

## Direitos e manipulações genéticas

SERGIO FERRAZ

O hábito de participar de colegiados - sem contudo ter sido, em algum momento, titular de mandato - fez com que eu aguardasse, obedientemente, que a palavra me fosse conferida. Desculpem o formalismo, mas enquanto não me concedessem, eu não iniciaria a exposição.

Em primeiro lugar, eu devo referir que se trata de uma grande alegria, um grande prazer e uma grande honra estar neste Congresso - a Conferência Nacional dos Advogados acabou, no curso do tempo, por se afirmar como um dos maiores eventos da própria cidadania. Os temas fundamentais da sociedade, do hoje e do amanhã, têm sempre passado por eventos dessa ordem. E, sem sombra de dúvida, poder trazer alguma meditação e alguma consideração para um colegiado deste porte e desta relevância constitui, de fato, uma distinção pela qual, profissional e pessoalmente, muito agradeço. Também me encanta estar aqui na presença dos demais convidados e do nobre presidente da mesa, que significam referências marcantes para um evento dessa ordem.

Neste painel específico, sobre biodireito e ética, estamos convocados e desafiados a focalizar os temas ou subtemas propostos a cada um de nós, à luz do enfoque da moldura geral de todo o evento, que é exatamente a conscientização e a reflexão dos tópicos diferenciados desta conferência, a lume da idéia de ética.

Neste campo do biodireito e da bioética, essa preocupação não apenas perpassa toda e qualquer palavra que tenhamos que trazer à configuração e à meditação de todos os senhores, como diria que as transcende, de muito, porque estamos em face de todo um terreno novo do direito e até mesmo do próprio pensamento científico. Trazer reflexões sobre aquilo que não é propriamente o ignoto, mas que ainda é o inexplorado, significa uma série de dificuldades e de responsabilidades. A palavra do homem do direito em tema desta natureza será, certamente, cobrada do direito e do próprio homem do direito, hoje, amanhã e para sempre, pois estamos lançando alicerces para o futuro da própria sociedade.

Daí a preocupação que vem marcadamente assinalando e enfatizando os autores do mundo do direito em espécie, assim como todos os autores da intelectualidade em geral, quando confrontados com os desafios da bioética e do biodireito, neste século cujo início se anuncia.

Sem sombra de dúvidas, nos últimos 50 anos a ciência progrediu numa velocidade, numa profundidade e numa amplitude tais - exatamente no campo da Biologia e da manipulação biológica do ser, e não apenas do ser humano - que chegamos a uma pergunta fundamental: "E agora, para onde vamos?" Ou, melhor ainda: "até onde vamos?"; ou, mais profundamente, "até onde podemos ir?".

Chegamos ao limiar em que a ciência está pronta para criar até vida. Temos visto isto no noticiário, e até mesmo no próprio país - a clonagem de seres vivos, a criação de novas espécies, a formação de todo um patrimônio e de toda uma série infindável de patentes, inclusive no campo da biologia. Tudo isso propõe esse tipo de meditação para todos nós, já nas vésperas do ano 2000: qual é o limite e a baliza que o homem do direito tem para propor?

Esse é o tipo de consideração que vou trazer para os senhores, com a absoluta humildade e a absoluta certeza de que não estarei a proferir verdades lapidares, ou conclusões definitivas, mas sim, muito mais que isso, inquietações profundas, instigações a que os senhores irão responder, na medida em que estamos em um ambiente universitário e, logo, por excelência, um ambiente pronto, preparado e convocado para esse tipo de atuação.

Algumas formulações básicas precisarei colocar, a partir das quais as meditações irão surgindo, já agora concretizadas para um ou outro ponto mais instigante, mais desafiador e mais inquietante.

Em primeiro lugar, é preciso que o homem do direito se conscientize de que, não obstante tenda o direito a outorgar estabilidade às relações sociais, ele não pode ser, de maneira alguma, ciência ou conjunto de conhecimentos vertidos ao aprisionamento do conhecimento e do desenvolvimento. Conquanto o direito tenha efetivamente uma fisionomia conservadora - que, na minha opinião, não é de todo despropositada - na medida em que o direito está também comprometido com o valor da segurança jurídica e, portanto, da segurança social, ele tem que ser arma e instrumento de transformação da sociedade. Em um campo, então, em que o conhecimento científico caminha com a velocidade da luz, o direito e a regulação das condutas não podem jamais assumir a feição ou a natureza de alguma coisa que venha a impedir a realização científica. Ou seja, ele tem que balizar, disciplinar e conformar. Mas ele

não pode ser um empecilho. Caso contrário, ele será, necessariamente, atropelado e ultrapassado. Sempre que o direito quis ser obstáculo à transformação social, houve a comoção social, a inquietação social e a quebra da moldura jurídica e institucional. Quando estamos em face de um desafio de ordem social típico, o que acontece é a revolução. Mas quando estamos em face do desafio da ciência, o que acontece é que, não obstante o que diga o direito, se ele for de todo resistente em refratar o desenvolvimento, ele vai ficar empoeirado na prateleira, enquanto a ciência vai progredir, inevitavelmente.

