

OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E OS DANOS DA BIOTECNOLOGIA

LIMITS OF LIABILITY AND DAMAGES OF BIOTECHNOLOGY

Rosalice Fidalgo Pinheiro¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo retratar a insuficiência do sistema de responsabilidade civil, construído pelo direito moderno e assentado no princípio da culpa, em face de novas questões, suscitadas pelo desenvolvimento biotecnológico. Trata-se de indagar, se os conceitos e princípios que fundamentam este sistema são suficientes para determinar a reparação de danos inusitados, gerados pelos avanços da tecnociência. Para responder tais questões, torna-se necessário visualizar o sistema da responsabilidade civil clássica, delineado pelas codificações modernas, para em um segundo momento, confrontá-lo com as transformações geradas pelos avanços da biotecnologia. Ao final, dirige-se o trabalho para uma contraposição entre a dignidade da pessoa humana e a presença do mercado, diante da reparação civil dos danos biotecnológicos.

PALAVRAS-CHAVES

Responsabilidade civil – biotecnologia – dignidade humana – mercado

ABSTRACT

This work aims to portray the failure of the liability system, built by modern law and sat on the fault principle in the face of new questions raised by biotechnology development. It is asking whether the concepts and principles that underlie this process are sufficient to determine compensation for damage unusual, generated by advances in scientific technology. To answer such questions, it is necessary to view the traditional tort system, designed by modern encodings for a second time, confront him with the changes generated by advances in biotechnology. In the end, it addresses the work to an opposition between the human dignity and market presence, before the civil remedies of damages biotechnology.

KEYWORDS Liability - biotechnology - human dignity - the market

¹ Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professora do Programa de Mestrado da UniBrasil. Professora titular de Direito Civil do Centro Universitário Curitiba. rosallice@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, assiste-se a um processo de "objetivação" e coletivização da responsabilidade civil, que se revela na ampliação dos danos suscetíveis do dever de indenizar. Indaga-se o porquê desta "fecundidade do princípio da responsabilidade civil".

Em resposta a essa questão, a história nos mostra, que o aumento do número de acidentes e a lesão de interesses estão ligados à intensificação das relações humanas e ao progresso técnico e industrial dos últimos tempos, gerando novas formas de riquezas. Isto revela uma estreita ligação do processo de ampliação da esfera de responsabilidade dos sujeitos com o desenvolvimento econômico.²

Desta relação, ainda surge a insuficiência do sistema de responsabilidade civil, construído pelo direito moderno e assentado em um fundamento subjetivo: o princípio da culpa. Argumentando a este respeito, Orlando GOMES afirma que "toda a evolução no sentido da impropriamente chamada responsabilidade objetiva denota a imprestabilidade do conceito de culpa para a solução dos casos que reclamavam a atribuição do dever de indenizar independentemente da comprovação do erro de conduta do agente".³

Eis que é para este sistema da responsabilidade civil clássica, assentada em termos subjetivos e, excepcionalmente objetivos, que se apresentam novas questões, suscitadas pelo desenvolvimento biotecnológico. Trata-se de indagar, se os conceitos e princípios nos quais este sistema se fundamenta são suficientes para determinar a reparação de danos inusitados, gerados pela engenharia genética.

Para tanto se torna necessário visualizar o sistema da responsabilidade civil clássica nas codificações modernas, para em um segundo momento,

² FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989, p. 208.

³ **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

confrontá-lo com suas principais transformações, traduzidas pelos avanços da biotecnologia. Ao final, dirige-se o trabalho para uma contraposição entre a dignidade da pessoa humana e a presença do mercado, diante da reparação civil dos danos biotecnológicos.

2 OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL CLÁSSICA E AS CODIFICAÇÕES MODERNAS

2.1 JUSTIFICAÇÃO E PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos ordenamentos jurídicos de inspiração liberal, a responsabilidade civil encontra justificativa como instrumento que permite a obtenção de um equilíbrio entre a liberdade dos homens, seus poderes e deveres sociais.⁴ Considerando-se o homem delineado pelo Iluminismo, como detentor de uma liberdade quase ilimitada, exercida segundo seu livre arbítrio, à responsabilidade civil atribui-se a função de harmonizar tais liberdades.

Nesse contexto, a desobediência de uma ou mais regras estipuladas com a finalidade de harmonizar aquelas liberdades, pode dar origem as conseqüências da responsabilidade civil. Eis o significado do termo responsabilidade, que vem de "responder", traduzindo-se por contestar ou satisfazer. Neste sentido, ser responsável é estar obrigada a uma indenização de conteúdo econômico em favor de alguém, e de tal modo que o conteúdo da pretensão do credor identifica-se com uma reparação econômica.⁵ Com isto entende-se ser possível restabelecer as coisas ao estado em que se achavam antes da prática do ato ilícito, já que a indenização tem por significado tornar "indene", isto é, apagar os prejuízos.

Revela-se em um segundo momento, a função da responsabilidade civil, reparatória, ressarcitória ou indenizatória, com a qual se procura "apagar o

⁴ TUNC, André. **La responsabilité civile**. Paris: Économica, 2^a édition, 1989, p.23.

⁵ CASO, Rubén H. Compagnucci de. **Manual de obligaciones**. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 590.

prejuízo econômico causado (indenização do dano patrimonial) ou minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral)."⁶ Pois acredita-se que com o estabelecimento de uma indenização, tutela-se o interesse do lesado, preservando-se o *status quo*.

Para tanto, os sistemas jurídicos liberais do século XIX escolheram o princípio da culpa. Segundo este princípio, a obrigação de reparar os danos só pode ser imputada ao seu autor, quando este agiu de modo reprovável pelo ordenamento jurídico, agindo com culpa ou dolo, delineando a responsabilidade civil subjetiva. Tal responsabilidade, pautada em um comportamento culposo, é segundo André TUNC, "historicamente e psicologicamente, portanto, o fundamento da responsabilidade civil é certamente o desconhecimento do dever de se comportar como um membro de uma sociedade de homens iguais."⁷

Trata-se, portanto, de uma construção pautada no liberalismo e no individualismo do século XIX, que erigiram uma sociedade de homens pretensamente livres e formalmente iguais, e que logo mostrou sua insuficiência ao ser contraposta à realidade: não se vive em uma sociedade de homens iguais, ao contrário, há uma desigualdade material, o que revelou a imprestabilidade do princípio da culpa como fundamento único da responsabilidade civil, trazendo à cena o princípio do risco.

Em conformidade com esse princípio, o lesante responde pelos danos causados independente de qualquer idéia de culpa, isto é, mesmo que tenha procedido com toda a diligência, sem qualquer desvio do dever de cuidado, ou sem ter agido com dolo. Pelo risco, a responsabilidade persiste, mesmo quando os danos não foram causados por quem é por eles responsabilizado, delineando-se a responsabilidade civil objetiva.

⁶ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, V. 761, p. 31-44, março de 1999, p. 40.

⁷ Op. cit., p. 24.

Nessa perspectiva, a preocupação que no princípio da culpa reside sobre a pessoa do lesante, no princípio do risco desloca-se para a pessoa do lesado,⁸ com vistas a não deixar sem reparação os danos sofridos pela vítima.

2.2 NAS ORGIENS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CODIFICADA: UM PERCURSO HISTÓRICO

Não se quer no presente item, proceder a um traçado preciso do desenvolvimento histórico da responsabilidade civil, mas apenas resgatá-lo nas sociedades primitivas, na medida em que se permite uma melhor compreensão de suas transformações atuais.

Os sistemas codificados modernos são caracterizados pela presença do princípio da culpa, com vistas a atribuir a responsabilidade ao autor de um dano. No entanto, esta concepção de responsabilidade civil, caracterizada pela individualização da sanção segundo a "subjetividade do agente",⁹ é resultado de um desenvolvimento lento e descontínuo, que teve seu início dentre os povos mais antigos, apresentando-se como coletiva e pautada na vingança privada.

A responsabilidade individual, consagrada pelo direito moderno, era desconhecida pelas antigas civilizações. Isto significa que havia uma "solidariedade ativa e passiva do grupo familiar",¹⁰ isto é, o ato praticado pelo indivíduo comprometia todo o grupo, assim como a lesão causada a um único membro estendia-se a todo o grupo, que poderia se vingar em qualquer um dos componentes daquela coletividade.

Trata-se ainda, de um sistema de vingança privada, traduzida na pena de talião, presente no Código de Hamurabi, ou na Lei das XII Tábuas entre os

⁸ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 32.

⁹ ALTERINI, Atílio Aníbal. **Responsabilidad Civil**. Limites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil. 3ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 89.

¹⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, P. 751.

romanos. A presença da vingança privada no direito primitivo revela que a responsabilidade era objetiva, não se relacionando à culpa do agressor, mas à injustiça do dano.

O desenvolvimento de uma responsabilidade relacionada à subjetividade do agente lança suas raízes no direito romano, para então ser transposta para os Códigos modernos.

Em atenção a uma racionalidade casuística, os romanos reprimiram uma diversidade de fatos como delitos. Em um primeiro momento, na Lei das XII Tábuas, na qual se consagrava a pena de talião e, mais tarde, na *Lex Aquila*, de data provável, do ano 250 a. C..¹¹ Neste, que se revelou como o texto romano mais importante acerca da responsabilidade, puniam-se apenas alguns delitos, causados por um corpo no outro, pois sem tal materialidade, não se reconhecia o dano. Pela atividade do pretor, tais danos foram estendidos, criando ações de "violência" ou "dolo", mostrando-se a culpa na *Lex Aquila* como condição de responsabilidade.¹²

Não obstante tais desenvolvimentos, os romanos nunca chegaram a formular um princípio geral de responsabilidade civil, conferindo à culpa um lugar bastante modesto e só tardiamente verificado, em nada comparável aos Códigos modernos.¹³

Somente mais tarde, passam a existir "composições voluntárias", isto é, acordos pelos quais a vítima aceita somas de dinheiro para perdoar o adversário, a tal ponto, que a vingança privada transforma-se em reparação.¹⁴ Trata-se de uma responsabilidade civil que se despe de uma natureza repressiva para se revestir de uma natureza indenizatória. Essas composições foram trazidas pelos povos germânicos, por ocasião das invasões bárbaras no Império Romano, suscitando as Leis Sálidas na França que, posteriormente,

¹¹ VINEY, Geneviève. Introduction à la responsabilité. In: GHESTIN, Jacques (direction) **Traité de droit civil**. 2, Éd., Paris: L.G.D.J., 1995, p. 8.

¹² VINEY, Geneviève. Op. cit., p. 9.

¹³ VINEY, Geneviève. Op. cit., p. 9.

¹⁴ CASO, Rubén H. Compagnucci de. Op. cit., p. 591.

juntamente com o direito romano estudado pelas Universidades medievais passam a se constituir na fonte de responsabilidade civil na codificação francesa.

Durante a Idade Média, ainda persistia a responsabilidade coletiva e a vingança privada, como forma de reparação dos danos, só desaparecendo de modo lento e gradativo por volta dos séculos XII e XIII.

