O Biodireito como novo ramo do Direito Civil *The Bio Law as a new branch of Civil Law* *El Bioderecho como nueva división del Derecho Civil*

Analisa tema que comporá a pauta básica das preocupações dos juristas no século XXI: a tutela da vida humana frente às descobertas da biotecnologia, sugerindo a instituição do biodireito, como novo ramo do direito civil.

It analyzes the subject that will compose the basic guideline of concerns from the jurists in the XXI Century: the guardianship of human life facing the discoveries of new biotechnology, suggests instituting the bioright as a new branch of Civil Law.

Analiza el tema que compondrá la pauta básica de las preocupaciones de los jurists en el siglo XXI: la tutela de la vida humana frente a los descubrimientos de la nueva biotecnología, sugiriendo a la institución del bioderecho, como nuevo rama de la ley civil.

Palavras-chave: bioética, biodireito, revolução genética, novos direitos, legislação civil.

Autor:

Prof.ª Sílvia Mota

Professora nos Programas dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu na Universidade Estácio de Sá - UNESA-RJ. Na Graduação, é Professora de Direito Civil e outras disciplinas. Mestre em Direito Civil (UERJ). Doutoranda em Direito (UGF-RJ). E-mail: silviamota@aol.com

Introdução

Nos tempos modernos, encontra-se em marcha a instituição de um biodireito, o qual surge do desassossego que se tem com o Homem e sua dignidade. É necessário protegê-lo como ser biológico, desde a sua concepção, ou, por que não dizer, desde o seu patrimônio genético até a sua morte e, mais além, até o seu cadáver. Em meio a tantos paradoxos impõe-se o biodireito como o mais recente ramo do Direito, que estuda as normas reguladoras da conduta humana perante as novidades apresentadas pela medicina e exploradas pela biotecnologia, numa visão que engloba o resultado presente e futuro na preservação da dignidade humana.

Esse estudo vem sendo tratado em âmbito nacional e internacional (NEIRINCK, 1995; RODOTÀ, 1995; ROMEO CASABONA, 1995; CAYLA, 1991, p. 3-18; MATEO, 1987; TORRE, 1993; CASADO, 1996; SÉGUIN, 2001; FERRAZ, 1991; SANTOS, 1996), mas a proposta atual é tão-somente iniciar uma discussão a respeito do referido tema.

Tem-se pesquisado sobre uma possível passagem da bioética para o biodireito como novo ramo do Direito Civil e, após alguns anos de estudo (MOTA, 1995, 1996, 1998, 1999, 2002), se faz necessário ensaiar respostas às diversas questões acerca do tema. Este é, sem dúvida, o momento mais difícil para um pesquisador que tem em mente a dignidade da vida humana.

Haverá realmente necessidade desse biodireito ou a divisão tradicional do Direito Civil, e os institutos que a compõem, bastariam para dirimir os conflitos suscitados pela biotecnologia? Essa questão se avexa ao ficar demonstrado que, na realidade, os institutos tradicionais não conseguem resolver as questões atuais.

É inegável a extrema delicadeza das novas situações que, por sinal, ultrapassam os limites da raridade, mas não se vê como proveitoso dramatizá-las se for feito, simplesmente, pelo impulso viciado que se tem de entrega a devaneios futurísticos, frutos de fértil imaginação. Isso não significa falta de receio ao enorme poder que o homem alcançou diante da vida, nem insciência da situação no campo da responsabilidade — mesmo porque não é possível separar o ato humano livre e responsável do juízo ético e, por isso, da responsabilidade, pois todo ato livre tem um conteúdo (SGRECIA, 1996) — mas é apenas o reconhecimento que se deve fazer da importância das recentes descobertas na melhoria da condição humana. Acentua Barboza (1993, p. 12) em suas considerações a respeito do tema: “Parece-nos que, no momento, não podemos indagar até que ponto o cientista pode ir, mas até onde o jurista brasileiro já tem de chegar”.

No direito brasileiro, a vida encontra proteção no art. 2º do Novo Código Civil, que preceitua: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. O recente diploma legal mantém a diretriz do art. 4º expresso no código revogado (Código Civil aprovado pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916): “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos dos nascituros”. Faltou, portanto, ao legislador, galhardia suficiente para assumir o início da personalidade civil da pessoa humana, a partir do momento da concepção e, com esta atitude, contribuir para o desvendar de inúmeras questões relacionadas ao aborto ou à procriação assistida.