Da mesma forma acontecia, precedentemente, com a suma do conhecimento social e, conseqüentemente também jurídico, que era a religião. Quando a Igreja disse a Galileu que o movimento dos planetas teria que ser entendido da maneira que ela - Igreja - admitia, com o geocentrismo sendo uma verdade dogmática, levando, para tanto, o grande cientista ao julgamento da Inquisição, não obstante Galileu se conforme a prepotência inquisitorial, ele não pode deixar de assinalar que, independentemente disso, a Terra se movia. Ou seja, a Terra não era fixa, ela não era o centro do universo, porque a ciência sabia que assim não era; e o Direito, que estava corporificado no canonismo, não podia sufocar uma verdade que era maior que ele.

Então, o homem do Direito não pode chegar com uma regulação e dizer "está proibida toda e qualquer manipulação biológica; está admitido que toda criação científica no campo da Biologia é de uso exclusivo do criador ou do país onde ela surgiu e está sujeita a leis rígidas de patentes", proclamações essas que estão, pura e simplesmente, fadadas ao desprestígio, à desconsideração e à superação. O homem do direito tem que buscar as soluções para os conflitos da sociedade e, quando não existam tais soluções, será com base nela que ele meditará sobre as propostas de soluções que haverá de formular para aquele determinado novo desafio.

No campo da meditação jurídica, não há berço maior - não só pela nobreza, mas sobretudo pela amplitude - que o texto constitucional. A Constituição é o nosso livro de cabeceira. Eu diria que não há conflito na sociedade que não possa ser rebatido na sua solução a uma baliza constitucional. Pensem mais ínfima, na mais simples, na mais corriqueira, na mais cotidiana das dificuldades sociais. Pensem em uma briga de casais ou em uma relação locatícia. Pensem no que quiserem - tudo, sempre, poderá ser contrastado com um balizamento de índole constitucional. A Constituição é o último receptáculo onde o homem do direito tem que buscar as soluções para os conflitos da sociedade e, quando não existam tais soluções, será com base nela que ele meditará sobre as propostas de soluções que haverá de formular para aquele determinado novo desafio.

Nesse campo da bioética, do biodireito e da necessária tradução de pautas jurídicas para o grande desenvolvimento científico, o que o homem do direito está desafiado a fazer é exatamente a identificação, no texto constitucional, dos grandes princípios jurídicos que lá estão - sejam expressos ou sejam implícitos - e que haverão de, necessariamente, dizer até onde a ciência pode ir, até onde o cientista poderá pesquisar e até que ponto a sociedade poderá aceitar.

E aquele é o pacto fundamental. É preciso que tenhamos uma visão não apenas literária ou poética da Constituição, como sendo a lei das leis. É preciso que saibamos que, "normativamente", a Constituição é a lei das leis. Tudo que é admissível dentro de um contexto social, dentro de um tecido social em um determinado momento histórico, está necessariamente posto na Constituição. E, quando ela se verifica desatualizada, em face do desafio que a sociedade propõe, a solução que se impõe é exatamente a da reformulação da Constituição - seja pelo processo corriqueiro da emenda, seja até pelo processo renovador total da revolução.

Dentro dessas linhas de pensamento, o jurista está intimado a buscar na Constituição Federal existente - que é a nossa de 1988, com todas as suas emendas quais são as grandes balizas que ele tem a oferecer ao homem da ciência e da sociedade, em face dos desafios da biologia e de genética, à vista das necessidades de progresso e de resposta às grandes e imperativas colocações e sonhos de desenvolvimento da espécie humana.

Os princípios constitucionais fundamentais, que a meu ver dão resposta a toda a temática do biodireito e, conseqüentemente, da própria bioética, ou até mesmo do próprio disciplinamento jurídico da manipulação biológica, estão postos, sobretudo, nos cinco primeiros artigos da Constituição. E, assim, se pode ter - sem preocupação alguma de estar aqui para dar destaque ou transcrever texto constitucional, apenas limitando-nos à enunciação das idéias - valores fundamentais preservados e salvaguardados, existente nesses preceitos, que são a nossa

soma jurídica na temática do biodireito.