O direito primitivo ainda se caracteriza pela ausência de qualquer distinção entre responsabilidade civil e penal,¹⁵ ou contratual e extracontratual.¹⁶ Tais distinções, somente se tornam possíveis, mais tarde, no direito moderno, com o postulado da separação entre público e privado.

Com a modernidade, afirma-se o princípio segundo o qual, "não há responsabilidade sem culpa", construído pela Escola Jusracionalista¹⁷ dos séculos XVII e XVIII, resultante, portanto, de um direito fundamentado na razão, o que propiciou a construção de um sistema geral de responsabilidade civil. Para tanto, contribuíram as concepções éticas do direito canônico, ao se reportar a um aspecto intencional: a culpa era colocada como pressuposto da responsabilidade, o que ainda propiciou uma nítida distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal.¹⁸

¹⁵ Pautando-se no direito romano, aduz Geneviève VINEY: "*Il est certain, d'abord, que le droit romain n'a jamais complètement distingué la peine de la réparation (et par conséquent la responsabilité civile de la responsabilité pénale) car s'il a créé, à l'époque classique, des actions à but principalement indemnitaire (les actions 'réipersécutoires') et d'autres actions dites 'pénales', destinées principalement à frapper d'une sanctions l'auteur du délit, l'opposition entre ces deux types d'actions n'a jameis été systématisée et, au Bas-Empire, elle a même eu tendance à s'effacer en raison de la création des actions dites 'mixtes' qui tendance à la fois au prononcé d'une peine et à une condamnation à dommages et intérêts.*" (Op. cit., p. 7)

¹⁶ "*Quand à la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, on n'en trouve pas trace dans les textes romains. Les différents 'délits' pour lesquels la loi ou le prêteur délivraient des actions à la victime consistaient en effet tantôt dans la violation d'un contrat, tantôt dans la violation d'une règle extra-contractuelle, mais cette circonstance n'exerçait, par elle-même, aucune influence sur le régime de la sanction.*" (VINEY, Geneviève. Op. cit., p. 7-8)

¹⁷ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 33.

¹⁸ "*Le droit canon est probabelment celui qui a le plus contribué au developpement du rôle de l'intention dans le droit et, plus largement, à l'adaptation de la règle juridique à la moralité de l'auteur du dommage, une adaptation qui a fini par placer le concept de faute dans une position*

Em síntese a todo desenvolvimento operado nos séculos anteriores, e por obra do jurista francês Domat, delineia-se a teoria geral da responsabilidade civil, cuja pedra angular é a culpa, que inspirou os redatores do *Code de 1804*, e deste, transportando-se para as demais codificações que se seguiram no curso do século XIX. A culpa torna-se o critério da responsabilidade civil, sendo não apenas suficiente, mas necessária para determinar obrigação de indenizar.¹⁹ Trata-se não apenas da condição da responsabilidade, mas da medida da própria reparação.²⁰

2. 3 O LUGAR DA CULPA NAS CODIFICAÇÕES MODERNAS

Em atenção aos postulados romanistas e jusnaturalistas, consagra-se o princípio segundo o qual não há responsabilidade sem culpa, no *Code Civil* francês de 1804, por obra de Domat, que influenciou seus redatores. Neste diploma legislativo restou consagrado nos artigos 1.382²¹ e 1.383,²² dos quais é possível extrair tradicionalmente, que a responsabilidade civil requer a existência de três fatores: a) a culpa, considerada como a reunião de um comportamento imputável e, ao mesmo tempo, contrário ao que teria um bom pai de família; b) o dano; c) a relação de causa e efeito entre a culpa e o dano.²³

Esse modo silogístico de considerar a responsabilidade civil, a partir de uma teoria geral que foi elaborada pelos juracionistas, foi transposta para as demais codificações que se seguiram à francesa, durante o século XIX, sob a

éminente. Ceci tient put-être à une confusion entre les crimes et le péché. Les résultats n'en ont pas moins été heureux." (TUNC, André. Op. cit., p. 54)

¹⁹ TUNC, André. Op. cit., p. 56.

²⁰ VINEY, Geneviève. Op. cit., p. 14.

²¹ "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer."

²² "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence."

²³ TUNC, André. Op. cit., p. 11.

égide de sua influência, dentre as quais, a brasileira de 1916. Trata-se de dizer, o Código Civil de 1916 configura essa mesma responsabilidade, de "corte subjetivista",²⁴ e de base jusracionalista, segundo a qual toda pessoa deve responder pelos danos provocados a terceiros, por um comportamento negligente ou imprudente.

Partindo-se da distinção entre responsabilidade civil em sentido estrito,²⁵ também denominada de aquiliana ou extracontratual, e responsabilidade negocial,²⁶ também denominada de contratual,²⁷ os Códigos oitocentistas impõem, respectivamente, a obrigação de indenizar surgida da lesão ao direito subjetivo de outrem, ou da violação de uma obrigação *ex lege* ou negocial.

Não obstante os critérios distintivos pautados na natureza do dever jurídico violado, na forma de violação, do ônus da prova, da natureza do dano a ser ressarcido, na possibilidade de inclusão de cláusulas limitativas da responsabilidade,²⁸ toma relevo a existência ou não de um vínculo obrigacional prévio entre o autor do dano e a vítima.

Na atualidade, as dificuldades em determinar esse último critério demonstram a insuficiência dessa distinção, revelada por novas formas de

²⁴ GUTIÉRREZ, Graciela. **La responsabilidad civil en la era tecnológica**. Tendencias y prospectiva. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 22.

²⁵ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 31.

²⁶ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 31.

²⁷ "Durante séculos as duas variantes da responsabilidade civil foram tidas como figuras inteiramente distintas e reguladas nas leis em lugares diferentes: a responsabilidade contratual era incluída no capítulo do não cumprimento das obrigações, como um momento da relação obrigacional (cfr. arts. 1.056 e segs.), ao passo que a responsabilidade extracontratual era relegada para o capítulo da violação dos direitos em geral." (VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**, V. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 207-208)

²⁸ "Na prática, o problema do concurso entre as duas responsabilidades vai traduzir-se especialmente na questão de saber quais são os limites da liberdade dos interessados intervenientes em negócios jurídicos na prefixação de causas de limitação ou de exclusão da responsabilidade, porque para além desses limites terão de incidir as regras gerais da responsabilidade civil. A respeito das cláusulas de exclusão da responsabilidade, ou simplesmente dela limitativas, a resposta geralmente dada é no sentido de que o âmbito das obrigações nascidas de contratos e demais negócios jurídicos elas em regra são válidas. Porém, no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito sustenta-se geralmente a sua não validade." (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 42).

responsabilidade. Assim, quando o vínculo obrigacional ainda está em formação, fala-se em responsabilidade pré-contratual, ou se já extintos os deveres principais do contrato, mas subsistentes deveres acessórios de conduta impostos pela boa-fé, em responsabilidade pós-contratual. Trata-se de espaços não regulados pelas codificações, e nos quais atua o princípio da boa-fé objetiva, ampliando a esfera de responsabilidade do contrato para momentos anteriores ou posteriores à sua execução.

Nessa perspectiva, conferem-se novos contornos para essa distinção, entendendo-se, em conformidade com Fernando NORONHA, que não se trata mais de compartimentos estanques, mas que a responsabilidade negocial é mero direito especial da responsabilidade civil em sentido estrito, que se apresenta como direito geral.²⁹

Em nossa codificação, os mesmos pressupostos deduzidos do *Code* tornam-se presentes na cláusula geral³⁰ do artigo 159 do Código Civil de 1916, para a existência de responsabilidade, cujo teor é ampliado pelo artigo 186 do Código Civil de 2002, sob os moldes do princípio da culpa, evidenciando a responsabilidade subjetiva.

A consagração do princípio da culpa enquanto fundamento da responsabilidade civil, nas codificações modernas, traz conseqüências, descritas por Guido ALPA:³¹

a) o fato de que não poder existir responsabilidade se não há culpa do agente, sendo esta um pressuposto da responsabilidade civil;

b) o conceito de culpa identifica o comportamento do agente caracterizado por negligência, imprudência, imperícia, evidenciando um caráter moral, ou ainda, subjetivo;

²⁹ Op. cit., p. 42.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: _____. (org.) **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 434.

³¹ Op. cit., p. 114.

c) as regras que disciplinam o ato ilícito assumem a função de sanção da culpa, e não de uma forma de uma reparação dos danos, centralizando-se o sistema da responsabilidade civil no autor do ato ilícito, o que determina a imposição de uma indenização, sempre que ele for culpado;

Não obstante, resultar dessas regras o princípio segundo o qual a culpa é sempre pessoal, sendo possível responder somente por culpa própria e não por culpa de terceiro, evidencia-se uma diversidade de casos nos quais há responsabilidade pelo fato de outrem ou por animais.

Na tentativa de eliminar quaisquer contradições, às quais a pessoalidade da culpa poderia levar, e salvaguardá-la como suficiente e necessária à existência da responsabilidade, ela se torna presumida, não restando lugar para critérios objetivos.³² Trata-se do que expõe Fernando NORONHA:

...O máximo que se consente na direção de uma responsabilidade independente de culpa é a criação de diversas presunções desta: é o que se faz quando se responsabiliza o dono do edifício pelos danos que resultarem de sua ruína, mas, repare-se, se esta for proveniente da falta de reparos, 'cuja necessidade fosse manifesta' (art. 1528); é ainda o que se faz quando se declara que o dono do animal ressarcirá o dano por este causado, mas ressalvando-se que ele poderá provar que o 'guardava e vigiava com o cuidado preciso' (art. 1527).³³

Contudo, continua o citado autor, que ainda permanecem na sistemática do Código Civil de 1916, "casos que se mantiveram alheios a qualquer idéia de culpa e que durante muito tempo quase que passaram despercebidos".³⁴ Eis que os artigos 1.519 e 1.520; 1.529 e 1.540, daquele diploma legislativo. Em atenção a tais dispositivos, parte da doutrina identificou não apenas uma

³² "*Cependant, la justification donné par Domat à son principe est quelque peu confuse et discutable. De plus, quand il en arrive à la responsabilité du fait d'autrui et à la responsabilité pour les dommages causés par les animaux ou un bâtiment, en vue de rester fidèle au critère de la faute, Domat est obligé de créer des présomptions de faute, parfois des présomptions irréfragables, ou même de placer l'étiquette de fautive sur une conduite qui peut l'être ou ne pas l'être.*" (TUNC, André. Op. cit., p. 56)

³³ Op. cit., p. 33.

³⁴ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 33.

responsabilidade objetiva, denominada pura, porque pautada na completa inexistência de culpa, mas ainda, a denominada de impura, trazendo consigo o "substrato da culpa de terceiro".³⁵

Diante do lugar ocupado pela culpa nas codificações, resta indagar por que ela se revela como a pedra angular da responsabilidade civil na sociedade moderna.

