

NOTAS SOBRE O OBJETO CONTRATUAL EM FACE DA BIOTECNOLOGIA A PARTIR DO “ENSAIO SOBRE A DÁDIVA”

NOTES ON THE SUBJECT OF CONTRACT IN FACE OF BIOTECHNOLOGY FROM THE “ESSAY ON THE GIFT”

*Laura Garbini Both*¹

*Rosalice Fidalgo Pinheiro*²

RESUMO

Na contemporaneidade, o jurista depara-se com situações para as quais o Direito não apresenta respostas. Doação de órgãos, “barriga de aluguel” e circulação dos dados genéticos, ensaiados pelo avanço das biotecnologias, compõem o “*vivante*” e tornam-se objeto de circulação no mercado, suscitando um paradoxo: a pessoa converte-se em objeto contratual (BELLIVIER e NOIVILLE). A propriedade e o contrato, forjados pelo Direito Moderno, mostram-se incapazes de dissipar esse paradoxo, restando sua completa inadequação para tutelar a pessoa no tráfego negocial. Valendo-se dos ensinamentos de Roppo, deposita-se no contrato a causa dessa inadequação: nos ordenamentos capitalistas as relações entre os homens assumem o aspecto das relações de mercado, prevalecendo, por necessidade do sistema econômico, a lógica da correspectividade. Nas sociedades modernas a liberdade se perfaz na “troca de equivalentes”, o que se traduz em ausência de liberdade fora do mercado. Por isso, nos sistemas jurídicos, informados pela ordem capitalista, excluem-se do objeto contratual situações destituídas de patrimonialidade. Eis que em situações, como a doação de órgãos, “barriga de aluguel” e circulação de dados genéticos, falta a liberdade de mercado. Voltando os olhos para o “*Ensaio sobre a Dádiva*”, obra de Mauss, objetiva-

¹ Doutoranda em Educação junto ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Mestre em Antropologia Social junto ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Paraná. Professora de Sociologia e Antropologia do curso de graduação em Direito das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

² Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professora Adjunta de Direito Civil nas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil. Professora titular de Direito Civil do Centro Universitário Curitiba.

se realizar um diálogo entre Direito e Antropologia, capaz de apontar respostas para o quadro descrito. A dádiva, no sentido discutido por este autor, pode ser entendida e expandida para além do Estado e do mercado, pois circula em favor do laço social, das relações de reciprocidade, expressando portanto, como notado por Godelier, Caillé, Godbout e Lanna, uma liberdade diversa, uma outra liberdade possível. Assim, utilizando-se da perspectiva etnográfica, a partir de alguns formulários, pelos quais se instrumentaliza o “*don*”, o trabalho recolhe como conclusões parciais, a constatação de que o Direito Privado Moderno excluiu a dádiva do objeto contratual. E, aproximá-la do sistema jurídico pode esboçar respostas para os paradoxos vividos pelo jurista contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE

Biotecnologia; Contrato; Dádiva; Liberdade; Mercado.

ABSTRACT

In contemporary times, the lawyer is faced with situations for which the law does not provide answers. Organ donation, "surrogate" and movement of genetic data, tested by the advance of biotechnology, comprise the "vivant" and become subject to the market, posing a paradox: a person becomes a contractual object (BELLIVIER and NOIVILLE). The property and contract, forged by the Modern Law, they are unable to dispel the paradox, leaving its utter inadequacy to protect the person in the trade negotiations. Drawing on the teachings of Roppo, is deposited in the contract because of this inadequacy: in jurisdictions capitalist relations between men assumes the aspect of market relations, prevailing economic system by necessity, the logic of correspondingly. In modern societies the freedom that makes the "exchange of equivalents," which translates into lack of freedom out of the market. Therefore, in legal systems, informed by the capitalist order are excluded from the contractual object devoid of patrimonial situations. Behold, in situations such as organ donation, "surrogate" and movement of genetic data, lack of market freedom. Turning his eyes to the "Essay on the Gift", the work of Mauss, the objective is to achieve a dialogue between law and anthropology, capable of pointing responses for the scenario described. The donation, in the sense discussed by this author, can be understood and expanded beyond the state and market, as circulated in favor of social ties, relationships of reciprocity, thus expressing, as noted by Godelier, Caillé, Godbout and Lanna, a diverse freedom, another possible freedom. Thus, using ethnographic perspective from some forms, are instruments by which the "don", the paper includes as part conclusion, the finding that the Modern Private Law deleted the gift of contractual object. And, closer to the legal system can sketch answers to the paradoxes faced by contemporary jurist.

KEYWORDS

Biotechnology; Contract Gift; Freedom; Market.

Sumário: *Introdução. 1. “Vivant”: um novo objeto contratual. 2. Do contrato ao “Don”: notas de ressignificação do contrato. 3. O “ensaio sobre a dádiva”: um novo “mito fundante”. 4. A dádiva e a etnografia do “vivant”: outra liberdade possível? Conclusão. Referências.*

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, a biotecnologia oferece múltiplas possibilidades de exploração dos organismos vivos: da bactéria ao corpo humano, conjugam-se bens materiais e imateriais, sob a forma de células, tecidos e informações genéticas. Bellivier e Noiville chamam a atenção para este fato, e trazem à cena uma nova categoria: “*le vivant*”. Ignorado pelo Direito Moderno, o “*vivant*” rompe as barreiras entre o natural e o artificial, restando como “recurso biológico explorável” (2006, 43). Sob esta locução, ensaia-se uma ruptura no plano antropológico, capaz de lançar suas consequências no direito dos contratos.