Relevante trazer a lume que a redação do Código de 1916, não correspondeu à proposta inicial, que tinha alcance mais amplo. Bevilacqua (1921, v. 1, p. 169, nota ao art. 4º), no rastro de Teixeira de Freitas, inclinou-se sempre pelo início da personalidade demarcado na concepção por achá-lo *mais lógico*, tanto que, pelo art. 3º do Projeto Primitivo, de sua autoria, a personalidade datava da concepção, sob a cláusula do nascimento com vida. Invocava a impossibilidade de se configurar a existência de direito sem sujeito e, como percebia na defesa dos interesses do nascituro o reconhecimento de seus direitos, a atribuição de personalidade ao ente concebido e não nascido seria uma consequência natural. A Comissão Revisora, porém, substituiu a disposição

referida por aquela que prevaleceu por tantas décadas, revigorando-se através do novel diploma civil.

A compor o ordenamento jurídico nacional, o legislador civil descortina à população um capítulo direcionado aos direitos da personalidade, no Livro I, Capítulo II, do artigo 11 ao 21. Esta presença é fruto das disposições constitucionais genéricas insculpidas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, destacando-se como possíveis respostas ao clamor social direcionado à proteção de novos direitos surgidos a partir das conquistas da medicina atual. Alguns destes direitos são constantemente abordados pela doutrina e, até mesmo, pela jurisprudência, tais como: o direito de escolher o próprio momento da morte (referido como o direito moral de morrer); o direito a não receber transfusão de sangue, por motivo de convicção religiosa (caso das Testemunhas de Jeová); o direito de escolher, num laboratório, as características físicas de seu filho; o direito de não ter o filho naquele momento ou situação; o direito de não nascer com defeito genético; o direito a mudar de sexo; o direito de ter filhos geneticamente iguais, através da clonagem humana. Graças às conquistas médico-biológicas pode-se explorar, em separado, as diferentes partes do corpo humano, tais como o sangue, espermatozoides, medula, tecidos, órgãos, sendo igualmente possível congelar embriões ou interferir no direito sucessório, modificando o parentesco através da procriação assistida.

Embora inovadoras essas disposições são insuficientes como paradigmas legais, com vistas às modernas relações sociais emergentes da conscientização do indivíduo frente ao seu posicionamento no mundo atual. Persistem insegurança e intimidação. Pairam, ainda, na consciência jurídica, inúmeras inquietações sem respostas alvissareiras, entre estas: até que ponto se tem o direito de regulamentar a vida privada? Quais os valores que deverão nortear as leis, já que não se pode falar de uma só ética, mas sim, de várias éticas? E de que serviria uma legislação sobre a bioética se em outros países permeiam regras e conceitos distintos? Será possível ao direito positivo caminhar paralelamente às transformações sociais?

É certo que o Direito necessita estar atento ao desenvolvimento da sociedade, mormente quando o fizer em favor da pessoa humana. A função do jurista não deve ser tão somente a de racionalizar o presente, mas também a de programar o futuro. Os problemas que arrolam a vida privada foram regulados muito antes de surgirem as questões aventadas pela bioética, como indicam as normas relativas à família, ao parentesco ou às sucessões, mas a expectativa atual coloca-se nos domínios da legitimidade de interferência do Direito nos acontecimentos modernos que circundam a vida humana. Se os direitos do homem assomaram com a finalidade de estreimar o desempenho do poder e, para demarcar o exercício dos outros homens, o âmbito de liberdade então conquistado não poderá ser penetrado nem pelo Estado nem pelos demais membros da sociedade. O Poder Legislativo estaria imiscuindo-se no processo democrático ao sentenciar qualquer lei à vida privada, com argumentos consolidados apenas no arbítrio estatal, sem justificativas às proibições. É de sabença que os parlamentares desconhecem os problemas biológicos atinentes à vida humana, da mesma forma que os cientistas ignoram barreiras éticas, morais e legais as quais jamais deveriam ser transpostas. Esse é o ponto crucial.

Contudo, mesmo diante dessa dificuldade de estabelecer uma só moral, vê-se como necessária uma regulamentação no corpo do estatuto civil que obedeça ao critério de uma ética de mínimos, com o estabelecimento de cláusulas gerais a serem aplicadas ao caso concreto, opondo-se à cristalização do direito posi-

tivo que, para ser válido, necessita de constante rejuvenescimento. Neste sentido, os mínimos universais são aqueles valores, determinados pela razão humana — e, por essa razão, universais — a que se chega através de um diálogo entre seres livres.

