

**TEORIA DO
DIREITO**

Liberdade de contratar vs. Proteção à saúde da coletividade: uma ponderação à luz de Robert Alexy¹

Suíá Fernandes de Azevedo Souza

Sumário: 1. Introdução. 2. O mérito da questão. 3. A teoria refletida nela mesma. 4. A teoria refletida na fundamentação da decisão. 5. O dispositivo das decisões e o resultado do sopesamento. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas. 8. Referências jurisprudenciais.

Resumo: O presente trabalho tem por objeto o tema da ponderação entre a liberdade de contratar e saúde da coletividade, à luz das teorias de Robert Alexy.

Abstract: This paper broaches the balancing between the right to contract and collective health according to Robert Alexy's theories.

1 – INTRODUÇÃO

Esperança é a paciência com a lâmpada acesa. Esta frase, de *Quintus Septimius Florens Tertullianus*, ou Tertuliano, autor cristão que viveu por volta de 200 d.C. em Cartago, exprime a exata situação na qual viveram os autores que buscaram no Poder do Judiciário a possibilidade de envio e crioconservação de células-tronco do cordão umbilical dos seus filhos ao exterior.

¹ Trabalho de conclusão de período letivo de 2010, apresentado ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito para a aprovação na disciplina Direito, Sociedade e Direitos Humanos.

Como se sabe, as células contidas no cordão umbilical de recém-nascidos são as que possuem de forma mais eficaz a capacidade de se transformar em outras células e tecidos do corpo humano, constituindo, pela atual medicina, a esperança para a cura de inúmeras doenças. Com o fim associar os avanços da medicina à possibilidade de cura futura de seus filhos, algumas mulheres grávidas vislumbraram contratar os modernos bancos de crioconservação de células-tronco nos Estados Unidos da América para o envio e armazenamento de sangue do cordão umbilical. No entanto, foi aqui na república democrática do Brasil que a liberdade de contratar encontrou seu maior óbice, resumido na sigla ANVISA.

Por assim ser, o presente trabalho tem por escopo apresentar o mapeamento da jurisprudência nacional a esse respeito, sob a ótica do participante² e analisá-lo à luz dos elementos do neoconstitucionalismo de Robert Alexy.³

Para que tal objetivo seja alcançado, percorreu-se, em primeiro lugar e por conta da competência processual, os sítios na *Internet* dos cinco Tribunais Regionais Federais do país com as palavras-chave “células-tronco”; “células-estaminais”, e; “células-mãe”, em todas as fontes neles disponíveis. Feita a coleta nas três Cortes que apresentaram resultados positivos⁴, em segundo lugar, buscou-se os elementos comuns de cada um dos onze acórdãos encontrados, sendo necessário, no entanto, dispensar dois que fugiam ao tema em análise⁵.

² Os termos “participante” e “observador” foram definidos por Alexy em: **Between positivism and non-positivism? A third reply to Eugenio Bulygin**, na 1ª Conferência em Filosofia e Direito e neutralidade e Teoria do Direito, realizada em Girona - Espanha, em maio de 2010.

³ Um agradecimento especial à professora Margarida Lacombe, que ministrou curso sobre Robert Alexy no segundo semestre de 2010, de fundamental importância para o desenvolvimento deste trabalho.

⁴ Os Tribunais que forneceram subsídio para o presente foram: TRF 1ª Região, que compreende todos os Estados do Norte, Maranhão, Piauí, Bahia, no Nordeste, Mato Grosso e Goiás no Centro-Oeste e Minas Gerais no Sudeste. Já o Tribunal Regional da 2ª Região abrange os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo; e o da 4ª Região, abrangendo Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

⁵ Este mapeamento foi publicado, preliminarmente, em 2008, categorizado sob o título “Direito à saúde”. O trabalho completo, embora não revisto nem ampliado, está disponível nos anais da III Jornada Carioca do IBMEC, intitulado “O debate sobre células-tronco muito além da ADI 3510”; bem como na Revista de Direito dos Monitores da UFF, v. 1, Ed. 2, p. 110-117.

Como se vê, através destes elementos pode-se mapear a jurisprudência atinente ao tema e nela destacar, no momento seguinte, a presença - ou não - dos pontos essenciais do neoconstitucionalismo de Alexy, da década de 1980 aos dias de hoje.

2 – O MÉRITO DA QUESTÃO

Em breve resumo, as lides que giravam em torno do envio ou não de sangue do cordão umbilical para o exterior eram compostas, de um lado, por particulares, e, do outro, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, em litisconsórcio passivo com a União Federal, em alguns casos.

Remarcando o que foi dito linhas acima, os conflitos de interesses tiveram como causa os contratos entre brasileiros e a NECBB (*New England Cord Blood Bank*), em Massachussets, Estados Unidos, visando a remessa e o depósito de sangue do cordão umbilical de bebês prestes a nascer, para preservação de células-tronco, com o fito de propiciar futuros tratamentos terapêuticos, caso fossem necessários.