Sob o signo do “*don*”, um mesmo indivíduo pode dispor de seu corpo para fins de transplante ou para fins de ceder a um biobanco as informações contidas em seus genes. Cogita-se do despertar de uma inquietude, que toma conta do direito dos contratos: a pessoa ocupa o lugar do objeto contratual. A contratação do “*vivant*” coloca em causa a patrimonialidade do objeto do contrato, a ponto de subverter sua civilística clássica. Para compreender o significado desta asserção, é necessário recorrer à relatividade e historicidade do contrato, afirmando-se que ele “muda a sua disciplina e as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social no qual está inserido” (ROPPO, 1988, 24). Para tanto, recolhe-se do contratualismo moderno a chave de leitura que aponta para uma diversidade de significados do contato.

Nas sociedades modernas, a liberdade se perfaz na “troca de equivalentes”, o que se traduz em ausência de liberdade fora do mercado. Por isso, nos sistemas jurídicos, informados pela ordem capitalista, excluem-se do objeto contratual situações destituídas de patrimonialidade. Na contemporaneidade, situações como doação de órgãos, “barriga de aluguel” e a circulação dos dados genéticos evidenciam uma liberdade diversa, e apontam para uma ressignificação do contrato.

Voltando os olhos para a obra de Marcel Mauss - “Ensaio sobre a Dádiva” -, objetiva-se realizar um diálogo entre Direito e Antropologia, capaz de apontar respostas para uma indagação: há liberdade fora do mercado? A dádiva é tudo o que não está ligado ao Estado ou ao mercado, mas circula em favor do laço social. Expressa, portanto, uma liberdade diversa: aquela que se deposita no laço social, importando dizer, que há liberdade fora do mercado.

Para tanto, submete-se a categoria do “*don*”, formulada para recepcionar os atos de disposição do próprio corpo, ao método etnográfico. Em alguns dos formulários recolhidos dos setores biotecnológicos francês e norte-americano, identificam-se contornos de reciprocidade, que apontam a presença da dádiva, lançada por Marcel Mauss.

1 “VIVANT”: UM NOVO OBJETO CONTRATUAL

No século XX, a biotecnologia e a informática unem-se para desvendar o corpo, delineando uma reviravolta no paradigma tecnocientífico.³ O corpo passa a ser desvendado pela racionalidade “informático-molecular” e a vida passa a ser tecida pela linguagem da informação. As células contêm um código universal, idêntico para todos os seres vivos. Porém, o conjunto de informações genéticas inscritas neste código, varia segundo a espécie, delineando o genoma. À semelhança do *software*, o corpo humano passa a ser visto como um programa de computador, pronto a ser decifrado.

Os biobancos desempenham um papel indispensável nesse manejo biotecnológico. Reagrupam informações para o estudo de doenças e desenvolvimento de produtos. Eis, que pelas informações que veiculam, os genes são instrumentos de transformação dos organismos vivos. Sob o termo “recurso biológico” englobam todos os organismos vivos que a ciência possa criar. Em ruptura às barreiras entre o natural e o artificial, opera-se a passagem da vida como dado material para o vivo como fonte de “recursos biológicos exploráveis”, desvendando o “*vivant*” (BELLIVIER e NOIVILLE, 2006, 43-50).

Em suas entrelinhas, o “*vivant*” ensaia uma ruptura antropológica. Sob a metáfora do “homem-informação”, o indivíduo despe-se de sua materialidade, e passa a ser valorado pela informação que contém. Coloca-se em questão o reconhecimento jurídico da pessoa (LABRUSSE-RIO *apud* SANTOS, 2000, 301), na medida em que se indaga se a informação nela contida pode ser objeto de apropriação e circulação no mercado. Cogita-se uma pós-humanidade, na qual se desfazem os limites entre pessoa e coisas, sinalizando a superação da condição humana.

Invoca-se a atuação dos biobancos, nos quais, segundo Bellivier e Noiville, para além de um objeto técnico-científico, o “*vivant*” é um objeto econômico. Para tanto, contribui uma profissionalização do setor: são distribuidores de serviços que se comprometem com sua qualidade, rapidez e eficiência. Esse movimento propaga-se para países em desenvolvimento que apresentam alto grau de biodiversidade (2006, 53-54).

A pedra de toque do avanço das empresas biotecnológicas é a informação (BELLIVIER e NOIVILLE, 2006, 55). Há uma integração entre o “*vivant*” e o mercado em face da qual se desenvolve uma “economia do conhecimento”, diretamente retirada da lógica da mercadoria da produção capitalista. Para tanto, o Estado enuncia uma política pública de proteção jurídica das invenções biotecnológicas (BELLIVIER e NOIVILLE, 2006, 63). O “*vivant*” não passaria de uma descoberta, contudo, é convertido em objeto de propriedade intelectual.⁴

³ A vida passa a ser investigada em escala atômica, com a descoberta da molécula de DNA. Nela, estão contidas as informações genéticas dos indivíduos, em suporte bioquímico, transmitido por gerações. A técnica do DNA recombinante tornou possível a alteração e manipulação do programa genético dos seres vivos (SIBILIA, 2003, 75-76).

