



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TIAGO BATISTA FREITAS

**ANÁLISE ÉTICO-CONSTITUCIONAL DA UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES
HUMANOS EM EXPERIMENTOS CIENTÍFICOS**

**SALVADOR
2009**

TIAGO BATISTA FREITAS

**ANÁLISE ÉTICO-CONSTITUCIONAL DA UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES
HUMANOS EM EXPERIMENTOS CIENTÍFICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da
Silva

SALVADOR
2009

F936a Freitas, Tiago Batista.

Análise ético-constitucional da utilização de embriões humanos em experimentos científicos / Tiago Batista Freitas. Salvador : T.B.FREITAS, 2009.

108 p.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2009.

Orientadora: Profª Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva

1. Direitos fundamentais 2. Bioética 3. Biotecnologia 4. Embriões humanos I. Silva, Monica Neves Aguiar II. Título

CDU 34:17:575

TERMO DE APROVAÇÃO

TIAGO BATISTA FREITAS

ANÁLISE ÉTICO-CONSTITUCIONAL DA UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES HUMANOS EM EXPERIMENTOS CIENTÍFICOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, como
requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito

Orientador: Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva.
Doutora em Direito pela PUC-SP

Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim
Doutora em Direito pela UFPR

Salvador, ___ de _____ de 2009

Sabendo que nada sou, dedico esse trabalho ao Senhor e dono de toda vida, o Deus Pai Todo-Poderoso.

A Jesus Cristo, meu Senhor, Salvador e Rei, cujo sangue vertido me trouxe uma nova vida, eterna, plena e abundante.

Ao Espírito Santo, doce Consolador, companheiro e amigo, fonte inesgotável de inspiração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer ao Eterno, por ter me dado forças para chegar até aqui. EBENÉZER!

À minha família (Big, Rubi, Bê, Inho e Niela) pelo constante apoio emocional, material e pelo incentivo. Amo vocês!

A Marcela Guedes Cabral, minha amantíssima namorada, pelo carinho, compreensão, paciência e pelo constante apoio nos momentos mais angustiantes da confecção deste trabalho. Te amo de todo coração.

À professora Mônica Aguiar, pela generosidade, paciência e atenção na orientação deste trabalho, bem como por disponibilizar o verdadeiro oásis literário que é sua biblioteca. À minha querida professora Maria Auxiliadora Minahim, pela sua humanidade, sua lucidez e pelas agradabilíssimas horas de conversa em seu gabinete, que sempre me trouxeram novas idéias e novas luzes à reflexão bioética. Que Deus te abençoe sempre! À Marília Muricy Machado Pinto, a “grande dama da Filosofia do Direito”, pelos momentos belíssimos de reflexão, os quais foram essenciais para minha emancipação intelectual. Ao professor Nelson Cerqueira, pelos difíceis e enriquecedores textos de epistemologia, vitais para a elaboração das idéias norteadoras deste trabalho e da própria leitura epistemológica das bioética. Aos professores Ricardo Maurício Freire Soares e Rodolfo Mario Veiga Pamplona Filho, pela amizade, pelo companheirismo e pelo sentimento de fraternidade que nos une como irmãos. Onde vocês estiverem, minhas preces estarão com vocês.

Aos amigos Flávio França Daltro, Valdino Sacramento da Silva, Fernando Gaburri Lima e demais companheiros da “Fraternidade da Nobreza Brau” pelo incentivo e por alimentar em mim a garra e a vontade de fazer acontecer.

À Pensilvânia Neves e Priscila Cavalcante pela amizade e pela paciência em ouvir minhas angústias.

Aos colegas Rubens Sampaio, Noemi Lemos França, Carolina Medeiros Bahia, Sandra Smith Galvão e demais integrantes da Comissão de Defesa do Meio Ambiente da OAB/BA, por ajudarem a cultivar em mim o amor pela vida e o dever de protegê-la. A Thiago Pires Oliveira, “Thiaguito”, pela amizade e pelo sonho compartilhado em refletir e produzir uma bioética integral e humana.

A Dalena Nascimento, pelo carinho e paciência na revisão e formatação deste trabalho.

A Tiago Silva Freitas (Caveira), pela amizade e por acreditar sempre em meu potencial.

A Jürgen Habermas, Francis Fukuyama, Michel Foucault, Emmanuel Lévinas, Edgar Morin, Fritjof Capra, Vincent Bourguet, Basarab Nicolescu, Hannah Arendt, Karl Jaspers, Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, por acreditarem no projeto humano e me alimentarem constantemente com suas idéias, sempre atuais.

A todos os meus alunos, por fazerem minha vida mais alegre e completa e por suscitarem e mim idéias novas a cada dia.

Amarás o SENHOR teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu entendimento.

Mateus 22: 37

Amarás o teu próximo como a ti mesmo.

Mateus 22: 39b

RESUMO

Este trabalho visa realizar uma análise ética e jurídica acerca da constitucionalidade da utilização de embriões humanos gerados *in vitro* em experimentos científicos. A doutrina acerca do tema é escassa e se mostra bastante dividida. Para alguns, não existiria nenhum problema ético ou jurídico na utilização de embriões humanos em tais experimentos, posto que estes não possuiriam nenhum atributo biológico ou moral inerente à pessoa humana, sendo apenas uma vida potencial. Outros entendem que a vida humana surge no ato da concepção e possui um valor intrínseco, entendendo, por isso, ser absolutamente imoral e inconstitucional a utilização de embriões humanos em experimentos científicos. De outra parte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, subscrita pelo Estado Brasileiro em 1948, reconhece a dignidade e assegura o direito à vida a todos os membros da espécie humana, sem qualquer tipo de discriminação. A seu turno, a própria Constituição Federal brasileira, por sua vez, estatui como princípio do Estado Brasileiro a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), assegurando a vida como direito fundamental (art. 5º, *caput*). Todavia, a Lei 11.105/2005 – cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0 – em seu art. 5º, autoriza a utilização de embriões concebidos *in vitro*, não utilizados em processo de reprodução humana assistida, em experimentos para obtenção de células-tronco, os quais, podem levar à destruição dos embriões utilizados. Assim, o autor propõe-se a investigar, a partir de uma concepção da teoria dos direitos fundamentais, a existência dos *status* biológico, moral e jurídico do embrião humano, com vistas a investigar a eticidade e constitucionalidade da sua utilização em experimentos científicos.

Palavras-chave: Princípio; Dignidade; Direitos fundamentais; Vida; Pessoa; Ser moral; Embrião humano; Bioética.