Em primeiro lugar, o direito à vida - o direito à vida posto em letra de forma candente no artigo 5º da Constituição Federal. Ali se dá primazia, acima de todos os direitos fundamentais do artigo 5º, à vida. A vida é um compromisso do homem do direito. Conseqüentemente, ele tem que dar respostas que sejam compatíveis à asseguaração ao direito à vida.

É por esta razão, e não por outra, que eu posso, em qualquer grande discussão do mundo do Direito, adotar sempre duas atitudes: eu posso me deixar contaminar por toda uma preocupação metajurídica, debatendo grandes temas - como aborto, pena de morte etc. - em cima da fermentação de idéias em que todos estamos imersos; ou, ainda, posso procurar assumir uma atitude de cientista do direito, no sentido de buscar a reflexão da solução, exatamente no campo da própria formulação jurídica principiológica. Pois é porque existe o direito à vida, consagrado com letra de forma no texto constitucional que, por exemplo, não se pode admitir no Brasil a pena de morte, a não ser naquela hipótese única, prevista no próprio texto constitucional. É por esta razão que toda e qualquer emenda que se pretenda levar à Constituição, de adoção do regime de pena de morte para os crimes mais hediondos que se possa imaginar, são natimortas, ou seja, são fadadas à rejeição, porque o que a Constituição propõe, define e sustenta é o direito à vida e não, o direito à morte.

Mas a Constituição não defende pura e simplesmente o direito à vida. No artigo 1º, quando aparece a enunciação dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, lá está que o que se pede é a vida com dignidade. A dignidade é um compromisso principiológico fundamental do texto constitucional - direito à vida sim; mas direito à vida com dignidade.

Da mesma sorte, nos capítulos específicos, por exemplo, o da saúde, o que se põe é que todo o ordenamento social e, também pois, o ordenamento jurídico esteja comprometido com a realização de políticas, de finalidades, de planejamentos e de ações que levem à melhoria, à conservação e à asseguaração da saúde. Essas são as grandes linhas valorativas, estimativas, ideológicas mesmo, que estão no texto constitucional e que acenam as soluções para os grandes temas do biodireito.

Como a minha participação é inaugural, eu pretendo apenas semear preocupações e apresentar essas meditações, deixando para a especulação e a indagação dos senhores, e também para a contribuição indispensável dos meus companheiros de mesa, a complementação dessas linhas que hoje estão sendo postas aqui:

Assim sendo, vou então sair do plano da moldura e partir para o plano de algumas concretizações, rebatendo-as em face dessa moldura. Destacarei dois ou três temas - não mais do que isso, em vista até das limitações de tempo do nosso painel.

Como exemplo, eu citaria que há no Brasil, sobretudo quando se fala em reformulação das leis penais, um debate intenso - e recorrente, já que ele vai, vem, volta e, na verdade, raramente se dá ou se propõe uma solução integral, porque se deixa infiltrar muita paixão e pouca meditação - sobre a temática do aborto. Sobre ela traz-se de toda uma séria de considerações - que são respeitáveis, mas que não são próprias do homem do Direito, como, por exemplo, a eventual livre disponibilidade da mulher sobre o seu corpo. Se a produção concepcional está dentro do seu corpo, ela teria, portanto, a liberdade de dar ou não sequência ao processo de formação do novo ser, na medida em que o novo ser só existirá depois que ele for desalojado, ou desabrigado, do corpo da mulher.

Eu indagaria, anteriormente: esse debate é válido? É! Ele é palpitante? É! Todos nós temos idéias sobre ele? Temos! Ao menos procuramos saber o que a Constituição diz sobre o assunto? Raramente! Raramente nós vamos buscar no texto constitucional o que existe e realmente possa dar resposta a essa temática do aborto, que envolve manipulação da vida e, portanto, envolve manipulação biológica, de forma que, logo, também está implicada na temática geral da nossa mesa.

Mas se nós refletirmos que o que se protege é o direito à vida, e não, o direito à morte, a questão do aborto começa a se simplificar. Se nós meditarmos, por outra parte, que indiscutivelmente é tradicional nas leis que algumas hipóteses são contempladas como excludentes de qualquer ilegitimidade, admitindo-se, portanto, a existência de aborto em certas situações e se formos projetar sobre essas hipóteses excepcionais, qual a fundamentação principiológica que ali está, iremos descobrir também uma solução.