A elaboração de uma ordem jurídica que tutele as relações sociais deverá levar em conta os princípios que norteiam a bioética, pois serão esses os fundamentos para a explicação que o Estado deverá dar ao estabelecer as regras dos mínimos a serem seguidas. É o que sugere a pena do professor Barretto (1994, p. 454): “somente inserindo-se no processo de elaboração legislativa a dimensão ética, expressão da autonomia do homem, é que a ordem jurídica poderá atender às novas realidades sociais, produto da ciência e da tecnologia”.

Na feitura das normas civis que atingirão toda a sociedade, esta, em necessário debate interdisciplinar, deverá arrogar-se uma posição ativa, fazendo-se representar através de juristas, médicos, filósofos, psicólogos, economistas, pesquisadores, técnicos em ética e moral, que se posicionarão à medida que lhes seja oportuno. Dessa maneira, estarão cingidas todas as perspectivas do pensamento.

Observe-se ainda que será possível alcançar a unidade dos critérios éticos e jurídicos, tornando-se viável a existência de uma bioética e de um conseqüente biodireito, através do congruamento das legislações mundiais. Essa precisão coloca-se a fim de evitar que os indivíduos possam burlar as leis nacionais ao saírem em busca dos paraísos genéticos, onde sulcariam na permissibilidade das leis. Faz-se necessária uma regulamentação jurídica fundada na justeza de um acordo de mínimos universais, dobrada à aceitação de jovens valores e *estranhas* vicissitudes. A ética que se preocupa apenas com a individualidade dos homens e da sociedade é limitada, pois somente aquela universal impõe aos indivíduos uma preocupação com todos os seres, colocando-os verdadeiramente em sintonia com o Universo e a vontade nele evidenciada (SCHWEITZER, 1964). Investiga-se o imperativo categórico de Kant (1988, p. 59): “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”, para evidenciar que a ação humana a ser ponderada na determinação dos mínimos universais deve ser tal, que possa ser revelada como prática comum da comunidade social. Desse modo, a universalização aqui sugerida não há de ser considerada nos domínios da quimera, pois as ações do ser humano - livre e social - deslizam no leito indomável do evolucionismo, sugadas pelo magnetismo da ordem universal.

O embaraço jurídico está em detectar valores ético-sociais que, colocados frente à realidade social, conceberão as próximas leis. Portanto, a bioética tem como desígnio fornecer ao Direito estas orientações, revelando-lhe quando determinado valor humano deve ou não ser considerado universal.

Essas questões suscitam estudos especiais com vistas aos espaços já conquistados pelo Direito no campo da responsabilidade, pois, antes de ser uma virtude ou um direito, é a responsabilidade o fundamento mesmo de uma inédita concepção da ética (JONAS, 1993).

Qualquer que seja o nome que receba a requestada disciplina — aqui sugerida como Biodireito — que agrupe o Direito, a Genética e a Bioética, existe atualmente um amplo consenso sobre determinados princípios que deveriam constituir esse direito: o respeito à dignidade do ser humano em todas as etapas do seu desenvolvimento; a proibição de efetuar aplicações contrárias aos valores fundamentais da humanidade; o acesso equitativo aos benefícios derivados das ciências biomédicas; a proibição de tratar o corpo humano ou partes do mesmo como uma mercadoria;

o respeito à autonomia das pessoas que estão submetidas a tratamento médico, o que inclui as provas genéticas e o assessoramento e confidencialidade dos dados genéticos; a obrigação dos Estados de respeitar e não pôr em perigo a biodiversidade, como foi ratificado solenemente no Tratado sobre Diversidade Biológica, assinado no Rio de Janeiro em 22 de maio de 1992; e o princípio de que a herança genética do homem não deve ser objeto de manipulação nem modificação.

Necessita-se de regras de respeito ao corpo humano, com relação à doação e recepção de embriões, à utilização de produtos do corpo humano, ao acesso igualitário à terapia genética, à procriação e ao diagnóstico pré-natal, ao uso dos dados confidenciais com fins de investigação na área de saúde, ao direito pessoalíssimo do indivíduo de conhecer suas origens, entre outras. Não se trata de utilizar as leis antigas no intento de adaptá-las às circunstâncias contemporâneas, mas de reelaborar um sistema coerente com modernizada visão do mundo e do homem atual.

Cumprindo a referida etapa, o sistema não correrá o risco de ficar em aberto, pois não mais caberá ao juiz completar a lei em casos específicos. Estará agindo de acordo com a norma jurídica e, na aspiração de fazer justiça, eximir-se-á de provocar uma tendência a diminuir a igualdade de todos perante a lei, o que conduziria a uma certa insegurança por sugerir arbitrariedades ao ser totalmente desvinculado um caso concreto dos demais. Será função do magistrado contemporâneo aplicar a lei existente às situações de conflito que lhe sejam apresentadas, e descobrir nela própria, inovadoras possibilidades interpretativas.

