

A FUNÇÃO SOCIAL E OS CONTRATOS BIOTECNOLÓGICOS:
um estudo a partir das garantias constitucionais

THE SOCIAL FUNCTION AND THE BIOTECHNOLOGICAL CONTRACTS:
a study based on constitutional guarantees

Maicon Castilho¹
Clayton Santos do Couto²

RESUMO

O presente artigo analisa as principais imbricações ocorridas nas relações envolvendo contratos biotecnológicos, tendo como instrumento de conformação o princípio da função social dos contratos. O trabalho utiliza o método de pesquisa dedutivo e pauta-se por uma moldura analítico-crítica. Para tanto, o estudo passa por uma verificação da importância da socialização dos contratos como fundamento das novas figuras contratuais surgidas em decorrência do desenfreado progresso científico e tecnológico. Neste sentido, procura-se estabelecer os fundamentos da natureza jurídica da função social dos contratos no direito hodierno, de modo a traçar seus limites na aplicação dos contratos. Busca-se, por conseguinte, confrontar função econômica e função social a partir da aplicação da Análise Econômica do Direito, buscando estabelecer uma funcionalização do econômico para o social. Com isso, espera-se verificar a problemática engendrada pelo surgimento dos novos contratos envolvendo questões atinentes à biotecnologia, pontuando a necessidade de que tais relações contratuais sejam sempre analisadas sob a ótica da função social dos contratos.

PALAVRAS-CHAVE: Biodireito; Bioética; Contratos biotecnológicos; Função social do contrato.

ABSTRACT

This present study aims to analyze the main overlaps occurred in contractual relations with the adoption by Brazilian law the principle of the social function of contracts. The paper uses the deductive method of research and is guided by a frame analytic-critical. For this, through a check of the importance of socialization of contracts based in the configuration new figures emerged as a result of contractual rampant scientific and technological progress. In this sense, it aims to establish the foundations of the legal nature of the social contract in today's right, in order to set limits on the application of contracts. The aim is therefore to confront economic function and social function from the application of the Law and Economics, seeking to establish a functionalization of the economic to social. Thus, it is expected verify problematic engendered by the emergence of new contracts involving issues related to biotechnology, punctuating the need for such contractual relationships are always analyzed from the perspective of the social function of contracts.

KEYWORDS: Biolaw; Bioethics; Contracts biotechnological; Social function of the contract.

¹ Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especializando em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. E-mail: casstmai@yahoo.com.br.

² Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Linha de Pesquisa Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável. Especialista em Teoria e Prática do Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - campus Londrina. Advogado. E-mail: claytoncouto@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Atualmente, mais que em qualquer tempo, vive-se uma era de profundas e rápidas transformações, que emergem de todas as esferas da sociedade e afetam radicalmente a ciência jurídica em todos os seus institutos e valores basilares.

O campo da ciência e da tecnologia enfrenta um período de desenvolvimento sem precedentes. Todavia, o progresso da pesquisa nas ciências da vida e de suas aplicações tecnológicas, além de assegurar benefícios para a humanidade, trouxe também desafios e medos para o homem e originou uma série de novas relações contratuais que, a despeito de melhorarem a qualidade da vida humana, acabaram por intervir na própria natureza biológica do indivíduo, suscitando questões éticas e jurídicas antes jamais pensadas.

A desenfreada revolução biotecnológica obrigou à reflexão sobre os limites desses poderes, na moldagem da sociedade contemporânea, caracterizada pelo predomínio da ciência e da técnica. Neste contexto, são cada vez mais comuns o surgimento de questões relacionadas à vida, à morte, ao paciente terminal, à sexualidade, à reprodução humana, às tecnologias conceptivas, à paternidade, à maternidade, à filiação, ao patrimônio genético, à correção de defeitos físicos e hereditários, ao uso de material embrionário em pesquisas, à eugenia, às experiências farmacológicas e clínicas com seres humanos, ao equilíbrio do meio ambiente, à criação de seres transgênicos, à clonagem, ao transplante de órgãos e tecidos humanos, à transfusão de sangue, ao mapeamento sequencial do genoma humano, ao patenteamento da vida, à mudança de sexo, entre outras questões controversas, a maioria delas sem qualquer tipo de normatização específica.

Diante deste panorama, é patente que os avanços tecnológicos na seara da medicina e da saúde fomentam a exploração econômica e expõem a necessidade da adoção de parâmetros para a configuração destas novas relações.

Nada obstante, as questões atinentes à biotecnologia estão intimamente relacionadas à dignidade, ensejando desdobramentos que envolvem a intimidade, privacidade e os mais intangíveis sentimentos inerentes à pessoa humana.

Neste íterim, destaca-se a importância do princípio da função social dos contratos como ferramenta crucial na regulação e conformação das novas relações contratuais, porque busca o equilíbrio econômico entre os particulares e a coletividade.

Diante do contexto apresentado, o presente estudo tem por objetivo analisar o conteúdo jurídico do princípio da função social dos contratos perante o ordenamento jurídico brasileiro,

pontuando a possibilidade de uma funcionalização do econômico ante o social e verificando a importância da função social como modelo determinante para as novas práticas contratuais relacionadas à biotecnologia.

1. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS CONTEMPORÂNEOS

A pós-modernidade abalou a dimensão da compreensão dos fenômenos sociais e refletiu sobre a dimensão dos valores morais, das práticas culturais e dos modos pelos quais se entendem conceitos e instituições. O Direito, no exercício de sua função dinâmica de conformação aos fatos valorados pela sociedade, também se ressentiu de presenciar tais mudanças. A dimensão do jurídico, não podendo ser concebida como uma ordem diferente das demais, está submetida aos reflexos das mudanças detectadas no contexto da pós-modernidade.

O direito civil contemporâneo, em atenção à nova ordem social, inspira-se nos princípios da Constituição Federal e assume posição de reação ao excessivo individualismo característico da era codificatória pretérita. Esses fatores, que incidem diretamente sobre a sociedade, estimulam a discussão sobre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais e até em que ponto deve-se proteger o privado do público.

Consoante anota Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 5), a concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual, com o escopo de promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes. Corroborando, Cláudia Lima Marques (1999, p. 101), destaca que a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só no momento da manifestação de vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância (MARQUES, 1999, p.101).

Na esteira dessa nova visão acabam, pois, se revelando outros princípios atinentes aos contratos, expressão clara da diversa realidade em que inserido. E, mais, é ainda em face desse quadro que sobressalta a importância da função social do contrato (GODOY, 2012. p. 21-22).

O novo Código Civil, atento à miríade trazida pelos direitos de terceira geração, previu, em seu art. 421, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, o que foi recebido pela doutrina como “a principal inovação legislativa na seara obrigacional” (CATUSSO; FARIA, 2007, p. 289). O direito civil assume, destarte, a

tendência contemporânea da justiça contratual, em consonância com os mandamentos constitucionais.

Para Judith Martins Costa (1999, p. 65), o artigo 421 do Código Civil modifica substancialmente o próprio conceito de contrato³ e de função social, pois, de um mero limite da autonomia da vontade a função social é recebida como razão determinante.

No âmbito das relações contratuais, a função social exprime a necessária harmonização dos interesses privativos dos contraentes com os interesses de toda a coletividade. Em outros termos, significa compatibilizar o princípio da liberdade com o da igualdade, eis que, para o liberal, o principal é a expansão da personalidade individual e, para o igualitário, é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares (PEREIRA, 2006, p. 7).

A função social está, pois, diretamente relacionada à realização do contrato constitucionalizado, atuando como um instrumento de política contratual que, em atenção à justiça social, “impõe que o exercício dos direitos individuais seja voltado para a realização dos fins e valores estabelecidos pela Constituição da República para que encontre tutela jurídica” (CATUSSO; FARIA, 2007, p. 302).

Dentre as inúmeras alterações ocorridas na seara das relações contratuais, motivadas principalmente pelo princípio da função social, Carlos Alberto Bittar (2003, p. 27) leciona:

Na tônica da prevalência de valores morais, institutos próprios clássicos, doutrinários ou jurisprudenciais ora comandam a resposta do ordenamento jurídico a lesões havidas nas relações privadas. Figuras como a revisão judicial dos contratos, o desfazimento de contrato em face da lesão e o controle administrativo de atividades ora encontram seu lugar ao sol; outrossim, conceitos como o abuso de direito, a citada lesão e o enriquecimento ilícito ganharam explicitação no novo Código (nos arts. 187, 157 e 884 a 886), em defesa de pessoas, de categorias, de consumidores, individual ou coletivamente considerados, dentre inúmeras outras aplicações possíveis.

Destarte, a função social da relação contratual ocasiona imbricações no campo do direito econômico, forjando uma nova realidade jurídica. Consoante explica Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2012, p. 24), o contrato contemporâneo não tem sua fonte exclusiva e legitimadora na expressão da vontade dos sujeitos, tanto quanto a ela não se tributa a

³ Para Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 7), o contrato é “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.

justificativa dos efeitos obrigacionais advindo do negócio, a justificativa mesmo dos termos de sua tutela, se disso merecedora, garantida pelo ordenamento.⁴ Neste contexto, expõe:

A estatuição de valores constitucionais fundamentais a serem sempre atendidos, bem assim a disposição de normas infraconstitucionais de dirigismo contratual, que servem a dar efetividade àqueles valores, ampliam o conceito das fontes do contrato (GODOY, 2012, p. 32).

Assim, por força do princípio da função social, o contrato deixa de ser somente um instrumento de regulamentação dos interesses das partes, permitindo o exercício de uma igualdade formal de iniciativa (GODOY, 2012, p. 21).

Consoante a ótica de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 7), o atendimento à função social pode ser enfocado sob dois aspectos: o primeiro, individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e o segundo, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, conclui o jurista, “a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social” (GONÇALVES, 2009, p. 7). A título elucidativo, Nelson Nery Júnior aponta:

O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, 3^a, I) e da justiça social (CF, 170, *caput*), da livre-iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, 1^o, III), não se ferirem valores ambientais (CDC, 51, XIV) etc. Haverá desatendimento da *função social*, quando a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato, etc (NERY JÚNIOR, 2003, p. 427).