Tais regras da responsabilidade civil traduzem no plano jurídico, a diretiva do *laissez faire*.³⁶ Isto significa que a mesma liberdade, que se revela como a imagem do Direito Privado ao dela ser dotada o sujeito de direito, enquanto proprietário ou contratante, exercendo sua livre iniciativa, também o obriga ao dever de não causar danos a outrem, a não ser que lhe sejam imputáveis por um comportamento negligente.

Ao colocar-se a culpa como pressuposto da responsabilidade civil, faz-se apelo a liberdade moral do homem, isto é, estimulam-se os cuidados para evitar os danos. Desrespeitar o princípio da culpa e ater-se a uma causalidade objetiva, seria como argumentou Savatier, consagrar o "triunfo da matéria sobre o espírito". Assim, nas sociedades industrializadas, "compreende-se que os sujeitos lesados nos seus direitos, quando em relação com os outros, tenham de suportar os prejuízos como se de factos fortuitos ou de força maior se tratasse, salvo quando aos causadores de danos seja imputável uma conduta culposa." ³⁷

Essa ligação entre a culpa e a liberdade ética do indivíduo, propiciada pelos juristas da escola formal, conferindo valor pedagógico à disciplina que orienta o comportamento dos indivíduos em sociedade, cumpre, no entanto, com uma função de ocultação das verdadeiras razões que levaram à eleição do princípio da culpa como fundamento da responsabilidade civil, que sequer hoje se justificam diante das transformações do grande capital, tal como

³⁵ AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. **Direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 259.

³⁶ ALPA, Guido. Op. cit., p. 115.

³⁷ FIGUIERA, Eliseu. Op. cit., p. 201.

argumenta Eliseu FIGUEIRA. Trata-se da relação entre culpa e dano injusto, requerida diante da

incapacidade económica de uma sociedade mercantil, sujeita a crises freqüentes, e na necessidade de protecção da indústria nascente, cujo desenvolvimento não pode ser onerado por uma responsabilidade civil que não seja baseada na culpa. A iniciativa privada e a livre circulação das mercadorias impõe, nesta fase do capitalismo concorrencial, que os agentes económicos, pessoas físicas de fraco poder económico, numa sociedade onde o seguro é rudimentar, não sejam confrontados com encargos de indemnização por factos para os quais não contribuíram culposamente e, por outro lado, que a livre contratação para a circulação das mercadorias não seja dificultada com pretensos prejuízos de credores com os quais os terceiros não se encontram vinculados.

Portanto, o princípio da culpa está ligado a uma fase do desenvolvimento económico da sociedade, baseada na produção agrícola e em uma pequena indústria.³⁸ Nestas condições, o dano somente será indenizado quando causado por culpa, eis que a sociedade moderna baseia-se em um sistema de propriedades individuais, que somente se tutela no momento de confronto com o comportamento negligente.³⁹

3 CRISE E TRANSFORMAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL CLÁSSICA

Com as transformações sociais e económicas, intensamente verificadas em fins do século XIX e por todo o século XX, as funções e os princípios da responsabilidade civil são colocados em questão, evidenciando-se um paradoxo: ao mesmo tempo em que ela ocupa uma importância sem precedentes, ela tem seu funcionamento tradicional profundamente modificado, passando a se delinear para a responsabilidade civil um estado de crise.⁴⁰

³⁸ FIGUEIRA, Eliseu. Op. cit., p. 204.

³⁹ FIGUEIRA, Eliseu. Op. cit., p. 204.

⁴⁰ TUNC, p. 6.

O sistema de responsabilidade baseado na livre determinação dos sujeitos, inspirado pelo princípio da autonomia da vontade, enquanto dogma de todo o Direito Privado, revela-se insuficiente diante do desenvolvimento econômico, ora suscitado pelas relações de trabalho, como já se verifica em outros campos da civilística clássica, ou então, veja-se o modelo de justiça contratual baseado na igualdade formal e no dogma da liberdade de contratar, desmentido pelos contratos de trabalho em fins do século XIX. A frequência com que ocorrem os acidentes de trabalho, denunciam as vantagens que os empresários retiram de uma atividade que é fonte de danos para seus trabalhadores.⁴¹

Nos países industrializados multiplicam-se os acidentes de trânsito, a responsabilidade médica passa a suscitar uma diversidade de problemas, e o desenvolvimento das relações de consumo revela cada vez mais vítimas de produtos perigosos, ou capazes de gerar contaminação ao meio ambiente. Trata-se de apenas alguns dos fatos suscitados pelas sociedades contemporâneas, que demonstram a insuficiência do princípio da culpa.

Em atenção a essa insuficiência, erige-se o sistema da responsabilidade sem culpa, assentado no princípio da solidariedade social, atribuindo-se os riscos com a atividade econômica ao proprietário dos meios de produção. É o critério do risco, que passa a estar a cargo da empresa, levando o empresário a suportar os perigos de sua atividade econômica. Por outro lado, a responsabilidade pelos riscos é transferida para o sistema de seguros, ensejando o pagamento de prêmios, que entram no custo das mercadorias, arcando com o ressarcimento dos danos, toda a coletividade, o que leva a uma socialização da responsabilidade civil.

Desenha-se um processo de objetivação, informado pelo princípio da solidariedade social, que passa a dispensar no nexo de responsabilidade, a culpa e a ilicitude do ato.⁴² Pois não é mais possível individualizar-se o fato culposo, diante da multiplicidade das relações econômicas. O fundamento da

⁴¹ FIGUIERA, Eliseu. Op. cit., p. 204.

⁴² FIGUIERA, Eliseu. Op. cit., p. 202.

responsabilidade civil desloca-se da ilicitude e da culpa, personificados no sujeito-autor do ato ilícito, de cunho subjetivista, para o dano, passando ao sujeito responsável pelo risco, de cunho objetivo. Em face deste deslocamento passa a se falar em "direito dos danos", pois por trás de cada dano causado há um homem a ser tutelado: a vítima do dano.⁴³

Cumprindo indagar se diante de tais transformações, a culpa resiste incólume como fundamento da responsabilidade civil. Pois mesmo diante desse contexto, a doutrina continua a repetir que a culpa e dolo são os elementos fundamentais da responsabilidade, e que as hipóteses de sua objetivação não passariam de exceções, como argumenta Guido ALPA, ao referir-se ao Código Civil italiano de 1942. E prossegue argumentando que "a disciplina da responsabilidade civil termina por resultar fortemente conservadora; e os aspectos inovadores (por outro de natureza marginal, como se pôde verificar) são completamente negligenciados".⁴⁴

Diante disso, indaga-se se o sistema do Código Civil delineado pela responsabilidade civil baseada na culpa, e marginalmente objetiva, é adequado às novas exigências apresentadas pelo desenvolvimento biotecnológico.

3.1 DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL À ERA TECNOLÓGICA

Distinguem-se duas etapas do desenvolvimento técnico: a etapa clássica, que se inicia em meados do século XVIII, e a era tecnológica, que começa no século XX. Ambas repercutem na teoria da responsabilidade civil, causando transformações.

A etapa clássica é caracterizada pelo maquinismo e pela Revolução Industrial. O desenvolvimento das máquinas a vapor antes de 1780, levou a uma nova fonte de energia, desenvolvendo o transporte marítimo e gerando as ferrovias (1829). A revolução industrial surge de um processo de

⁴³ GUTIÉRREZ, Graciela. Op. cit., p. 24.

⁴⁴ ALPA, Guido. La responsabilità civile. In: BESSONE, Mario. **Casi e questioni di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1979, p. 116.

descobrimientos, da mecânica prática e experimentos práticos. A este, agrega-se ainda o fenômeno do urbanismo, que teve sua origem na Revolução Industrial: as cidades tornam-se pólos de atração para os homens do campo, que passam a viver comprimidos nas grandes cidades, levando a um aumento da taxa de natalidade.

É neste contexto, delineado pelo capitalismo, que ganha vida a organização sindical dos trabalhadores, na procura por melhores condições de vida e, conferindo novos desenvolvimentos para a teoria da responsabilidade civil. O sistema fundamentado na culpa, que encontra justificativa em uma sociedade que tem como principal forma de organização econômica a propriedade imobiliária voltada à produção agrícola, cede lugar para a responsabilidade sem culpa, informada pela teoria do risco, que passa a fundamento de uma legislação específica sobre acidentes de trabalho; que amplia a indenização dos danos advindos da circulação de veículos automotores e dos danos aeronáuticos.

Se no direito primitivo a responsabilidade era objetiva, não se relacionando à culpa do agressor, mas à injustiça do dano, o desenvolvimento proporcionado pelos fatores acima mencionados, o maquinismo, a Revolução Industrial e o urbanismo levaram a um retorno a esta objetivação da responsabilidade civil.⁴⁵ Eis a teoria do risco que se desenvolve na França em fins do século XIX, em sede de responsabilidade objetiva, que teve como um de seus principais teóricos Josserand. Neste momento, o Direito tipificado pelos códigos oitocentistas abre-se para acolher novos fatos, deixados à margem pela tipicidade de suas previsões.

O fim da etapa industrial marca a passagem para as sociedades pós-industrializadas. Para alguns, este rompimento ocorre com os anos de 1956 e 1957, quando se inicia o período de comunicações globais por satélite, para

⁴⁵ "Un destacado fenómeno del Derecho contemporáneo es el retorno a formas primitivas de imputación de responsabilidad, prescindentes de la exigencia de culpabilidad en el sujeto para atribuirle las consecuencias de un hecho del que es autor material. Se trata de al teoría del riesgo creado cuyo paradigma de imputación estriba en atribuir ele daño a todo el que introduce en la sociedad un elemento virtual de producirlo." (Alterini, Atílio Aníbal. Op. cit., p. 106)

outros, em 1968, com a crise do petróleo. Não obstante, tais divergências, vivemos uma era tecnológica ou da "sociedade de informação".⁴⁶ Nesta, a informação passa a ser objeto de produção em massa, levando ao desenvolvimento da cibernética. No entanto, o desafio contemporâneo não consiste apenas em produzir computadores, mas "representa a aprendizagem de uma combinação, o descobrimento de novas regras do jogo, a criação de uma nova cultura."⁴⁷

A idéia segundo a qual o conhecimento é poder, é ultrapassada pelo entendimento de que é necessário conhecimento sobre o próprio conhecimento, e sendo relevante somente quando se converte em uma utilidade social.⁴⁸

A característica da massificação é abandonada em prol de um retorno ao individualismo: a informação é individualizada; as empresas afastam-se de um esquema burocrático para assumir a forma de organização em pequenas unidades; amplia-se a capacidade intelectual do trabalhador; e a utilização dos sistemas de informática permite ao homem uma comunicação mais rápida.⁴⁹

Essa era tecnológica, descrita acima, traz para o Direito novos problemas no que se refere à reparação dos danos. Percebe-se que, embora as sociedades industrializadas tenham idealizado um sistema de responsabilidade civil fundada na culpa, a abertura para os novos fatos criam novos princípios. Isto demonstra que não houve uma ruptura daquele sistema, mas um "triplo fenômeno", evidenciado na "objetivação da responsabilidade civil"; na expansão dos danos suscetíveis de reparação"; e na "coletivização da responsabilidade civil".⁵⁰

⁴⁶ GUTIÉRREZ, Graciela. Op. cit., p. 75.

