O AMOR DE MÃE *VERSUS* O DIREITO DE DISPOR SOBRE O PRÓPRIO CORPO

AMORE DELLA MAMMA CONTRO IL DIRITTO DI AVERE SUL PROPRIO CORPO

Paulo Cezar Dias¹

“É nos conceitos biológicos que residem os últimos vestígios de transcendência de que dispõe o pensamento moderno”².

RESUMO

Este artigo trata o tema, direito de dispor sobre o próprio corpo, comparando ao filme, Uma Prova de Amor. Desde o início, a trama traz à tona questões de ordem ética, legal, moral, filosófica e religiosa. O questionamento bioético aparece quando o casal opta em ter outro filho com para salvar o primeiro. Quanto ao princípio de afetividade, a família deve ser vista como uma entidade voltada ao pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano, em busca da felicidade, o filme contraria tal princípio, quando a mãe pensa apenas em um filho e não na felicidade dos demais membros da família.

Palavras chave: afetividade; direito; doação de medula; amor; família

ABSTRACT

Questo articolo tratta il tema del diritto a disporre del proprio corpo, facendo riferimento al film Una Prova de Amor [Una prova d'amore]. Fin dall'inizio la trama espone questioni di ordine etico, legale, morale, filosofico, affettivo e religioso. La questione bioetica sorge quando la coppia decide di avere un altro figlio per salvare il primogenito. Per quanto riguarda il principio dell'affettività, secondo il quale la famiglia deve essere vista come una istituzione dedita al pieno sviluppo della personalità dell'essere umano, alla ricerca della felicità, il film non rispetta questo principio, dato che la madre pensa soltanto a un figlio e non alla felicità degli altri membri della famiglia.

Palavras chave: affettività; diritto; dono del midollo; amore; famiglia.

¹ Mestrando em "Teoria do Direito e do Estado" no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Membro do CETRA – Centro de Treinamento e Aperfeiçoamento de Servidores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Regional de Assis. Especialista em Direito Processual com Formação em Magistério Superior pela Rede Luiz Flávio Gomes e Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Conciliador e Mediador pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília. Escrivão Judicial do 2º Ofício Cível de Assis - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Email: pdias@tjsp.jus.br.

² LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982, p. 52.

INTRODUÇÃO

O filme intitulado, “Uma Prova de Amor”, dirigido por Nick Cassarotes, lançado em 11 de setembro de 2011, com muitos atores importantes, entre eles: Cameron Diaz, como Sara, Sofia Vassilieva como Kate e Abigail Breslin como Anna. Esta obra caracteriza-se como drama, retratando a situação de uma família, cuja filha recebe o diagnóstico de leucemia.

Esta família é formada pelos pais e mais um irmão, no entanto, não atendem aos pré-requisitos para doação de medula. Com isso, a mãe desesperada convence o marido a engravidá-la para que o bebê possa doar a medula à filha com a leucemia.

Nasce o bebê, que recebe o nome de Anna que desde os cinco anos é submetida a procedimentos para a doação da medula, sem sucesso.

O ápice da obra se dá quando Anna procura um advogado, com o intuito de requerer sua emancipação médica, visto não querer mais ser submetida aos procedimentos invasivos para a doação de medula. A família chega ao Tribunal para resolver a questão. Posteriormente, verifica-se que toma tal atitude para atender a vontade de Kate, a irmã doente, que quer morrer em paz.

Observa-se no decorrer da trama que a mãe está tão envolvida com a doença de Kate e acaba por não se importar com os demais membros da família e não vê que Kate não aguenta mais viver, vindo a falecer.

Verifica-se na situação narrada, o desespero da mãe em busca da salvação de uma filha doente. O amor materno é conhecido por ser incondicional por excelência, entretanto, é mister refletir: Será que a filha Anna está feliz em passar por tantos procedimentos dolorosos?

A opinião dos demais membros da família deveria ser importante para a tomada de decisão.

Independente da finalidade a qual a Anna foi gerada, ela tem o direito de dispor do próprio corpo da melhor forma que lhe convier.

Enfim, o drama, levanta temas muito sérios e polêmicos. O direito de Anna em ser dona de seu próprio corpo é superior à vida da irmã? Ela tem noção de que negando doar seu rim a irmã morrerá? A caçula está preparada para carregar essa culpa? Qual o papel dos pais nisso tudo? Sara pode negligenciar os filhos e o marido para cuidar de uma filha? Foi necessária à busca do Tribunal para por termo ao conflito?