ABSTRACT

This work aims to carry out an analysis ethics and legal about the constitutionality of the use of human embryos produced in vitro in scientific experiments. The doctrine about the subject is scarce and it appears quite divided. For someone, there would not be any ethical or legal problem in the use of human embryos in such experiments although these would not have any biological or moral attribute inherent to the human person, being only a potential life. Others understand that the human life appears in the act of the conception and it has an intrinsic value understanding, therefore, to be absolutely immoral and unconstitutional the use of human embryos in scientific experiments. On another part, the Universal Declaration of the Human rights, signed by the Brazilian state in 1948, recognize the dignity and it secures the right to the life to all the members of the human species, without any type of discrimination. To his shift, the Federal Brazilian Constitution itself, for his time, decrees like principle of the Brazilian state the dignity of the human person (art. 1st, III), securing the life like basic right (art. 5th, caput). However, the Law 11.105/2005 – which constitutionality was recognized by the Federal Supreme Court in instance of the Straight Action of unconstitutionality nº 3510-0 – in his art. 5th, authorizes the use of conceived embryos in vitro not used in process of human assisted reproduction, in experiments for getting stem-cells, that can lead to the destruction of the used embryos. So, the author intends to investigate, from a conception of the theory of the basic rights, the existence of the biological, moral and legal status of the human embryo with the objective to investigate the ethics and constitutionality of his use in scientific experiments.

Keywords: Principle; Dignity; Basic rights; Life; Person; Moral being; Human embryo; Bioethics.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|----|
| | INTRODUÇÃO | 12 |
| 1 | PERSPECTIVAS EPISTEMOLÓGICAS SOBRE A ANÁLISE ÉTICO-JURÍDICA DAS NOVAS BIOTECNOLOGIAS | 14 |
| 1.1 | TECNOCIÊNCIA, BIOPOLÍTICA E VIDA NUA | 14 |
| 1.1.1 | O caráter ambivalente do legado da tecnociência | 14 |
| 1.1.2 | O surgimento da biopolítica | 16 |
| 1.1.3 | Vida nua: a “coisificação” do indivíduo | 19 |
| 1.2 | TECNOCIÊNCIA E BIOÉTICA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA E POSSÍVEL | 20 |
| 1.2.1 | Sobre um estatuto epistemológico da bioética | 20 |
| 1.2.2 | Da inviabilidade de um modelo epistemológico positivista a um esboço de uma epistemologia democrática: uma tentativa de diálogo com a pluralidade | 23 |
| 2 | NOTAS SOBRE PRINCÍPIOS BIOÉTICOS DA CONSTITUIÇÃO | 33 |
| 2.1 | CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO E AUTO-REFERENCIAL | 33 |
| 2.2 | O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DE DIREITO | 34 |
| 2.3 | A MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO REFLEXO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 42 |
| 2.4 | A REALIDADE BIOÉTICA COMO DIMENSÃO DA DIGNIDADE HUMANA: A IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A MANIFESTAÇÃO DA BIOÉTICA COMO MODO DE SER-NO-MUNDO | 44 |
| 2.5 | EM BUSCA DE UM MODELO PRINCIPIOLÓGICO APLICÁVEL À BIOÉTICA | 47 |
| 3 | ESTATUTO ÉTICO-JURÍDICO DO EMBRIÃO HUMANO | 61 |

| | | |
|--------------|--|-----|
| 3.1 | ASPECTOS BIOLÓGICOS | 61 |
| 3.2 | ASPECTOS MORAIS | 72 |
| 3.3 | ASPECTOS JURÍDICOS | 84 |
| 3.3.1 | A tutela do embrião humano na ordem internacional e no ordenamento jurídico brasileiro | 84 |
| 3.3.1.1 | A tutela do embrião humano nos diplomas normativos internacionais | 84 |
| 3.3.1.2 | A tutela do embrião no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro | 87 |
| 3.3.2 | O reconhecimento da constitucionalidade da Lei 11.105/2005 e a situação paradoxal dos embriões humanos extra-uterinos | 93 |
| | CONCLUSÕES | 98 |
| | REFERÊNCIAS | 101 |

INTRODUÇÃO

Atualmente, a Biotecnologia é uma realidade. Cada vez mais, os avanços tecnológicos têm possibilitado o ser humano a conhecer e interferir no fenômeno da vida desde sua concepção. Expectativas de cura de muitas enfermidades e aumento da longevidade ganham contornos cada vez mais reais com a realização de pesquisas genéticas envolvendo seres humanos. Entretanto, na medida em que a ciência avança, põe-se uma nova problemática acerca dos limites éticos e jurídicos da sua utilização.

Com efeito, na medida em que os avanços científicos e tecnológicos se evidenciam, verifica-se o surgimento de possibilidades de ingerência cada vez maior sobre a vida, a partir da sua gênese. Não obstante, surgem, neste diapasão, pesquisas terapêuticas envolvendo a utilização e a alteração de material genético de embriões humanos. Destarte, torna-se imperiosa a compreensão do *status* moral e jurídico destes indivíduos com vistas a possibilitar o desenvolvimento de uma ética científica comprometida com o bem-estar e a integridade do ser humano. Todavia, antes de se investigar a “humanidade” do embrião, faz-se necessário compreender o momento de início da vida humana. A presente pesquisa visa oferecer trabalho monográfico sobre o tema, que se atenha com afinco às inúmeras problemáticas emergentes do assunto. A proposta é firmar posicionamentos sólidos sobre o tema, com base na pesquisa e reflexão aprofundadas.

A primeira parte do trabalho busca investigar as diversas perspectivas epistemológicas sobre o tratamento ético-jurídico das novas biotecnologias, com vistas a compreender uma epistemologia transdisciplinar, adequada ao estudo bioético do direito. Em seguida, o trabalho visa desenvolver um conceito bioético do princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando sua importância como pilar constitucionalmente estabelecido pelo Estado brasileiro. Estuda ainda a natureza jurídica dos direitos fundamentais, a partir de uma análise multidimensional da dignidade da pessoa humana estabelecida pela bioética, com o fito de estudar os princípios bioéticos insculpidos na Constituição.

Na terceira parte, o presente trabalho analisa as diversas teorias acerca do momento no qual se origina a vida biológica do ser humano, a fim de compreender o

estatuto biológico do embrião humano. Em seguida, o trabalho investiga a natureza moral do embrião humano, com base em diversas teorias desenvolvidas pela filosofia moral acerca do conceito de pessoa.

Finalmente, na última parte, o trabalho analisa a tutela jurídica do embrião humano em diversos dispositivos normativos nacionais e internacionais, realizando a análise constitucional do art. 5º da Lei 11. 105/2005 (Lei de Biossegurança) e do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, a partir do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, relator da ADI 3510-0.