⁴ Em seu estado natural, os genes de um indivíduo não se configuram como coisas. Apartados da configuração de objeto de relações jurídicas são tutelados pelos direitos da personalidade. Porém, o emprego de trabalho humano promove sua passagem para o

No corpo humano, os dados genéticos são tão somente bens corpóreos; uma vez convertidos em informação, tornam-se bens imateriais e objeto de propriedade intelectual. Esboça-se uma manobra jurídica que consiste em alargar os limites dos termos dessa titularidade: simples descobertas de material genético, uma vez manipulados em laboratório, são considerados invenções:

Mas, a informação decorrente da identificação de dados específicos, pela pesquisa, vem buscando um tratamento jurídico similar ao da invenção, de modo a permitir que essa informação possa ser apropriada e explorada economicamente pelo pesquisador (inventor) ou seu empregador. A rigor, a categoria invenção não se aplicaria a estas situações, até mesmo porque não há qualquer modificação no dado genético, que é apenas identificado no sujeito, com apoio de conhecimentos que já são de domínio comum. (GEDIEL, 2000, 106)

Adaptam-se conceitos às novas exigências econômicas (BURGEL, 2000, 191), apontando-se para uma racionalidade jurídica que se entrelaça à racionalidade econômica.⁵ Uma vez patenteado, o “*vivant*” é tecido como bem jurídico, dotado de valor econômico e submetido à lógica de um “individualismo proprietário”.⁶ Isto confere ao seu titular dupla prerrogativa: proibir terceiros de intervir em seu objeto e explorar com exclusividade seus benefícios (CORIAT, 2007, 5). Contudo, uma indagação subsiste: como o “*vivant*” adentra na lógica do “individualismo proprietário”?

Segundo Corrêa, uma vez descolados da “pessoa-fonte”, por meio do consentimento informado, os dados genéticos tornam-se objeto de circulação e passam a ser apropriados pela regulação do acesso de terceiros aos bancos de dados ou pela propriedade intelectual dos resultados obtidos a partir desses dados (2009, 133). Entra em cena o contrato para o qual se atribui nova função: a circulação do “*vivant*” (BELLIVIER e NOIVILLE, 2006, 69).

A aliança entre contrato e biotecnologia não é nova (BELLIVIER e NOIVILLE, 2006, 60). Já ensaiava seus primeiros passos na doação de órgãos para fins de transplante e na “barriga de aluguel”. Tais atos são exemplares na exploração de

estado artificial (GEDIEL, 2000, 163), considerando-se a alteração de um ser vivo em laboratório como suficiente para expressar uma invenção.

⁵ No caso Chakrabarty, em 1980, a Corte Suprema dos Estados Unidos autorizou a *General Electric* a patentear um microorganismo geneticamente modificado para absorver o petróleo da água do mar. Inaugurou-se a patenteabilidade da matéria biológica, incluindo-se elementos destacados do corpo humano (CORIAT, 2007, 10). Nos passos desse princípio, a Diretiva 98/44 da Comunidade Europeia designa em seu artigo 5.2, que elementos isolados do corpo humano ou aqueles que a partir dele se produzem, constituem-se em invenção patenteável (CORIAT, 2007, 11).

⁶ “...entre el individualismo originario del derecho de propiedad privada y de la libre iniciativa y el individualismo (actual del consumidor) de masas del hombre narcisistamente orientado hacia una infinita gratificación de sus propios deseos, existiría una relación de continuidad sustancial y se trataría más bien de analizar mejor los pasos que han determinado la progresiva transformación del individuo unitario, sujeto de derecho, en individuo-masa multiforme y fragmentado en la pluralidad de las necesidades y los deseos”. (BARCELONA, 1996, 132)

aspectos materiais do “*vivant*”. Contudo, sob o símbolo da gratuidade, procura-se afastar essas situações do cenário contratual.

Poder-se-ia cogitar de uma contraposição entre a materialidade e a imaterialidade do “*vivant*”. Porém, toda contraposição se desfaz diante de um elemento comum: sob o signo do “*don*”, um mesmo indivíduo pode dispor de seu corpo para fins de transplante ou para fins de ceder a um biobanco as informações contidas em seus genes. Importa dizer: o “*don*” entrelaça a materialidade e a imaterialidade do “*vivant*”. Cogita-se do despertar de uma inquietude, que toma conta do direito dos contratos: a pessoa ocupa o lugar do objeto contratual. Há nisto uma ruptura antropológica, ensaiada pela concepção de pessoa em termos quantitativos. Sendo valorada pela informação que contém, a pessoa agrega consigo valor econômico, tornando-se objeto do contrato.

2 DO CONTRATO AO “DON”: NOTAS DE RESSIGNIFICAÇÃO DO CONTRATO

Da “mitologia política da modernidade” (CAPELLA, 1997, 109) recolhe-se uma teia de significações para o contrato: o político, o social e o econômico se entrelaçam, delineando o contrato social. Ao ensaiar que homens, em estado de guerra contra todos, renunciam aos seus direitos naturais em favor de um soberano, o contratualismo rende ao consenso a origem do Estado e da sociedade, como forma de legitimar o poder soberano. É o significado político que se entrelaça ao social: o contrato representa “a passagem para uma forma superior de sociedade”. (ROPPO, 1988, 37).

Nessa fábula, seus personagens são desenhados sob o signo de uma ruptura antropológica: o homem deixa de ser social por natureza para ser social por convenção. Resta o sujeito de direito, delineado pelos sistemas jurídicos modernos, sob feição ideológica: abstraído de sua posição social, o homem é mero titular de direitos subjetivos; as vozes que figuram por trás das mercadorias (CAPELLA, 1997, 135).

Chega-se ao significado econômico do contrato. O estado de natureza é um “mito fundante” (MARQUES NETO, 1994, 3) que se define por uma ausência: a do Estado. Imagina-se a vida do indivíduo, abstraída de qualquer poder superior, resultado do pacto social de declarações de vontade que prescindem da igualdade:

En la mitología política de la modernidad el estado de naturaleza sirve para apresentar como naturales, por tanto, la propiedad privada, el trabajo asalariado (con la acumulación privada) y los pactos entre desiguales. Como consecuencia de ello también aparecerá naturalizado el mercado capitalista. Siendo naturales, el artificial poder político no estará legitimado para interferirse en ellos. (CAPELLA, 1997, 109).