Segundo os argumentos desta parte, os laboratórios instalados em território nacional não teriam desenvolvido ainda um sistema tão eficaz quanto àquele oferecido pelo laboratório para o qual pretendem remeter o sangue extraído do cordão umbilical de seus filhos.⁶

A problemática ganha forma quando a ANVISA pôs óbices à coleta, transporte e armazenagem de células-tronco provenientes de cordão umbilical de brasileiros para outro país, em nome da relevância pública do contrato, que extrapola os limites do individual.

Demais disso, a autarquia especial elencou uma série de argumentos, que podem ser resumidos no seguinte:

⁶ Trecho retirado do acórdão do TRF-1, EDI na Ap no MS 2005.34.00.025339-5/DF, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, J. 21/05/2007, DJ 13/07/2007.

- a) o sangue humano e, por conseqüência, as células-tronco retiradas do cordão umbilical, seriam de grande relevância pública, extrapolando os limites do individual, assim como preconizado na Constituição Federal, em seus arts. 199, §4º e 200, II, *verbis*:

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.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei(...)

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador.

- b) o ato da ANVISA seria legítimo e estaria amparado em expressa vedação legal, no tocante à exportação de sangue humano, componentes ou hemoderivados, inclusive, sem fins comerciais, como se vê do art. 14, § 1º da Lei nº. 10.205/2001, bem como do art. 7º, §1º, da Portaria nº. 2.381/2004-MS, que cria a Rede Nacional de Bancos de Sangue de Cordão Umbilical e Placentários para Transplante de Células-Tronco Hematopoiéticas (BrasilCord) 7, transcritos *ipsi litteris*:

Art. 14 A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

(...)

§ 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.

Art. 7º Regulamentar o ingresso e saída de SCUP do território nacional e as relações com a rede de BSCUP internacionais.

§ 1º 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 em bancos públicos ou privados instalados fora do território nacional. [grifos nossos].

⁷ TRF-1, Ap no MS 2005.34.00.011040-7/DF, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, J. 07/05/2007, DJ 28/05/2007.

- c) os bancos autólogos ainda estão em fase experimental, gerando grande polêmica, e são proibidos em diversos países, sendo que a exportação para armazenamento, além de ilegal, afigura-se temerária, visto inexistirem dados que comprovem a viabilidade de um transplante autólogo, motivo porque há compreensível teor de que o material biológico em questão acabe sendo descartado sem qualquer ingerência brasileira, contendo, ainda, o contrato, a ser firmado pelas partes cláusulas "que são no mínimo estranhas e incompatíveis com a intenção de preservação do material genético", e;
- d) é possível a transação ser feita em território nacional por laboratórios especializados e fiscalizados pela ANVISA, não sendo, pois, permitidas autorizações excepcionais, porque a pretensão deduzida violaria os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da solidariedade, na medida em que inviabilizaria a criação de bancos de sangue no país para atendimento de toda a população, além de representar potencial risco sanitário.

Assim, estabelecido o contraditório, passou-se para a fase decisória, que será precedida, no presente, pelas reflexões teóricas.

3 – A TEORIA REFLETIDA NELA MESMA

Como se vê nos casos em comento, ante a desproporcionalidade da norma abstrata específica direta, chega ao Judiciário a pretensão de ver criada, no mundo real, a norma do caso concreto.

Interessante notar que já no início da controvérsia encontra-se um ponto de apoio substancial⁸ na construção neoconstitucionalista de Alexy, ao tratar da dupla natureza do direito.

⁸ Chamamos aqui de “ponto de apoio substancial”, pois é fato que a disciplina que analisa a passagem do conflito social à formação da lide é a processualística. Dentre eles, destacamos CINTRA, Antônio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

Em palavras precisas, o Direito necessariamente compreende a dimensão real ou factual e a ideal ou crítica⁹.

Através destas duas naturezas Robert Alexy diz que as reivindicações do direito pela correção mostram a sensibilidade de algo que emerge das pessoas, em particular por instituições oficiais e no comportamento do direito. Isso caracterizaria a sua representação.

No que toca à dicotomia, salta aos olhos a dimensão ideal de Robert Alexy. Segundo ele, o plano crítico estaria relacionado com a pretensão de correção (ou de justiça) que possui o Direito. Indo além, princípios e argumentos morais haveriam de ser considerados juridicamente na linha da correção material, que, em resumo, definiria o direito, juntamente com a legalidade e a eficácia social da norma.

Para ele, esta pretensão estaria ligada às decisões judiciais, que, para serem juridicamente perfeitas, devem ser justas e razoáveis, com base em discursos racionais.

Neste desenrolar de idéias, Alexy trouxe a Teoria do Discurso¹⁰. Ao introduzir este ponto, o autor a conceitua como uma teoria procedimental da prática racional. Segundo ela, uma proposição prática ou normativa seria correta (ou verdadeira) se, e somente se, puder resultar de um discurso prático racional, ou seja, se com ela houver a possibilidade de discutir racionalmente sobre problemas práticos, com uma pretensão de retidão. Seria ela uma teoria processual de correção prática.