1 PERSPECTIVAS EPISTEMOLÓGICAS SOBRE A ANÁLISE ÉTICO-JURÍDICA DAS NOVAS BIOTECNOLOGIAS

1.1 TECNOCIÊNCIA, BIOPOLÍTICA E VIDA NUA

1.1.1 O caráter ambivalente do legado da tecnociência

“Tu, porém, Daniel, encerra as palavras e sela o livro, até o tempo do fim; muitos o esquadriarão e a ciência se multiplicará” (Dn 12, 4). Ao que parece, a profecia contida no texto acima, datada aproximadamente do século VI a.C., apresenta-se hoje como uma verdade quase inexorável. Na Bíblia Sagrada, um dos grandes relatos da história e do saber ocidentais, desde tempos imemoriais, o conhecimento já era reverenciado como um tesouro de valor inestimável. Não era sem razão que o rei babilônio Nabucodonosor, então senhor de todo o mundo conhecido, após conquistar o reino de Judá, levou à sua corte os jovens mais instruídos do novo território conquistado, dentre eles o jovem profeta Daniel (Dn 1, 17). Semelhantemente, o próprio rei Salomão, conhecido pela sua sabedoria, já havia escrito ser o conhecimento mais valioso do que o ouro ou pedras preciosas (Pv 3, 13-15).

A busca incessante pelo conhecimento tem levado o homem, ao longo dos tempos, a esforços colossais em busca desse tesouro imaterial. Não é por acaso que, por meio do conhecimento e dos grandes artifícios produzidos, a humanidade tem experimentado novas formas de conceber sua própria existência.

A linguagem mítica trazida pelos helênicos traduz esta saga. Conforme se observa do mito do titã Prometeu, o fogo do conhecimento representa a esperança dos seres humanos de se libertar do jugo opressor dos deuses, dos quais eram meros joguetes. O fogo do conhecimento roubado por Prometeu e entregue aos homens, representa uma figura da ambivalência desse fenômeno. Por um lado, este fogo sagrado possibilitaria àqueles o conhecimento daquilo que lhes estava encoberto pelos deuses, por meio de sua própria condição. De outra parte, a atitude

de Prometeu também revelaria uma insensatez, na medida em que o uso incauto desse conhecimento também revelaria à humanidade seus efeitos nefastos. Para os gregos, esta seria a vingança dos deuses, materializada no mito de Pandora, a primeira mulher, forjada da terra e da água por Hefesto a mando de Zeus, que, ao abrir a sua caixa mística, libera no mundo todos os males, guardando apenas a esperança, o único dom que alimenta a incessante busca humana. Conforme se observa, o gigante Prometeu representa uma dualidade de valores da busca e da humanidade pelo conhecimento e pela transformação da sua realidade por meio dele.

Prometeu ousado, “humanista”, enfrenta os deuses com orgulho; sua ação inaugura um mundo novo para os humanos, ao preço de enormes desgraças causadas pelos males fugitivos da caixa de Pandora. Prometeu, criador da era técnica. Prometeu ambivalente, astucioso, herói, generoso, mas ousado, imprudente, castigado mas posteriormente libertado de seu suplício. Permanece a atual pertinência do velho mito. As suas lições que se traduzem, para muitos, na lembrança das conseqüências nefastas da desmedida da técnica, cujo exemplo dantesco está em Hiroshima e Nagasaki, são tão válidas hoje como antigamente. Elas indicam as balizas de uma reflexão ética contemporânea sobre as tecnociências. Sinais se estampam em todos os lados como, por exemplo, as demandas de avaliação social das tecnologias, as reflexões e os questionamentos ecológicos em todos os continentes, propostas de desenvolvimento sustentável e uso de energias brandas; resistência, e mesmo denúncias, cada vez mais enérgicas, provenientes de todos os lados, contra o “encarniçamento terapêutico”, a “tecnicização dos procedimentos terapêuticos” no campo das ciências biomédicas. Todos sinalizando a aspiração pela sabedoria apolínea da moderação, do uso sem exagero – *ne quid nimis* (adágio latino que significa que o exagero em tudo é um defeito). As tecnociências inauguraram na civilização humana um cenário onde prevalece a crescente hegemonia da potência, do poder. (ZUBEN, 2006, p. 39).

Neste sentido, é possível compreender, igualmente, que a ciência e a técnica, possuem este caráter ambivalente. Isto porque, apesar de seu caráter emancipador, na medida em que acarreta muitos benefícios à qualidade de vida e ao bem-estar de determinados indivíduos, apresenta também um passivo, muitas vezes desolador. Isto porque as inovações técnico-científicas refletem, no mais das vezes, um modelo de exclusão social, amplificador de desigualdades.

As tecnociências têm, de fato, proporcionado inequívoca melhora nas nossas condições de vida, ao prolongar a longevidade ou a expectativa de vida, ao aperfeiçoar a qualidade de vida de um número cada vez maior de indivíduos, e ao modificar as relações humanas. Por outro lado, são tributárias de um aumento crescente de graves problemas e sérios riscos, tanto para a saúde dos indivíduos quanto para o meio ambiente do planeta. E, sobretudo, o que é mais danoso para a humanidade, as tecnociências têm provocado um indecente processo de exclusão de uma parte considerável da humanidade para a qual tais inovações tecnocientíficas não são acessíveis por seu alto custo financeiro. De fato, a ambivalência caracteriza as atividades humanas em geral, porém, o que é específico da atividade tecnológica, e aí reside seu perigo, é o fato de ela radicalizar essa ambivalência. Os efeitos planetários de tal radicalização são bem conhecidos: produção e aumento de bem-estar e riqueza de um lado, e crescimento brutal da desigualdade social e da miséria de outro, a ponto de o termo “crescimento”, idolatrado pelas nações ricas, denotar exatamente seu oposto para as nações pobres, vale dizer, o crescimento da fome e da miséria. (ZUBEN, 2006, p. 41).

1.1.2 O surgimento da biopolítica

Consabido, ao longo de muitos séculos o conhecimento técnico tem sido instrumento de consolidação das relações de poder. Ao longo da história da humanidade, a chamada tecnociência¹ tem sido colocada à disposição de determinados grupos para o exercício do controle sobre os demais indivíduos. O caráter transformador da realidade transformou este conhecimento numa poderosa arma na eterna guerra de todos contra todos, bem como na sedimentação dos impérios dominadores.

Ao longo da história, a tecnociência não tem atuado em diversas instâncias sobre a vida dos indivíduos. Com o advento do capitalismo e da revolução industrial, este instrumento passa a atuar diretamente na vida biológica dos indivíduos, por meio do controle dos seus corpos. A vida passa a ser utilizada como uma espécie de moeda no jogo político, administrada e gerida a fim de suprir as necessidades do novo sistema de produção então emergente, bem como para reforçar as relações de poder traçadas nesse cenário. Surge, assim, a chamada biopolítica.

¹Adotamos a utilização da expressão tecnociência utilizada por Zuben (2006) com vistas a denotar não apenas o caráter investigativo da busca pelo conhecimento trazida pela ciência hodiernamente conhecida, mas, sobretudo a utilização deste conhecimento na transformação da realidade por meio do desenvolvimento da técnica.