Projetando-se do contrato social para a sociedade capitalista, os direitos individuais aparecem como naturais e inatacáveis pelo Estado (CAPELLA, 1997, 109). A propriedade e a liberdade de contratar configuram-se como imunes a tudo o que lhes seja artificial, isto é, o Estado. O primado da liberdade resta suficientemente garantido, ao identificar-se com a liberdade econômica. E o contrato, elevado a “eixo fundamental da sociedade liberal” (ROPPO, 1988, 28), passa a desempenhar papel instrumental em

relação à propriedade. Eis que não haveria liberdade de propriedade sem liberdade de transmiti-la (ROPPO, 1988, 42-43).

Da aliança entre contrato e biotecnologia, recolhe-se nova teia de ressignificações do contrato. Na medida em que o “*vivant*” torna-se objeto contratual, subverte-se seu cenário clássico. Segundo ROPPO, o contrato é a “*veste jurídico-formal*” da operação econômica, de tal modo, que “onde não há operação econômica não pode haver também contrato” (1988, 11). Passou a se exigir que o objeto da obrigação seja dotado de patrimonialidade. Por outras palavras, o objeto do contrato deve consistir em uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, suscetível de avaliação pecuniária, ainda, que o interesse do credor não seja patrimonial.

Contudo, nas entrelinhas desta exigência técnica, repousa um sentido ideológico. A correspondência entre contrato e operação econômica encontra lugar nos sistemas jurídicos informados pelo capitalismo. Eis que nestes sistemas, as relações entre os homens, assumem em larga medida o aspecto das relações de mercado, prevalecendo a lógica da “*troca de equivalentes*” (ROPPO, 1988, 15).

Procura-se excluir do objeto contratual, situações que escapam à patrimonialidade. Gestação por outrem, doação de órgãos, informação genética compõem o “*vivant*”, que ingressa no mercado pela via do “*don*”. Trata-se de uma relação entre doador e receptor que não dá lugar, a rigor, à conclusão de um “*contrato específico*”, inscrevendo-se nos quadros de um clássico contrato médico (BELLIVIER e NOIVILLE, 2006, 142-143). Tais convenções não são formalizadas por um contrato, consistem em formulários de autorização: é o consentimento informado.

Na esteira do “*don*”, os atos de disposição do próprio corpo, entre nós, submetem-se ao princípio constitucional da gratuidade.⁷ O artigo 199, § 4º, da C.F., veda qualquer tipo de comercialização de material orgânico humano. Segundo GEDIEL, o direito brasileiro alinha-se na tradição jurídica ocidental que “admite a autonomia corporal do sujeito, mas veda as contrapartidas econômicas” (2000, 151). E “os atos de disposição corporal que não se revistam da gratuidade são nulos de pleno direito, por envolver objeto ilícito” (GEDIEL, 2000, 154).

A “*contratação*” de útero alheio, concebida mediante remuneração pelo direito norte-americano, contrapõe-se ao princípio da gratuidade, emoldurado pelo direito brasileiro. De tal modo, que a doutrina não hesita em afirmar a ilicitude de seu objeto, o que lhe rende nulidade, e a impropriedade dos tipos contratuais disponíveis na ordem jurídica nacional para regular tal convenção:

Ao se qualificar o acordo de gestação em útero alheio como uma locação de serviços, estar-se-ia reconhecendo à gestante o dever de executar uma atividade, que seria a prestação de seu ventre (ou, em sentido amplo, de todo o seu organismo, pois *in toto* se envolveria na gestação). Indubitavelmente, o negócio jurídico estaria eivado de nulidade, posto que teria por objeto a

⁷ Cogita-se de uma “*doação*” de órgãos para reforçar a gratuidade, sem, contudo, ater-se ao caráter contratual que o termo encerra. Prefere-se a categoria de negócio jurídico, desconhecida do direito francês, e formulada pela pandectística alemã, para acomodar as relações existenciais, travadas sob a égide do “*don*”.

NOTAS SOBRE O OBJETO CONTRATUAL...

pessoa da gestante e, logicamente, o serviço seria ilícito. No entanto, deixando à margem a questão da ilicitude do ajuste, a caracterização ainda não estaria perfeita, porque a ‘mãe substituta’ não somente deve manter a gestação como, ao final, entregar o filho aos interessados. Portanto, o objeto não é a atividade em si (gestação), mas o resultado, o que torna o acordo mais próximo de uma empreitada (...) Do mesmo modo, à parte a notória ilicitude do negócio (posto que teria por objeto ainda a pessoa humana – agora, o filho), outra dificuldade se apresenta à sua perfeita caracterização, evidenciando o quão forçada é a analogia, tanto com locação de serviços quanto com empreitada: o desenvolvimento do feto no ventre materno é função natural, processando-se pela força interna dos órgãos específicos, e não pela vontade ou por aptidões artísticas ou técnicas da pessoa. Logo, a gestante não exerce um trabalho, uma empreitada, e tampouco é ‘contratada’ em função de uma reconhecida competência e capacidade profissional, ou uma habilidade técnica.” (MEIRELLES, 1998, 80)

A gratuidade, por si só, não é capaz de conter a lógica de mercantilização do corpo humano. Bellivier e Noiville demonstram que o “*don*” é tão somente um primeiro passo na cadeia de organização dos recursos biológicos. A circulação do “*vivanti*” inicia-se com a coleta, segue-se com a estocagem, a transferência e o uso (2006, 133), tecendo um contexto complexo e multifacetado de contratos.

O contrato está presente em toda a “cadeia de circulação do *vivanti*” (BELLEVIER e NOIVILLE, 2006, 71), atuando como instrumento da *soft law*, pois em face de sua maior flexibilidade, é apto para acolher a autorregulação do setor biotecnológico (CORRÊA, 2009, 232). Diante da lacuna deixada pelo legislador, impõe-se a lei que interessa às partes, e inverte-se a regra “o contrato tem força de lei entre as partes” para “a lei tem força de contrato entre as partes” (LORENZETTI, 1998, 58).