Tratando-se do ponto de vista ético, verifica-se que o filme aborda a questão da gravidez programada, e não somente desejada, com um objetivo de criar um embrião compatível com aquela que precisa de doação da medula. Seria isso ético? Seria isso justo para aquele que virá ao mundo, para aquela criança que terá que passar por vários procedimentos médicos, sem o direito de escolha?

No decorrer deste artigo tratar-se-á de temas bastante polêmicos, tais como: Fertilização *in vitro*, Direito ao Próprio corpo, Afetividade Familiar e Dignidade da Pessoa Humana. Todos a serem analisados, à luz da lei, levando-se em consideração a questão da afetividade para se chegar ao veredicto.

1. O EMBRIÃO E SEUS DIREITOS

Antes de entrar propriamente no tema, definir-se-á o embrião como “ser humano durante as oito primeiras semanas de seu desenvolvimento intra-uterino, ou em proveta e depois no útero, nos casos de fecundação *in vitro*”³. O nascituro, por sua vez, é aquele “concebido, mas, ainda não dado à luz; aquele que há de nascer”. Entretanto, a regra estabelecida para doações ao nascituro não se aplica ao embrião, pois este último não se confunde com o primeiro.

Existem duas situações para que se possam enquadrar os embriões merecedores de proteção. São elas: aquelas que já se encontram no útero e os que estão congelados em laboratório aguardando que seus destinos sejam traçados pelos seus donos.⁴

Verifica-se que estes embriões, seja qual for sua situação, estão protegidos pela legislação, exemplo disso é a citação: “Os embriões humanos já são protegidos pelos princípios constitucionais do direito à vida e dignidade da pessoa humana, sem mencionar a proteção de seus direitos da personalidade através da identidade pessoal e genética”⁵.

Diante disso, as técnicas de procriação assistida, para serem compatíveis com a ordem constitucional, devem se desassociar de motivações voluntaristas e especulativas, prevalecendo sempre, ao contrário, quer como critério interpretativo no combate de interesses contrapostos quer como premissa de política legislativa, o melhor desenvolvimento da personalidade da criança e sua plena realização como pessoa inserida no núcleo familiar.

³HOUAISS A, SALLES VM, FRANCO FMM. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://200.241.192.6/cgi-bin/houaissnetb.dll/frame>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

⁴CHAVES, Maria Claudia. **Os embriões como destinatários de direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6098/os-embrioes-como-destinatarios-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 20 mai. 2013, p.1.

⁵ Ibid, p.1.

É necessário que a família tenha uma estrutura para suportar essa situação, pois aspectos muito delicados estão envolvidos no cerne da questão.

Outro ponto importante, declinado no filme, ocorreu perante os trabalhos junto ao Tribunal, ocasião em que, o outro filho do casal, um adolescente que, em razão da situação que viviam as irmãs, uma doadora e outra necessitada de tal procedimento de doação, caminhava no seio da família como um figurante, porém, não suportando a dor de ver a família litigando, solta a verdade e comenta o que efetivamente estava acontecendo, ou seja, a irmã Kate não queria mais ser submetida aos procedimentos, desejava, pois, morrer em paz.

Interessante a finalidade do Tribunal, pois, a família não conseguia conversar no dia a dia e, portanto, precisaram das portas de uma corte para chegarem num denominador comum, qual seja, trazer à tona a verdade vivida pelos familiares. Finaliza-se a referida explanação, utilizando uma mensagem “a maior prova de amor, não é lutar pra ficar pra sempre com um ente querido e sim, saber a hora de deixar esse ente querido partir”.⁶

Ao se pensar na trama do filme apresentado, se verifica que Anna foi gerada já com a tarefa de ser doadora da irmã Kate, entretanto, os embriões humanos já são protegidos pelos princípios constitucionais do direito à vida e dignidade da pessoa humana, sem mencionar a proteção de seus direitos da personalidade por intermédio da identidade pessoal e genética. Verifica-se que a utilização de embriões humanos para outro fim que não seja o de produzir um bebê é altamente controversa, pois algumas pessoas acham inaceitável a eliminação de um embrião humano de modo a fornecer a cura para uma doença, outras aceitam o fato se o embrião for muito recente e a doença for bastante grave.

Especificamente, no caso apresentado no filme “Uma Prova de Amor”, a criança foi concebida, mas com o objetivo de ser doadora da medula para a irmã.