É possível compreender que este novo estratagema político, sustentado pelo controle biológico do indivíduo humano apresenta, igualmente, uma bipolaridade, que se expressa, por um lado, pelo adestramento dos corpos dos indivíduos, através de mecanismos de controle institucionalizados em várias esferas da vida social (como a caserna, a escola, a prisão etc.) – a disciplina – e, de outro lado, por meio de mecanismos de controle do ser humano enquanto espécie, instituídos em políticas públicas sobre o nascimento e a vida dos indivíduos (aquilo que é chamado por Foucault de “biopoder”). Diferentemente do poder de pôr termo à vida dos indivíduos até então conhecido, historicamente, pelo fio da espada, vastamente utilizado pelo soberano, esta nova forma de poder manifesta-se como um modo de controle e manipulação da vida. Trata-se de um poder fluido, que utiliza o conhecimento técnico-científico para desenvolver mecanismos de utilização da vida como ferramenta para manutenção das relações de poder. Desta forma, nas palavras de Michel Foucault, é possível compreender:

Concretamente, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao contrário, dois pólos de desenvolvimento interligados por todo um feixe intermediário de relações. Um dos pólos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as disciplinas: *anátomo-política do corpo humano*. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: *uma bio-política da população*. As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois pólos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida. A instalação – durante a época clássica, desta grande tecnologia de duas faces – anatômica e biológica, individualizante e especificante, voltada para os desempenhos do corpo e encarando os processos da vida – caracteriza um poder cuja função mais elevada já não é mais matar, mas investir sobre a vida, de cima para baixo. A velha potência da morte em que simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida. Desenvolvimento rápido, no decorrer da época clássica, das disciplinas diversas – escolas, colégios, casernas, ateliês;

aparecimento, também, no terreno das práticas políticas e observações econômicas, dos problemas de natalidade, longevidade, saúde pública, habitação e migração; explosão, portanto, de técnicas diversas e numerosas para obterem a sujeição dos corpos e o controle das populações. Abre-se, assim, a era de um “bio-poder”. (1998, p. 151-152).

Observa-se que este poder sobre a vida manifestou-se, ao longo da história em diversas dimensões reguladoras infinitesimais, que variavam desde as políticas de saúde pública até o controle da própria sexualidade e da vida reprodutiva dos indivíduos. Esta última instância apresenta uma especial relevância, haja vista que: “De um modo geral, na junção entre o “corpo” e a “população”, o sexo tornou-se o alvo central de um poder que se organiza em torno da gestão da vida, mais do que da ameaça da morte” (FOUCAULT, 1998, p.160). Contudo, os avanços da tecnociência na microbiologia revelaram dimensões cada vez mais nucleares da vida humana. A descoberta das técnicas de reprodução assistida, sem a necessidade da cópula, revelou a possibilidade não apenas de um controle das condições da vida biológica do indivíduo, mas, a possibilidade de conhecimento prévio da quase totalidade da composição biológica do indivíduo, bem como a escolha e determinação prévia das mesmas.

Por conseguinte, toda essa panacéia tecnológica tem causado uma crise na autocompreensão ética da espécie humana, haja vista que, nos avanços da tecnociência sobre as matrizes da vida e do corpo humano, tem-se perdido a noção da diferença sobre aquilo que é produzido daquilo que se cresce naturalmente. Conforme sustenta Jürgen Habermas, essa distinção cognitiva seria essencial para constituir um entrave moral à utilização e manipulação biológica dos indivíduos. Nesse sentido, o autor aduz o seguinte:

A força legitimadora das formas “clínicas” de ação, clínicas no sentido mais amplo, cresce à medida que sua relevância social diminui. Atualmente, a pesquisa genética e o desenvolvimento da técnica genética são justificados à luz de objetivos biopolíticos relativos à nutrição, à saúde e ao prolongamento da vida. A esse respeito, é comum que se esqueça o fato de que a revolução da práxis de criação, mediante o uso da técnica genética, não se realiza mais no modo clínico da *adaptação* à dinâmica própria da natureza. Ela sugere, antes, a *neutralização* de uma distinção fundamental, que também participa da constituição de nossa autocompreensão

enquanto seres da espécie. Na medida em que evolução aleatória das espécies move-se para o campo da intervenção da tecnologia genética e, por conseguinte, da ação que é de nossa responsabilidade, as categorias que, no mundo da vida, separam o que é *produzido* e o que se *transforma por natureza* passam a não se diferenciar mais. [...] A empatia ou a “compreensão manifestada” em relação à vulnerabilidade da vida orgânica, que cria um entrave moral ao manejo prático, funda-se abertamente na sensibilidade do próprio corpo e na distinção entre uma subjetividade, embora rudimentar, do mundo dos objetos manipuláveis. (2004, p. 64-65).

1.1.3 Vida nua: a “coisificação” do indivíduo

Surge, nesse diapasão, um novo conceito moral sobre a compreensão do fenômeno da vida: a chamada vida nua. Esta consistiria na anulação da existência moral do indivíduo, transformando a sua existência (*bíos*) numa vida meramente biológica (*zoé*).

A vida nua é mais uma ferramenta ideológica da biopolítica, a qual atua por meio da construção de um discurso desqualificador dos indivíduos. Desta maneira, “desnudando a vida” destes, seria possível justificar e legitimar quaisquer tipos de intervenções feitas sobre o indivíduo, o qual, por alguma razão, estaria reduzido a menos do que a categoria moral de pessoa, sendo uma vida meramente biológica: o chamado *homo sacer* (homem sacro) (AGAMBEM, 2007). A vida nua foi a ferramenta ideológica utilizada pelos estados de exceção totalitários (a exemplo do nazismo), nos quais cabia ao “soberano” determinar qual seria o valor ou a ausência de valor de determinadas formas de vida as quais poderiam ou não ser vividas. Desta forma, sob a superestrutura de um discurso pseudocientífico tecnocrático, compromissado com o “poder soberano”, justificar-se-iam políticas de “saúde” pública voltadas para o aborto eugênico, o infanticídio, a eutanásia e até mesmo, o genocídio². Uma verdadeira cruzada contra aqueles considerados “inferiores”, ou

²No mesmo sentido é o pensamento de Miguel Kottow (2005, p. 114-115) sobre o assunto. Para o autor: “La biopolítica concentra y reduce la argumentación a la dicotomía vida/libertad, enfocando el cuerpo como realidad estrictamente biológica y entendiéndolo como portador de alguna característica esencial: género, raza, etnia, edad. Con esta reducción de la persona a un rasgo biológico, la biopolítica se abstrae a los factores culturales e históricos que diferencian a los integrantes de un grupo entre sí y a una comunidad de otra, em um discurso monocorde que arriesga volverse intolerante y autoritario, eventualmente totalitario (HELLER;FEHER, 1995). Interpretaciones más descarnadas, apoyadas en Foucault, ven en la biopolítica “la creciente implicación de la vida natural del hombre en los mecanismos y los cálculos del poder” (AGAMBEN, 2003). De aquí derivan dos