A despeito da tradicional discussão teórica acerca da natureza principiológica da função social, Eros Roberto Grau (2001, p. 85) alude que os princípios configuram *standards* ou pautas que não se confundem com as regras, muito embora em seu conceito haja pautas que devem ser observadas porque correspondem a um ideal ético, de honestidade e justiça e outras que devem ser perseguidas porque viabilizam o alcance de objetivos econômicos, políticos ou sociais.⁵

⁴ No mesmo sentido, Pietro Perlingieri (1999, p. 141), segundo o qual “a autonomia privada não é mais a fonte exclusiva do contrato”, no sentido de que este é a expressão não mais do autorregulamento, mas do regulamento que tem sua fonte, além do contrato, na lei, nos usos, na equidade.

⁵ No mesmo sentido, Robert Alexy (1987, p. 86-102) defende que os princípios, ao contrário das regras, tidas como “comandos de definição”, são sempre “comandos de otimização” do sistema, que lhe dão unidade e coerência, tendendo a realizar-se sempre da forma mais ampla possível. Para Alexy, os princípios, malgrado espécie de norma, tal com as regras, e que tanto podem ser razão destas como, também, podem ser razão imediata para juízos concretos de “dever-ser”, reclamam sempre o mais extenso cumprimento, na medida das possibilidades jurídicas

Observa-se, pois, que a função social do contrato acaba consubstanciando, em rigor, tanto um princípio expresso, já não fosse, agora, a explícita redação do novo Código Civil, dimanado do texto inequívoco da Constituição Federal, nos dispositivos já citados, como, quando menos, um princípio implícito, deles, haurido, inferido mesmo do sentido solidarista que marca a Carta maior, sempre com a potencialidade, já examinada, de concreção (GODOY, 2012, p. 116).

A partir disso, Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2012, p. 117) entende que a função social é tanto um princípio quanto uma cláusula geral, que remete o juiz a um princípio contido no próprio ordenamento. Em apoio, Judith Martins-Costa (1999, p. 323-324) considera que a cláusula geral pode conter um princípio, pode promover o reenvio a um princípio ou ao valor por ele contemplado e, no caso de a cláusula geral conter um princípio, pode ser tratado como princípio da função social do contrato ou cláusula geral de função social do contrato.⁶

A partir de sua função social, o contrato passa a promover a realização de uma justiça comutativa, ampliando as desigualdades substanciais entre os contraentes, efetivamente, o dispositivo subordina a liberdade contratual à sua função social, com prevalência dos princípios condizentes com a ordem pública, entre eles a boa-fé objetiva (MARQUES, 2002, p. 180-181). A função social do contrato, fundada na dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da justiça social, da livre iniciativa, da igualdade, especialmente, dentre outros paradigmas que podem ser extraídos dos sistemas jurídicos, constitui, portanto, princípio moderno a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Alia-se aos princípios tradicionais, como os da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam.

2. A FUNÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO: LIMITES E POSSIBILIDADES

O contrato, além de sua função social, tem também uma função econômica, aliás, anterior à ideia de função social, garantindo circulação de riquezas e segurança jurídica.

A Análise Econômica do Direito, disciplina que tomou relevo a partir dos trabalhos de Richard Posner na Escola de Chicago, e do trabalho do inglês Ronald Coase, tem servido, em muitos casos, para demonstrar que a funcionalização do contrato - e, mais amplamente, a

e reais, as primeiras reveladas pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a ponderação diante de outros princípios, e as últimas ditadas pela necessidade e adequação da aplicação dos mesmos princípios.

⁶ No mesmo sentido, Mariana Santiago (2006, p. 90) entende que a função social continua a ser princípio em razão de ser grau de abstração como elemento norteador de toda a nossa regulamentação contratual, situação que não se alterou após o novo Código.

própria funcionalização do direito - implica na criação de entraves mercadológicos contrários ao projeto de função social.

Na visão da Análise Econômica do Direito, um contrato é visto como uma transação de mercado entre duas ou mais partes. Antônio Rulli Neto (2011, p. 214) explica que Richard Posner, um dos grandes precursores da Análise Econômica do Direito, coloca como função mais importante do contrato a de fornecer um remédio jurídico para o inadimplemento, de modo a garantir segurança jurídica e evitar o surgimento de custos de transação. Ainda, considera como função fundamental do direito contratual impedir as pessoas que se comportem de maneira oportunista em relação às suas partes contratantes, encorajando o proveito ótimo da atividade econômica e de antecipar medidas autoprotetivas. O direito contratual deve prevenir o comportamento oportunístico, preencher o acordo das partes, inserido cláusulas faltantes, sendo também tal função relacionada ao caráter sequencial do adimplemento contratual, tendo como papel facilitar a circulação de recursos, pela troca voluntária, para suas utilizações mais valiosas.

Os contratos, em geral, garantem melhorias de Pareto, justamente porque são acordos de vontade e somente existem quando todas as partes envolvidas concordam (TIMM; GUARISSE, 2012, p. 164). Assim, diante do acordo entre as partes, fundamentado na autonomia da vontade, o contrato confere segurança jurídica ao negócio, tornando obrigatório o seu cumprimento integral por força do princípio da obrigatoriedade dos contratos.

Neste contexto, consoante aduz Oliver Williamson (1998, p. 15), a interpretação dos contratos sob a perspectiva da análise econômica do direito se dá em duas frentes: na análise dos custos de transação contratuais e da análise econômica da interpretação contratual. A economia dos custos de transação é uma vertente da nova economia institucional, ou seja, os problemas de organização econômica são problemas de contratação.

