

Da Bioética ao Biodireito

Sílvia Mota*

Nos tempos modernos, encontra-se em marcha a instituição de um biodireito, o qual exsurge 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 à 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 internacional,¹ 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,² existem ainda muitas indagações, embora tenha chegado o momento de começar a responder às diversas questões relevantes 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, e os institutos que a compõem, bastariam para dirimir os conflitos suscitados pela nova Biotecnologia? Essa questão se avexa ao ficar demonstrado que, na realidade, os institutos tradicionais não conseguem resolver as questões atuais.³

É inegável a extrema delicadeza das novas situações que, por sinal, ultrapassam os limites da raridade, mas nem por isso é 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 -,⁴ mas é apenas o reconhecimento que se deve fazer da importância das novas descobertas na melhoria da condição humana. Acentua Heloísa Helena Barboza 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."⁵

Qualquer que seja o nome que receba a nova disciplina 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, subscrito 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.

No Direito brasileiro, a vida encontra proteção no art. 4º do Código Civil, que preceitua: "A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro." Também o art. 5º da Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do direito à vida; mas - além do direito à vida - despontam atualmente novos direitos, alguns deles, abordados pela jurisprudência, por exemplo: 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. Graças às conquistas médico-biológicas, pode-se explorar, ainda, em separado, as diferentes partes do corpo humano, tais como o sangue, esperma, medula, tecidos, órgãos, como também é possível congelar embriões ou interferir no direito sucessório, modificando o parentesco através da procriação assistida.

Entre diversas situações, despontam insegurança e intimidação por não existirem normas jurídicas que disciplinem esses direitos.⁶ Por outro lado, surgem inúmeras perguntas: até que ponto se tem o direito de regulamentar a vida privada? Quais os valores que deverão nortear essas 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? E ainda, finalmente, será possível ao Direito Positivo caminhar paralelamente às transformações sociais?

É certo que o Direito deve estar atento ao desenvolvimento da sociedade, mormente quando o fizer em favor da pessoa humana. Afirma Ferrando Mantovani que a função do jurista não deve ser tão somente a de racionalizar o presente, mas também a de programar o futuro.⁷ 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, também, 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 que obedeça ao critério de uma ética de mínimos,⁸ com o estabelecimento de cláusulas gerais a serem aplicadas ao caso concreto, opondo-se à cristalização do direito positivo que, para ser válido, necessita de constante rejuvenescimento. A elaboração de uma ordem jurídica que tutele as relações sociais emergentes 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 Vicente Barretto: "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."⁹

Na feitura das normas 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 congraçamento 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,¹⁰ onde sulcariam na permissibilidade das leis. Faz-se necessária uma regulamentação jurídica fundada na justeza de um acordo de mínimos universais, dobradiça à aceitação de novos valores e novas vicissitudes. A ética que se preocupa apenas com a individualidade dos homens e da sociedade é limitada, pois somente a universal impõe aos indivíduos uma preocupação com todos os seres, colocando-os verdadeiramente em sintonia com o Universo e a vontade nele evidenciada.¹¹ Investiga-se o imperativo categórico de Immanuel Kant - "Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal"¹² - 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 os novos valores ético-sociais que, colocados frente à nova realidade social, conceberão as novas leis. Portanto, a Bioética tem como desígnio fornecer ao Direito essas orientações, revelando-lhe quando determinado valor humano deve ou não ser considerado universal.¹³

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.¹⁴

Necessita-se, hodiernamente, 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 personalíssimo do indivíduo de conhecer suas origens, entre outras. Não se trata de utilizar as leis antigas no intento de adaptá-las às circunstâncias emergentes, mas de reelaborar um sistema coerente com a nova visão do mundo e do homem atual.¹⁵

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 novas situações de conflito que lhe sejam apresentadas, descobrindo nela própria novas possibilidades interpretativas.

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 acochado pelo lusco-fusco crepuscular. Assim, não há porque ignorar sua importância e finalidade.¹⁶ 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".¹⁷

Necessário, portanto, na execução das novas leis, 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. Contudo, reconhece-se 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.