Este assunto genético traz à baila novas questões de ordem ética, legal, moral, filosófica e religiosa. O principal questionamento bioético é a possibilidade de o casal querer trazer ao mundo outro filho com o principal intuito de salvar o primeiro, e não pela simples intenção de ter mais filhos.⁷

Esta criança gerada com o objetivo de salvar a outra pode se sentir diferente quando compreender o que motivou o seu nascimento.

Ao se discutir a licitude das pesquisas com células-tronco embrionárias, verifica-se que esta não é uma promessa de cura de moléstias letais, mas sim a possibilidade de a ciência

⁶**Uma Prova de Amor.** Direção de Nick Cassavetes [S.I.]: Warner Bros Pictures, 2009. 1 DVD (109 min).

⁷RASKIN, Salmo. **Irmãos feitos para salvar irmãos.** Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaao/conteudo.phtml?id=1230482>>. Acesso em: 20 abr. 2013, p.1.

investigar, por meio de pesquisas genéticas, novas formas terapêuticas para se atingir os resultados esperados.⁸

Comprovou-se que no caso de Kate não ocorreu à cura, mesmo depois de vários procedimentos invasivos em Anna, entretanto, o amor de mãe na maioria das vezes, fala mais alto e pode-se verificar no decorrer do filme, que a mãe, luta com toda sua força para salvar a filha doente, não por que não ame os demais filhos, mas a mãe sempre vai ajudar o filho que mais precisa num dado momento. Tratar-se-á no próximo tópico, O Amor de Mãe *versus* o direito de dispor do próprio corpo, o qual discorrerá sobre a afirmação anteriormente feita.

2. O AMOR DE MÃE *VERSUS* O DIREITO DE DISPOR SOBRE DO PRÓPRIO CORPO

Define-se direito ao próprio corpo, o direito que os indivíduos têm de não sofrerem violações ou ofensas ao seu corpo. Deve-se levar em conta que o corpo é o instrumento pelo qual a pessoa realiza a sua missão no mundo. Pode-se configurar também, como direito disponível, sob limitações impostas pelas conotações de ordem pública.⁹

Verifica-se que, todo ser humano tem direito fundamental à vida. Sendo resguardados seus direitos desde antes do nascimento, conforme Código Civil, art. 2º, infligindo pena ao aborto de acordo com os artigos 124 e 125, Código Penal e vedando a eutanásia.

Um indivíduo ao ser hospitalizado percebe sua fragilidade corporal que resultou no adoecimento, dessa forma surgem reações diversas, tais como regressões, estados depressivos, fobias e transtornos de comportamento em geral. Nesse momento se vê afastado de seu cotidiano, ficando em uma posição de passividade e desconforto que geralmente lhe parece incompreensível.¹⁰ Assim sendo, o indivíduo, quando hospitalizado, além das questões referentes ao seu adoecimento e ao seu afastamento do ambiente doméstico, tem de lidar com a problemática relativa à quebra dos vínculos, anteriormente estabelecidos entre mãe e filha, os quais geralmente ficam fragilizados.

⁸CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. **Biodireito e dignidade da pessoa humana. Diálogo entre a ciência e o direito**. 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2008, p. 89.

⁹MILANEZ, Carlos José Cogo; RIGHETTI, Tatiana. **Do direito ao próprio corpo**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e1d842d0f7ee600>>. Acesso em: 20 mai. 2013, p. 12.

¹⁰JUNQUEIRA, Maria de Fátima Pinheiro da Silva. **A mãe, seu filho hospitalizado e o brincar**: um relato de experiência. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v8n1/17250.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2013, p. 193.

Acredita-se na importância de um vínculo forte entre mãe e filho como uma forma de auxílio à recuperação da criança, na busca de um bem-estar. Mas será possível para a mãe proporcionar uma base segura para seu filho, quando ela própria se encontra fragilizada e, de certa forma, internada com ele?

Na situação do filme, verifica-se que a mãe está completamente envolvida com o problema da filha, Kate, por isso se esquece dos demais membros da família, principalmente da filha Anna que foi concebida para dar vida à filha com leucemia, através da produção in vitro, sendo esta, a fecundação feita fora do organismo, técnica utilizada por mulheres que fizeram ligamento de trompas, por exemplo.

Verifica-se que a partir do início da fecundação o feto já está salvaguardado pela lei, visto que o artigo 2º do Código Civil determina que a personalidade (atributo de todas as pessoas naturais) começa desde o nascimento com vida, mas os direitos daquele que ainda não nasceu encontram-se salvaguardados pela lei.