Para ele, a condição do discurso racional poderia ser explicitado pelo significado do sistema de princípios, regras, e formas gerais da prática do discurso. Neste diapasão, a teoria

⁹ Tradução livre do original em inglês: "... Law necessarily comprises both a real or factual dimension and a ideal or critical one." ALEXY, Robert. **The Dual Nature of Law**. Ratio Juris, vol. 23, nº 2, junho 2010, p. 167.

¹⁰ Esta teoria permeia a produção do autor e está presente nos seguintes escritos de autoria própria: **Teoria do discurso e direitos humanos**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2004; **Balancing, constitutional review, and representantion**. HeinOnline – 3Int'l J. Const. L. 2005, p. 577; e **La institucionalización de la justicia**. Granada, 2005, pp. 58-63.

discursiva do direito conduziria à necessidade de institucionalização de um sistema jurídico, com a autoridade do direito positivo, que se sobrepõe, *prima facie*, aos fundamentos substanciais apresentados. Seria isso *prima facie*, pois os fundamentos da instituição podem ser complementados pelos discursos que vêm da prática geral.

Deve-se considerar ainda no universo de Robert Alexy que, para se solucionar um caso, a segunda ordem de correção seria a ponderação, capaz de trabalhar não somente na criação e aplicação do direito, mas na prática legal, que estaria na base do direito.

Relacionado a isso, a autor trabalha a classificação da colisão dos direitos fundamentais, o destaque para a importância dos princípios e a própria ponderação.

Quanto ao primeiro, releva notar que Robert Alexy considera não existir catálogo de direitos fundamentais sem colisão e a classifica da seguinte forma:

a) Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito (DF vs. DF):

- colisões de direitos fundamentais referentes a direitos fundamentais idênticos, sendo eles: (i) Direito liberal de defesa; (ii) Direito liberal de defesa de proteção a outrem; (iii) Diretos positivos e negativos; (iv) O lado jurídico e o lado fático de um mesmo direito fundamental.
- colisão de direitos fundamentais diferentes, como, por exemplo, liberdade de expressão VS. Direito de liberdade.

b) Colisões de direitos fundamentais em sentido amplo (direitos fundamentais vs. normas e princípios que tenham por objeto a proteção de interesse comum)¹¹.

¹¹ Um exemplo interessante trazido por Alexy: “(...) A justificação direta dessa restrição ou intervenção reside na “defesa da população contra os perigos que possam causar prejuízos à saúde”, também um valor coletivo. Indiretamente, trata-se de proteger valor igualmente tutelado pelos direitos individuais, isto é, a vida e a saúde do indivíduo. (...) O dever do Estado de proteger o seu cidadão obriga-o a desenvolver a proteção desse bem. Isso, todavia, não é possível sem intervenção no direito de liberdade daqueles que podem afetar ou ameaçar a segurança pública.” ALEXY, Robert. **Colisão...** pp. 6-7.

Constatada a possibilidade de colisões entre direitos fundamentais, a solução proposta por Alexy seria a ponderação. A pretensão de correção inerente ao direito, mais a consideração dos aspectos morais da vida, levariam, segundo o autor, à consolidação do que entende ser justiça. Daí dizer em palavras precisas:

Un panorama distinto aparece si las normas de justicia son tratadas como principios. En tal caso, como ya propuso Nowell-Smith en una temprana critica a la teoría rawlsiana, se llega a una teoría de justicia basada en la ponderación, pues la forma de aplicación de los principios es la ponderación. Ésta es la estructura preferible para una teoría de la justicia. Permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. De ese modo, se puede intentar obtener en ella un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales.(ALEXY, 2005b, p. 66)

Como se vê, é ler e conferir a importância que o jurista dá à ponderação, sendo oportuno fixar, nesse passo, a exata localização em sua aplicação prática. Para isso, mister se faz tratar do princípio da proporcionalidade, não sendo despidendo destacar sua própria dicção:

One of the main topics in the current debate about the interpretation of constitutional rights is the role of balancing or weighing. In the actual practice of many constitutional courts, balancing plays a central role.(...) The principle of proportionality consists of three sub-principles: the principles of suitability, of necessity, and of proportionality in its narrow sense. All these principles give expression to the idea of optimization. Interpreting constitutional rights in light of the principle of proportionality is to treat constitutional rights as optimization requirements, that is, as principles, not simply as rules. As optimization requirements, principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities. The principles of suitability and necessity concern optimization relative to what is factually possible. They thereby express the idea of Pareto-optimality. The third sub-principle, the principle of proportionality in its narrow sense, concerns optimization relative to the legal possibilities. The legal possibilities are essentially defined by competing principles. Balancing consists in nothing other than optimization relative to competing principles (ALEXY, 2005a, p.572/573).[grifos nossos].