Notas

1 A respeito ver: 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.; CAYLA, Olivier. *Biologie, personne et droit. Ouverture: Bioéthique ou biodroit? Droits: Revue Française de Théorie Juridique*, Paris, n° 13, 1991, pp. 3-18; MATEO, Ramón Martín. *Bioética y derecho*. Barcelona: Ariel, 1987. 189 p. (Ariel, 70); TORRE, Giuseppe Dalla Torre. *Bioetica e diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1993. 182 p. (*Collana di studi di diritto canonico ed ecclesiastico: sezione ecclesiasticistica*, 8); CASADO, María. (ed.). *Materiales de bioética y derecho*. Barcelona: Cedecs. 470 p. (Cedecs: textos abiertos); FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 214 p.; SANTOS, António Marques dos et al. **Direito da saúde e bioética**. Lisboa: AAFDL, 1996. 322 p.

2 MOTA, Sílvia Maria Leite. Da bioética ao biodireito. **Caderno Científico do Mestrado e Doutorado em Direito [da] Universidade Gama Filho**, Rio de Janeiro, vol. 6, n° 1, pp. 185-195, ago. 1998. Trabalhos não-publicados: **Da bioética ao biodireito: a tutela da vida no âmbito do Direito Civil**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Civil. Orientador: Prof. Vicente de Paulo Barretto. Defesa em 27 de maio de 1999. Aprovada com distinção. Ver também: MOTA, Sílvia Maria Leite. **Responsabilidade civil objetiva e manipulações genéticas**. Trabalho de conclusão de curso apresentado na disciplina Tópicos de Direito Civil - I, ministrada pelo Prof. João Baptista Villela. Curso de Pós-Graduação em nível de Mestrado-UERJ, 1995, 103 p. Também: MOTA, Sílvia Maria Leite. **Da bioética ao biodireito**. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito Cândido Mendes - Ipanema, 1995, 460 p. Orientador: Prof. Vicente Barretto.

3 O Direito foi, sem dúvida, apanhado de surpresa e seu equipamento conceitual se revelou inadequado, despreparado e, em algumas situações, até mesmo superado para equacionar os problemas propostos pelo progresso acelerado das ciências biomédicas. É necessário, no entanto, que se ponha termo ao descompasso e que se preencha o vácuo representado pela ausência do Direito. Progresso científico feito à margem da perspectiva jurídica pode apresentar deformidades graves que se traduzem em efeitos perversos para a Humanidade. FRANCO, Alberto Silva. Genética humana e direito. **Bioética**, Brasília, vol. 4, n° 1, pp. 17-29, 1996.

4 SGRECIA, Elio. **Manual de bioética: 1. fundamentos e ética biomédica**. Tradução por Orlando Soares Madeira. São Paulo: Loyola, 1996, p. 144. Tradução de: *Manuale di bioetica: 1 Fondamenti ed etica biomedica*.

5 BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação: em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 12.

6 A inviolabilidade da pessoa humana vê-se hoje ameaçada por manipulações excepcionais, com a utilização de técnicas gerais, para o desenvolvimento da pesquisa científica, muitas vezes, decorrentes das lógicas do desejo e do lucro. Em face desse perigo torna-se

necessária a produção de normas de emergências, assentadas em regras bioéticas ou deontológicas. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica: cidadania e ciência**. Arquivo capturado na Internet (<http://www.teiajuridica.com/biomedic.htm>).

7 MANTOVANI, Ferrando. *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela*. **Revista de Derecho y Genoma Humano**, Bilbao, nº 1, p. 95, jul./dic. 1994.

8 Os mínimos universais são aqueles valores, determinados pela razão humana - e por essa razão universais - a que se chegam através de um diálogo entre seres livres. BARRETTO, Vicente. *Eletronic Mail*, message #1546634, 29 set./1997.