Define-se pessoa natural todo indivíduo nascido, portanto, detentor de personalidade e destinatário de direitos e obrigações. O nascimento com vida é o termo inicial de sua existência. O nascituro difere da pessoa natural pela ausência da personalidade, que restará presente após o seu nascimento com vida, no entanto, é destinatário de direitos. Diversas são as teorias que explicam sua natureza jurídica, sendo as principais, a concepcionista e a natalista.¹¹

Segundo o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil¹² podem ser chamados a suceder “os filhos, ainda que não concebidos, de pessoas indicadas pelo testamento, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. É evidente que, no que tange aos embriões mantidos em laboratório, o fenômeno da concepção já resta ocorrido.

O filme leva-nos a refletir que a partir do momento que se iniciou a fertilização, já existia uma pessoa e esta é salvaguardada pela Lei, portanto, possuidora da dignidade humana.

O direito de dispor sobre o próprio corpo está contido no artigo 13 do Código Civil¹³, conforme transcrito: “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

¹¹ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles Araújo. **Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo**. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2007/.../dis3.doc> Acesso em: 20 mar 2013, p. 1.

¹²BRASIL. **Código de Processo Civil**. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 282.

¹³Id, 2007, p. 169.

Ao tratar dos direitos da personalidade, o Código Civil de 2002, excluiu a prática de atos de disposição sobre o próprio corpo que trouxessem a diminuição permanente da integridade física e violem os bons costumes, mantendo apenas os casos autorizados pela exigência médica, entretanto, em decorrência do processo de constitucionalização do direito civil, a tutela da personalidade sendo construída e pensada na da dignidade da pessoa humana, valor central do ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se necessária a relativização dessa rígida indisponibilidade do corpo humano¹⁴.

No filme objeto deste artigo, Anna, protagonista, procura um advogado para representá-la judicialmente e requerer sua emancipação médica, seu direito de dispor sobre o próprio corpo. Ela alega não querer ser forçada pelos pais a doar um rim para sua irmã, e, por ser incapaz no sentido legal, devido à sua idade, procura ajuda para obter uma ordem judicial que lhe assegure a possibilidade de escolher se deseja ou não passar por mais intervenções para salvar a vida da irmã. De um lado, verifica-se uma adolescente doente, morrendo aos poucos, do outro, uma criança como doadora perfeita.

Anna, apesar da pouca idade, pode escolher o que fazer com seu corpo. Pergunta-se, também, se há alguma tutela para situações como esta. A resposta é positiva. Uma criança totalmente incapaz em razão da idade não pode ser obrigada a passar por procedimentos invasivos dessa natureza mediante a simples autorização de seus pais perante uma equipe médica.

Verifica-se que Anna, protagonista da trama, de acordo com o artigo 13, do Código Civil, tem direito ao próprio corpo, visto que está em pleno gozo de suas faculdades mentais e apresenta condições concretas e autênticas de tomar por si própria as decisões que lhe dizem respeito, como também, tem o direito fundamental de dispor do próprio corpo da forma como bem entender, desde que não prejudique o direito de terceiros, não podendo o Estado, ressalvadas algumas situações bem peculiares, interferir no exercício desse direito¹⁵.

¹⁴LIMA, George Marmelstein. **Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo?** Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/11/03/existe-um-direito-fundamental-de-dispor-sobre-o-proprio-corpo/>>. Acesso em: 02 abr. 2013, p.1.

¹⁵ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. **Atos de disposição sobre o próprio corpo: o caso da *bodymodification***. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), 2010. Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/16781/16781.PDF>>. Acesso em: 30 mar 2013, p 27.

O Decreto nº 2.268/97, que regulamenta a Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplantes), “tem como princípio que a doação seja um ato voluntário, gratuito e altruístico, sendo permitido, como regra, somente a maiores e capazes”¹⁶.

No caso em tese, Anna é menor, portanto, incapaz, não tendo condições de ser doadora do rim para sua irmã. De acordo com a legislação brasileira, o transplante de órgãos, que não seria renovável como a medula óssea e oferece maiores riscos, somente pode ser feito em maiores de idade, capazes e cientes das implicações de suas decisões, mais uma vez fica comprovada a possibilidade de Anna ser doadora de Kate, a afirmação pode ser corroborada conforme citação a seguir:

O transplante feito com doador menor e incapaz, que não tem maturidade para compreender as consequências deste ato, e somente com a autorização dos pais é uma aberração que o Direito não pode admitir. A criança pode não ter condições de avaliar a dimensão da situação, mas não é por isto que seus pais podem dispor livremente do seu próprio corpo, principalmente se estivermos tratando de uma doação que implique limitação ao doador ou risco a sua saúde.¹⁷