Desse modo, resta evidente que o contrato, analisado do ponto de vista da Análise Econômica do Direito, possui função eminentemente econômica, destinada à maximização de resultados. Daí a crítica mais conhecida da teoria da análise econômica do direito, no sentido de que se considera a eficiência como objetivo social fundamental, em detrimento, por exemplo, da justiça e da equidade, falhando em distribuir riqueza. A eficiência econômica, para alguns dos críticos, deveria ser compatibilizado com justiça distributiva, levando em conta os efeitos das regras sobre ricos e pobres (RULLI NETO, 2011, p. 222).

Luciano Benetti Timm e João Francisco Menegol Guarisse (2012, p. 173) expõem a visão da função social no contexto da Análise Econômica do Direito. Segundo eles, apesar de apresentar conceito muito aberto, a função social do contrato pode ser vista como a obrigação

de maximizar o bem-estar social – considerando, por exemplo, o efeito do contrato em partes terceiras e buscando reduzir ao máximo os custos de transação a fim de possibilitar o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos até que seja alcançada a situação mais eficiente.

Por outro lado, Antônio Rulli Neto (2012, p. 211) entende ser perfeitamente compatível a conciliação da função social e econômica dos contratos. A par disso, disserta:

A intenção de falar da análise econômica do contrato é demonstrar que atualmente ela não se dissocia da função social dos contratos. Em alguns casos, os aspectos econômicos são irrelevantes para o caso, mas em outros a verificação unicamente a partir da função social, sem a análise econômica, pode gerar o comprometimento da própria função social. Há casos, [...] em que a não observação de peculiaridades econômicas gera tamanho prejuízo a uma das partes, não só violando a regra da continuidade dos contratos, mas também comprometendo a própria existência da parte. Desde já entendemos que a função econômica também está intimamente ligada à função social e, nos casos em que se for aferir a função social, não sendo nenhum outro dos institutos aplicáveis, dever-se-á analisar o impacto econômico para as partes e para a sociedade (RULLI NETO, 2011, p. 211).

De qualquer forma, utilizar alguns mecanismos de Análise Econômica do Direito, especialmente os efeitos que podem ser produzidos por decisões judiciais, não deixa de lado a aplicação da sociologia, da ética e dos próprios princípios de direito, mas leva ao intérprete caminhos, principalmente no direito civil, comercial, concorrencial, diante dos efeitos que podem ser obtidos. Destarte, a função social do contrato não deve nem pode afastar o seu conteúdo econômico, cabendo conciliar os interesses das partes e os da sociedade.

3. NOVAS PRÁTICAS BIOTECNOLÓGICAS E O PAPEL DO DIREITO CONTRATUAL

As descobertas científicas desencadeadas nas últimas décadas contribuíram sobremaneira para a melhoria da saúde das espécies humana e para a valorização do ser humano em seus direitos, mas deixou à humanidade um legado repleto de dilemas ético-jurídicos, resultado do surgimento de novas figuras jurídicas, tais como o avanço irreversível da biologia molecular e da engenharia genética, o Projeto Genoma Humano, a AIDS, as novas e poderosas intervenções terapêuticas, o incipiente mercado genético; o risco do eugenismo, a exploração do corpo humano, entre outras nuances.

Os avanços tecnológicos na seara da medicina e da saúde, o anúncio de resultados fantásticos da biologia molecular e da engenharia genética, inclusive no meio ambiente, e as

novas práticas biomédicas resultantes do descobrimento do DNA recombinante, contribuíram para o fomento à exploração econômica.

Destarte, a revolução no campo da biotecnologia fez surgir uma série de novas relações contratuais relacionadas à vida, à morte, ao paciente terminal, à sexualidade, à reprodução humana, às tecnologias conceptivas, à paternidade, à maternidade, à filiação, ao patrimônio genético, à correção de defeitos físicos e hereditários, ao uso de material embrionário em pesquisas, à eugenia, às experiências farmacológicas e clínicas com seres humanos, ao equilíbrio do meio ambiente, à criação de seres transgênicos, à clonagem, ao transplante de órgãos e tecidos humanos, ao armazenamento de materiais biológicos humanos, à transfusão de sangue, ao mapeamento sequencial do genoma humano, ao patenteamento da vida, à mudança de sexo, entre outras figuras jurídicas.

Neste contexto, é pujante a necessidade do Direito, em seu caráter dinâmico, de promover sua adequação aos novos fatores valorados juridicamente. Desse modo, a bioética e o biodireito não poderão ficar de viés ante essa realidade.

Neste sentido, Alberto da Silva Franco (2009, p. 21) defende que, à medida que ciência e técnica penetram nos âmbitos institucionais, começaram a desmoronar-se as velhas legitimizações, sendo, então, necessária:

“[...] uma adaptação do direito ao estado atual das situações inusitadas engendradas pelo progresso biotecnológico; a imposição de uma ética para a era biotecnológica e de novas condutas e regras deontológicas conducentes a uma tomada de consciência de cada cientista em direção ao respeito da dignidade da pessoa humana; a preservação da ética no direito para que ele e a vida humana possam ter existência; uma avaliação segura das atividades oriundas da prática biotecnocientífica e das consequências delas advindas; a promoção de uma forma de controle democrático do processo de inovação biotecnocientífica e de uma ética da liberdade e responsabilidade, estabelecendo os limites exatos de sua licitude, indicando até onde poderá chegar; com isso, haverá o avanço de uma ciência eticamente livre para outra eticamente responsável; a priorização da tutela da pessoa humana; a criação de comitês de ética que auxiliem as “ciências da vida” a encontrar melhores soluções para os críticos problemas ético-jurídicos provocados pelo progresso técnico-científico; a inclusão de todas as pessoas e povos como beneficiários daquele progresso, encontrando uma forma mais adequada de justa distribuição de recurso de saúde (FRANCO, 2009, p. 21-22).