Visto com olhos de ver, os sub-princípios acima elencados, que compõem o princípio da proporcionalidade - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, segundo Alexy, decorrem do caráter principiológico dos direitos fundamentais.

Neste aspecto, destaca o jurista que as máximas da adequação e da necessidade expressam a exigência contida na própria definição de princípio de uma máxima relativização no tocante às possibilidades fáticas. No primeiro sub-princípio (adequação), eliminar-se-iam os

meios não adequados, ajustando-os a uma ideia de ordem-moldura. No que diz respeito ao segundo (necessidade), ensina o autor que, dentre os meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso, ou seja, haveria uma medida igualmente adequada, porém menos invasiva. Isso, segundo ele, refletiria na escolha do legislador: se quer perseguir o objetivo escolhido, poderá adotar apenas o meio mais suave, ou um meio igualmente suave ou um meio ainda mais suave. Em resumo, haveria a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.

No que concerne ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, introduz Alexy a lei do sopesamento, que seria a otimização em relação aos princípios colidentes e o procedimento para se chegar a uma conclusão racional em todos os casos. Através dos três passos, seria possível estabelecer juízos racionais sobre intensidades de intervenções e graus de importância (leve, moderado e sério), ou, também chamado de “modelo triádico”.

Neste diapasão, é importante acentuar os passos dos quais o autor se refere: 1º passo: é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios; 2º passo: avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente; 3º passo: considera-se se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.

E para arrematar a presente análise retomando outros comentários aqui feitos, diz o autor que os direitos constitucionais representariam a conexão entre as dimensões ideais e reais. Mais precisamente sobre a colisão entre direitos fundamentais, pode-se resumir sua intenção no seguinte trecho: “*La justicia como ponderación tiene, además, una ventaja adicional. Expresa la idea de la medida correcta, idea clásica para la justicia. Excluye, así, cualquier forma de fanatismo.*”(ALEXY, 2005b, p. 66) E juntando ponderação com a participação do discurso prático racional poder-se-ia alcançar a pretensão de correção.

4 – A TEORIA REFLETIDA NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Voltando aos casos em análises, é estreme de dúvida que a questão dos contratos e dos obstáculos criados pela ANVISA situam-se no plano dos fatos, o que não se exige maiores

elucubrações. O problema é revelado quando o Direito não mais representaria, no plano ideal, a pretensão de correção. Em outras palavras, com a lide pode-se questionar acerca da reconsideração de princípios e argumentos morais que emergiram destes novos fatos. Destaque-se que se está tratando aqui das colisões de direitos fundamentais em sentido amplo de proteção de interesses comuns pelo Estado (item “b”) da classificação *supra*): liberdade de contratar vs. saúde pública e preservação do patrimônio genético brasileiro.

Assim, busca-se no Poder Judiciário obter a resposta concernente à necessidade ou não de se repensar as posturas da ANVISA, baseada em discursos racionais. Ademais, como se viu, a institucionalização de um sistema jurídico com a autoridade do direito positivo de até então (Portaria nº 2.381/2004, etc.) se sobrepõe, *prima facie*, aos discursos da prática geral.

Se assim é, veja-se o argumento minoritário de um magistrado que justificou o óbice da ANVISA, ou, n'outros termos, a preponderância da manutenção da integridade genética brasileira frente à liberdade de contratar:

(...) O texto do instrumento de mandato contém cláusulas que são no mínimo estranhas e incompatíveis com a intenção de preservação do material genético. As cláusulas referidas são a décima quarta, que trata da resilição do contrato; o parágrafo 6º, da cláusula 5ª; a cláusula 6ª, que fixa as obrigações da partes, especificamente, os itens 6.1.4 e 6.1.5, que devem ser examinadas em conjunto com a cláusula 7ª, § 3º, que transcrevo para melhor esclarecer: (fls. 153/168)

‘(...) CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA – DA RESILIÇÃO DO CONTRATO

O presente contrato poderá ser resilido de comum acordo ou, em caso de inadimplemento, mediante provocação da parte inocente, nos exatos termos previstos nas cláusulas anteriores. Além dos casos já expressos, o contrato será extinto nas seguintes hipóteses:

- a) quando, por decisão judicial, ocorrer a modificação da representação legal do BENEFICIÁRIO e novo representante não ratificar a presente avença.
- b) Quando a CONTRATADA/DEPOSITÁRIA sofrer sujeita a execução judicial sobre seus bens imóveis ou for declarada a falência ou decretada a concordata da CONTRATADA/DEPOSITÁRIA, ou, ainda, na hipótese de insolvência civil dos CONTRATANTES/MANDANTES;
- c) Quando os CONTRATANTES/MANDANTES não mais se interessarem pela manutenção do armazenamento da amostra pertencente ao beneficiário, e desde que este ainda esteja na condição de representado ou assistido pelos CONTRATANTES/MANDANTES, hipótese em que se aplicarão as regras próprias relativas a ‘Taxa de Cancelamento’.