No filme “Uma prova de Amor”, verifica-se que Anna, já não aguenta mais passar por tanto sofrimento, a mesma tem direito sobre seu próprio corpo, sente-se como se fosse apenas partes humanas que poderiam ajudar a salvar Kate. A mãe em seu louco amor, tentando salvar a menina doente, instiga a doadora a sujeitar a diversos procedimentos que não mais curarão Anna, só protelam o sofrimento de ambas as meninas. Anna, não é mais apenas a doadora, está sendo torturada, assim ferindo o princípio da dignidade humana, consoante a citação a declinada:

O bem jurídico integridade física representa a projeção do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o corpo do sujeito e no próprio texto constitucional, pode ser verificada regras que vedam a prática da tortura, o tratamento desumano ou degradante, a aplicação de penas cruéis.¹⁸

¹⁶MONTEIRO, Juliano Ralo. Savior Sibling: limites ao poder familiar? In: GOZZO, Débora (coord.). **Informação e direitos fundamentais**: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p.18.

¹⁷RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho. **Os limites da luta para salvar um filho**: questionamentos acerca dos Saviour Siblings. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>>. Acesso em: 20 mai. 2013, p. 12.

¹⁸GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 34.

De acordo com a legislação brasileira, o transplante de órgãos, não seria renovável como a medula óssea e oferece maiores riscos, somente pode ser feito em maiores de idade, capazes e cientes das implicações de suas decisões¹⁹.

Como dito anteriormente Anna sente-se como se fosse apenas partes humanas que poderiam ajudar a salvar Kate, acredita-se que não é errado considerar um filho como um meio, visto que o ser humano é meio e faz do outro um intermédio para algum fim. Só se considera tal atitude incorreta, se a pessoa for tratada exclusivamente como meio. Em princípio, a família de Anna, decidiu-se por concebê-la, única e exclusivamente para salvar a irmã, Kate. A vida é mais que isso. Deve-se conceber um filho para viver com saúde, amor, afeto, dignidade e respeito, não apenas com uma responsabilidade de salvar outro ser humano, tal afirmação é corroborada da seguinte forma, segundo Kant: [...]“homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre e em todas as suas ações como fim em si mesmo”²⁰.

Observou-se no filme, objeto deste artigo, a saga de Anna, convivendo com a presença do sofrimento, a pressão psicológica e o risco de ter sua vontade suprimida pelo desejo desesperado dos pais em salvar Kate, tal atitude afeta tanto uma quanto a outra criança naturalmente compatível. Na prática, não há nenhuma diferenciação de sofrimento.

No tocante ao tema, há posicionamento citado em sede de Acórdão proferido no Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos de Apelação Cível nº 124.958-4/0-00²¹, oriundo da Comarca de Osasco, tendo como apelante: Pedro Ferreira e apelado: o Juízo, relacionado à questão de doação, cujo relator foi o Desembargador Salles de Toledo.

Nas justificativas descritas em referido acórdão foram citadas duas observações importantes, onde a primeira, é a de que o executivo, ao regulamentar a lei, inspirado, certamente, pelas melhores cautelas, nela introduziu exigências não contidas no diploma legal que estava sendo regulamentado.

Ao fazê-lo, claramente extrapolou dos limites da regulamentação. A invalidade da regra é, pois, evidente.

¹⁹TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 45-6.

²⁰KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 89.

²¹SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível). **Acórdão Apelação Cível nº 124.958-4/0**. Relator: Desembargador Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1547091&v1Captcha=fqvdf>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

A segunda observação é a de que, analisando-se o texto regulamentar, verifica-se que, embora se tenha, a princípio, limitado a possibilidade de doação de rins aos parentes consanguíneos próximos, abriu-se exceção para os cônjuges.

Nesse caso, não se exige compatibilidade genética, talvez pelo fundo liame subjetivo que une seres que se amam.

Portanto, pode se observar que não há óbice jurídico, quando se impõe a questão de “amor”.

E, amparado em tamanho sentimento foi deferido o pedido para realização do transplante, invocando para tanto, o princípio elencado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, chamado de “Afetividade”.

2.1 Princípio da Afetividade

No filme, “Uma prova de amor”, a personagem Sara, diante da problemática vivida se vê imbuída na questão da afetividade quando automaticamente deixa de “viver sua vida” e passa a viver apenas para cuidar de Kate.