⁴⁷ GUTIÉRREZ, Graciela. Op. cit., p. 76.

⁴⁸ GUTIÉRREZ, Graciela. Op. cit., p. 77.

⁴⁹ GUTIÉRREZ, Graciela. Op. cit., p. 78.

⁵⁰ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 35.

3.2 A OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Diante das transformações delineadas em páginas anteriores, o princípio segundo o qual não há responsabilidade sem culpa, revela-se em crise.⁵¹ Naqueles casos, nos quais os acidentes multiplicam-se, como nas relações de trabalho, nas relações de consumo, por exemplo, passa a se falar em responsabilidade sem culpa.

Nesses casos surge o princípio do risco, cujo "*paradigma de imputación estriba en atribuir el daño a todo el que introduce en la sociedad un elemento virtual de producirlo.*"⁵² Para tanto, prescinde-se de qualquer subjetividade do agente, ou ainda, da configuração dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil. Basta a produção de um resultado danoso, pois entende-se que o lesante é responsável pelos danos causados, ainda que não decorrentes de sua culpa, ou até mesmo, quando tais danos não foram por ele causados. Trata-se da responsabilidade objetiva, que no primeiro caso, é denominada de comum e no segundo, agravada.⁵³

Não obstante, a diversidade de riscos que a doutrina delineia, sob a égide do risco-proveito, risco profissional, risco excepcional, risco integral,⁵⁴ ordenam-se no presente trabalho, sob as modalidades descritas por Fernando

⁵¹ ALTERINI, Atílio Aníbal. Op. cit., p. 347.

⁵² ALTERINI, Atílio Aníbal. Op. cit., p. 106.

⁵³ "A responsabilidade objetiva agravada insere-se no final de uma evolução que começou quando, num primeiro momento, se reconheceu que o requisito culpa não sempre era imprescindível para o surgimento da obrigação de indenizar: o exercício de determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiros, implicava, em contrapartida aos benefícios que elas proporcionavam ao agente, o ônus de suportar os danos que eventualmente fossem causados a outrem. Foi por isso que se construiu a teoria da responsabilidade objetiva. Agora estamos entrando num segundo momento, em que se verifica haver hipóteses especiais em que se prescinde também de nexos de causalidade, para se passar a exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco próprio da atividade em causa." (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 37)

⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 3ª Ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 17.

NORONHA: a) o risco de empresa; b) o risco administrativo; e c) o risco-perigo.⁵⁵

Segundo o risco de empresa, quem exerce a atividade profissional de produção ou circulação de bens e serviços, deve arcar com os danos decorrentes deste processo.

Pela teoria do risco administrativo, a pessoa jurídica de direito público é responsável pela obrigação de indenizar os particulares, pelos danos causados na execução do bem comum.

Pela teoria do risco-perigo, apregoa-se que quem se beneficia de uma atividade potencialmente perigosa, deve arcar com os danos produzidos.

Em síntese, em todas essas modalidades de riscos, bem como naquelas anteriormente citadas, está presente a idéia, segundo a qual quem com sua atividade cria um risco deve suportar os danos que ela acarreta.⁵⁶

Em nosso Direito positivo, a responsabilidade objetiva encontrou lugar em alguns dispositivos do Código Civil, posto em vigor em 1917, tal qual o artigo 1.546, que define a responsabilidade do farmacêutico pelos atos de seus prepostos.⁵⁷

Mas é no âmbito da legislação extravagante e da jurisprudência, que revela-se o maior desenvolvimento da responsabilidade civil objetiva, sem contudo chegar a se constituir em um preceito geral.

Diversas leis especiais tratam da responsabilidade objetiva, dentre as quais, a decorrente de acidentes em estradas de ferro (Decreto nº 2681 de 1912); em transporte marítimo (Decreto-lei nº 116/67), em mineração (Decreto-lei nº 277/67); bem como, nos acidentes de trabalho (artigo 7º, XXVIII e Decreto nº 99.999/91).

⁵⁵ Op. cit., p. 37.

⁵⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 17.

⁵⁷ "Tanto pela localização do preceito (fora da alçada dos arts. 1.521 e 1.523), como pelo seu texto gramatical, fácil se torna concluir que os farmacêuticos respondem pelos danos resultantes de erros ou enganos dos seus prepostos (empregados ou comissários), independentemente de culpa, e ainda mesmo que os prepostos se hajam afastado das instruções expressamente dadas." (VARELA, Antunes. Op. cit., p. 270)

Paralelamente, a jurisprudência delineou alguns casos, ao responsabilizar o hoteleiro pelo furto de valores praticados por seus empregados contra hóspedes, ou ainda referente ao pagamento de cheques falsificados pelos bancos (Súmula 28 do STF), nos acidentes causados por condutores de veículos, que se estendem ao próprio dono.

No Código de Defesa do Consumidor consagra-se a responsabilidade civil objetiva, caracterizando-se em seu artigo 12 uma superação do princípio da culpa, ao determinar que o "fabricante, o produtor, o construtor nacional e o importador respondem, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de..." Trata-se de uma responsabilidade sem culpa, mas que não se fundamenta no risco da atividade, conforme analisa Cláudia Lima MARQUES:

...A responsabilidade positivada no CDC é, sem dúvida, objetiva, no sentido de ser independente da existência de culpa, mas não pelo risco da atividade. Seria a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, na chamada responsabilidade não-culposa. Este tipo de responsabilidade exige, para caracterizar o ilícito, a existência de um defeito, defeito este imputado objetivamente (*peritus spondet artem suam*) aos fornecedores citados na norma do art. 12 e nos casos especiais previstos do art. 13. Esta imputabilidade objetiva, baseada no profissionalismo dos fornecedores e no defeito efetivamente existe, afastaria qualquer alegação de que o defeito seria, por exemplo, oriundo de caso fortuito ou força maior quando da atividade do fornecedor (corte de energia, erro do computador, erro dos prepostos, etc.).

(...) Agora se discutirá, no direito brasileiro, em todos os casos de responsabilidade pelo fato de produto (acidentes de consumo), a existência de um defeito, a colocação no mercado e uma eventual culpa exclusiva de terceiro ou da vítima.⁵⁸

Em razão de tais dispositivos, cumpre indagar sobre a superação do princípio da culpa como substrato da responsabilidade civil.

Tais concepções traduzem-se no teor da responsabilidade consagrado pelo Código Civil de 2002. Enquanto princípio geral, nosso Código revela a responsabilidade subjetiva no artigo 186, e traz casos específicos de

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Os contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 627-630.

responsabilidade objetiva, tal como o artigo 938, correspondente ao artigo 1.529 do Código Civil de 1916.

Ao lado disso, surge como grande novidade no Código Civil de 2002, em matéria de responsabilidade civil, o artigo 927, que após afirmar a responsabilidade subjetiva, traz em seu parágrafo único, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, fundada no risco, capaz de conferir ao julgador, a tarefa de delinear novos casos de responsabilidade sem culpa, sempre que a "atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem." Em conformidade com a crítica aduzida por Judith MARTINS-COSTA:

A importância do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil é evidente e ainda não recebeu a atenção merecida pela crítica. Talvez porque haja dificuldades para que as pessoas entendam a função do próprio art. 159 do Código Civil de 1916 ou porque não entenderam a adoção do que é mais óbvio: no parágrafo único do art. 927 está consubstanciada a regra que o legislador adotou no último século para fixar casos especiais de responsabilidade objetiva, com a diferença de que esta regra é geral.

O legislador adotou no último século para fixação de normas a respeito da responsabilidade: sempre que a atividade danosa fosse produtora de riscos, a norma especial instituiu responsabilidade objetiva.

Com a regra geral foi outorgado poder aos Juizes para que, no caso concreto, havendo atividade que provoque risco a outrem, haja possibilidade de imputação de responsabilidade objetiva.⁵⁹

No entanto, tais considerações não retiram da culpa,⁶⁰ o lugar de pedra angular da responsabilidade civil,⁶¹ não sendo possível admitir a responsabilidade objetiva como regra geral em seu lugar. Eis que a culpa só é

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith.; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 76.

⁶⁰ "Reiteramos, contudo, que o princípio gravador da responsabilidade extracontratual no Código Civil é o da responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade sem culpa, pois esta também é a regra geral traduzida no novo Código, no caput do art. 927. Não nos parece, como apregoam alguns, que o novo estatuto fará desaparecer a responsabilidade com culpa em nosso sistema." (VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 15)

⁶¹ "A teoria da responsabilidade objetiva não pode, portanto, ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob a o novo aspecto enfocado pelo novo Código. Levemos em conta, no entanto, que a responsabilidade civil é matéria viva e dinâmica na jurisprudência." (VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 16)

afastada como critério da responsabilidade, delineando a responsabilidade objetiva, em áreas onde há um progresso tecnológico, passando a se lhe aplicar princípios diversos daqueles previstos para a generalidade das relações privadas pelas codificações modernas. E de tal modo, a poder se dizer, que a culpa não é excluída do sistema da responsabilidade civil, antes a responsabilidade baseada no risco a completa.⁶²

3.3 A AMPLIAÇÃO DOS DANOS SUSCETÍVEIS DE REPARAÇÃO E A COLETIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No âmbito da responsabilidade civil clássica, somente eram passíveis de reparação, os danos patrimoniais e individuais.

Durante um longo período, a doutrina e os tribunais se debateram acerca da indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais, controversia essa, que apenas cessou com a consagração da reparação do dano moral pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º.

No entanto, a ampliação dos danos ainda se revela no fenômeno de sua coletivização. Passou a se tutelar os denominados danos transindividuais, resultantes da violação de interesses difusos e coletivos.⁶³ E o primeiro diploma legislativo a consagrá-lo foi o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 81, parágrafo único, incisos I e II.

Trata-se de um fenômeno de coletivização, presente no âmbito da responsabilidade civil e inspirado por uma solidariedade social, que traz a relevo o desenvolvimento do sistema de seguros.

Em razão da superação do princípio da culpa em uma diversidade de setores da responsabilidade civil, suscitada por um processo de objetivação, a responsabilidade do lesante é transferida para uma companhia de seguros, pois ao mesmo tempo em que garante a reparação do dano ao lesado,

⁶² GUTIÉRREZ, Graciela. Op. cit., p. 23.