Parágrafo Único – Resilido o contrato proceder-se-á conforme o disposto na cláusula sétima, parágrafo terceiro, deste contrato. (...)

(...) CLÁUSULA QUINTA – DO PREÇO E CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

(...) Parágrafo Sexto – Em caso de falta de pagamento de quaisquer dos valores estipulados no presente contrato, ou, ainda, descumprimento de qualquer cláusula ou condição deste contrato, deverá a parte inocente notificar, por escrito, a parte infratora para que, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da interpelação, regularize a pendência/ infração existente, sob pena de operar-se a rescisão do contrato principal e dos pactos acessórios, hipótese em que os CONTRATANTES/MANDANTES deverão providenciar a disponibilização do sangue do cordão umbilical criopreservado, retirando a amostra da CONTRATADA/DEPOSITÁRIA, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da rescisão contratual, arcando com todas as despesas relativas a essa providência. A não retirada do material, no prazo estipulado, resultará na imediata reversão de todos os direitos sobre o material criopreservado, em favor da CONTRATADA/DEPOSITÁRIA, podendo dele usar, gozar e dispor da maneira como julgar conveniente, nos termos da legislação aplicável à espécie, vigente no local do depósito – Massachusetts, EUA (...).

CLÁUSULA SEXTA - DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES

6.1 – Cabe à CONTRATADA/DEPOSITÁRIA: (. . .)

(. . .)6.1.4 – Garantir que a amostra armazenada não seja utilizada para quaisquer finalidades, ainda que de pesquisa ou de ensaios laboratoriais, enquanto vigente este contrato, restando entendido que os testes de processamento não se enquadram em nenhuma das hipóteses de restrição de uso.

6.1.5 - Garantir que a amostra armazenada, em caso de transferência para outro depositário, por iniciativa da CONTRATADA/DEPOSITÁRIA, seja encaminhada a entidade habilitada, restando, neste caso, expressamente autorizada. (. . .)

CLÁUSULA SÉTIMA – DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO (...)

Parágrafo Terceiro – Em caso de denúncia do presente contrato, os CONTRATANTES/MANDANTES deverão providenciar a disponibilização do sangue do cordão umbilical criopreservado, retirando a amostra da CONTRATADA/DEPOSITÁRIA, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados do vencimento do prazo de denúncia contratual, arcando com todas as despesas relativas a essa providência. A não retirada do material, no prazo estipulado, resultará na imediata reversão de todos os direitos sobre o material criopreservado, em favor da CONTRATADA/DEPOSITÁRIA, podendo dele usar, gozar e dispor da maneira como julgar conveniente, nos termos da legislação aplicável à espécie, vigente no local do depósito - Massachusetts, EUA.

(...)

Da leitura dos termos transcritos, a despeito da existência de cláusulas onde a mandatária obriga-se a adotar providências tendentes a propiciar o retorno do material enviado ao exterior, observa-se que é perfeitamente possível a perda do mesmo em face da inexistência de providência nos prazos fixados, sem prejuízo da ausência de conhecimento da legislação existente sobre o tema no Estado de Massachusetts – EUA, que conforme instrumento de mandato regerá as obrigações contratuais que serão firmadas com a empresa que receberá o material e ficará responsável por sua guarda.

Pelo contrato, é absolutamente possível que a remessa possibilite a aquisição do material pela empresa sem qualquer ônus, bastando que os remetentes do material não paguem as taxas contratadas e não promovam a retirada do mesmo no prazo estipulado nas cláusulas do próprio mandato, sem prejuízo de outras que possam estar estipuladas no contrato que a mandatária venha a firmar no exterior.¹²⁻¹³

¹² TRF-1, EDI na Ap no MS 2005.34.00.025339-5/DF, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, J. 21/05/2007, DJ 13/07/2007.

Note-se que, ao contrário da supremacia numérica dos argumentos da ANVISA, a maioria dos acórdãos mostrou-se favorável à prevalência da liberdade de contratar em contraposição à saúde pública e proteção ao patrimônio genético brasileiro. É ler e conferir os argumentos ventilados nos arestos:

- a) a ANVISA tem competência para fiscalizar a coleta e o transporte do material dos neonatos enquanto estiverem no território nacional. A partir daí, se houver algum problema no transporte e processamento do sangue das crianças, a competência fiscalizatória será do governo do país onde se localiza o banco e o risco é dos pais, que perderão o material genético e o dinheiro investido no procedimento. Não se vislumbra risco algum à saúde pública brasileira;
- b) não há que se falar em exportação ou comercialização do sangue, haja vista que o material extraído do cordão umbilical destina-se ao processamento, à preservação e reutilização (ou reintrodução) na própria criança, se necessário algum dia, não se evidenciando qualquer intuito comercial ou de lucro;
- c) para compatibilizar o disposto no § 1º do artigo 14 da Lei 10.205/2001 conforme determina o § 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

¹³ Há de se levar em consideração que os argumentos ora apresentados tem seu viés razoável. Pesquisando na *Internet* o modelo de contrato com a NECBB, chama a atenção as seguintes cláusulas:

“4. Utilización (...) Además comprendo que la utilización de mis células (como son descritas en este contrato) pueden cambiar de finalidad de el mantener cumplimiento de leyes y regulaciones. Yo e comprometo a suministrarle a NECBB toda la información necesaria para la liberación de la muestra en cumplimiento de las regulaciones federales y estatales al momento de solicitarse dicha liberación.”