Nesse cenário, o contrato potencializa seu papel: de mero instrumento de transmissão da propriedade converte-se em criador de uma nova riqueza, a informação genética. Assiste-se à ressignificação do contrato, apontando para o reforço de seu papel como instrumento de autonomia privada. A liberdade econômica é, então, confrontada por uma liberdade existencial, ensejando uma autonomia negocial. Daí preferir-se o termo negócio jurídico para designar o “*don*”. Contudo, esta categoria não se distancia do contrato, no desempenho de uma função ideológica: a abstração das desigualdades materiais entre os contratantes.⁸

Em atenção a essa ordem de ideias, uma indagação subsiste: há liberdade fora do mercado? Trata-se, a partir da antropologia de Marcel Mauss, de colocar em causa a “tendência de contratualização dos laços sociais” (SUPIOT apud CORRÊA, 2009, 231).

⁸ “...abstraindo ao máximo – até mais do que o contrato – dos sujeitos reais e das operações econômicas reais (...) conseguia justamente operar o máximo de unificação e de igualização formal dos sujeitos jurídicos. Por intermédio dele, tornavam-se de facto irrelevantes, ou apagavam-se até, a concreta posição econômico-social das partes e os termos reais da troca econômica levada a cabo, que desapareceriam por detrás de um dado, por assim dizer, biológico (...) ao qual se atribuía relevância exclusiva: a vontade.” (ROPPO, 1988, 51)

3 O “ENSAIO SOBRE A DÁDIVA”: UM NOVO “MITO FUNDANTE”

Em obra publicada em 1929⁹ sobre a forma e a razão da troca nas sociedades arcaicas, Marcel Mauss pretendeu demonstrar a expressão da universalidade e da importância da troca como fundante das relações sociais. As trocas e os contratos, nesta perspectiva, fazem-se sob a forma de presentes, em princípio voluntários, mas obrigatoriamente dados e retribuídos. São relações muito complexas – fenômenos sociais totais - que exprimem, de forma simultânea, diversas dimensões e instituições da organização social: moral, religião, direito, família, política, estética e economia. Diante desta multiplicidade, o foco da análise de Mauss se deu na busca da compreensão do caráter voluntário, aparentemente livre e gratuito, mas imposto e interessado do sistema de prestações e contraprestações. Mais especificamente, o interesse do autor se deu em revelar a regra de direito e de motivação que faz com que um presente recebido seja obrigatoriamente retribuído, ou ainda, qual a força encarnada na coisa dada/doada que faz com que o recebedor (donatário) a retribua.

Como horizonte mais amplo e ambicioso, Mauss pretende chegar a conclusões acerca da natureza das transações humanas nas sociedades arcaicas e, por extensão, da natureza das mesmas nas sociedades contemporâneas. Para tanto, descreve o fenômeno da troca e do contrato nas sociedades de mercado econômico – para ele condição de todas as sociedades humanas - mas cujo regime de troca é diverso umas das outras. Nas sociedades arcaicas, no seu entender, existe o mercado concretizado em outra organização que não a dos mercadores e da moeda, mas regido por uma outra espécie de economia e de moral.

O ponto de partida são as formas arcaicas de contrato. Para Mauss, nunca existiu na história da humanidade algo que se assemelhe a uma economia natural. Nem os polinésios, *locus* da sua etnografia, assim como nenhuma outra cultura ou sociedade constituem ou constituíram em matéria de direito ou economia algo próximo de um estado de natureza, de simples trocas de bens ou de produtos entre indivíduos. Nota o autor que:

Em primeiro lugar, não são indivíduos e sim coletividades que se obrigam mutuamente, trocam e contratam; as pessoas presentes aos contratos são pessoas morais – clãs, tribos, famílias – que se enfrentam e se opõem, seja em grupos, face a face, seja por intermédio dos seus chefes, ou ainda das duas formas ao mesmo tempo. Ademais, o que trocam não são exclusivamente bens e riquezas, móveis e imóveis, coisas economicamente úteis. Trata-se antes de tudo de gentilezas, banquetes, ritos, serviços militares, mulheres, crianças, danças, festas, feiras em que o mercado é apenas um dos momentos e onde a circulação de riquezas constitui apenas um termo de um contrato muito mais geral e muito mais permanente. Enfim, essas prestações e contraprestações são feitas de uma forma sobretudo voluntária por presentes, regalos, embora sejam, no fundo rigorosamente obrigatórios, sob pena de guerra privada ou pública. Propusemo-nos chamar tudo isso de *sistema de prestações totais*. (MAUSS, 1974, 54)

⁹ MAUSS, M. 1974 [1923-24]. Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: **Sociologia e Antropologia**. v. II. São Paulo: Edusp.

Nesse tipo de direito e economia peculiar das sociedades arcaicas, mas que sobrevive de alguma forma nos interstícios das relações sociais estabelecidas nas sociedades contemporâneas parece ser de relevância destacar as motivações da retribuição para entender as motivações do cumprimento ou não dos contratos reais estabelecidos nas relações concretas. Alerta Mauss que a prestação total não envolve apenas a obrigação de retribuir os presentes recebidos, mas supõe duas outras obrigações também importantes: a obrigação de dá-los, por um lado, e a obrigação de recebê-los por outro. Estaria neste ponto o fundamento da troca: recusar-se a dar/doar ou recusar-se a receber equivale a declarar guerra, pois é o mesmo que recusar a aliança e a comunhão. Em consequência, os indivíduos são impelidos à troca, porque o donatário passa a ter uma espécie de direito de “propriedade” sobre tudo aquilo que pertence ao doador. A propriedade nestes termos é concebida como um vínculo espiritual, porque, explica o autor, há uma mistura de vínculos espirituais entre as coisas que são em certa medida *alma*, e os indivíduos e os grupos que se tratam em certa medida como *coisas*. Ressalta Mauss que:

Todas essas instituições exprimem unicamente um fato, um regime social, uma mentalidade definida: é que tudo, alimento, mulheres, crianças bens, talismãs, terra, trabalho, serviços, ofícios sacerdotais e postos é matéria de transmissão e retribuição. Tudo vai-e-vem como se houvesse uma troca constante de uma matéria espiritual compreendendo coisas e homens, entre os clãs e os indivíduos, repartidos entre categorias, sexos e gerações. (MAUSS, 1974, 59).