Vale, portanto, discorrer sobre o princípio da afetividade, onde, inicialmente, não se poderia falar sobre o princípio da afetividade sem antes falar do primeiro grupo social ao qual o sujeito faz parte, a família.

A família caracteriza-se como o primeiro grupo social ao qual o sujeito é inserido. Esta tem como atribuição acolher, permitindo aos sujeitos desenvolver suas habilidades, experiências, vivências e novas relações humanas. Neste ambiente a pessoa recebe todo o apoio afetivo, psicológico, valores humanos e éticos, além de outras ferramentas necessárias para seu pleno desenvolvimento físico e mental.²²

No Brasil, gradativamente novos princípios ganharam espaço durante todo o século XX, o marco dessas transformações foi a Constituição Federal de 1988, pois consagrou a igualdade dos cônjuges e a dos filhos, a primazia dos interesses da criança e do adolescente, além de ter reconhecido, expressamente, formas de famílias não fundadas no casamento, às quais estendeu a proteção do Estado.²³

²²PINHO, L. B.; KANTORSKI, L. P. **Refletindo sobre o contexto psicossocial de famílias de pacientes internados na unidade de emergência.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000109&pid=S00806234200500030001000019&lng=en>. Acesso em: 21 mai. 2013, p. 67-77.

²³ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 1

Ressalta-se que, na Constituição Federal Brasileira de 1988, não existe explicitamente o princípio da afetividade, entretanto ele está lá, uma vez que é elemento formador das novas entidades familiares existentes na atualidade, dessa forma o afeto passa a ser o embrião da estrutura familiar, juntamente com a mútua assistência e forma familiar pública, contínua e duradoura²⁴.

A Constituição Federal de 1988 elenca um rol de direitos individuais e sociais, como forma de garantir os direitos de todos, assegurando assim o compromisso do afeto por seus cidadãos e o próprio Estado²⁵.

A mãe Sara, ao descobrir sua filha Kate doente, buscará solução para salvar a filha e juntamente com seu marido optam em conceber outro filho com objetivo próprio, que ela seja doadora de medula. E assim, envolve toda a família no processo de doença da filha, causando um impacto psicológico.

O impacto psicológico do diagnóstico de uma doença grave atinge toda a unidade familiar, desencadeando reações de choque entre os membros da família²⁶.

O processo de hospitalização de um de seus membros interrompe o equilíbrio do sistema familiar instalando uma crise. Inicialmente, ocorrem choques e descrença, sendo seguidos pela raiva e ressentimento, e um período de culpa.²⁷

Todos estes conflitos estiveram presentes na família de Anna, até que a situação se tornasse insustentável e ela fosse obrigada a tomar uma medida para resguardá-la e protegê-la como também a sua irmã Kate.

Acredita-se que, baseado nestas colocações, Anna, protagonista do filme juntamente com seu advogado, entraram com pedido de emancipação judicial a fim de proteger o seu direito ao próprio corpo, pois esta adolescente foi gerada com o objetivo de contribuir para a salvação de sua irmã, Kate. Esta pessoa participou de toda a vida da criança doente, sendo doadora em todos os momentos, conforme, constatou-se ao longo da trama.

A prova é farta a evidenciar o dia-a-dia e tratamentos aos quais foi submetida. Percebe-se que a afetividade, mesmo que conturbada, está presente em todo o convívio familiar de Anna e Kate, ou seja, uma irmã que nasceu para salvar a outra, uma mãe que vive

²⁴PESSANHA, Jackeline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/31424>. Acesso em: 21 mai. 2013, p.2.

²⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

²⁶MENEZES, C. N. B.; Passareli, P. M.; Drude, F.S.; Santos, M. A. Câncer infantil: organização familiar e doença. **Revista Mal-Estar e Subjetividade**. Fortaleza, n. 1, 2007, vol. VII, p. 89

²⁷ROMANO, Bellkiss Wilma. **Princípios para a prática da psicologia clínica em hospitais**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1999, p. 22.

em busca de alternativa para esta cura, um pai que concorda com a postura da mãe e um filho que fica no meio da situação, sem saber o que fazer.

É imprescindível que a legislação dê ganho de causa a Anna, tendo em vista que esta já sofreu muito e em nome deste seu sofrimento e em nome do amor que sente pela irmã, deseja por fim na situação. Seus interesses devem ser levados em consideração e serem protegidos pelo Estado, pois a pessoa em questão tem direito a escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, direitos estes fundamentais da dignidade humana.