Por outro lado, o Biodireito, por se tratar de uma matéria necessariamente multidisciplinar, e por se preocupar com questões relacionadas à eticidade das atividades médico-científicas, e por se preocupar, também, em conformar a realidade jurídica com a realidade social, valendo-se da sociologia jurídica, deve servir de parâmetro para o Direito Civil, quer seja para autorizar, quer seja para proibir, espécies específicas de contratos, como,

por exemplo, os contratos de barriga de aluguel, de compra e venda, ou de doação de órgãos ou sêmen humanos, entre tantos outros que possam ser vislumbrados.

4. FUNÇÃO SOCIAL E CONTRATOS BIOTECNOLÓGICOS: POR UMA NOVA CONFORMAÇÃO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A função social dos contratos pode ser tomada como uma poderosa ferramenta na implementação dos direitos e garantias fundamentais nas relações biotecnológicas, porquanto traz em seu cerne a dignidade da pessoa humana e o interesse social. A socialização do contrato permite, neste contexto, afastar práticas abusivas de empresas prestadoras de serviços relacionados à biotecnologia, tal como a cláusula de exclusão de responsabilidade no armazenamento de materiais biológicos. Verifica-se, portanto, que, em caso de excessos, deve ser invocada a teoria da responsabilidade civil para exercer a sua função de controle para reparação de danos causados, colocando em questão, a responsabilidade do manipulador, do científico biogenético, da sociedade empresarial que explora a engenharia genética, daquele que trabalha com organismos modificados no mercado, e assim diante.⁷

A importância de se impor limites aos contratos de biotecnologia advém do respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer), o que só é alcançado se se estiver atento à dignidade humana. Não obstante, os procedimentos relacionados à biotecnologia envolvem uma gama enorme de fatores subjetivos e sentimentos das mais diversas nuances, eis que estão relacionados aos direitos de personalidade. Desse modo, a proteção da privacidade e da intimidade do contratante se impõe não só como dever jurídico, mas também como dever ético dos profissionais envolvidos com tais informações.

Daí ocupar-se a bioética de questões éticas atinentes ao começo e fim da vida humana, às novas técnicas de reprodução humana assistida, à seleção de sexo, à engenharia genética, à maternidade substitutiva etc., considerando a dignidade humana como um valor ético, ao qual a prática biomédica está condicionada e obrigada a respeitar (MIRANDA, 1988, p. 166).

⁷ Sobre a temática, os autores retratam que “as práticas biotecnológicas submetem-se às leis do mercado, vindo as empresas prestadoras destes serviços a impor cláusulas contratuais de não indenização, que tem por objetivo diminuir, eximir ou impossibilitar a responsabilização civil destas em eventual dano ocasionado pela sua atividade. Neste diapasão, muitos são os desafios ainda a serem enfrentados pelo instituto devido o desenfreado processo científico e tecnológico que vem se apresentando ao longo dos anos. O freio para praxes abusivas e danosas está consubstanciada em uma Constituição fundada em alto valor axiológico, com princípios fundamentais que levam à dinâmica socialização da responsabilidade civil e dos contratos”. (MANOELLA; CASTILHO, 2013: 84-85).

Assim, sem prejuízo das muitas variações existentes sobre o tema, identifica-se um consenso razoável no sentido de se considerar a dignidade humana o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais.

Na lição de Antônio Rulli Neto (2011, p. 202), a preservação e promoção desses direitos têm uma dimensão individual e outra social. A dimensão individual está ligada ao sujeito do direito, seus comportamentos e suas escolhas. A dimensão social envolve a atuação do Estado e de suas instituições na concretização do direito de cada um e, em certos casos, de intervenção para que comportamentos individuais não interfiram com direitos próprios, de outros ou de todos.

Na concepção de Débora Gozzo e Wilson Ricardo Ligeira (2012, p. 174-175), a dignidade da pessoa humana não depende de estado nem de outros qualificativos jurídicos, não nasce de um contrato nem de declaração de vontade, não está ligada aos papéis ou atividades que a pessoa desempenha, não tem relação com a capacidade. Assim, preceituam:

Chega-se a afirmar que a dignidade da pessoa humana impende, inclusive, do nascer com vida, pois o nascituro, mesmo sem ainda ter nascido, possui a qualidade de humano. O pressuposto da dignidade é a qualidade de humano, não o nascimento com a vida (GOZZO; LIGEIRA, 2012, p.174-175).

Diante deste contexto, é possível afirmar que a função social dos contratos tem um de seus pressupostos na promoção da dignidade da pessoa humana. Dela deriva, também, a obrigação do consentimento informado do paciente acerca dos riscos e benefícios possivelmente advindos do tratamento. Tal consentimento produz evidentes reflexos na autonomia da vontade, manifesta por meio de autodeterminação do paciente, sujeito de direitos e obrigações, com o poder de tomar decisões e exercitar sua liberdade de escolha no que diz respeito às questões que envolvem seu corpo e sua vida (GOZZO; LIGEIRA, 2012, p. 95).