⁶³ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 36.

minimiza o ônus que pesa sobre o lesante.⁶⁴ Trata-se de um fenômeno produzido pela objetivação da responsabilidade civil como expõe Fernando NORONHA: "ao garantir a reparação dos danos sofridos, ela potencializa a evolução da responsabilidade no sentido da progressiva objetivação. A responsabilidade civil fica cada vez mais dependente da possibilidade de o responsável fazer ou não o seguro."⁶⁵

Uma vez superada a imoralidade com a qual se concebia esta forma de coletivização da responsabilidade civil, não estão excluídos de todo, os efeitos perversos, que podem ser suscitados pelo sistema de seguros, concebido por Geneviève VINEY como o "apagamento do responsável por detrás do segurador", ao que Fernando NORONHA observa:

O papel principal passa a ser o de segurador, que é que, no final, vai desembolsar a indenização. O denominado responsável só nominalmente terá essa condição: o verdadeiro obrigado passa a ser o segurador. E como o causador do dano passa a ser mero responsável nominal, a responsabilidade civil deixa de exercer uma importante função: a de prevenção de danos, pela natural diligência a que obrigaria as pessoas. Se quem tem de pagar é a companhia seguradora, as pessoas serão menos cuidadosas, multiplicando os acidentes. Por outro lado, como o seguro de responsabilidade civil, sobretudo aquele obrigatório, não tem condições de dosar os prêmios de acordo com o risco representado por cada segurado, considerado nas suas características individuais, os mais cuidadosos acabarão pagando para cobrir os danos causados pelos irresponsáveis.⁶⁶

Estaria, desta forma, comprometida a função preventiva da responsabilidade civil, e que resultaria ao lado de uma função sancionatória, novas funções da responsabilidade civil relevantes na atualidade.⁶⁷

⁶⁴ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 39.

⁶⁵ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 39.

⁶⁶ Op. cit., p. 39.

⁶⁷ "A função preventiva da responsabilidade civil também é similar a igual função da pena criminal. A responsabilidade civil também visa a dissuadir outras pessoas e ainda o próprio lesante da prática de atos prejudiciais a outrem. Obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, tanto pela mesma pessoa (prevenção especial), como por quaisquer outras (prevenção geral). Isto é importante sobretudo no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos)." (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 41).

4 BIOTECNOLOGIA: O DESAFIO CONTEMPORÂNEO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 OS DANOS DA BIOTECNOLOGIA

O século XX foi, a um tempo, marcado por guerras, conflitos e revoluções, nas quais se revelou um imenso poder de destruição da vida, criado pelo próprio homem. Por outro lado, nunca os avanços tecnológicos estiveram tanto à serviço da vida como estão agora, tanto que Volnei Garrafa, não obstante os fatos acima citados, não hesitou em afirmar que o século XX "foi também o século da vida".⁶⁸

Realmente, as ciências têm experimentado uma evolução nunca antes cogitada: a capacidade de criar e modificar os fundamentos da vida, através da biotecnologia: "toda técnica que utiliza organismos vivos ou suas partes para fazer ou modificar produtos, para aperfeiçoar plantas ou animais ou para desenvolver microorganismos para usos específicos."⁶⁹

No âmbito dessas técnicas que permitem a manipulação da vida, ainda avulta-se com especial atenção, a engenharia genética,⁷⁰ enquanto "conjunto das técnicas que tendem a transferir para a estrutura da célula de um ser vivente algumas informações genéticas que, de outro modo, ele não teria tido."⁷¹ Dentre essas técnicas, encontram-se a identificação de genes patogênicos; a produção de moléculas úteis ao homem; produção de vegetais

⁶⁸ GARRAFA, Volnei; BERLINGUER, Giovanni. Os limites da manipulação. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Mais! 1º dez. 1996.

⁶⁹ Definição do Comitê Nacional para Bioética da Itália (CNB) apud PEIXOTO, Ester Lopes. A tutela da engenharia genética: reflexões sobre a sua concretização no âmbito do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (organizadora). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 574.

⁷⁰ A engenharia genética foi acolhida constitucionalmente pelo artigo 225, §1º, incisos II e V da Constituição Federal de 1988.

⁷¹ Elio Sgreccia apud PEIXOTO, Ester Lopes. Op. cit., p. 575.

e animais (transgênicos); mapeamento genético; clonagem; seqüenciamento, transferência e conhecimento da estrutura e natureza dos genes.⁷² Neste âmbito, ganham maior atenção, a terapia gênica que consiste na introdução de um fragmento de DNA em células humanas, com a finalidade de prevenir ou curar doenças. E a clonagem, que consiste na retirada do núcleo de uma célula reprodutora e introdução do material genético do ser a ser clonado, permitindo o nascimento de outro ser, geneticamente idêntico ao doador dos genes.

O benefício gerado por tais técnicas é traduzido na obtenção de diagnósticos de alta precisão de doenças hereditárias ou a prevenção de doenças degenerativas como o mal de Parkinson e Alzheimer. No entanto, os benefícios das técnicas da biotecnologia não lhe retiram os riscos a que estão sujeitas como: a segurança dos trabalhadores que manipulam o material genético, o impacto dos organismos modificados no ambiente e na identidade da espécie humana, e a necessidade de proteção da saúde pública.⁷³ É neste momento, que se indaga: quais os "limites da manipulação"?⁷⁴ E chama-se a teoria da responsabilidade civil para exercer seu papel de controle, para reparação de danos causados, colocando em questão, a responsabilidade do manipulador, do científico biogenético, isto é, daquele que experimenta, trabalha e introduz organismos modificados no mercado.⁷⁵ Contudo, nesta perspectiva, seriam os princípios da responsabilidade civil, fundados na culpa e marginalmente na responsabilidade objetiva, esculpido pelas codificações para etapas já ultrapassadas de desenvolvimento tecnológico e econômico, suficientes para tanto?

4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E OS DANOS DA BIOTECNOLOGIA

⁷² PEIXOTO, Ester Lopes. Op. cit., p. 576.

⁷³ GUTIÉRREZ, Graciela. Op. cit., p. 172.

⁷⁴ GARRAFA, Volnei; BERLINGUER, Giovanni. Op. cit., passim.

⁷⁵ GUTIÉRREZ, Graciela. Op. cit., p. 172.

A responsabilidade civil decorrente da aplicação das técnicas de engenharia genética encontra previsão em nosso direito, na Lei nº 8.974/95, a qual estabelece normas para segurança e fiscalização das técnicas de engenharia genética, como estabelece seu artigo 1º.⁷⁶

No artigo 14 dessa mesma lei, encontra-se a previsão da responsabilidade objetiva, para aquele que causar danos ao meio ambiente ou a terceiros, em razão da aplicação de tais técnicas, a saber:

"Art. 14. Sem obstar a aplicação das penas previstas nesta Lei, é o autor obrigado, independente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade."

Trate-se de empresas públicas ou privadas, impõe-se a obrigação de indenizar os danos que causarem. Além disso, cogita-se de responsabilidade extracontratual, afastando-se a responsabilidade contratual, que deverá em tais casos, ser disciplinada pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor.⁷⁷

Na doutrina, encontram-se aqueles que propugnam por um alargamento do conceito de responsabilidade objetiva para tais casos, e que seria ilimitada face a uma ampliação do conceito de dano, havendo sempre a obrigação de indenizar, como argumenta Francisco Vieira LIMA NETO.⁷⁸

Resta indagar se há possibilidade de aplicação das excludentes de responsabilidade civil, isto é, o caso fortuito, a força maior e o fato de terceiro, para as empresas que desenvolvem atividades de engenharia genética.

⁷⁶ "Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente."

⁷⁷ PEIXOTO, Ester Lopes. Op. cit., p. 591.

⁷⁸ apud PEIXOTO, Ester Lopes. Op. cit., p. 590. Entende esta autora, que deve haver um temperamento a tal posicionamento, sob pena de inviabilizar o desenvolvimento das técnicas de aplicação de engenharia genética, que não obstante os riscos que ofereçam, trazem grandes benefícios à humanidade (Op. cit., p. 590-591).

Contudo, o mesmo autor argumenta ser impossível aplicar tais excludentes, por afastar a obrigação de indenizar imposta pela Lei nº 8.974/95.⁷⁹

4.2.1 A Responsabilidade Civil Médica e os Danos da Biotecnologia

A responsabilidade civil médica é segundo posição predominante, de índole contratual, fundamentada em um contrato *sui generis* ou inominado, ou ainda, atípico, congregando as características de ser *intuito personae*, de duração, sinalagmático, oneroso, não solene e rescindível unilateralmente por ambas as partes.⁸⁰

Há, no entanto, casos nos quais ela se configura como responsabilidade extracontratual, quando não há qualquer manifestação de vontade, como no caso do médico que atende pessoa acidentada em via pública.⁸¹

Impõem-se como pressupostos da responsabilidade médica: o agente, que é o médico; o ato médico comissivo ou omissivo, que deve ter ocorrido no exercício profissional; a culpa, englobando a negligência, a imprudência e a imperícia; e o nexo da causalidade entre a ação ou omissão e o dano.

Dentre tais pressupostos, ressaltam algumas discussões em torno da culpa. Trata-se de culpa comum, idêntica a que se atribui aos outros indivíduos ou de culpa profissional, decorrente de suas características técnicas?⁸²

Hildegard Taggesell GIOSTRI responde semelhante questão, afirmando se tratar de culpa comum, não obstante as tentativas em caracterizá-la como

⁷⁹ Apud PEIXOTO, Ester Lopes. Op. cit., p. 592.

⁸⁰ GIOSTRI, Hildegard Tagesell. **Erro médico**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 65.

⁸¹ GIOSTRI, Hildegard Tagesell. Op. cit., p. 62.

⁸² "Vista sob essa perspectiva, a culpa médica seria, então, uma espécie de culpa profissional, dela resultando a responsabilidade civil profissional que, como toda responsabilidade, emerge da transgressão de um dever jurídico preexistente, consistindo na obrigação de ressarcir, por meio de uma indenização, o prejuízo causado a outrem, advindo de uma conduta antijurídica." (GIOSTRI, Hildegard Tagesell. Op. cit., p. 49)

culpa profissional,⁸³ submentendo-se ao regime da responsabilidade subjetiva, por força do artigo 1.545 do Código Civil de 1916.

Enquanto erro de conduta, a culpa abrange a negligência, a imprudência e a imperícia, sendo que quanto a esta última, não se trataria propriamente de imperícia, mas de incapacidade, uma vez que o médico está habilitado por um diploma, outorgando-lhe uma presunção de capacidade, o que não significa que esteja capacitado para todas as demandas de sua profissão.⁸⁴

Se a culpa, no entanto, for exclusiva da vítima e não do médico, aplica-se esta como excludente de responsabilidade, tal como se passa com o caso fortuito e de força maior. Uma vez que a responsabilidade civil médica caracteriza-se como contratual, resta indagar se é o caso de obrigação de meio ou de resultado.

Parte-se da distinção, segundo a qual a obrigação de meio é aquela na qual o devedor está obrigado a empregar todo seu cuidado e diligência para obter um resultado útil ao seu credor, cabendo a este, o ônus de provar a culpa daquele, e a obrigação de resultado é aquela na qual o devedor vincula-se a obter um determinado resultado para seu credor, de tal modo que a ausência do resultado presume a culpa do devedor, cabendo a este provar que agiu com todo o cuidado e diligência, e que o resultado não foi produzido por um caso fortuito ou de força maior.