Por outro lado, vê-se uma mãe, desesperada, não aceitando a morte da filha mais velha, age de forma de forma irracional com relação a sua filha Anna, submetendo-a a exames doloridos e com risco de morte.

Esta mãe viola os direitos fundamentais, ao princípio do interesse do menor, ao princípio da autonomia de vontade, tendo em vista que se trata de direito personalíssimo, devendo, Anna e Kate, serem escutadas pelos pais antes dos procedimentos hospitalares, as quais, já não suportavam tamanha dor e sofrimento. A omissão por parte do pai de Anna, que a tudo acompanhou e nada fez, aceitando tudo pacificamente.

Enfim, uma sucessão de erros, cada um em busca dos próprios interesses, gerando um grande conflito, surgindo a vontade de Anna, a qual, quer ser considerada, no tocante as suas vontades, ter, inclusive a liberalidade de poder decidir o que fazer com seu corpo.

Desse modo, as duas irmãs selam um pacto de amor, resolvendo não mais aceitar realizar os procedimentos hospitalares, deixando o destino de Kate se concretizar.

No filme, a juíza da Suprema Corte de Los Angeles, observou tudo com o devido cuidado, decidindo oficialmente pela Emancipação de Anna, deixando claro que apesar da dor e do sofrimento dos pais, existem restrições no poder familiar e que deve prevalecer, sempre que possível, o princípio do interesse do menor.

Ainda nessa seara relativa ao princípio do interesse do menor, vale citar um item referente ao trabalho elaborado por Paulo,²⁸ denominado “As relações fraternas nas configurações Familiares: Vínculo Psicossocioafetivo”, na parte conclusiva do trabalho, onde relaciona a questão, invocando, para tanto, que existe o movimento internacional, o qual luta pelos direitos humanos, e por tratados dos quais o Brasil é signatário, tais como a Declaração Internacional dos Direitos das Crianças, hoje, a visão da criança é de uma pessoa em

²⁸PAULO, Beatrice Marinho. a relação fraterna nas novas configurações familiares: vínculo psicossocioafetivo. Belo Horizonte: **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**, 2009, vol. 8, p.101-102.

desenvolvimento, e por isto merecedora de especial proteção, mas que é, antes de tudo, um sujeito de direitos, cujos interesses devem ser priorizados em relação aos de qualquer outra pessoa. A essa norma orientadora que aconselha juízes e Tribunais buscarem sempre, através de suas decisões, aquilo que maior benefício traga à criança ou adolescente, chamado de “melhor interesse da criança”, princípio internacional que deve nortear todas as questões que envolvam pessoas ainda em desenvolvimento.

Todavia, o Direito que se tem, ainda muito diferente do Direito que se quer, foi e é tremendamente influenciado por uma corrente jurisprudencial, chamada de “positivismo jurídico”, que concebe a Ciência Jurídica de uma forma muito restrita, ignorando a existência de princípios gerais e de técnicas de hermenêutica, que muitas vezes guiam as decisões possibilitando inclusive o “conserto” de regras ou de preenchimento de lacunas que podem levar à injustiça. Por essa nossa herança positivista, que tenta reduzir o Direito à lei escrita, algo tão inusitado quanto tentar reduzir uma música à sua partitura.

Muitos juízes já interpretam essas regras de forma mais flexibilizada, aplicando princípios como o do “melhor interesse da criança” ou da “dignidade da pessoa humana”, e subvertendo a ordem legal quando percebem que uma solução diferente atenderia melhor às necessidades daquele que tem de ser o alvo de proteção especial, em qualquer circunstância, mas isto infelizmente ainda está longe de se aplicar a todos os magistrados brasileiros, quanto mais se saímos das grandes capitais, dirigida a atenção neste artigo para os casos julgados no interior.

Nessa ótica afirma-se então, que a decisão da magistrada no citado caso do filme, foi baseada no princípio do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O filme, Uma Prova de Amor, como foi visto no decorrer deste artigo mostrou o drama de uma família que descobre sua filha com um câncer e opta em ter outro filho a fim de salvá-la. No desenrolar da trama, depois de vários procedimentos sem sucesso a filha acometida da doença pressiona a irmã doadora, sem que os demais familiares percebam a desistir de continuar a se submeter às doações. A partir daí, inicia-se a busca de um veredicto sobre a posição de alguém dispor do próprio corpo.