Por que existe a proteção à prática do aborto, quando se trata de gravidez decorrente de estupro, ou quando se trata de gravidez, da qual possa decorrer grave risco à vida da mãe ou do nascituro? Porque estaria implicado, necessariamente, o bem maior da sobrevivência materna ou o valor da dignidade (pois a mulher, que é violada no seu corpo e é levada a

conceber com violenta e total abstração de sua vontade, foi profundamente atingida na sua dignidade individual, na sua dignidade última, na sua nuclear identidade. E, conseqüentemente, o aborto, neste caso, pode vir a ser protegido).

Sem propor qualquer princípio de eugenia ou renascimento de formulações extremistas para o particular, o mesmo poderia ser dito quando se trata de um aborto em que exista o risco de má-formação. Nesse caso, há que se lembrar o princípio constitucional do direito à vida com dignidade, que é direito à vida com plenitude dentro da sociedade. Logo, em determinados fatos onde estejam implicados valores dessa ordem, o aborto também poderá ser justificado.

E, é por isso que, quando se pensa em ampliar o rol, no próprio Código Penal, das exceções ao aborto, descriminalizando-o, o que se pode é propor tudo e qualquer coisa que esteja comprometida com o valor da vida com a dignidade - e nada fora disso.

O que eu disse agora para o aborto, que é - digamos - a mais primária das considerações da manipulação biológica - vai acontecer com relação à clonagem, ao transplante de tecidos e de órgãos, à criação de bancos de órgãos, à formação - tão discutida - de organismos vivos apenas para que sirvam de bancos de tecidos para a cura de enfermidades, ou para a complementação molecular ou mesmo fisiológica, ou mesmo até de conformação da aparência de alguém. Tudo isso será sempre - e sempre - resolvido à luz desses princípios fundamentais que aí estão: direito à vida e vida com dignidade, como exigência constitucional.

Um tema que traz profunda inquietação, freqüentemente chamado a debate, é o problema do direito à morte. Todos os dias nós nos vemos confrontados com notícias de existências profundamente infelicitadas, sacrificadas pela dor ou pelo desespero da ausência de cura, de forma que aparecem, então, as propostas não só de soluções terapêuticas que importem no abortamento à vida - estou pensando, portanto, em eutanásia e em todas as outras formulações que, vez por outra, são discutidas, como também estou a meditar sobre alguns outros tipos de questões que surgem, onde não se envolve propriamente uma especulação de ordem de saúde, ou de sobrevivência, mas se envolve a crença religiosa.

Os senhores sabem que para certas religiões é inadmissível a transfusão de sangue. Quer dizer, para determinados conceitos religiosos a transfusão de sangue, nem mesmo como absolutamente essencial à sobrevivência de um ser, é permitida. Não é preciso identificar, pois os senhores sabem, que correntes são essas. Mas, vez por outra, nós vemos o drama de pais negando a médicos a possibilidade de fazer uma transfusão salvadora, exatamente porque a religião que eles adotam não admite esse tipo de interferência. Isso tem solução? É claro que tem solução! Não há tema sem solução jurídica dentro de um ordenamento social. Em face de uma proibição que algum pai, mãe ou familiar apresente a um médico, de salvação, com uma transfusão de sangue essencial, o médico tem o dever de, evidentemente, socorrer-se do advogado do estabelecimento onde ele trabalha ou do órgão onde ele esteja lotado, no sentido de saber o que fazer. E o que faz o homem do direito? Ora, ele tem um compromisso constitucional; ele tem o direito à vida como sendo uma garantia fundamental. E se aqueles, que são quem imediatamente podem ditar um rumo de conduta, se interpõem, ele deve procurar o suprimento judicial; ele deve buscar o juiz e deve apresentar, pela via normal, processualmente prevista, um pedido de autorização para fazer, não obstante a oposição dos pais, a transfusão salvadora. Pois, para ele, advogado, médico ou juiz, a vida é o compromisso fundamental.

Recentemente, os senhores viram travar-se durante meses a fio, na imprensa e no nosso cotidiano, um debate oriundo, simples e puramente, de um enfoque ajurídico de um tema profundamente jurídico. Os senhores sabem que há pouco mais de um ano foi editado um diploma legal, segundo o qual presumia-se a doação de órgãos autorizada quando a pessoa em vida não se tivesse manifestado em sentido contrário. Essa lei criou uma celeuma e uma polêmica extraordinárias. Argumentos de várias ordens foram trazidos. Entretanto - devido à limitação do tempo - eu destacarei apenas dois.