“fracos”. Assim, parece-nos elucidativo a alusão feita por Peter Pál Pelbart, ao afirmar:

O campo de concentração é o lugar em que o estado de exceção foi transformado em regra, onde a exceção perdura e onde o homem, privado de seus direitos, pode ser assassinado sem que isso se torne um crime. Não se trata, como quer a historiografia judaica, por vezes, de uma espécie de sacrifício, presente no termo Holocausto, pois é justamente a dimensão sacrificial que está suspensa: o judeu está suspenso da ordem humana e da divina, numa exclusão normatizada. O soberano faz incidir seu poder sobre aquele que a lei exclui, a vida nua enquanto tal. A saúde da população, por sua vez, exige a eliminação da vida indigna de ser vivida. É a biopolítica transformando-se em tanatopolítica. O campo é o paradigma biopolítico contemporâneo. [...] Na biopolítica moderna o soberano é aquele que decide do valor ou da falta de valor da vida enquanto tal ou, mais radicalmente, onde essa prerrogativa desliza para as mãos da própria especialidade que se encarrega da vida, a medicina – coisa já amplamente esboçada no próprio III Reich. (2003, p. 64).

1.2 TECNOCIÊNCIA E BIOÉTICA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA E POSSÍVEL

1.2.1 Sobre um estatuto epistemológico da bioética

Como se observou, a utilização da tecnociência tem servido a interesses de dominação sócio-política, por meio do controle da vida dos indivíduos e da natureza. Destarte, observa-se uma aporia moral acerca do sentido e a utilidade da ciência e

tractos de singular importancia: la vida nuda y la biopolítica como estado de excepción. Reeditando pensamiento e vocabulario gregos, la vida o *zoé* como mero facto biológico se diferencia de la existencia humana, o *bíos*, que es el ser humano inmerso en su cultura, en su historicidad y sustentado por sus derechos. La vida nuda, el *homo sacer*, es despojada de todas sus características existenciales: ya no es ciudadano ni miembro de la sociedad. Se es *homo sacer* cuando el poder lo convierte en tal y eso ocurre com recurso a alguna denotación que justifica el despojo: se es clasificado como mero ente biológico por ser judío, islámico, negro, VIH (+), gay o poseer cualquier otro atributo que la miopía biopolítica se empece en descalificar. A ese efecto, el poder tiene que ejecerse a despecho de la ley, es decir, se crea um estado de excepción que realiza el desnudamiento. Por estado de excepción se entiende la proclamación de una supuesta necesidad crítica de ejercer la soberanía por fuera de la ley, de los derechos y de la moral. Antecedentes históricos como los campos de concentración del nazismo y del Gulag dieron um horroroso realismo a esta degradación humana de *bíos* en *zoé*, con la concecuente impunidad para aniquilar esa vida reducida a biología (LEVI, 2003).

da técnica. Neste passo, surge a necessidade de uma análise sobre o sentido e os fins da tecnociência, bem como seus efeitos morais, sociais e conceituais sobre o ser humano e os demais elementos da natureza.

Assim sendo, a bioética surge como uma disciplina que visa desenvolver uma ética aplicada às reflexões sobre o uso das tecnociências e as suas conseqüências. Todavia, esse tipo de estudo requer o desenvolvimento de uma ética pautado em um estatuto epistemológico próprio, diferenciado da ética filosófica ordinariamente conhecida. Isto porque, conforme se observa, a aplicação das novas tecnológicas tem trazido conseqüências (tanto de ordem prática, como de ordem social, filosófica e existencial) até então nunca antes previstas pelo ser humano ao longo de sua existência histórica. Por conta disso, percebe-se que a ética teórica desenvolvida ao longo desse período mostra-se insuficiente para a solução das controvérsias morais referentes ao limite do desenvolvimento e da aplicação das novas tecnociências, haja vista que, na análise da moralidade dos atos, esta não contemplava possíveis efeitos futuros das ações perpetradas. Destarte, para Hans Jonas, em todas as máximas derivadas da ética:

[...] aquele que age e o “outro” de seu agir são partícipes de um presente comum. Os que vivem agora e os que têm trânsito comigo são os que têm alguma reivindicação sobre minha conduta, na medida em que esta os afete pelo fazer e pelo omitir. O universo moral consiste nos contemporâneos, e o seu horizonte futuro limita-se à extensão previsível do tempo de suas vidas. (2006, p.36).

Dessa forma, o autor conclui:

Esse conhecimento da virtude (o de saber onde, quando, a quem e como se deve fazer o quê) prende-se às circunstâncias imediatas, em cujo contexto definido a ação segue o seu curso como ação do ator individual, nele encontrando igualmente o seu fim. Se uma ação é “boa” ou “má”, tal é inteiramente decidido no interior desse contexto de curto prazo. Sua autoria nunca é posta em questão, e sua qualidade moral é imediatamente inerente a ela. Ninguém é julgado responsável pelos efeitos involuntários posteriores a um ato bem-intencionado, bem-refletido, bem-executado. O braço curto do poder humano não exigiu qualquer braço comprido do saber, passível de predição; a pequenez de um foi tão pouco culpada quanto a do outro.

Precisamente porque o bem humano, concebido em sua generalidade, é o mesmo para todas as épocas, sua realização ou violação ocorre a qualquer momento, e seu lugar completo é sempre o presente. (2006, p.36).

Para Edgard Morin (2005), o processo de desencantamento do mundo e o desenvolvimento desenfreado da chamada “ciência” moderna acabou por realizar uma cisão entre o juízo de fato e o juízo de valor, fato que favoreceu em grande medida a utilização da racionalidade instrumental da tecnociência para fins imorais. Nesse sentido, o autor entende ser imprescindível uma reflexão ética sobre o indivíduo enquanto membro de uma comunidade como uma tentativa de quebra do isolamento psíquico e moral do indivíduo da sociedade e da sua própria espécie, fato que o impediria de incluir o outro e refletir sobre este na execução de seus atos. Na esteira desse pensamento, Francesco Bellino (1997), entende que a bioética apresenta-se como uma disciplina desenvolvida sob o paradigma epistemológico da complexidade, posto que se desenvolve sob níveis problemáticos (metafísico, empírico e ético), convergentes, sem permitir a indiferença entre eles ou a absorção de um nível da questão por outro. Inspirado em Edgard Morin, o autor afirma que uma inteligência de tal amplitude somente se torna possível após o recurso a dois princípios fundamentais: o princípio da recursão e o princípio dialógico.