9 BARRETTO, Vicente. Bioética e ordem jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 2, 1994, p. 454.

10 Sobre o assunto ver: ROMEO CASABONA, Carlos María. *El proyecto genoma humano: implicaciones jurídicas*. In: GAFO, Javier. *Ética y biotecnología*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1993, p. 194. Alguns o indicam como turismo bioético. MONTANTI, Joaquín Martínez. *Bioética y virus de la inmunodeficiencia humana*. In: CASADO, María (Org.). *Materiales de bioética y derecho*. Barcelona: CEDECS, 1996, p. 321.

11 SCHWEITZER, A. **Decadência e regeneração da cultura**. São Paulo: Melhoramentos, 1964.

12 KANT, Immanuel. **Fundação da metafísica dos costumes**. Tradução por: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 59. Tradução de: *Grunt Legung Zur Metaphysik der Sitten*.

13 Quando tratamos de Bioética, adentramos por um conjunto de princípios que se chocam com os pressupostos de um direito da Primeira Revolução Industrial. A Bioética é um dos elementos constituidores de um direito erótico, onde a vida, em todas as suas dimensões, seja respeitada. Daí a primeira interpenetração entre essas duas facetas do saber. O Direito fornece instrumentos formais a fim de que as normas éticas se transformem em documentos e procedimentos efetivos. Mas é a Ética (que é também política) que vai questionar os valores e as práticas do Direito Positivo, introduzindo novos valores e procurando responder aos desafios que emergem da contemporaneidade. AGUIAR, Roberto. Bioética e biodireito: saberes que se interpenetram. **Revista Humanidades**, USP, São Paulo, p. 402, 1995.

14 JONAS, Hans. **Le principe responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique**. Tradução por Jean Greisch. 3. éd. Paris: Les éditions du cerf, 1993, p. 24. Tradução de: *Das Prinzip Verantwortung*.

15 É preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa.

Desse modo, evitar-se-ia comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados; permitir-se-ia o funcionamento de um sistema econômico misto, privado e público, inclinado a produzir modernamente e a distribuir com mais justiça. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3ª ed. rev. ampl. Tradução por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 34. Tradução de: *Profilli del diritto civile*.

16 Acentua Pietro Perlingieri que somente a norma, como expressão de um sistema que possa, efetivamente, ser definido como vinculante, se apresenta, na confusão de perspectivas unilaterais e parciais, como critério que tende a uniformizar a realidade. A norma aqui referida é aquela interpretada, vivente, expressão do processo cultural do qual nasceu e sobre o qual é destinada a incidir. Para o autor, singular é seu destino, pois que exprime uma realidade historicamente passada e é chamada, ao contrário, a intervir em uma realidade presente, às vezes muito diversa daquela originária. PERLINGIERI, Pietri. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3ª ed. rev. ampl. Tradução por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 30. Tradução de: *Profilli del diritto civile*.

17 Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 17. Tradução de: *Die normative Kraft des Verfassung*. A Constituição, por uma parte, configura e ordena os poderes do Estado por ela construídos; por outra, estabelece os limites do exercício do poder e o âmbito de liberdades e direitos fundamentais, assim como os objetivos positivos e as prestações que o poder deve cumprir em benefício da comunidade. Em todos esses conteúdos, a Constituição se apresenta como um sistema preceptivo que emana do povo como titular da soberania, em sua função constituinte, preceitos dirigidos tanto aos diversos órgãos do poder pela própria Constituição estabelecidos como aos cidadãos. ENTERRÍA, Eduardo García. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1994, p. 49.

*Mestre em Direito Civil, pela UERJ; Professora de Direito Civil e Metodologia de Estudos Universitários, no curso de Graduação, da Universidade Estácio de Sá; Professora de Métodos de Pesquisa, no curso de Pós-Graduação, da Universidade Estácio de Sá; Professora de Direito Civil e Metodologia da Pesquisa Jurídica na Universidade Iguazu (1997-1999).

Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/publicacoes/biobiodireito.asp>
Acesso em: 4 de julho de 2007