/DF*. 6ª Turma. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Publicado em 12 jul. 2007, DJ p.48. Disponível em: <[www.trf.gov.br](http://www.trf.gov.br)>. Acesso em: 22 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. *Apelação em Mandado de Segurança nº 2005.34.00.027215-5/DF*. 6ª Turma. Relator Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado). Publicado em 10 set. 2007, DJ p. 59. Disponível em: <[www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)>. Acesso em: 22 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. *Agravo por Instrumento nº 2006.01.00.010944-0/MG*. 5ª Turma. Relator Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado). Publicado em 19 out. 2007, DJ p. 59, disponível em <[www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)>, acesso em 22 jan. 2008.

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *Agravo por Instrumento nº 2005.04.01.035472-2/SC*. 4ª Turma. Relator Desembargador Federal Márcio Antonio Rocha. Publicado em 22 mar. 2006, DJ p. 693. Disponível em: <[www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)>. Acesso em: 22 jan. 2008.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência nº 41279/RS*. Processo original nº 2004/0007970-8. Terceira Turma. Ministro Jorge Scartezini. Publicado em 01 jan. 2004, p. 175. Disponível em: <[www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)>. Acesso em: 23 jan. 2008.

\_\_\_\_\_, *Conflito de Competência nº 41301/RS*. Processo original 2004/0008716-4. Terceira Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. Publicado em 17 maio 2004, DJ p. 104. Disponível em: <[www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)>. Acesso em: 23 jan. 2008.

\_\_\_\_\_, *Recurso Especial nº 592682/RS*, processo nº 2003/0167167-4. Primeira Turma. Relatora Ministra Denise Arruda. Publicado em 06 de fev. 2006, p. 200. Disponível em: <[www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br)>. Acesso em: 24 jan. 2008.

\_\_\_\_\_, *Mandado de Segurança nº 9455/DF*, processo nº 2003/0232507-1. Primeira Turma. Relatora Ministra Eliana Calmon. Publicado em 14 ago. 2006, p. 250. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 24 jan. 2008.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70008570624*. Quarta Câmara Cível. Relator Desembargador João Carlos Branco Cardoso. Publicado em 29 set. 2004. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 24 jan. 2008.

\_\_\_\_\_, *Mandado de Segurança nº 70000027425*. Segunda Câmara Cível. Relatora Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. Publicado no DJ de 06 out. 1999, . Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 25 jan. 2008.

\_\_\_\_\_, *Apelação Cível nº 70010538460*. Nona Câmara Cível. Relatora Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira. Publicado no DJ de 02 mar. 2005. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 25 jan. 2008.

BRUCE, A.; BRAY, D.; LEWIS, J.; RAFF, M.; ROBERTS, K.; WATSON, D. *Biologia Molecular da Célula*. 3.ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997

CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade Civil, Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1984

CALCERRADA, Luis Martinez. *El Medico em el Derecho Civil, Derecho Medico*. Vol III, Madri: Tecnos, 1986

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CANOTILHO, José J. Gomes. Jurisdicização da Ecologia ou Ecologização. *Revista do Direito do Urbanismo e do Ambiente*, n.4, Coimbra: Almedina, dez. 1995, p. 68-75.

CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecologia: de Las Razones a los Derechos*. Granada: Ecorama, 1994.

CARREIRA ALVIM, J. E. Reflexões sobre a Responsabilidade Civil Médica. A Tutela Antecipatória na Ação de Reparação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Direito e Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. p. 209-226.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. O Consentimento Informado na Relação entre Médico e Paciente: Aspectos Jurídicos. In: \_\_\_\_\_; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). *Biotecnologia e suas Implicações Ético-Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.128-172.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: Conceito Fundamental do Direito Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 230-264.

DE LORENZO y MONTERO, Ricardo; SÁNCHEZ CARO, Javier. *Responsabilidad Legal de Profesional Sanitario*. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario, 2000.

DEPARTMENTE OF HEALTH AND HUMAN SERVICES. *Stem Cells: Scientific Progress and Future Research Directions*. Disponível em: <<http://www.nih.gov/news/stemcell/draftguidelines>>. htm, 1-7. Acesso em: 18 jun. 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. O Papel do Direito Penal na Proteção das Gerações Futuras. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 13, 2001, p 45-58.