Clausula 6(...) C. Si NECBB no ha recibido la notificación escrita oportuna requerida en la Clausula 6 o si el Cliente incumple con sus obligaciones materiales en esta Clausula 6 luego de la notificación por parte de NECBB y de una oportunidad de remediarlo en un plazo de diez (10) días hábiles luego de la fecha de la notificación de NECBB, NECBB retendrá todos los derechos sobre la Sangre del Cordón Umbilical y puede, a su solo juicio, considerar la Sangre del Cordón Umbilical como abandonada. NECBB tendrá derecho a disponer de dicha Sangre del Cordón Umbilical abandonada de cualquier forma, a criterio exclusivo de NECBB.” [grifos nossos]

Inteiro teor disponível em:
 <<http://www.cordbloodbank.com/es/NECBB%20Contract%20090409%20Spanish%20-%20PACKET.pdf>>.
 Acesso em: 20/10/10.

vedação à exportação de sangue de cordão umbilical para fins terapêuticos¹⁴. Essa interpretação 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 de sangue do cordão umbilical – que visa a preservar as células-tronco - atende ao objetivo da elucidação diagnóstica, ou seja, à preservação da saúde e da vida humana. Demais disso, seria inaceitável a interpretação literal pretendida pela ANVISA, bem como afronta os princípios da reserva legal, da proporcionalidade e da razoabilidade, (Constituição Federal, art. 5º, II e LIV)¹⁵, principalmente 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;

d) inexistente no caso violação ao disposto nos arts. 6º e 8º, § 1º, VI, VII, VIII e IX, da Lei nº 9.782/99 (dispõe sobre o controle e a fiscalização de serviços e produtos que envolvam risco à saúde pública)¹⁶, e;

¹⁴ Eis os dispositivos: “Art. 14 A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: (...) § 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.” “ 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.”

¹⁵ Art. 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; e inciso LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹⁶ Os dispositivos da Lei nº 9.782/99 citados acima, prevêem o seguinte: “Art. 6º A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.” (...) “Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. § 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência: (...) VI - equipamentos e materiais médico-hospitalares, odontológicos e hemoterápicos e de diagnóstico laboratorial e por imagem; VII - imunobiológicos e suas substâncias ativas, sangue e hemoderivados; VIII - órgãos, tecidos humanos e veterinários para uso em transplantes ou reconstituições; IX - radioisótopos para uso diagnóstico *in vivo* e radiofármacos e produtos radioativos utilizados em diagnóstico e terapia;”

e) O laboratório, citado como sendo compatível com o laboratório americano para onde se pretende enviar o sangue do cordão umbilical dos seus filhos, foi interdito, no ano passado, pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, por não possuir licença para o seu funcionamento e não apresentar as condições adequadas às atividades de banco de sangue de cordão umbilical.

É justo concluir das assertivas acima que, propriamente ou não, mencionou-se o princípio da proporcionalidade, explicitado, linhas acima, conforme o entendimento de Robert Alexy. Mas antes de partir para a reflexão à luz dos sub-princípios é interessante notar que todos os argumentos utilizados – pela proibição ou não – foram racionais, assim como o teórico postulou: discutiu-se racionalmente sobre os problemas práticos com vistas à pretensão de correção do Direito. A exemplo, os pontos apresentados não partilharam na análise filosófica, política ou religiosa que pudessem ser aceitos pelo auditório que vos ouve – as partes.

Muito embora notada a ausência de elementos extra-jurídicos, o princípio da proporcionalidade e seus elementos estão estampados nas linhas acima.

Aproximando os fundamentos à adequação, isto é, à máxima relativização em relação às possibilidades fáticas, ou aos meios não adequados, infere-se que a interpretação conforme do termo legal “finalidade de elucidação diagnóstica” foi o método patente de aplicação da adequação da norma à solução do caso concreto.

De mais a mais, ficou claro que a vedação da ANVISA ao envio não foi a solução que interveio de modo menos intenso e invasivo à liberdade de contratar pessoas jurídicas privadas estrangeiras. A desnecessidade de tal reação, portanto, foi realçada pelos arestos no momento em que constatam que não houve qualquer comprovação de suposta afronta à supremacia pública, à saúde pública e/ou à segurança nacional.

Enfim, chegou o momento de ponderar ou aplicar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. De um lado, a liberdade. Do outro, a proibição. E no meio, sem prejuízo do

óbvio, o meio-termo: não liberar as transações às cegas, muito menos vetá-las sem qualquer possibilidade de diálogo ou controle sanitário.