Dar, receber e retribuir, por em circulação *coisas e modos de fazer* as coisas, para além do caráter utilitário: este é o fundamento da dádiva, constituída inclusive de cálculos racionais, mas também e principalmente de espontaneidade, amizade e solidariedade. Ao refletir sobre o “espírito” do dom, Godbout (1998) ressalta que nas relações sociais contemporâneas, paralelamente à circulação de bens e serviços no mercado, garantidos pela regulação e redistribuição do Estado, existe uma dimensão na qual esses bens e serviços são agenciados através de mecanismos de dons e contradons que expressam outras formas – mais pessoalizadas – de socialidade do que aquelas regidas pelo mercado, pelo próprio Estado e pela ciência. A obrigação de dar/doar conserva a autoridade e mantém o prestígio e o reconhecimento; a obrigação de receber imputa o compromisso da retribuição e de manutenção do estatuto de igualdade. Nas coisas trocadas, coisas que têm uma personalidade, há uma virtude que força a dádiva a circular, a ser dada e a ser retribuída. No limite, a circulação das coisas é identificada com a circulação de pessoas e de direitos.

Para Caillé (2002, 8-9) o dom é simultaneamente livre e obrigatório, é sempre mais ou menos forçado, instituído como uma obrigação que se tem como herança ou compromisso. Contudo, é também uma obrigação de criação e inovação, é um conjunto de inter-relações e de interdependências. Desta forma, é uma relação que supera tanto a regra formal da obrigação, ou o despotismo da Lei, quanto a mecânica simétrica dos meros interesses individuais. O dom constitui-se, em síntese, na aliança e associação que fundamenta a construção da confiança, fundamento da reciprocidade.

A duplicidade implícita no dom, como entendida por Mauss - o que obriga a dar é o fato de que dar obriga – é discutida por Godelier nos seguintes termos: “Dar é transferir voluntariamente algo que nos pertence a alguém de quem pensamos que não se pode deixar de aceitar. O doador pode ser um grupo ou indivíduo que age sozinho ou em nome do grupo. Assim como o donatário pode ser um indivíduo ou um grupo, uma pessoa recebe o dom em nome do grupo que representa. Logo, o dom é um ato voluntário, individual ou coletivo, que pode ou não ter sido solicitado por aquele, aquelas ou aqueles que o recebem.” (2001, 22- 23).

Neste sentido, parece confirmar-se a hipótese já discutida de que o ato de dar/doar institui ao mesmo tempo uma relação dupla entre aquele que doa e aquele que recebe. Uma relação ambivalente, no entender de Godelier (2001), de inequívoca solidariedade, pois quem doa partilha o que tem com aquele que recebe, e mais do que isso, partilha o que é o espírito das pessoas nas coisas, uma vez que o dom é impregnado de *hau* ou *mana*. Entretanto constitui-se também uma relação de inequívoca superioridade, pois quem recebe o dom e o aceita fica em dívida (obrigado) com aquele que doou. Essa desigualdade resultante pode sempre ser superada pela restituição do que foi doado. A reciprocidade, desta forma, está sempre colocada como possibilidade.

A extensão dessa compreensão ao direito contemporâneo é passível de acordo com Mauss. Para o autor, instituições como o sistema de prestações totais concretizado na permuta da dádiva fornece a transição para as formas de direito contemporâneas que, por sua vez, também distinguem entre a obrigação e a prestação não gratuita e a dádiva. Para o autor, o *nexum*, o vínculo de direito nas sociedades contemporâneas, assim como nas sociedades arcaicas, vem tanto das coisas como dos homens, num confundido vaivém de almas e de coisas para além das palavras e gestos do formalismo jurídico. Ao exemplificar com o penhor, assevera Mauss que essa relação “não somente obriga e vincula, mas empenha, ainda, a honra, a autoridade, o *mana* daquele que o entrega.” (MAUSS, 1974, 159). Esclarece Godelier (2001, 166) que se deve voltar para os objetos (coisas) para que, ao tentar distinguir as suas características, se tivesse acesso às representações imaginárias da vida, da riqueza e do poder projetado e investido neles.

4 A DÁDIVA E A ETNOGRAFIA DO “VIVANT”: OUTRA LIBERDADE POSSÍVEL?

Para os franceses, “*don*” refere-se à ação de abandonar gratuitamente uma coisa, sinalizando uma abstenção ou sacrifício; dar algo sem receber nada em troca, apontando uma doação ou presente (LE ROBERT, 1998, 407). Indaga-se, então, se nesta categoria, formulada para recepcionar os atos de disposição do próprio corpo, que se quer distinta do contrato, está presente a dádiva, lançada por Marcel Mauss. Para tanto, submete-se ao método etnográfico, alguns dos formulários encontrados no setor biotecnológico francês, por Bellivier e Noiville, como segue:

“Eu, abaixo assinado(a) (...) declaro ter sido informado (...) da possibilidade de utilização para fins terapêuticos do tecido necessariamente retirado para realizar a intervenção que me foi proposta (...),’ ou ainda ‘Eu, abaixo assinado(a) (...), consinto expressamente que as retiradas efetuadas quando da

NOTAS SOBRE O OBJETO CONTRATUAL...

intervenção médica do (...) pelo Dr. (...) sejam conservados por criopreservação e utilizados para fins de pesquisa científica, notadamente genética.’¹⁰ (2006, 143).