De um lado, existia toda uma série de pessoas, bem intencionadas - não existe aqui qualquer referência desrespeitosa a pontos de vista desiguais daqueles que eu sustento - que dizia que, afinal de contas, conquanto já despido de vida, o corpo compunha todo um conjunto cultural que identificava aquele que fora um ser querido, de forma que a família deveria ter a última palavra. Ou seja, não deveria ser apenas pelo silêncio daquele que morreu, que se poderia admitir a livre disposição do corpo, para dele extrair órgãos e tecidos que pudessem salvar a vida ou tornar digna a vida de alguém. Logo dizia-se que o corpo também é sagrado. Considerações dessa ordem são válidas, são admissíveis, mas elas não pertencem ao mundo do direito - elas realmente pertencem ao mundo da espiritualidade, da religião, enfim, de

concepções - todas - importantes, mas que não são compromisso fundamental do homem do direito, quando tem que propor uma solução para um tema que é basicamente social. De outra parte - também bem intencionalmente se dizia que, além disso, haveria o risco de que toda e qualquer pessoa de poucos recursos - particularmente os despojados, os desprovidos e os pobres - terem a sua vida abreviada, exatamente para poderem servir de receptáculos últimos, em que os ricos, ou os mais poderosos e mais aquinhoados de fortuna, pudessem ir buscar o órgão de que precisassem ou o tecido de que necessitassem, para complementar ou para dar uma dignidade maior a sua vida. E, com preocupações dessa ordem, todos os opositores dessa natureza acabaram vencedores, pois a lei foi modificada, no sentido de que a ausência de manifestação em vida faz supor a presunção da negativa da doação, de forma que as filas de espera dos órgãos médicos estão enormes e as pessoas estão morrendo dia a dia. Eu mesmo já perdi amigos que não tiveram, na corrida contra o tempo, a sorte de serem os vencedores, de forma que morreram antes que o coração lhes chegasse disponível para poder salvar mais uma vida humana - provavelmente isso também já aconteceu dentro do meio em que os senhores vivem.

Mas, o fato é que se dizia que o corpo era um sacrário inviolável. Meus caros amigos, o corpo não é sacrário inviolável - inviolável é a vida e o direito à vida; inviolável é o dever de dar melhores condições de vida às pessoas.

Se este país não dispõe da infra-estrutura necessária para coletar órgãos das pessoas que morrem, que seja criada! Não se suprima o problema exatamente criando um obstáculo. No Brasil isso é muito comum: legisla-se para a patologia, não se legisla para a sociedade. E, tanto se fez que, esquecidos desses compromissos fundamentais de natureza principiológica, acabou o legislador por modificar a lei. Por isso, continuamos a ver, diariamente, essa triste lista de pessoas que infundavelmente esperam por um rim, um coração ou um fígado, para não falar que esperam exatamente a sobrevivência, porque, egoisticamente, ou por conceitos e preconceitos de natureza religiosa, achamos que mais importante é "salvar" o corpo de nosso ser querido falecido, do que dar esperança àqueles que dela necessitam, fundamentalmente, para a sobrevivência.

As minhas palavras finais caminham, portanto, nesta senda. É imperioso que o homem do Direito - cansado ou não, desesperançado ou não - não abra mão do seu compromisso com os princípios fundamentais que são buscados, não na religião, não na história e não na filosofia, mas na Constituição. O nosso compromisso de homens do Direito é com o texto constitucional, que aponta o direito à vida e à vida com dignidade, como faróis fundamentais que devem ser balizas insuperáveis em toda e qualquer temática que os senhores queiram envolver com relação à Bioética e, conseqüentemente, ao Biodireito.

Que a inquietação fique no coração generoso, sobretudo dos jovens que vejo aqui - alunos de Direito, ou, quando não alunos de Direito, pessoas interessadas em temas dessa profundidade. Que todos imaginem que somos seres participantes e responsáveis, não apenas para conosco, para com os nossos familiares ou para com aqueles que estão muito perto de nós, mas que somos seres profundamente morais e, necessariamente, comprometidos com o nosso semelhante.

Esta não é uma mensagem religiosa. Esta é uma mensagem do homem do Direito. E a mensagem do homem do Direito deve ser meditada, sob pena de a ciência partir para o pesadelo que já se anuncia, que é exatamente o da criação sem controle.

Dizia Clausewitz: as guerras são muito sérias para serem resolvidas apenas pelos generais. Complementemos, então, no nosso campo, que a ciência é uma coisa muito séria para ficar só nas mãos dos cientistas. A palavra do homem do Direito é imprescindível!

(in, Anais XVII Conferência Nacional dos Advogados, Justiça: Realidade e Utopia, Rio de Janeiro, 29 de agosto a 02 de setembro de 1999, URRJ)