5 – O DISPOSITIVO DAS DECISÕES E O RESULTADO DO SOPESAMENTO

Bem se vê que os fundamentos utilizados pelos magistrados deixam claro o rumo das decisões nos Tribunais Regionais Federais. É dizer:

O entendimento jurisprudencial já pacificado no âmbito deste egrégio Tribunal Federal [1ª Região] (...) a remessa de sangue umbilical, para preservação de células-tronco, para fins terapêuticos, à instituição no exterior, internacionalmente reconhecida, não afrontaria a soberania e à saúde públicas e à segurança nacional, mormente, considerando que o sangue umbilical é, atualmente, descartado após o parto.

Assim como as decisões em análise chegaram ao seu final, caminhar-se-á em direção à conclusão do presente estudo dando os três últimos passos criados por Alexy, traduzidos como “lei do sopesamento”.

Apesar de já ter sido possível trabalhar em momentos anteriores com esta “lei”, escolheu-se este momento pois o conteúdo de aplicação de cada passo permite que se faça uma revisão e uma síntese dos princípios postos em xeque.

Por assim ser, leciona o autor sobre o primeiro passo: faz-se mister avaliar o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Pois bem: para este primeiro momento elegeu-se a liberdade de contratar.

É fato que a vedação imposta pela ANVISA à liberdade de contratar Bancos de Crioconservação estrangeiros atingiu em grau máximo. Na escala do modelo triádico, poder-se-ia dizer que a atitude da Agência consistiu na mais séria das interferências (ou “S”), traduzida pela vedação ou não satisfação do referido princípio.

Para corroborar com esta afirmação e em referência aos textos legais ainda não citados nesta obra, questiona-se para onde foi o *caput*, do art. 5º da Constituição Federal e tantos outros Direitos Fundamentais; por onde caminham os Direitos de Personalidade, dentre eles, a livre disposição do seu corpo do art. 13 do Novo Código Civil; se houve alguma perturbação aos elementos paradigmáticos para a validade dos negócios jurídicos previstos no art. 104 deste Diploma, como agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita e não defesa em lei. Este é um ponto.

No segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente, qual seja, da supremacia pública, da saúde pública, da segurança nacional e da integridade do patrimônio genético brasileiro.

Ponha-se em alto relevo que tratam de conceitos abertos. Não se define os limites exatos de cada conceito. Apenas para exemplificar os nomes trazidos, nem a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83) traz o seu conceito. Refere-se apenas às questões ligadas à soberania dos países, que há muito - pelo menos desde a década de 1980 - não tem o mesmo significado, haja vista, principalmente, a globalização e a abertura das fronteiras (também contratuais)¹⁷.

De outro giro, questiona-se o que seria, no modelo triádico, a interferência dos contratos em questão nos princípios colacionados pela ANVISA. Acredita-se que uma possível interferência na escala “S” (sério) à saúde pública, por exemplo, seria o crescimento de uma epidemia global. Apenas para ilustrar, pensa-se que a epidemia do vírus H1N1 (gripe suína) estaria no topo das prioridades da ANVISA e de todo o Governo Brasileiro para se vetar, por exemplo, contratos de importação de algo comprovadamente contaminado (ou de fácil contaminação) pelo vírus.

Demais disso, um ataque hipotético de um país vizinho que pusesse em risco a soberania do Brasil, teria mais importância no sopesamento e, por conseguinte, poderia influenciar nas possíveis barreiras à liberdade de contratação.

¹⁷ Sobre a evolução do conceito, veja o estudo de FRÓES, Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça. **Direito Comunitário: o apogeu do velho continente e o longo caminho da América Latina.** In Revista de Direito dos Monitores da UFF, v.6, RJ, 2009.

Dito de outra maneira, parece que o fato de haver a assinatura de contratos para envio de sangue de cordão umbilical para o exterior não estaria incluída no grau “G” do modelo triádico, concluindo-se que, ou está no grau leve ou moderado de interferência no princípio da segurança jurídica.

E para encerrar a presente análise, o último passo definido por Alexy seria a avaliação da importância do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.

Sobre este último passo, dizer mais não é preciso.

6 - CONCLUSÃO

Pode-se dizer que concluir o presente trabalho demonstra o “amor pelo debate”. Atualizando os dados ao apagar as luzes de 2010, verifica-se que a ciência evoluiu e os problemas ora apresentados parecem que ficaram para trás.

Isso porque em 21 de janeiro de 2009 entrou em vigor a Portaria nº 87 do Ministério da Saúde. Inaugurando este texto legal, está o seguinte:

Art. 1º Autorizar o envio para o exterior de amostras de células-tronco hematopoéticas de doadores cadastrados no REDOME [Registro Brasileiro de Doadores Voluntários de Medula Óssea] para a realização de transplantes.

§ 1º O envio das amostras de células-tronco hematopoéticas para o exterior será viabilizado pelo REDOME aos registros internacionais de doadores voluntários, e os transplantes serão realizados em hospitais cadastrados nesses registros.