Pelo princípio da recursão, deve-se entender que: “cada momento, cada componente, cada instância do processo é simultaneamente produto e produtor de outros momentos, componentes e instâncias” (BELLINO, 1997, p.37). Já o princípio da dialógica visa conectar as “lógicas” (epistemologias) dos três níveis problemáticos acima destacados, de forma complementar, açambarcante, sem permitir a anulação de qualquer da individualidade das mesmas. Outrossim, a bioética apresenta-se como uma ética aplicada, complexa, realista – mas não licenciosa – combativa, intervencionista, política, reflexiva de suas próprias contradições, que nos convida a meditar sobre o sentido do conhecimento técnico-científico e suas aplicações no meio ambiente e na vida humana. Não se trata de uma ética relativista, ou de uma ética fundamental aplicada aos casos concretos, mas sim numa ética complexa, tomada a partir de fundamentos ético-morais, mas aplicada em face de horizontes sócio-históricos e epistemológicos. Neste sentido, o autor afirma o seguinte:

A ética aplicada não é uma ética adaptada às circunstâncias. No agir moral, aplicar não é adaptar. Compreender as situações particulares não significa justificá-las. A justificação das situações comportaria a negação dos princípios éticos. Na ação moral concreta, os valores se realizam na situação e a situação se compreende e encontra seu sentido no horizonte dos valores morais. Para não cair no angelismo de “mãos limpas”, a ética, como já observamos, não pode constituir-se independentemente das situações históricas, dos casos particulares, do próprio tempo e deve elaborar sua estratégia entre os princípios (fins) e os meios. Para não desembocar no cinismo e na desmoralização, porém, é preciso também “adaptar” o nosso tempo à moral, a seus princípios. Se isto não é possível pela ação das “potências” históricas que obstaculizam o caminho moral do homem, nem por isto estamos autorizados a renunciar nossa vida moral, mas, como afirma Morin, referindo-se em particular à ética política “é preciso manter sólidos os nossos princípios”. É verdade, estes princípios correm o risco de ser retóricos, verbais, impotentes, quando não conseguem gerar a mínima ação ou nem mesmo o mínimo protesto, em situações nas quais o protesto torna-se perigoso e é proibido. Mas permanece uma última maneira de agir: não participar da mentira, como disse Solzenicyn. Se a moral não pode ser dissociada de uma estratégia, ela não pode ser tampouco subordinada a seu êxito, ou, de qualquer maneira à esperança de seu futuro êxito. A subordinação da moral a seu êxito significa abandonar a exigência moral desde o princípio. O caráter específico da exigência moral está na possibilidade de animar uma ação que não tem possibilidade de vitória. Devemos estar preparados para uma eventualidade deste gênero. Não se trata de uma “moral adaptada” em uma sociedade complexa é preciso uma moral complexa, fundada em um pensamento complexo, quer dizer, uma moral que traz consigo suas contradições, seus limites e é consciente disso. (BELLINO, 1997, p. 54-56).

1.2.2 Da inviabilidade de um modelo epistemológico positivista a um esboço de uma epistemologia democrática: uma tentativa de diálogo com a pluralidade

Obviamente, apesar de todos os méritos adquiridos pela epistemologia cartesiana no desenvolvimento técnico-científico, torna-se evidente a sua inviabilidade numa análise de natureza essencialmente multiaxiológica, como a avaliação ética. Isto porque, os pressupostos metodológicos aduzidos pelo positivismo científico (testabilidade e confirmabilidade empírica das sentenças) são impossíveis de aplicar a uma análise moral deontológica da própria ciência.

Consabido, o positivismo científico retoma a epistemologia empirista adotada no século XVIII, entendendo que o papel primordial da ciência seria ordenar e sistematizar o universo, explicando as relações necessárias entre os fenômenos naturais e as “leis” que os regem. Dessa forma, o positivismo científico apresenta o conhecimento de forma acabada e irrefletida, adotando uma posição determinista sobre o mundo, a natureza e os fenômenos que os cercam (BADARÓ, 2003, p. 54-55).

Para Bachelard, a epistemologia positivista apresenta uma visão míope do mundo, na medida em que, na busca pelo isolamento determinista de seu objeto, acaba por “mutilá-lo”, olvidando o caráter multi-relacional que o compõe. Ou seja, a epistemologia positivista acaba por apresentar uma visão apequenada e simplista dos objetos sob sua análise, porque, na medida em que isola de forma “neutra” e “avaliativa” os mesmos para melhor compreendê-los, acaba por negligenciar a complexidade e amplitude de suas estruturas. Destarte, de acordo com Bachelard, seria impossível um estudo acabado de qualquer objeto, posto que, um estudo do objeto em si revelaria uma gama de correlações essenciais à compreensão de sua natureza. Ou seja, sempre seria possível avaliar o objeto por meio de novas digressões dialéticas, fato que nos levaria a reavaliar não apenas o objeto, mas o próprio conhecimento que temos sobre o mesmo de forma constante. Assim, para o autor:

O caráter de “completude” deve passar de uma questão de fato a uma questão de direito. E é aqui que a consciência da totalidade é obtida por bem outros processos que os do meios mnemotécnicos da enumeração completa. Para a ciência contemporânea, não é a memória que se exerce na enumeração das idéias, é a razão. Não se trata de recensar riquezas, mas em atualizar o método de enriquecimento. É preciso, sem cessar, tomar consciência do caráter completo do conhecimento, espreitar as oportunidades de extensão, prosseguir todas as dialéticas. (BACHELARD, 2000, p. 127).

Ora, conforme a fenomenologia nos aponta, a essência de determinado objeto residiria na percepção que temos sobre este. Isso quer dizer que a captação de um determinado objeto em sua essência nada mais é do que a manifestação da cognição sobre determinada realidade. Tal fato não significa que determinado objeto

exista apenas dentro de uma determinada consciência, mas sim que o seu sentido de objeto é dado pela consciência do observador dentro de uma experiência sensível, sem os quais não existiria sentido para falar em objeto ou em essência. “Isso significa que as essências não têm existência alguma fora do ato de consciência que as visa e do modo sob o qual ela os apreende na intuição” (DARTIGUES, 2005, p. 22). Assim, é possível compreender que a idéia do objeto apontado pela ética aplicada ao direito e às biotecnologias também passam pela diversidade de apreensões cognitivas dos seus objetos.

Mas não apenas dos seus objetos. A concepção de uma ética aplicada à regulação ético-jurídica das tecnociências perpassa também, necessariamente, uma pluralidade de concepções que os diversos grupos de observadores possuem sobre si mesmos, suas vidas e seus comportamentos. Conseqüentemente, é possível compreender uma gama de diferentes composições para a referida análise, em face de diversos pressupostos filosóficos e teóricos.