Conclusão

A lei não é engenho do espírito humano, mas qualquer coisa de natural e mística que eterniza o Universo, ritmando-o através do movimento contínuo das estações do ano ou de um assíduo amanhecer acossado pelo lusco-fusco crepuscular. Assim, não há por que ignorar sua importância e finalidade. Por outro lado, não se pode esquecer de que a Constituição é a Lei Máxima, mas não significa, necessariamente, uma ética de mínimos. Já dissera alguém que "as normas constitucionais não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las" (HESSE, 1991, p. 17).

Necessário, na execução das leis aqui propostas, desvencilhar-se dos tradicionais ditames que se prendem, unicamente, ao poder imperativo da racionalidade e da experiência, acrescentando-se a esses domínios, as condições sociais, econômicas, éticas e morais que envolvem as relações fáticas. Reconhece-se, além disso, que uma nova atitude enraizada na evolução do pensamento humano, com fins à dignidade da vida, somente poderá evoluir num Estado onde exista uma Constituição Democrática que possa legitimar a Ética e o Direito ao indicar a escrita de leis espaldadas na concordância da maioria.

Referências Bibliográficas

- BARBOZA, Heloísa Helena. *A filiação: em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. 133 p.
- BARRETTO, Vicente. Bioética e ordem jurídica. *Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 443-454, 1994.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. 1, 1921. 460 p.
- CASADO, María. (ed.). *Materiales de bioética y derecho*. Barcelona: Cedecs, 470 p. (Cedecs: textos abiertos).
- CAYLA, Olivier. Ouverture: bioéthique ou biodroit? *Droits-Revue Française de Théorie Juridique*, Paris, 1991. (Biologie, personne et droit, 13, p. 3-18).
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 214 p.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. 34 p. Tradução de: Die normative Kraft des Verfassung.
- JONAS, Hans. *Le principe responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique*. Tradução Jean Greisch. 3. éd. Paris: Les éditions du cerf, 1993. 336 p. Tradução de: Das Prinzip Verantwortung.
- KANT, Immanuel. *Fundação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1988. 117 p. Tradução de: Grunt Leugung Zur Metaphysik der Sitten.
- MATEO, Ramón Martín. *Bioética y derecho*. Barcelona: Ariel, 1987. 189 p. (Ariel, 70).
- MOTA, Sílvia. *Da bioética ao biodireito*. 1995. 460 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado)-Faculdade de Direito, Universidade Cândido Mendes-Ipanema, Rio de Janeiro, 1995.
- MOTA, Sílvia. *Da bioética ao biodireito*. *Caderno Científico do Mestrado e Doutorado em Direito [da] Universidade Gama Filho*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 185-195, ago. 1998.
- MOTA, Sílvia. *Liberdade do homem e genoma humano: conflitos surgidos pela possível restrição de direitos fundamentais*. 2002. 110 f. Trabalho apresentado como requisito parcial para aprovação na Disciplina Liberdades Públicas, Programa de Pós-Graduação (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2002.
- MOTA, Sílvia. *Responsabilidade civil objetiva e manipulações genéticas*. 1996. 103 f. Trabalho apresentado como requisito parcial para aprovação na Disciplina Tópicos de Direito Civil I, Programa de Pós-Graduação (Mestrado)-Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1996.
- MOTA, Sílvia. *Da bioética ao biodireito: a tutela da vida no âmbito do direito civil*. 1999. 308 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil)-Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1999.
- NEIRINCK, Claire (Dir.) *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: Librairie Générale de droit et jurisprudence, 1995. 171 p. (Droit et société, 8).
- RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995. 406 p.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1995. 514 p.
- SANTOS, António Marques dos et al. *Direito da saúde e bioética*. Lisboa: AAFDL, 1996. 322 p.
- SCHWEITZER, Albert. *Decadência e regeneração da cultura: filosofia da cultura*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1964. 184 p.
- SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 354 p.
- SGRECIA, Elio. *Manual de bioética: 1. fundamentos e ética biomédica*. Tradução Orlando Soares Madeira. São Paulo: Loyola, 1996. 686 p. Tradução de: Manuale di bioetica: 1 Fondamenti ed etica biomedica.
- TORRE, Giuseppe Dalla Torre. *Bioetica e diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1993. 182 p. (Collana di studi di diritto canonico ed ecclesiastico: sezione ecclesiasticistica, 8).

Artigo enviado em 23/05/2003, aceito em 26/06/2003.