Hildegard Tagesell GIOSTRI argumenta acerca da inadequação da obrigação de resultado para caracterizar a atividade médica, dado ao fator álea presente no organismo humano. Deste modo, o médico não se compromete com a cura do paciente, mas a conduzir-se com diligência para obtê-la. Apenas em casos excepcionais, poderia se considerar a obrigação médica como de resultado, em razão da vontade das partes, da natureza da prestação ou por força de lei.⁸⁵

⁸³ GIOSTRI, Hildegard Tagesell. Op. cit., p. 38.

⁸⁴ GIOSTRI, Hildegard Tagesell. Op. cit., p. 43.

⁸⁵ Op. cit., p. 99.

Em um momento, no qual a responsabilidade civil fundada na culpa revela sinais de crise, diante das transformações que se processaram para as sociedades pós-industrializadas também a responsabilidade médica é erigida a critérios objetivos no âmbito das relações de consumo. Trata-se do artigo 14 da Lei nº 8.078/90, que estabelece a responsabilidade sem culpa para os hospitais, enquanto prestadores de serviços, mantendo de forma expressa em seu § 4º, a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, no caso, o médico.

Uma vez tecidas considerações gerais no âmbito da responsabilidade civil médica, resta indagar se tais regras aplicam-se nas intervenções médicas resultantes da biotecnologia, eis que inusitadas questões surgem: se como resultado da inseminação artificial heteróloga nasce uma criança com deformidades físicas, por falta de controle do material genético utilizado, o doador do esperma é responsável pelos defeitos apresentados? O médico inseminador está vinculado a uma obrigação de resultado? E o estabelecimento médico que realize a coleta do material genético tem alguma responsabilidade?⁸⁶

Em conformidade com as argumentações anteriormente expostas, entende-se que a obrigação do médico é de meio. Eis que, ao se obrigar a efetuar a inseminação em uma paciente, ele não pode se obrigar a garantir um resultado específico, isto é, o nascimento de um ser humano, e sequer a própria fecundação.

No entanto, considere-se o caso ocorrido em 1989, em uma cidade do centro da Itália. Uma mulher decidiu recorrer à inseminação artificial, após saber que seu marido era estéril. Algumas semanas após a realização da intervenção médica, notou que cresceram glândulas, sem a ocorrência da gravidez. Constatou-se que ela fora contaminada pelo vírus do HIV, presente no líquido seminal que não estava congelado, pois a mulher e seu marido

⁸⁶ Questionamentos realizados por Eduardo de Oliveira Leite. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.242.

havia feito o teste de HIV prévio à inseminação, sem a constatação da doença.⁸⁷

Neste caso, poderia se concluir com Eduardo de Oliveira LEITE, que se o médico não pode se vincular a um resultado específico, como a fecundação ou nascimento da criança, no entanto, assume uma obrigação de resultado no que se refere a preservar a integridade do paciente.⁸⁸

No que se refere à segurança do material e suas futuras conseqüências genéticas, entende-se estar diante de uma obrigação de resultado atenuado, como argumenta Atílio ALTERINI, colocando a cargo do médico o ônus de provar a falta de culpa para exonerar-se da responsabilidade.

Nesse sentido, verifica-se a ocorrência de um caso nos Estados Unidos, segundo o qual, uma mulher e um homem de cor branca, casados entre si, procederam a uma inseminação artificial com sêmen de terceiro, nascendo uma menina de cor negra. Por entender-se que o médico não realizou a inseminação artificial segundo a solicitação do casal quanto à escolha do sêmen, foi responsabilizado pelos danos causados, por uma obrigação de resultado.⁸⁹

A responsabilidade atenua-se ou agrava-se conforme se trata de inseminação homóloga ou heteróloga. Se a primeira, é considerada como uma obrigação de meio, Alberto BUERES considera que no caso de fecundação assistida com o sêmen de um doador, existe uma obrigação maior para os médicos e os centros assistenciais, que assumem uma obrigação tácita de segurança na órbita contratual. Por isso, a responsabilidade é objetiva e dela

⁸⁷ Apud LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 256.

⁸⁸ "Mas a obrigação de resultado ressurgue veemente na obrigação do médico de preservar a vida e a integridade física da mulher receptora. No caso de mulher receptora a ocorrência de obrigação de meio não exime o médico da obrigação de resultado, vez que o direito à vida (direito da personalidade) e o direito à integridade física estão aqui presentes e não podem ser afastados durante todo o procedimento médico. O fato de pretender gerar uma nova vida não pode admitir a anulação de sua própria vida." (LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 252)

⁸⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 255.

só se exime, se o lesante provar a falta do nexo causal. Isto significa que a assunção do risco pelo paciente para absorver o dano é quase inexistente.⁹⁰

Trata-se de proteger o ser humano desde a sua concepção, impondo-se a responsabilidade aos médicos e às clínicas pelos danos causados à integridade física do nascituro.

Do mesmo modo, o consentimento da vítima não exime a responsabilidade do médico, mesmo que ela conhecesse ou pudesse conhecer a possibilidade de má-formações congênitas de herança genética do doador. Eis que cabe ao médico, o dever jurídico de constatar a normalidade do elemento injetado.⁹¹

Considerando-se que os hospitais são responsáveis pelos atos de seus prepostos, médicos e enfermeiras, por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, Eduardo de Oliveira LEITE argumenta que os bancos de sêmen são responsáveis pelos danos causados em seus pacientes, em razão da conduta culposa ou dolosa dos seus responsáveis pelas procriações artificiais.⁹² No entanto, veja-se que tal regra foi ultrapassada pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, que para tais casos impõe a responsabilidade objetiva fundamentada no risco, prescindindo de culpa presumida.

Quanto à responsabilidade do doador do material genético, deve-se argumentar, inicialmente que se trata de um ato que deve ser dotado de gratuidade, já que implica em dispor de elementos do corpo, que compõem a personalidade do indivíduo.⁹³ Cabe ao doador dar seu consentimento, que pode ser revogado. Se, no entanto, na manipulação do material doado, o médico ou o banco de sêmen age com culpa, misturando-o com o de outros

⁹⁰ GUTIÉRREZ, Graciela. Op. cit., p. 186.

⁹¹ GUTIÉRREZ, Graciela. Op. cit., p. 186.

⁹² LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p.244.

⁹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 249-250.

doadores ou revelando o anonimato do doador, há danos que devem ser reparados com base no artigo 186 do Código Civil.

No âmbito da engenharia genética, ainda encontra lugar a eugenia, como técnica de aplicação de leis biológicas para melhoramento da espécie humana, ou com finalidades terapêuticas, com vistas a impedir, por exemplo, o nascimento de crianças com anomalias genéticas.

Tais práticas, ao menos no que se refere a sua utilização para melhoramento da espécie humana, tem sido rechaçadas de ilicitude, ao menos no âmbito do direito argentino, segundo o que informa Rosana Pérez de LEAL, por contrariar os artigos 953 e 1071 daquele Código Civil.⁹⁴

Trata-se, em tal caso, do exercício abusivo de direitos, já que o médico estaria contrariando os fins para os quais o direito que emana de seu título lhe outorga. Eis que, pelo Código de Ética Médica, o médico não poderia utilizar seus conhecimentos contra as leis da humanidade.

Em tais casos, o médico não se eximiria da responsabilidade, ainda que tivesse atuado segundo o consentimento do paciente e seus familiares, subsistindo o dever de informar e advertir sobre a possibilidade de transmissão genética de doenças ou defeitos físicos.⁹⁵

4.2.2 O Consentimento Informado

Em sua atuação, o médico pode ser responsável não apenas pelo descumprimento de um dever genérico de respeito aos direitos da personalidade ou da violação de deveres contratuais, mas também do dever de informação.⁹⁶

⁹⁴ **Responsabilidad civil del médico.** Tendencias clásicas y modernas. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995, p. 231.

⁹⁵ LEAL, Rosana Pérez de. Op. cit., p. 230.

⁹⁶ DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 275.

Trata-se do consentimento informado, pré-requisito essencial para o tratamento ou intervenção médica, que uma vez desconsiderado, pode gerar a responsabilidade civil do médico. Eis um novo aspecto que surge do impacto das biotecnologias diante dos direitos da personalidade, tornando ainda mais delicado o âmbito da responsabilidade civil médica: "jogando com valores tão essenciais, indissolúveis e ilimitáveis como são os direitos de personalidade (v.g. direito à vida, direito à integridade física, direito à saúde), o médico percorre, a cada instante, um espinhoso caminho em que licitude e ilicitude nem sempre apresentam contornos perfeitamente definidos."⁹⁷

Nos atos de disposição corporal, impõe-se ao médico a obrigação de informar o paciente os riscos e conseqüências da intervenção ou tratamento a ser realizado. Trata-se de um diálogo a ser travado entre médico e paciente, em linguagem acessível a este último, no qual ambas as partes trocam informações sobre as possibilidades de êxito e riscos envolvidos no tratamento proposto, não se admite que seja reduzido ao preenchimento de um formulário, mas deve se caracterizar como um processo, interativo e dinâmico.⁹⁸

Trata-se de um requisito ético e jurídico para validade dos atos de intervenção corporal, cujo fundamento está no poder de autodeterminação dos indivíduos, mas diferenciando-se da vontade negocial exigida para prática de atos patrimoniais e extrapatrimoniais, por ser informado, isto é, precedido de um aconselhamento médico, sobre as possibilidades e riscos da intervenção médica.⁹⁹

Com efeito, o momento de informar o paciente, para obtenção desse consentimento livre e esclarecedor, considerado como mais adequado é aquele no qual ele tenha capacidade e liberdade para decidir, de tal modo, que ele se constitui em: "decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo,

⁹⁷ DIAS, João Álvaro. Op. cit., p. 274.

⁹⁸ DIAS, João Álvaro. Op. cit., p. 281.