É possível entender que a própria idéia de saber científico parte de algum consenso. Conforme enfatiza Thomas Kuhn (2007), a chamada “ciência normal”, que visa desenvolver um conhecimento verticalizado sobre determinado assunto, é pautada no compartilhamento de certos valores por uma determinada comunidade, por meio da adoção prévia de determinados pressupostos teóricos e metodológicos, os quais são chamados pelo autor de paradigma.

Para Kuhn, o paradigma surge na medida em que determinada teoria sobre determinado assunto passa a ser aceita pela maioria de determinada comunidade científica em detrimento das demais. “Para ser aceita como paradigma, uma teoria deve parecer melhor que as suas competidoras, mas não precisa (e isso quase nunca acontece) explicar todos os fatos com os quais pode ser confrontada” (KUHN, 2007, p. 38). Na medida em que uma comunidade científica adere a um determinado paradigma, aqueles “dissidentes” que não compartilham da mesma visão passam a ter seus trabalhos ignorados e não, paulatinamente, excluídos do grupo, tendo que unir-se a outro grupo (KUHN, 2007, p. 39).

Desta forma, teríamos diversas comunidades científicas distintas, separadas por diferentes paradigmas. Seguindo este raciocínio, é possível compreender a existência de uma enorme variedade de perspectivas sobre a bioética em face da pluralidade de comunidades que compartilham de premissas comuns. Essas “escolas” compreenderiam uma diversidade de valores sociais, morais, políticos,

religiosos, antropológicos que permitiriam compreender o mesmo fenômeno de maneiras completamente distintas (embora não necessariamente contraditória).

Ora, conforme ressalta Edgard Morin (2005), uma ação ética na ciência deve ser pautada na inclusão da cosmovisão do outro. Ou seja, agir eticamente significaria também agir de forma a incluir, a compreender a visão do outro (o que não significa necessariamente a compartilhar dela!) dentro de uma reflexão sobre os fins e os riscos das biotecnologias, excluindo toda forma de preconceito e anátema das concepções que sejam dissidentes daquelas tidas como “dominantes”. Nesse sentido, observa-se, no Brasil, a formação de uma bioética autônoma, pautada, contudo, em matrizes bastante variadas. Outrossim, partindo de uma compreensão fenomenológica dos objetos, podemos compreender que essas diferentes “linhas teóricas” da bioética enfatizam a análise do problema da proteção da vida e do uso das tecnologias sob diferentes prismas, como o da autodeterminação e livre consentimento do indivíduo, desigualdade social, de raça e de gênero, proteção daqueles considerados mais vulneráveis, etc (OLIVEIRA;VILLAPOUCA;BARROSO, 2005). Conseqüentemente, parece-nos absolutamente inviável a concepção apriorística de um estatuto epistemológico da bioética para a solução de situações que aparentemente aporéticas, haja vista a infinidade de perspectivas de observação. O problema apresenta-se ainda mais agravado ao se tratar da análise jurídica sobre o uso das tecnociências emergentes em face dos direitos fundamentais e da própria dignidade humana, base axiológica fundante do próprio Direito.

Por conta disso, faz-se necessária a concepção de algum estilo de pensamento que possa açambarcar uma diversidade de concepções teóricas sobre uma interpretação ético-jurídica do uso do conhecimento técnico-científico no reino da vida. Nesse passo, mostra-se imprescindível a concepção de um modelo de pensamento que se coloque além dos moldes lógico-formais preconizados pelo positivismo jurídico.

Considerando o direito como um objeto cultural, tendo por substrato fático a conduta humana na sua interação intersubjetiva, e pautado na idéia da necessidade de proteção e concretização de determinados valores (MACHADO NETO, 1988)³,

³Inspirado na fenomenologia de Edmund Husserl, o autor, classifica os objetos de conhecimento em quatro dimensões ônticas, a saber: objetos ideais, naturais, culturais e metafísicos. Para o autor, o direito estaria inserido entre os objetos culturais, visto que o mesmo se manifesta na experiência

torna-se imperioso se considerar que a única concepção sistemática possível que torne viável o deslinde de questões jurídicas envolvendo intervenções seria pautada na idéia de concepção de sistema como uma ordenação axiológica e teleológica (CANARIS, 2002)⁴. Isto porque, a partir da concepção de determinados valores (concebidos como vetores axiológicos) do sistema jurídico, seria possível a estruturação de um pensamento, ao mesmo tempo, valorativo e ordenado, o qual se possa aplicar de forma isonômica à todas as situações semelhantes as soluções por ele previstas.

Todavia, a fim de se evitar seu distanciamento da realidade, é preciso considerar o direito enquanto sistema aberto, ou seja, permeável à complementação e modificação na compreensão de determinados princípios. Com efeito, no momento atual, conceituado como pós-modernidade, diante da intensa dinâmica estabelecida pelas relações sociais, cada vez mais complexas, novos valores acabam por se manifestar, requerendo, muitas vezes, uma resposta jurídica. Sobretudo no domínio das aplicações das biotecnociências, diuturnamente, situações inusitadas se apresentam, trazendo à análise do direito diferentes matizes da compreensão humana. Ora, desta forma, é possível que o pensamento jurídico, embora lastreado numa pauta valorativa determinada por seus princípios, possa, por meio do diálogo entre aqueles e novas realidades emergentes, incorporar novos valores e desenvolver novos princípios, em face dos horizontes histórico-culturais constantemente confrontados. Por conseguinte, é possível admitir o sistema jurídico como um sistema aberto, sobretudo, porque o seu objeto principal de estudo não é um objeto completo e acabado, mas, em constante transformação. Logo, a compreensão do direito como sistema aberto favoreceria o diálogo constante com novos fenômenos sociais, de modo a buscar proporcionar a proteção de determinados valores. Nesse sentido, Canaris afirma:

sensível, sendo valorado negativa ou positivamente. O direito seria assim, a valoração da conduta humana, na sua interação intersubjetiva objetivada por meio da norma jurídica. Desta forma, a norma jurídica seria, segundo o autor, um meio de interpretação de determinadas condutas, com vistas a consecução de determinados valores.

⁴Para o autor, a idéia de pensamento sistemático é intrínseca à própria concepção ética do direito. Isto porque, segundo ele, somente a partir da idéia de sistema, poder-se-ia extrair os conceitos de ordem e unidade, os quais seriam fundamentais para a aplicação equânime do direito, no sentido de perceber, por meio dos princípios (concebidos enquanto vetores axiológicos), as semelhanças e dessemelhanças entre os casos envolvidos, bem como para a existência de coerência valorativa do raciocínio jurídico (p. 11-23).