§ 2º A amostra a ser enviada pode ser de medula óssea, sangue periférico ou sangue de cordão umbilical e placentário, e a origem da amostra de sangue de cordão umbilical e placentário deve ser, obrigatoriamente, de estabelecimento integrante da Rede Nacional de Bancos de Sangue de Cordão Umbilical e Placentário –BRASILCORD.

Sobre a questão do envio ao estrangeiro de amostras de células-tronco de brasileiros, o próprio Ministro da Saúde assim determinou:

Art. 3º O Instituto Nacional de Câncer - INCa, como coordenador técnico do REDOME, deverá adotar as providências técnicas e jurídicas necessárias para formalizar o recebimento pela Fundação Ary Frauzino para Pesquisa e Controle do Câncer - FAF dos recursos financeiros pagos por registros internacionais para o ressarcimento dos gastos com a identificação do doador, a confirmação da tipificação e a coleta de amostra de células-tronco hematopoéticas e o envio para o exterior de amostras de células-tronco hematopoéticas de doadores brasileiros cadastrados no REDOME.

Cabe aduzir ainda nesta discussão que já há no Brasil pessoas jurídicas a princípio capazes de prestar serviços similares ao internacional. Apenas para exemplificar, no Rio de Janeiro a empresa CordCell presta serviços inclusive para artistas que desejam criopreservar as células-tronco presentes no cordão umbilical.

E por fim, cabe aqui referir ao andamento dos processos aqui tratados que subiram aos Tribunais Superiores. Dos nove selecionados, quatro foram objeto de decisão monocrática no STJ. No mérito, todos acompanharam os votos dos Tribunais Regionais. Dentre eles, apenas um foi objeto de recurso, em novembro de 2010, ao Supremo Tribunal Federal¹⁸ e os outros transitaram em julgado no próprio Supremo Tribunal Federal.

Por todo o exposto, encerra-se o presente acreditando que, se o leitor conseguiu chegar até estas linhas, ou significa que as palavras aqui postas não foram de um todo inúteis/desinteressantes, ou que acredita na utilidade do pensamento de Confúcio: “estuda o passado se queres prognosticar o futuro.” Nestes termos, eis aqui uma colaboração.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Balancing, constitutional review, and representantion**. HeinOnline – 3Int’l J. Const. L. 2005.

_____. **Between positivism and non-positivism? A third reply to Eugenio Bulygin**. 1ª Conferência em Filosofia e Direito e neutralidade e Teoria do Direito, realizada em Girona - Espanha, em maio de 2010.

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 755214/DF. Data de entrada: 22/05/2009.

_____. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais.** Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1998.

_____. **La tesis del caso especial.** Disponível em: <<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/download/75/75>>. Acesso em: 30 dez. 2010.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais - Posfácio.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Teoria do discurso e direitos humanos.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2004.

_____. **The Dual Nature of Law.** Ratio Juris, vol. 23, nº 2, junho 2010.

8 – REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AI 2004.01.00.004219-5/PA, Rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, J. 11/02/2004, DJ 16/02/2006.

_____. AI 2004.01.00.050703-1/DF, Rel. Des. Fed. Maria Isabel Galotti Rodrigues, Sexta Turma, J. 16/11/2004, DJ 21/03/2005.

_____. AI 2005.01.00.004914-3/DF, Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, J. 30/09/2005, DJ 10/03/2006.

_____. AI 2005.01.00.026025-3/DF, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, Sexta Turma, J. 31/05/2005, DJ 28/04/2006.

_____. AI 2005.01.00.060235-0/DF, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, Sexta Turma, J. 31/08/2005, DJ 20/10/2006.

_____. AI 2005.01.00.053826-6/DF, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, Sexta Turma, J. 11/07/2005, DJ 24/11/2006.

_____. AMS 2005.34.00.011040-7/DF, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, Sexta Turma, J. 07/05/2007, DJ 28/05/2007.

_____. AMS 2005.34.00.025339-5/DF, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, Sexta Turma, J. 21/05/2007, DJ 13/07/2007.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AG 2005.02.01.013136-4/RJ, Rel. Juiz Fed. Conv. Luiz Paulo da Silva Araujo Filho, J. 13/11/2008, DJ, 30/01/2009.

_____. AG 2009.02.01.008626-1/RJ, Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, J. 21/09/2009, DJ. 20/07/2010.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AI 2005.04.01.035472-2/SC, Rel. Juiz Márcio Antônio Rocha, Quarta Turma, J. 15/02/2006, DJ 22/03/2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1172272/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, J. 27/05/2010, DJ. 07/06/2010.

_____. REsp 1.140.451/DF, Rel. Min. Luiz Fux, J. 14/06/2010, DJ 24/06/2010.

_____. Ag 1170588/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, J. 08/10/2010, DJ. 15/10/2010.

_____. Ag 1175016/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, J. 11/11/2010, DJ. 17/11/2010.