⁹⁹ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 177.

visando a aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas conseqüências e dos seus riscos."¹⁰⁰

Nessa perspectiva, poder-se-ia indagar se há liberdade para consentir para aquele que se encontra diante da possibilidade doar sangue como pena alternativa pela prática de crime de menor gravidade, ou para o doador incapaz, através de seus representantes legais, em transplantes de medula óssea, como versa o seguinte caso:

Criança com oito anos de idade faz exames de medula óssea para, inicialmente, doá-la a um parente que sofria de leucemia. Com o falecimento deste, o transplante não ocorre, mas o hospital conserva o resultado dos exames. Outra criança apresenta problema idêntico e uma busca de medula revela a compatibilidade com aquela já examinada. O hospital entra em contato com a família do possível doador, explica a situação e pede autorização para efetuar o transplante aos pais, representantes legais da criança. Estes, após consultarem o filho, consentem em tal intervenção médica, feita na seqüência.¹⁰¹

Deste modo, aquele que dá o consentimento, deve ser pessoa capaz, em conformidade com os artigos 3º e 4º do Código Civil, autônoma e apta a entender as informações. E de tal modo, que pessoas consideradas vulneráveis, seriam incapazes de prestar consentimento informado, incluindo-se neste grupo: crianças, prisioneiros, internos de casas de saúde ou pessoas com problemas mentais, desempregados, refugiados e minorias étnicas e raciais.¹⁰²

Caberia questionar se os absolutamente incapazes poderiam ser representados por seus pais em semelhante situação, encontrando-se para tanto a negativa de Orlando de CARVALHO:

Advirta-se, por fim, que a cedência de elementos regeneráveis não deixa de estar sujeita ao princípio de que, nas atitudes médico-

¹⁰⁰ Joaquim Clotet apud CARBONERA, Silvana. **Reflexões acerca do consentimento informado de incapazes em intervenções médico-cirúrgicas e pesquisas biomédicas**. Digitado, 1997, p. 9.

¹⁰¹ CARBONERA, Silvana. Op. cit., p. 1.

¹⁰² CARBONERA, Silvana. Op. cit., p. 9.

cirúrgicas em benefício de outrem, o consentimento, que é sempre autorizante, tem de ser rigorosamente pessoal. O consentimento presumido e o consentimento através de pai ou tutor devem ser rigorosamente excluídos. No dia em que os pais se julgassem com direito a dispor, ainda que em benefício de outro filho, da medula ou do sangue de um filho menor, abria-se a porta às maiores violações da personalidade das crianças (sobretudo das mais pequenas e indefesas). A experiência criminal moderna já há muito nos devia ter desiludido da idéia, sempre falsa, de que 'charity begins at home' (aliás, a frase inglesa traduz, não uma verificação, mas uma injunção: é um 'ought to be', e não um 'be').¹⁰³

Se houver a impossibilidade de obtenção do consentimento informado dos responsáveis pelo incapaz, caberá ao médico decidir com base no estado de necessidade médica e do risco da não intervenção.¹⁰⁴

No entanto, hoje já está pacificada a possibilidade de consentimento pelos responsáveis do incapaz para fins de transplante de medula óssea.

Assim, nos casos de reprodução humana medicamente assistida, impõe-se o consentimento da mulher e do marido submetidos à intervenção médica (casal receptor), bem como do doador do material genético (sêmen ou gametas femininas) e seu cônjuge ou companheiro (casal doador).

Tal exigência, apresentada por João Álvaro DIAS, quanto ao consentimento de terceiro, não repousa na autonomia corporal, mas na necessidade de convivência harmoniosa do casal,¹⁰⁵ justificando o mencionado autor:

não cabe ao médico o papel de garante da filiação, do mesmo passo que não deverá ser tarefa sua avaliar a capacidade (v.g. psicológica) de uma pessoa ou de um casal que deseja ter um filho, a verdade é que não se descortinam razões para que ele não deva exigir, inclusive no seu próprio interesse de se colocar a salvo de futuras acções judiciais, o consentimento do cônjuge, no caso de

¹⁰³ Apud GEDIEL, José Antônio Peres. Op. cit., p. 183.

¹⁰⁴ GEDIEL, José Antônio Peres. Op. cit., p. 185.

¹⁰⁵ "...a acuidade do consentimento do cônjuge não se coloca nos mesmos termos para o casal doador e para o casal receptor. Se em relação ao primeiro não repugna prescindir do consentimento do cônjuge, embora se trata de uma solução potenciadora de conflitualidade conjugal, já em relação ao casal receptor facilmente se adivinha que submeter-se a mulher a tais procedimentos sem consentimento do marido será sinónimo, num número substancial de casos, de uma ruptura inevitável". (DIAS, João Álvaro. Op. cit., p. 293-294)

serem utilizados gâmetas ou embriões provenientes de terceiros.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NA REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA

4.3.1 Responsabilidade Civil do Marido

Nos casos de inseminação artificial heteróloga, praticada pelo cônjuge que utiliza o espermatozoides de um terceiro, surge a questão da responsabilidade civil do marido.

Nesse caso, o consentimento do marido é um dos requisitos para que se processe a inseminação heteróloga. Por força da presunção legal de paternidade, esta é atribuída ao marido, não podendo posteriormente impugná-la ou alegar desconhecimento da paternidade, em conformidade com nosso sistema de estabelecimento da filiação matrimonializada. Diante disso, será o marido responsável se ele impugnar a paternidade jurídica, diante de uma inseminação heteróloga para a qual ele prestou seu consentimento? No direito argentino, Graciela GUTIÉRREZ aponta para a aplicação da doutrina dos atos próprios, uma vez verificada a contrariedade ao princípio da boa-fé, enquanto princípio geral do direito, tornando abusiva tal impugnação de paternidade: "*Si una mujer casada, por imposibilidad física de su cónyuge o suya propia, admite con el consentimiento del marido llegar a esa solución, es evidente que la negativa del cónyuge a aceptar el hijo provoca daños patrimoniales y morales cuya reparación es procedente. La Corte de Nueva York en dos juicios similares ordenó el marido pasar alimentos y sustento al hijo así concebido.*"¹⁰⁶

Nesse caso, o marido seria responsável a prestar alimentos ao filho nascido, já que presentes os pressupostos da responsabilidade civil: a prática de um fato humano; a antijuridicidade material traduzida na contrariedade ao princípio da boa-fé; a existência de um dano; e a causalidade entre a

¹⁰⁶ GUTIÉRREZ, Graciela. Op. cit., p. 181.

impugnação de paternidade e o prejuízo causado. E teria como legitimados ativos, a mãe e o filho, para acionar o marido.

Além disso, o marido seria responsável se tivesse obrado com culpa ou dolo, crendo negligentemente que poderia aceitar sem problemas a paternidade de um filho alheio, o que não seria necessário comprovar, uma vez que a contrariedade à boa-fé expressa um critério objetivo que prescinde de tal subjetividade.

Cogita-se ainda, da necessidade de consentimento do casal sobre o destino dos embriões excedentes. João Álvaro DIAS adverte ser preferível tal consentimento, do que atribuir à instituição tal poder de disposição. Trata-se de fundamentar tal exigência na prerrogativa dos doadores de material genético, em limitar ou não sua destinação.¹⁰⁷

Em conformidade com as características de contrato médico, anteriormente visualizado, no sentido de sua personalidade, a relação médico-paciente, de troca de informações, revela-se baseada na confiança. Isto gera para o médico, o dever de confidencialidade, cuja violação é suscetível de responsabilidade civil, além da disciplinar e criminal.

Este dever abrange não apenas fatos desconhecidos, como fatos conhecidos, objeto de conjecturas públicas. No entanto, o médico está legitimado a revelá-los no cumprimento do dever jurídico de interesse público ou privado legítimo.¹⁰⁸

Assim, tanto a mulher enquanto "doente -receptora" como o doador ou doadora do material genético em inseminação artificial são protegidos pelo segredo médico, preservando-se o anonimato da doação. Salvo quando se

¹⁰⁷ DIAS, João Álvaro. Op. cit., p. 296.

¹⁰⁸ A este respeito, João Álvaro Dias descreve o caso ocorrido em 1976: determinado doente tratava-se com um psiquiatra, tendo-lhe revelado, que pretendia matar sua namorada. O psiquiatra não fez qualquer tentativa para avisar a moça ou seus pais, embora tenha chegado a conclusão de que o doente representava um perigo muito sério de violência. Dois meses depois, o crime foi consumado. O Supremo Tribunal da Califórnia entendeu que recaía sobre o médico o dever de avisar ou alertar a polícia ou desenvolver outras diligências atentas as circunstâncias. Diante do dever de confidencialidade, o tribunal entendeu que este interesse seria superado pelo interesse público de proteção às vítimas. (Op. cit., p. 305)

tratar, por exemplo, de uma criança que nasce com malformação, em razão de uma seleção negligente do doador ou da técnica utilizada pelo médico.¹⁰⁹

4.3.2 Responsabilidade Civil dos Pais por Transmissão de Enfermidades

Em 1950, o tribunal de Piacenza decidiu em um caso de filiação natural, no qual os pais seriam responsáveis por terem concebido um filho a qual transmitiram sífilis. Tal procedimento seria culpável, pois sabiam que transmitiriam aquela doença infecciosa.

Com mais razão, seriam responsáveis os pais, por se tratar de filho nascido de inseminação artificial, por enfermidades hereditárias ou por contágios, através de técnicas de reprodução medicamente assistida.

Para que essa responsabilidade exista perante os filhos, é necessário que se trate de doença grave, que os pais conheçam ou poderiam conhecer, agindo com diligência e que o contágio ocorra por inseminação artificial. Em de inseminação heteróloga, na qual os pais conheçam ou poderiam conhecer o defeito do gameta que provocou a enfermidade, tal responsabilidade tornar-se-ia inescusável.

O fato de as soluções esboçadas pela responsabilidade civil, aos casos expostos, não conseguirem se distanciar da culpa, leva-nos a questionar se este princípio, esboçado pelas vestes do patrimonialismo vigente nas codificações oitocentistas, preservariam, hoje, a dignidade da pessoa humana diante das leis do mercado, suscitadas pelas biotecnologias.

5. DANOS À PESSOA: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PRESENÇA DO MERCADO

Chama-se atenção para dois casos de coleta de partes do corpo humano para exame de DNA, com vistas a determinar a paternidade biológica, ambos objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal:

¹⁰⁹ DIAS, João Álvaro. Op. cit., p. 308.

Investigação de paternidade - exame DNA - condução do réu 'debaixo de vara'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da inangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

Neste caso, assegurou-se a intangibilidade do corpo humano, em nome da dignidade da pessoa humana, diante da recusa do pretense pai a ser submetido à coleta do material genético.

Em outro caso semelhante, também de coleta de material genético para ser submetido a exame de DNA, coletou-se produto de corpo humano, a placenta de uma extraditanda grávida, após o parto com a finalidade de determinar a paternidade biológica da criança. Tais fatos, aduzidos em uma reclamação, que foi objeto de decisão, perante o Supremo Tribunal Federal, foram noticiados nos seguintes termos:

Colisão de direitos fundamentais. O tribunal, por maioria, conheceu como reclamação o pedido formulado contra a decisão do juízo federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que autorizava a coleta da placenta de extraditanda grávida, após parto, para a realização de exame de DNA com a finalidade de instruir inquérito policial instaurado para a investigação dos fatos correlacionados com a origem da gravidez da mesma, que teve início quando a extraditanda já se encontrava recolhida à carceragem da Polícia Federal, em que estariam envolvidos servidores responsáveis por sua custódia. Considerou-se que, estando a extraditanda em hospital público sob a autorização do STF, e havendo a mesma manifestado-se expressamente contra a coleta de qualquer material recolhido de seu parto, vinculando-se a fatos constantes dos autos da Extraditanda (queixa da extraditanda de que teria sofrido 'gravidez não consentida' e 'estupro carcerário'), a autorização só poderia ser dada pelo próprio STF.