Entretanto, para que o paciente possa exercer, de fato, sua autonomia, faz-se mister que o médico lhe preste as informações necessárias ao seu esclarecimento. Ora, é sabido que o agente responsável pelo tratamento possui determinadas informações técnicas cujo acesso não é livre para a generalidade das pessoas, mas que devem ser “aptas a promover a efetivação das medidas idôneas ao combate da moléstia enfrentada” (SCAFF, 2010, p. 67).

Não é por outro motivo que Fernando Campos Scaff (2010, p. 68) adverte que, no direito à saúde, a declaração da vontade das partes deve ser interpretada “de acordo com regras específicas, que reconheçam essa desigualdade presumida entre os envolvidos no atendimento médico, bem como as peculiaridades que esse mesmo tratamento médico apresenta em suas

diferentes fases”. Disso decorre, dentre outras, a ideia de proteção ao paciente, parte mais fraca da relação, visando ao equilíbrio contratual, o que só pode ser alcançado atualmente por meio do chamado “consentimento informado”.

O consentimento informado constitui, ademais, um dever anexo à obrigação principal do tratamento médico, decorrente dessa primeira função da boa-fé objetiva e da função social:

Diante da relação contratual que se estabelece entre médico e paciente, poder-se-ia supor que a necessidade de se obter o consentimento informado, qual elemento legitimador das várias fases da intervenção médica, originar-se-ia exclusivamente de seu estabelecimento. Entretanto, ainda que a relação contratual pareça ser a que mais se enquadra com a obtenção do consentimento informado do paciente, não se pode restringir esse elemento à mera caracterização do contrato, porquanto o consenso do paciente ultrapassa em muito esses limites contratuais, vindo mesmo a fundar-se “no direito à integridade física e moral de cada indivíduo, constituindo uma das facetas mais relevantes da sua proteção” (OLIVEIRA, 2005, p. 63).

Conforme destaca José Eduardo de Siqueira e Leonardo Prota (2001, p. 253), o consentimento esclarecido no Brasil é um problema a ser enfrentado pelos profissionais da área de saúde. O não conhecimento, embora condenável, não justifica a supressão do direito à autodeterminação. Outra questão ética é a possibilidade de segregação da pessoa e a criação de um potencial elemento de discriminação.⁸

No entanto, a boa-fé e a função social do contrato devem funcionar como limitadoras do exercício dos direitos subjetivos advindos da autonomia da vontade, constituindo normas de interpretação e integração do contrato, visando resguardar o equilíbrio da relação contratual (GOZZO; LIGEIRA, 2012, p. 102).

A seu tempo, a tutela da propriedade industrial de biopatentes, de mesmo modo, está delimitada pelo princípio da função social. Na seara dos direitos autorais, a função social garante que a propriedade industrial não tenha apenas uma função econômica ou que essa se sobreponha a função social que essa intrinsecamente possui. Neste ínterim, a função social permite que as invenções sejam colocadas à disposição de toda a população, que delas poderá se servir livremente após caírem em domínio público (MYSZCZUK; MEIRELLES, 2012, p. 188).

⁸ Muitas situações podem ser descritas para exemplificar o surgimento de um elemento de discriminação, como por exemplo, uma pessoa cujo familiar faleceu na fila de espera por um órgão e que trabalhe em um hospital, pode discriminar o atendimento a um paciente que se manifestou como não-doador de órgãos e tecidos (SIQUEIRA; PROTA; ZANCANARO, 2001, p. 253).

Essa determinação se torna ainda mais importante quando se fala de patentes que envolvam a biotecnologia, tendo-se em vista todas as polêmicas acerca da extraordinária vantagem econômica que é dada ao seu detentor e a necessidade dessas reverterem-se, também, em benefício da sociedade. O Brasil já se utilizou do expediente do licenciamento compulsório, em 2007 para os medicamentos contra a AIDS (MYSZCZUK; MEIRELLES, 2012, p. 189).

Neste contexto, quando se trata das biopatentes, há que se acrescentar à função social, a função ambiental, pela natureza jurídica de direito socioambiental que os direitos sobre o patrimônio genético podem adquirir. Sobre a temática, Ana Paula Myszczuk e Jussara Maria Leal de Meirelles complementam:

Além disso, o que limita e legitima a obtenção de uma biopatente é o fato de que essa só pode servir para promover o bem estar da pessoa, para garantir uma existência digna, para melhorar a qualidade de vida do ser humano. Qualquer pedido que contrarie tal disposição e se possa converter em algum tipo de servidão ao ser humano, mesmo que mínima, deve ser prontamente rechaçado e impedido a continuidade de seu registro e/ou exportação comercial (MYSZCZUK; MEIRELLES, 2012, p. 12).

Outra faceta das novas figuras contratuais diz respeito à proteção de material genético. A preocupação sobre a coisificação do ser humano leva à discussão em torno da integridade da pessoa enquanto indivíduo e não enquanto espécie. Essa discussão centra-se na possibilidade de o nascituro ser sujeito de direito, na qualidade jurídica do embrião, na manipulação e armazenamento de material genético e na possibilidade e limites de seu descarte (GOZZO; LIGEIRA, 2012, p. 174-175).