Segundo essas autoras, tais formulários apresentam uma “arquitetura comum”: (i) a gratuidade, a revogabilidade do consentimento, o anonimato e o segredo médico; (ii) a previsão que o material conservado sirva para múltiplas pesquisas, prevendo-se seus tipos e duração, e (iii) embora o doador não tenha qualquer direito aos resultados da pesquisa, o direito de ser informado a seu respeito (BELLIVIER e NOIVILLE, 2006, 143-144).

Nos atos de disposição do próprio corpo, marcados pela remuneração, é estabelecido um jogo recíproco de obrigações entre as partes. No “contrato de locação de útero”, realizado no “caso bebê M.”, nos Estados Unidos, a mãe portadora obrigou-se, entre outras disposições, a não formar ou tentar formar qualquer vínculo de mãe com a criança que viesse a gerar, e dar sua custódia imediata ao pai biológico:

1. Mary Beth Whitehead, mãe de aluguel, declara que é capaz de conceber um filho. Mary Beth entende e concorda que, pelo melhor interesse da criança, ela não formará nem tentará formar vínculo de mãe e filho com a criança ou crianças que possa vir a conceber, gerar ou dar nascimento, conforme as cláusulas deste acordo, e deverá, por livre e espontânea vontade, dar a custódia a William Stern, pai natural, imediatamente após o nascimento da criança, e dará por encerrado todos os direitos maternos sobre a referida criança. (...) Mary Beth Whitehead, mãe de aluguel, e seu marido Richard Whitehead, concordam em dar a custódia da criança a William Stern, pai biológico, imediatamente após o nascimento, declarando que a intenção deste contrato visa a assegurar os melhores interesses da criança e a isto se propõem, cooperando nos procedimentos para extinguir os seus direitos de paternidade com a referida criança, e assinar todo e qualquer termo de compromisso, documentos ou outro do gênero para levar adiante o propósito e as intenções deste acordo. (MEIRELLES, 1998, 143-144)

Curiosamente, atos de disposição corporal, realizados sob a égide do “don” também estabelecem obrigações recíprocas entre doadores e receptores. Veja-se o formulário de doação de esperma da Federação Francesa de CECOS:

Eu me comprometo a fornecer todos os esclarecimentos que me serão requeridos sobre meu estado de saúde e dos membros de minha família. Eu autorizo a CECOS a conservar este conjunto de informações no anonimato. Eu me comprometo a não investigar a identidade das pessoas inseminadas com meu esperma, ou a identidade dos filhos assim concebidos, em saber que, reciprocamente, o anonimato mais absoluto me é assegurado. (BELLIVIER e NOIVILLE, 2006, 143)

¹⁰ Tradução livre de: «'Je, soussigné(e) [...], déclare avoir été informé(e) [...] de la possibilité d'utilisation à des fins thérapeutiques de tissu nécessairement enlevé pour réaliser l'intervention qui m'est proposée [...]'; ou encore 'Je, soussigné(e) [...], consens expressément que les prélèvements effectués lors de l'intervention médicale du [...] par le Dr [...] soient conservés par cryopréservation et utilisés à des fins de recherche scientifique, notamment génétique.' » (BELLIVIER e NOIVILLE, 2006, 143)

Na sociedade moderna, a liberdade define-se pela ausência de dívida, pois a liberdade se perfaz na troca de equivalentes. A dívida, por sua vez, expressa uma liberdade diversa: a da dívida. É uma liberdade que se situa no laço social e não no mercado. Por meio da dívida o indivíduo se realiza com ser social. Deste modo, tudo o que não está ligado ao mercado o ao Estado, mas que circula em favor do laço social é dívida, como as doações de sangue, órgãos e doações humanitárias (GODBOUT, 1998, 7). No jogo de obrigações recíprocas, estabelecidas pelo “*don*”, está presente o sentido último da dívida: é tão somente e, aparentemente, desinteressada, pois pressupõe retribuição.¹¹ Não há dívida sem expectativa de retribuição (LANNA, 2000, 176). É a “moral da dívida-troca”, já presente nas sociedades primitivas como uma forma de relação que se diferencia da troca mercantil, por associar um valor moral ou ético à transação econômica (SABOURIN, 2008, 132).

Em seu estudo etnográfico, Marcel Mauss identifica a dívida em lugares e tempos diversos, concluindo que a dívida expressa reciprocidade.¹² Não obstante, ela possa ser isolada em seu aspecto econômico, ela não deixará de expressar aspectos diversos como o político e o religioso. Eis que a troca expressa o laço de socialidade entre os indivíduos, como aquela que leva à superação da guerra (LANNA, 2000, 81).

Nessa perspectiva, Mauss aproxima-se de Hobbes, ao enunciar: a dívida substitui a guerra. Tal como o contrato social é o mito de superação do estado de natureza, a dívida é a estrutura social, presente nas mais diversas sociedades, capaz de superar a guerra e estabelecer o laço social. Guardadas as devidas proporções, o “*don*” é a estrutura social utilizada para afastar o contrato e, em última instância, o mercado, um tipo de estado de natureza, no qual se trava a guerra pelo “*vivant*”.

Embora se julgue capaz de afastar-se do evolucionismo, Marcel Mauss cede à sua tentação, e alega que na sociedade capitalista, a dívida se enfraquece. Sua moral é “envelhecida e acidental”, “demasiado dispendiosa e suntuária, assoberbada por considerações pessoais, incompatível com o desenvolvimento do mercado e da produção” (LANNA, 2000, 183).