Nesse caso, também houve recusa expressa por parte da extraditanda para coleta de qualquer material de seu corpo, no caso a placenta, após o parto. No entanto, ao contrário do caso anterior, a decisão do Supremo

Tribunal Federal não se pautou na intangibilidade do corpo humano ou no princípio da dignidade da pessoa humana. E como decorrência desse princípio, avulta o direito à intimidade. Trata-se de indagar sobre o sigilo dos exames genéticos ao qual teria direito aquele que se submete.

Quanto à divulgação de exames genéticos, ou similares, entende-se que somente o doente deverá ser informado, podendo optar por não partilhar com terceiros semelhante informação.¹¹⁰

No caso em questão, como ficam os danos causados pelo descumprimento desse dever de confiabilidade? Eis que não há como respeitar o direito à intimidade da paciente, diante do interesse que se criou na sociedade por se saber quem é o pai da criança.

O direito à intimidade revela-se na intimidade genética, que abrange: a "identidade genética" da pessoa; a "individualidade genética", enquanto expressão fenética da pessoa na família; e a "integridade genética", na qual se reconhece a esfera social da genética humana.¹¹¹ No caso em questão, verifica-se que a primeira e a última modalidade de intimidade genética não foram respeitadas, podendo gerar danos.

A utilização de tais exames nas relações de trabalho, já foram objeto de manifestação do Parlamento Europeu na Resolução nº A2-327/88, possibilitando aos trabalhadores o direito de serem informados antes da realização do exame e a recusa à sua realização.¹¹²

Tais danos, ocasionados à pessoa, no que se refere aos avanços da engenharia genética, suscitando intervenções no corpo humano e dispondo dos direitos da personalidade, revela um dos perfis contemporâneos da responsabilidade civil.

Trata-se da expansão dos danos suscetíveis de reparação, que se desenvolve ao lado da objetivação da responsabilidade civil e sua

¹¹⁰ DIAS, João Álvaro. Op. cit., p. 308.

¹¹¹ PEIXOTO, Ester Lopes. Op. cit., p. 581.

¹¹² PEIXOTO, Ester Lopes. Op. cit., p. 580.

coletivização. Estes últimos desenvolvimentos já foram apreciados no início deste trabalho, traduzindo-se, respectivamente, no distanciamento do princípio da culpa, em razão da fase de Revolução Industrial, na qual se verifica o declínio da responsabilidade individual em favor do sistema de seguros, transferindo para a coletividade, o ônus que pesa sobre o responsável.¹¹³

No âmbito do discurso proprietário, proferido pelas codificações modernas, pelo individualismo burguês e o sistema capitalista de produção, somente tinha sentido, a indenização dos danos patrimoniais.

Nesse contexto, a pessoa é concebida como o sujeito de direito que se configura como mero elemento de uma relação jurídica, por um lado, mas o indivíduo proprietário, por outro, detentor de titularidades, dentre as quais, seu próprio corpo:

...sob a ótica codificatória oitocentista, o dano (*el mal hecho*) à pessoa se justificava '*en la supuesta existencia de un verdadero derecho del sujeto sobre el propio cuerpo, concebido a imagem y semejanza del derecho de propiedad*'. A frase '*eu sou dono de meu corpo*' expressa lapidarmente essa lógica. O corpo humano, reificado, é visto como objeto de um direito de propriedade, integrante de um patrimônio individual, e, como os demais bens patrimoniais, pode ser objeto de mercancia.¹¹⁴

Não há espaço para os danos à pessoa, concebidos como tal, aqueles que incidem sobre "qualquer aspecto do ser humano considerado em sua integridade psicossomática e existencial", denominado de dano biológico, dano à saúde, dano ao projeto de vida e dano moral.¹¹⁵

O alargamento da esfera dos danos, admitindo novas modalidades de sua reparação, revela a descentralização da responsabilidade civil do dano patrimonial, para abranger os danos extrapatrimoniais.

¹¹³ NORONHA, Fernando. p. 39.

¹¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In: ;_____. (organizadora) **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 412.

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 417.

Em nosso direito, essa passagem mostrou-se tormentosa, diante das dificuldades em se admitir a indenização do dano moral. Anteriormente, não se concebia que a lesão a direito personalíssimo pudesse causar danos, de tal modo, que alguns não hesitaram em afirmar que a indenização do dano moral seria constituiria em enriquecimento sem causa (Alfredo Colmo), ou mera extravagância do espírito (Lafayette). Mas razões de equidade levaram a reparação do dano moral encontrar acolhida na jurisprudência e consagração expressa no texto constitucional em seu artigo 5º, V e X, caindo por terra qualquer argumento em sentido contrário. Eis que é com a Constituição Federal de 1988, que a dignidade da pessoa humana afirma-se como princípio constitucional, diretamente aplicável às relações privadas.

Na medida em que se desloca para o centro da responsabilidade civil o dano, coloca-se a pessoa no centro do ordenamento jurídico, valorando-a pelo simples fato de ser pessoa, isto é, irreduzível em sua "subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e, por isto mesmo, titular de atributos e interesses não mensuráveis economicamente."¹¹⁶

E isso ocorre, porque como revela Atilio ALTERINI, "*...hay un hombre detrás de cada daño causado. Al privilegiar al hombre-víctima con relación al hombre-victimario se considera la situación particular de la sociedad contemporánea, convertida por la tecnología, a la par que fascinante, en altamente riesgosa; y al hacerlo, se atiene al sentir común del hombre de nuestros tiempos.*"¹¹⁷

Mas resta indagar, se o mesmo direito dos danos que protege a pessoa, não possibilita a presença do mercado. Neste aspecto, ressaltam alguns questionamentos: o contexto no qual se desenvolve o consentimento informado revela em suas entrelinhas o modelo das relações de consumo?

Eis que a relação médico-paciente erige-se como um processo, no qual se faz presente o dever de informar. Com efeito, busca-se a obtenção de um

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 408.

¹¹⁷ Apud GUTIÉRREZ, Graciela. Op. cit., p. 24.

consentimento livre, isento de vícios, que legitime a intervenção corporal em seus aspectos ético e jurídico.

Além disso, a responsabilidade civil exige novos desenvolvimentos, transpondo os limites da civilística clássica dentro dos quais ela foi concebida inicialmente. E isto ocorre, no momento em que a ciência avança como desenvolvimento de novas tecnologias, que se multiplicam nas relações de mercado, exigindo novas concepções jurídicas para sua atuação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O esboço histórico da responsabilidade civil demonstra que entre os povos primitivos ela se caracterizava por uma objetivação. A idéia de reparação estava associada à injustiça do dano, pois não se fazia qualquer distinção entre responsabilidade penal e civil ou entre responsabilidade contratual e extracontratual.

No entanto, é neste contexto alheio à culpa, mais precisamente, entre os romanos que serão encontradas as raízes de uma reparação pautada na subjetividade do agente: a *Lex Aquila*.

A tarefa de elaboração de uma teoria geral da responsabilidade civil foi desenvolvida pelos modernos por influência do direito canônico e do jursracionalismo. Para tanto, erigiram a culpa ao lugar não apenas de critério, mas de condição da reparação do dano. Transpondo-se tais idéias para as codificações, restou consignado o princípio de que não há responsabilidade sem culpa.

No entanto, a consagração desse princípio atendia aos anseios de uma sociedade pré-capitalista, que não poderia se ver onerada pela reparação de todos os danos causados, sob pena de inviabilizar a atividade produtiva.

Esse modelo de responsabilidade logo mostrou sinais de insuficiência, não atendendo às necessidades que se impunham por força das transformações suscitadas pela Revolução Industrial e o advento de uma era tecnológica.

Para os novos danos surgidos dessas atividades, formulou-se o princípio do risco, ensejando a responsabilidade sem culpa, pautada no fenômeno de objetivação ao lado da ampliação dos danos e da coletivização da reparação.

Não obstante a consagração em leis especiais, pela jurisprudência, e até mesmo pelo Código Civil, de casos de responsabilidade objetiva, esta não se tornou a regra geral de nosso sistema, capaz de revelar uma superação da culpa como fundamento da reparação dos danos. Ao contrário, afasta-se a subjetividade do agente para impor a obrigação de indenizar com base no risco, apenas naquelas áreas nas quais os avanços tecnológicos são experimentados.

Dirigindo a investigação para os danos produzidos pela biotecnologia, verifica-se a impropriedade da responsabilidade subjetiva, e o acolhimento da responsabilidade objetiva para sua reparação. Entretanto, não se consegue afastar de todo, os critérios de subjetividade do agente, como é o caso da responsabilidade civil médica, o que significa que o princípio da culpa resta incólume em seu lugar de fundamento da responsabilidade civil.

Na reparação dos danos é necessário perfazer o princípio da dignidade da pessoa humana, evidenciando-se no processo de objetivação, a repersonalização da responsabilidade civil.

Entretanto, é necessário ter-se em conta, que as técnicas de manipulação da vida, por vezes, submetem-se às leis de mercado, o que se deve ter bem presente, quando se fala, por exemplo, do consentimento informado. Resta saber, como reconstruir um direito da responsabilidade civil capaz de superar a presença do mercado e propiciar a prevalência da dignidade da pessoa na reparação dos danos surgidos dos avanços da biotecnologia.

7 REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. La responsabilità civile. In: BESSONE, Mario. **Casi e questioni di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1979.

ALTERINI, Atílio Aníbal. **Responsabilidad Civil**. Limites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil. 3ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 5ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CARBONERA, Silvana. **Reflexões acerca do consentimento informado de incapazes em intervenções médico-cirúrgicas e pesquisas biomédicas**. Digitado, 1997.

CASO, Rubén H. Compagnucci de. **Manual de obligaciones**. Buenos Aires: Astrea, 1997.

DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989.

GARRAFA, Volnei.; BERLINGUER, Giovanni. Os limites da manipulação. **Jornal Folha de São Paulo**, Caderno Mais! 1º de dez. 1.996.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GIOSTRI, Hildegard Tagesell. **Erro médico**. Curitiba: Juruá, 1998.

GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GUTIÉRREZ, Graciela. **La responsabilidad civil en la era tecnológica**. Tendencias y prospectiva. Buenos Aires: Abeledo -Perrot, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEAL, Rosana Pérez de. **Responsabilidad civil del médico**. Tendencias clásicas y modernas. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **Os contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (organizadora). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ ; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 761, p. 31-44, março de 1999.

PEIXOTO, Ester Lopes. A tutela da engenharia genética: reflexões sobre a sua concretização no âmbito do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (organizadora). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2. Éd., Paris: Économica., 1989.

VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. V.1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 3ª Ed., São Paulo: Atlas, 2003.

VINEY, Geneviève. **Introduction à la responsabilité**. In: GHESTIN, Jacques (direction). *Traité de droit civil*. 2. Éd., Paris: L.G.D.J., 1995.