De acordo com Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2013, p. 197), no Brasil, existem aproximadamente 117 centros de reprodução humana assistida, dos quais apenas seis instituições oferecem tratamento gratuito e três oferecem tratamento semigratuito – com a medicação paga pelo casal -, sendo ainda que a grande maioria desses centros localizam-se no Estado de São Paulo, não sendo o tratamento acessível à população como um todo.

Nesta ótica, a maior parcela dos estabelecimentos de reprodução assistida se destina à exploração econômica da atividade, o que faz aumentar a necessidade do estabelecimento de regras limitadoras do exercício de manipulação genética.

Conforme preceitua Maria Helena Diniz (2011, p. 116), “o embrião e o nascituro têm resguardados normativamente, seus direitos desde a concepção, porque a partir desta passam a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da mãe.” Em sentido comum, Jussara Maria Leal de Meirelles preceitua:

É preciso lembrar que os embriões de laboratório podem representar as gerações futuras; e, sob a ótica oposta, os seres humanos já nascidos foram, também, embriões, na sua etapa inicial de desenvolvimento e muitos deles foram embriões de laboratório). Logo, considerados os embriões de laboratórios e mantidos in vitro como pertencentes à mesma natureza da pessoa humana nascidas, pela via da similitude, a eles são perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental relativo à dignidade humana e a proteção ao direito à vida. Inadmissível dissociá-los desses que são os fundamentos basilares de amparo aos indivíduos nascidos, seus semelhantes (MEIRELLES, 2003, p.93).

A partir desta perspectiva, conclui a autora, o respeito à dignidade e à vida da pessoa humana também devem ser estendidos aos embriões, fazendo-se concluir que “toda atividade abusiva que venha atingir seres embrionários conflitará com o respeito à vida e à dignidade humanas assegurado constitucionalmente” (BARBOZA; BARRETO, 2003, p. 94).

Nestes termos, contratos que visem eminentemente a exploração comercial, a atribuição de preços para o tráfico de embriões, a eugenia, o uso de seres embrionários em cosmetologia, a “fabricação” de órgãos de embriões para futuros transplantes, a utilização de embriões em pesquisas de natureza diversa à proteção de sua vida e de sua saúde, bem como aqueles que contêm cláusulas que preveem a eliminação pura e simples dos embriões “excedentes” aos projetos científicos não atendem à necessária e basilar função social das relações contratuais (BARBOZA; BARRETO, 2003, p. 94).

Em análise de práticas comuns nas relações contratuais envolvendo manipulação genética, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador e Loreanne França (2012, p. 322-349), constatam ser comum a inserção de cláusulas de não indenização em contratos de reprodução assistida, como uma fuga à responsabilização civil, o que é defeso pelo ordenamento jurídico pátrio, em vista do estabelecido nos artigos 25 e 51 do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, a despeito da proibição contida em lei, a tentativa de não ser responsabilizado por danos ocasionados ao contratante encontra óbices no princípio da função social do contrato, porquanto represente grave ameaça à dignidade da pessoa humana.

Ainda no campo da manipulação biotecnológica, outro problema que surge como resultado dessas novas relações contratuais é aquele atinente à intimidade genética. A difusão de dados genéticos individuais a terceiras pessoas ou a entidades como empresas, companhias de seguros, pode servir de cenário à ocorrência de atentados à intimidade e pôr em perigo expectativas daquele indivíduo (CONTI, 2001, p. 116).

Acerca disso, é patente que o contrato que contém cláusula que permite a divulgação de dados genéticos do contratante está em desconformidade com o princípio da função social dos contratos, porquanto infringe a dignidade da pessoa humana e não atende a nenhum interesse social.

Outro fator preocupante no Brasil, tal como relatam Márcia de Freitas, Arnaldo Siqueira e Conceição Segre (2008, p. 93), é o fato de que as técnicas de reprodução assistida são regulamentadas apenas pelas normas éticas definidas pela resolução do Conselho Federal de Medicina.

Assim, diante da ausência de normas específicas para a regulação das novas relações contratuais, é dever das instituições contribuir para que as relações contratuais envolvendo biotecnologia sejam moldadas à luz dos princípios basilares dos contratos, em especial a função social. Nesta perspectiva, o Judiciário tem papel significativo.

Para Nelson Nery Júnior (2003, p. 416-417), sendo normas de ordem pública, o juiz pode aplicar as cláusulas gerais em qualquer ação judicial, independentemente de pedido da parte ou do interessado, pois deve agir de ofício. Corroborando, Antonio Rulli Neto (2011, p. 202) entende que há forte tendência cada vez maior de permitir ao Estado-Juiz que interfira nos contratos, interpretando-os com visão tridimensionalista e efetivista.⁹

CONCLUSÕES

A temática das novas figuras contratuais surgidas em decorrência dos avanços experimentados pela ciência e tecnologia nas últimas décadas é deveras complexa e engendra um sem-número de considerações cabíveis. Aponta-se, pois, algumas premissas que se destacam, sem a pretensão de esgotar o assunto.

De início, importante reconhecer a revolução provocada pela adoção do princípio da função social dos contratos pelo direito brasileiro, dada a sua importância para o controle das relações contratuais e para a configuração de uma égide mais solidarista ao direito contratual.