\_\_\_\_\_. O Direito Penal Entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Débora. *Conflitos Morais e Bioética*. Brasília: LetrasLivres, 2001.

\_\_\_\_\_; GUILHEM, Dirce. *O Que é a Bioética?* São Paulo: Editora Brasiliense, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2006

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EQUADOR, Constituição. *Constituição da República do Equador*. Quito: Senado Federal, 1998.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

FACHIN, Luiz Edson, *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA JÚNIOR, César de. *O Processo Penal do Inimigo, a Efetividade dos Direitos e Garantias Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro*. Anteprojeto de Doutorado apresentado e aprovado na seleção de 2006. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Obrigações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2007.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, ‘Sociedade de Risco’ e o Futuro do Direito Penal. Panorâmica de Alguns Problemas Comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERREIRA, Heline Sivini. *A Sociedade de Risco e o Princípio da Precaução no Direito Brasileiro.* (Dissertação de mestrado em Direito). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002.

FERRER, Jorge José, Alvarez, Juan Carlos. *Para Fundamentar a Bioética.* São Paulo: Loyola, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método.* 7.ed. Vol. I. Petrópolis, Bragança Paulista: Vozes e Universitária São Francisco, 2005.

GARAGNA, S.; REDI, C.A.; ZUCCOTTI, M. *Cellule Sempre Nuove. L'è Scienze. Quaderni* 122, 2001, p. 4-9.

GARCIA, Iberê Anselmo, O Risco Permitido como Critério de Imputação do Erro Médico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.59, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37-89.

GARDNER, R.L. *Stem Cells: Potency, Plasticity and Public Perception. Journal of Anatomy*, n. 200, 2002

GARRAFA, Volnei. Multi-inter-transdisciplinariedade, Complexidade e Totalidade Concreta em Bioética. In: \_\_\_\_\_. (org.). *Bases Conceituais da Bioética – Enfoque Latino-Americano.* São Paulo: Gaia, 2006, p. 73-92.

GIESEN, Dieter. *The Patient's Right to Know – A Comparative Perspective. Medicine and Law*, vol. 12, n. 6/7/8, 1993.

GUATTARI, Felix. *As Três Ecologias.* Campinas: Papyrus, 2006.

HEINSEBERG, Werner. *Física e Filosofia.* 4. ed. Brasília: Edições Humanidades, série Métis, 1999.

HOOFT, Pedro Federico. Bioética e direito? Bioética e biodireito? Biodireito: uma crítica ao neologismo. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (orgs). *Bioética: Poder e Injustiça.* São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética; Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2003, p. 499-508.

JAKOBS, Günther, *Qué protege el derecho penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma?.* Tradução do alemão de Manuel Cancio Meliá. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil do Médico.* 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KISS, Alexandre. *Direito Internacional do Ambiente.* Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996, vol. I.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. Desprestígio da Advocacia. *Jornal A TARDE*. Judiciárias, 07 fev.2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral dos Contratos Cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2006.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional de Propriedade: Apogeu e Decadência (?). *Revista Ciência Jurídica*, vol. 88, Belo Horizonte, jul./ago, 311-332, 1999.

\_\_\_\_\_. *Um Diálogo entre Gadamer e Ross*. Artigo de conclusão de curso da matéria Hermenêutica. (Mestrado em Direito). Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2006.

LECOURT, Dominique. Erros Agradáveis, Verdades Desagradáveis. In: GOUYON, P. H., LECOURT; MEMMI, D.; THOMAS, J-P.; THOUVENIN, D. (Orgs). *A Bioética é de Má-fé?* São Paulo: Loyola, 2002, p. 9-14.

LIMA, Alvinio. *Da Culpa ao Risco*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIRA, André Castro; LIRA, Luiz Guilherme Costa; SOARES, Milena; SANTOS, Ricardo Ribeiro. *Terapia Celular pelo Transplante Autólogo de Células-Tronco de Medula Óssea em Pacientes com Doença Parenquimatosa Crônica de Fígado*. Comissão de Ética em Pesquisa do Hospital São Rafael. Biblioteca do Hospital São Rafael, 2005.