Porém, indaga-se: a dívida realmente teria desaparecido da sociedade capitalista? Mauss não identifica a presença da dívida em si, mas de sua lógica. Se, por vezes, a relação entre dívida e mercado é de contradição, por outras, é de complementariedade. Com efeito, para além da liberdade econômica, há outra liberdade possível nas sociedades informadas pelo capitalismo. Essa liberdade é revelada pelo “*don*”: aquela que ocorre em favor do laço social, que não se encerra na liberdade econômica. Contudo, semelhante conclusão poderia produzir respostas a favor do mercado: a contratação do “*vivant*” não pode ser negada, na medida em que pertence a uma

¹¹ “Nessas prestações existem ‘misturas entre almas e coisas’, entre riquezas materiais e espirituais, ao passo que nas sociedades modernas, direitos reais e direitos pessoais, material e espiritual, são muito bem separados.” (SABOURIN, 2008, 132)

¹² “De fato, para Mauss, nas dívidas, não existe nem troca, nem compra. A dívida e a contradívida, redescobertas por Mauss, pertencem a uma dialética social e econômica polarizada pelo prestígio e pela honra. Essa polaridade por si só proíbe reduzir o sistema dívida/contradívida a uma troca e reduz o efeito de redobramento da dívida ao interesse do primeiro doador.” (SABOURIN, 2008, 133).

liberdade fora do mercado. Aproveitando-se deste fato, a lógica capitalista trata de absorver o “*vivant*” por meio de categorias já disponíveis no sistema jurídico, com a finalidade de torná-lo passível de circulação econômica.

CONCLUSÃO

O texto aponta para uma ruptura antropológica, que coloca em causa a patrimonialidade do contrato. Pensado pelos sistemas jurídicos, informados pelo capitalismo, como a “*veste jurídico-formal*” de uma “*operação econômica*”, seu objeto foi encerrado na “*troca de equivalentes*”. Em face dos avanços da biotecnologia contemporânea, a pessoa passa a ocupar seu lugar, promovendo uma ressignificação do contrato: a circulação do “*vivant*”.

Do contrato social, projetou-se para a sociedade moderna, a liberdade pensada como liberdade econômica: os sujeitos são tão somente “*vozes*” que figuram por trás das mercadorias. Tomando conta do cenário contratual, passou a se indagar se há outras liberdades possíveis. A resposta para esta indagação foi encontrada por um novo fundamento para a sociedade, lançado por Marcel Mauss, em lugar do contratualismo: da *dádiva*.

A liberdade moderna foi concebida como ausência de dívida, excluindo outras formas de liberdade. Contudo, nas comunidades antigas e presentes, observadas por Mauss, a *dádiva* expressa reciprocidade, que não se restringe à troca, delineando uma liberdade diversa: a da dívida. A etnografia do “*don*”, delineada por alguns formulários encontrados no setor biotecnológico francês, revela essa reciprocidade de obrigações, mesmo quando escapam à remuneração do ato de disposição corporal.

Com efeito, a Antropologia é capaz, não apenas, de apresentar algumas respostas para o Direito, mas, ainda, de contribuir para desvendar as entrelinhas da liberdade expressa pelos atos de disposição do próprio corpo. Não se referem a uma liberdade econômica, porém, justificam a circulação do “*vivant*”. O sentido econômico que essa circulação, por vezes, representa, deve-se à lógica do sistema capitalista que a tudo absorve, inclusive, a *dádiva*.

REFERÊNCIAS

- BARCELONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 1996.
- BELLIVIER, Florence; NOIVILLE, Christine. **Contrats et vivant**. Paris: L.G.D.J., 2006.
- BERGEL, Salvador D. A situação limite do sistema de patentes: em defesa da dignidade das invenções humanas no campo da biotecnologia. In: CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste (Org.). **Limites: a ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do genoma humano**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2000, p. 185-208.
- CAILLÉ, A. **Antropologia do Dom: o terceiro paradigma**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
- CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Madrid : Trotta, 1997.

CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica. Curitiba, 2009, 274 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná.

CORIAT, Benjamin; CORTI, Fabienne. **Propriedad intelectual e innovación**. In: Seminario de Propriedad intelectual e innovación, 3 a 5 de dezembro de 2007, documento n. 12. Buenos Aires: Ceil-Piette, 2007.

GEDIEL, José Antônio Peres. Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: revisitação crítica dos instrumentos jurídicos. In: CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste (Org.). **Limites: a ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do genoma humano**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2000, p. 159-166.

____. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GODBOUT, J. T. Introdução à dádiva. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 13, n. 38. São Paulo, p. 1-18, oct. 1998.

GODELIER, M. **O Enigma do Dom**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

LANNA, Marcos. Nota sobre Marcel Mauss e o ensaio sobre a dádiva. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, 14, p. 173-194, jun. 2000.

LE ROBERT MICRO. **Dictionnaire de la langue française**. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Hobbes e as paixões**. Palestra proferida durante sarau realizado na Biblioteca Freudiana de Curitiba, em 16 de maio de 1994. Inédito.

MAUSS, M. 1974 [1923-24]. **Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas**. In : Sociologia e Antropologia.v. II. São Paulo : Edusp.

MEIRELLES, Jussara. Gestação por outrem e determina o de maternidade. “Mãe de aluguel”. Curitiba: G nesis, 1998.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra : Almedina, 1988.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Tecnologia, perda do humano e crise do sujeito do direito. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (Org.). **Os sentidos da democracia**. Políticas do dissenso e hegemonia global. 2  ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000, p. 291-306.

SIBILIA, Paula. **O homem p s-orgânico**. Corpo, subjetividade e tecnologias digitais. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

SABOURIN, Eric. Marcel Mauss: da dádiva   questão da reciprocidade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 23, n. 66, p. 131-208, fev./2008.