Por outro lado, como já apontado, a revolução científica e tecnológica sofrida pela sociedade desde o final do século passado fez surgir uma série de novas relações contratuais, a maioria delas intimamente relacionadas à vida e à dignidade da pessoa humana, o que ressalta a importância de sua proteção pelo Direito.

Neste contexto, a função social dos contratos se revela como ferramenta jurídica eficiente para nortear as relações contratuais envolvendo aspectos biotecnológicos, tais como o

⁹ Acerca da judicialização dos contratos, Gabriela Guz (2010, p. 106) aponta que, em pesquisa realizada acerca do consentimento informado na jurisprudência brasileira, constatou-se que “as decisões atualmente verificadas denotam nova tendência dos tribunais brasileiros: o reconhecimento da responsabilidade civil do médico em função da ausência (ou deficiência) de informação prestada ao paciente e/ou da falta de obtenção de seu consentimento, ainda que o profissional não tenha cometido qualquer falta técnica”.

armazenamento de materiais biológicos, a relação médico-paciente, entre tantas outras práticas que são uma constante na contemporaneidade.

Significa dizer que o princípio da função social dos contratos deve servir de eixo conformador das obrigações contratuais, afastando-se, destarte, a aplicação de cláusulas abusivas, contrárias à boa-fé objetiva, à dignidade da pessoa humana e que não atinjam um fim social.

Ademais, a despeito de a função social servir de parâmetro à análise das novas figuras contratuais típicas da modernidade, aponta-se a necessidade crescente de normatização dos contratos biotecnológicos. Tal regramento, por óbvio, deve estar pautado na socialização do contrato.

Diverso disso, infere-se que as sobreposições surgidas face às inovações na seara da biotecnologia devem ser enfrentadas a partir da promoção de uma interação entre direito, economia, bioética e biodireito, como forma de fomentar um estudo aprofundado e destituído de predeterminações.

A propósito, conforme já suscitado, a Análise Econômica do Direito pode contribuir de modo significativo para o avanço no desenvolvimento e desenho institucional das novas relações contratuais, não obstante seus fundamentos necessitem ser sopesados à luz dos princípios de caráter humanista, entre eles a função social dos contratos. A eficiência econômica calcada na maximização dos resultados deve, neste contexto, sofrer os limites impostos pela socialização dos contratos.

Ao acaso, é possível vaticinar que o grande desafio das próximas décadas será desenvolver uma bioética e um biodireito que corrijam os exageros provocados pelas pesquisas científicas, resgatando e valorizando a dignidade da pessoa humana, como forma de garantir uma vida digna para todos, tendo em vista o equilíbrio e o bem-estar futuro da espécie humana e da própria vida no planeta.

Diante do cenário que se apresenta, é responsabilidade da sociedade, em especial os aplicadores do direito, os médicos, os biólogos, os geneticistas e os bioeticistas, intensificar a luta em favor do respeito à dignidade humana, sem acomodações e com muita coragem, para que haja efetividade dos direitos humanos. A consciência destes é a maior conquista da humanidade, por ser o único caminho para uma era de justiça, solidariedade e respeito pela liberdade e dignidade de todos os seres humanos.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARBOZA, Helena Heloísa. BARRETO, Vicente de Paulo. **Novos temas de biodireito e bioética**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, v. 1, n. 2, p. 26-72, out. 2006.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CASTILHO, Manoella Donadello de Borba. CASTILHO, Maicon. Responsabilidade civil e os contratos biotecnológicos: uma análise a partir dos princípios constitucionais. In: TOSI, Caroline Hammerschmidt Amaro. RUTTE, Israel (Orgs.). **Estudos Contemporâneos de Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável**. vol. 1, Curitiba: JM Livraria Jurídica e Editora, 2013.

CATUSO, Joseane; FARIA, Victor Lisboa. Boa-fé e função social do contrato: uma proposta de abordagem conjunta. In: CORTIANO JÚNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2007.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Ética e direito na manipulação do genoma humano**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FRANCO, Alberto da Silva. Genética Humana e Direito. **Revista Bioética**, Brasília, v.4, n.1, nov. 2009.

FREITAS, Márcia de; SIQUEIRA, Arnaldo A; SEGRE, Conceição A. Avanços em reprodução assistida. **Revista brasileira de crescimento e desenvolvimento humano**, 2008.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. III: contratos e atos unilaterais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOZZO, Débora. Ligeira, Wilson Ricardo (organizadores). **Bioética e direitos fundamentais**. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1998**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUZ, Gabriela. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário**, v. 11, n.1. 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, v. 4. Coimbra, 1988.

MYSZCZUK, Ana Paula. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Biopatentes, desenvolvimento e sociedade: da patenteabilidade de genes humanos**. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: LTR, 2003.

OLIVEIRA, Guilherme de. Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica. In: OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de direito da medicina**. 2 ed. Aum. Coimbra: Coimbra, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume III: contratos 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RULLI NETO, Antonio. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social e do contrato**. Curitiba: Juruá, 2006.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIQUEIRA, José Eduardo de; PROTA, Leonardo; ZANCANARO, Lourenço. **Bioética**. Londrina: UEL, 2001.

TARIFA ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti; FRANCA, Loreanne Manuella de Castro França. **Da inserção de cláusulas de não indenização nos contratos relacionados à reprodução humana assistida.** Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2012, p. 322-349.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2012.

WILLIAMSON, Oliver. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting.** Detroit: Free Press, 1998.