O filme parâmetro para esta discussão é muito polêmico, pois envolve o procedimento de fertilização *in vitro* com a finalidade de ter uma criança para salvar a outra. É justo ter um

filho com a responsabilidade de salvar outro? Por outro lado, é correto deixar uma criança morrer se é possível quando que ela sobreviva? Acredita-se que é muito complexo gerar uma criança com uma missão preestabelecida. Um filho programado para ser doador pode se sentir mal com a condição, observou-se que Anna sentia-se realmente nesta situação. Mas a pergunta permanece: é possível fazer qualquer coisa pelo filho? Quando se vive um drama como a leucemia é comum os pais manifestarem o desejo de ter outros filhos com a esperança de que eles possam ajudar o irmão doente. Principalmente porque em alguns casos o transplante de medula é a única saída.

A seleção embrionária com vistas à salvação de uma pessoa doente cuja vida encontra-se ameaçada, e cujos tratamentos disponíveis não são eficientes para levar à cura, deve vir acompanhada da valorização daquele novo ser e do respeito à sua condição de pessoa e, principalmente, de filho.

Na realidade, de acordo com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, o menor tem direito à manifestação de vontade quando se trata de seu corpo, de sua saúde, de sua dignidade e esses direitos devem ser preservados e respeitados, diante disso, se Anna fosse brasileira, este direito lhe seria assegurado de imediato.

O artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe expressamente: “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Diante disso, verifica-se que Anna, perante a legislação brasileira estaria amplamente protegida e não teria talvez passado por esta situação, que segundo a luz da lei é desumana. Não se pode esquecer que a dignidade da pessoa humana, seja lá qual for a sua idade, constitui, no âmbito constitucional, o fundamento do nosso Estado Democrático (CF, artigo 1º, inciso III).

No caso em questão, a decisão da magistrada foi no sentido de que os pais não poderiam dispor do corpo da filha menor, ainda que guardiães, já que o que se levou em consideração pela Corte foi à vontade da filha doadora.

Percebe-se que o veredicto da Corte estrangeira se assemelha ao que se protege na Legislação Brasileira, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. **Atos de disposição sobre o próprio corpo: o caso da *bodymodification***. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia

Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), 2010. Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/16781/16781.PDF>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles Araújo. **Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo**. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2007/.../dis3.doc>. Acesso em: 20 mar. 2013.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

_____. **Código de Processo Civil**. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Livia Céspedes. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHAVES, Maria Claudia. **Os embriões como destinatários de direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6098/os-embrioes-como-destinatarios-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. **Biodireito e dignidade da pessoa humana. Diálogo entre a ciência e o direito**. 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2006.

HOUAISS A, SALLES VM, FRANCO FMM. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://200.241.192.6/cgi-bin/houaissnetb.dll/frame>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

JUNQUEIRA, Maria de Fátima Pinheiro da Silva. **A mãe, seu filho hospitalizado e o brincar: um relato de experiência**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v8n1/17250.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982.

LIMA, George Marmelstein. **Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo?** Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/11/03/existe-um-direito-fundamental-de-dispor-sobre-o-proprio-corpo/>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

MENEZES, C. N. B.; Passareli, P. M.; Drude, F.S.; Santos, M. A. Câncer infantil: organização familiar e doença. **Revista Mal-Estar e Subjetividade**. Fortaleza, n. 1, 2007, vol. VII.

MILANEZ, Carlos José Cogo; RIGHETTI, Tatiana. **Do direito ao próprio corpo**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e1d842d0f7ee600>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Savior Sibling: limites ao poder familiar? In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012

RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho. **Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos Saviour Siblings**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

PAULO, Beatrice Marinho. a relação fraterna nas novas configurações familiares: vínculo psicossocioafetivo. Belo Horizonte: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, 2009, vol. 8.

PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/31424>. Acesso em: 21 mai. 2013.

PINHO, L. B.; KANTORSKI, L. P. **Refletindo sobre o contexto psicossocial de famílias de pacientes internados na unidade de emergência**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000109&pid=S00806234200500030001000019&lng=en>. Acesso em: 21 mai. 2013.

RASKIN, Salmo. **Irmãos feitos para salvar irmãos**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/conteudo.phtml?id=1230482>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROMANO, Bellkiss Wilma. **Princípios para a prática da psicologia clínica em hospitais**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1999.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível). **Acórdão Apelação Cível nº 124.958-4/0**. Relator: Desembargador Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1547091&v1Captcha=fqvdf>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

Uma Prova de Amor. Direção de Nick Cassavetes [S.I.]: Warner Bros Pictures, 2009. 1 DVD (109 min).