LOPEZ, Tereza Ancona. *O Dano Estético – Responsabilidade Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Traduzido por Vera Maria Jacob de Fradeira. São Paulo: RT, 1998.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. T. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997

MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 223-259.

MARSHALL, E. *A Versatile Cell Line Raises Scientific Hopes. Legal Questions. Science*, n. 282, 1998, p. 1014-1015.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Danos À Pessoa No Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 408-446.

\_\_\_\_\_. ; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente – A Gestão Ambiental em Foco*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de Um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*, vol. 65,1993, p. 21-33.

MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Univesitária, 2004.

MORENO, José Luis Serrano. *Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*. Granada: Comares Editorial, 1992.

NALINI, José Renato. A Responsabilidade Penal do Médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direito e Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 259-282.

NANNINI, Ubaldo G., *Il Consenso al Trattamento Medico. Presupposti Teorici e Applicazione Giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*. Milão: Giuffrè, 1989.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

NORTHROP, F. S. *Introdução aos Problemas da Filosofia Natural*. In: HEINSEBERG, Werner. *Física e Filosofia*. 4. ed. Brasília: Edições Humanidades, série Métis, 1999. Introdução à edição norte-americana, p.09- 42.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PEREIRA, Caio. Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3.ed. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PRADO, Luiz Régis, *Curso de Directo Penal Brasileiro*, vol. I. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROBERTSON, J. A. Ética e Controle nas Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias (tradução livre). *Kennedy Institute of Ethics Journal*, n. 9, p.109-136, 1999.

RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003.

SAN EPIFANIO, Leire Escadejo. *Principio de Precaución y Riesgos Ambientales, Especialmente los Asociados a Los OMG*. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*. Bilbao-Granada: Comares Granada, 2004, p. 149-218.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva, *La Expansión del Derecho Penal – Aspectos de la Política Criminal em las Sociedades Posindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

SANTOS, J. M. Carvalho Santos. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol. XXI. 6. ed. São Paulo: Livraria Francisco Bastos, 1956.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 457-488.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade por Danos Ecológicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflem. A Problemática das Leis Penais em Branco face ao Direito Penal do Risco. *Revista de Divulgação Científica da ULBRA/São Gerônimo*, v. 2, n.1, Rio Grande do Sul: ULBRA, 2003.

\_\_\_\_\_. Aspectos Críticos do Direito Penal na Sociedade de Risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Reinaldo Pereira. Biossegurança – Entre as Insuficiências do Instituto da Responsabilidade Civil e a Institucionalização da Irresponsabilidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 490-511.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil e a Lei de Biossegurança. In: MORATO LEITE, José Rubens; FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (Orgs). *Biossegurança e Novas Tecnologias na Sociedade de Risco: Aspectos Jurídicos, Técnicos e Sociais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 91-154.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e dos prestadores de serviços. *Tribuna da Magistratura, Cadernos de Doutrina*, set. 1996, p. 65.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SUZUKI, Jorge Brunetti, *Aspectos Polêmicos da Nova Lei de Biossegurança*. Disponível em: < [www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br)>. Acesso em: 07 set. 2007.

THEODORO JR., Humberto. A Responsabilidade Civil por Erro Médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direito e Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 111-132.

VASCONCELOS, Beto Ferreira Martins. Biotecnologia e a Responsabilidade Civil. In: \_\_\_\_\_. *Direito Ambiental visto por nós advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 237-258.

VESCOVI, Angelo. *Cellule staminali del sistema nervoso centrale: plasticità e transdifferenziamento*. In: REDI, C.A.; GARAGNA, S; ZUCCOTTI, M. (Coord.). *Biologia delle Cellule Staminali. Opportunità e limite di Impiego*. Pavia: Íbis, 2000, p. 10-15.



WADE, N. Researchers Claim Embryonic Cell Mix of Human and Cow. *New York Times*, 12 nov. 1998.

ZATZ, Mayana. Entrevista concedida em 14 jan.2005. Disponível em:<[www.globovideochat/globo.com](http://www.globovideochat/globo.com)>. Acesso em: 20 dez. 2007. *Chat* posterior ao Programa Globo Repórter exibido em 14 jan. 2005.

\_\_\_\_\_. Entrevista concedida no Programa Roda Viva em dezembro de 2006. TV Cultura. Programa de exibição semanal.