A abertura como incompletude do conhecimento científico acresce assim a abertura como modificabilidade da própria ordem jurídica. Ambas as formas de abertura são essencialmente próprias do sistema jurídico e nada seria mais errado do que utilizar a abertura do sistema como objecção contra o significado da formação do sistema na Ciência do Direito ou, até, caracterizar um sistema aberto como uma contradição em si. A abertura do sistema científico resulta, aliás, dos condicionamentos básicos do trabalho científico que sempre e apenas pode produzir projectos provisórios, enquanto, no âmbito questionado, ainda for possível um progresso, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido; o sistema jurídico partilha, aliás, esta abertura com os sistemas de todas as outras disciplinas. Mas a abertura do sistema objectivo resulta da essência do objecto da jurisprudência, designadamente da essência do direito positivo como fenómeno colocado no processo da História e, como tal, mutável (2002, p. 109-110).

Com efeito, a compreensão do direito como sistema aberto viabilizaria a adequação do arcabouço normativo do ordenamento jurídico à solução dos novos problemas emergentes, por meio do constante ir e vir cognoscitivo do substrato fático da conduta ao seu sentido cultural. Destarte, seria possível uma aplicação constantemente atualizada do direito, na medida em que este seria, enquanto objeto, tão mutável quanto os comportamentos e valores que regula, haja vista que a principal atividade do direito seria a interpretação das condutas em face dos valores e não da norma jurídica. Contudo, diante da crise de valores estabelecida pela pós-modernidade⁵, o pensamento sistemático acaba por tornar-se inviável em certas

⁵Conforme nos aponta Bauman (1998), o projeto da modernidade era estruturado pela idéia da ordem e da pureza, uma espécie de normatização do indivíduo, pautado no sonho da emancipação pela razão. A aplicação da racionalidade na organização social viabilizaria a libertação de perseguições e abusos perpetrados ao longo da história humana. "A possibilidade de domínio científico representava o aceno de uma ambicionada segurança, que nos afastaria dos infortúnios ligados a imprevisibilidade do mundo natural (desde condições climáticas e de relevo, a doenças físicas e mentais): a natureza deveria submeter-se ao poder da Razão humana" (CHEVITARESE, 2001). Por conseguinte, a sociedade ocidental passou a manifestar essa idéia na construção de vários institutos de controle (como as chamadas "instituições de seqüestro" expressão utilizada por Michel Foucault para se referir aos instrumentos de controle sócio-político designados à disciplina dos corpos). Todavia, essas ações também trouxeram consigo um sentimento constante de ansiedade e insatisfação, visto que o projeto trazido pela modernidade não trouxe a emancipação prometida pela restrição da liberdade em nome da ordem. Ao contrário, o projeto da razão moderna tolheu a instância de cognição reflexiva dos indivíduos, sobretudo no espaço público. De outra parte, a normatização trazida pela modernidade também mostrou-se incapaz de responder às questões oriundas dos avanços tecnológicos da humanidade, bem como de suas conseqüências. Por conseguinte, diante de uma realidade cada vez mais rápida e intensa no fluxo de acontecimentos e informações, a civilização contemporânea entrou numa crise de valores, na qual, em face da falência do modelo civilizatório moderno, não se estabeleceu outra pauta valorativa para a existência em sociedade. Ao contrário, a liberação do comportamento humano de todos os padrões e parâmetros estabelecidos pelo projeto da modernidade trouxe consigo também um constante sentimento de incerteza e de deslocamento. Isso significa que, tendo rompido os grilhões do projeto da modernidade, a sociedade ocidental

situações. E isto porque, mesmo considerando o direito como um sistema aberto (ou como um projeto inacabado, em constante construção e reconstrução), torna-se imprescindível o debate acerca de determinados valores norteadores, os quais possam ou não ser inseridos no sistema jurídico. Em outros termos, o problema se dá quando não se sabe quais são os vetores que orientam esse sistema diante de uma realidade concreta, atual, porém ainda eticamente irrefletida.

Neste diapasão, a partir da verificação da impossibilidade de apreensão de toda experiência moral e jurídica por meio do raciocínio sistemático, é possível a utilização, de forma complementar, do pensamento tópico-retórico. Isto porque, seguindo a tendência trazida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, muitas das ordens constitucionais contemporâneas trouxeram como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Destarte, coube a ciência do Direito traduzir o real significado do aludido conceito, bem como seus desdobramentos nas diversas dimensões da vida humana⁶.

Outrossim, o resgate do pensamento problemático faz-se essencial numa hermenêutica compromissada à compreensão da dimensão política de direitos, uma vez por meio do diálogo desses conceitos norteadores com as comunidades, por meio resgate do senso comum, seria possível perceber as diversas manifestações desses direitos no mundo da vida, bem como pensar meios efetivos de proteção dos mesmos. Isto se dá principalmente pela natureza aporética dos direitos humanos e

contemporânea viu-se perdida, despossuída de uma pauta valorativa em que se firmar para orientar suas ações. Nesse passo, mostra-se deveras ilustrativa a indagação trazida por Baudrillard e transcrita a seguir: “Se fosse caracterizar o atual estado de coisas, eu diria que é o da pós-orgia. A orgia é o momento explosivo da modernidade, o da liberação em todos os seus domínios. Liberação política, liberação sexual, liberação das forças produtivas, liberação das forças destrutivas, liberação da mulher, da criança, das pulsações inconscientes, liberação da arte. Assunção de todos os modelos de representação e de todos os modelos de anti-representação. Total orgia de real, de racional, de sexual, de crítica e de anticrítica, de crescimento e de crise de crescimento. Percorremos todos os caminhos da produção e da superprodução virtual de objetos, de signos, de mensagens, de ideologias, de prazeres. Hoje, tudo está liberado, o jogo está feito e encontramos-nos coletivamente diante da pergunta crucial: o que fazer após a orgia?” (2006, p. 9).

⁶Nesse sentido, Giuseppe Tosi (2005) explica as diversas dimensões dos direitos humanos, trazidas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Segundo o autor, os direitos humanos possuem uma dimensão ética, na medida em que representam valores éticos universalizáveis; dimensões política e econômica, visto que também representam orientações dos Estados para a adoção de políticas públicas que assegurem o mínimo material necessário à implementação de direitos; possuem ainda um caráter jurídico, uma vez que se positivam nas ordens constitucionais a partir de sua adesão pelos Estados; uma dimensão social, posto que é papel de toda sociedade a busca pela efetivação desses direitos; uma dimensão histórico-cultural, uma vez que os direitos humanos devem integrar o *ethos* coletivo de um povo; e uma dimensão educativa, uma vez que a conscientização de direitos é pressuposto necessário ao exercício dos mesmos.

do próprio conceito de dignidade humana⁷, uma vez que, dada sua própria concepção e natureza, estes são transcendentais aos sistemas normativos nacionais.

Para Theodor Viehweg, é possível conceituar o termo problema como

toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer, necessariamente, um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto da questão que há que levar a sério e para qual há que buscar uma resposta como solução. (1979, p. 34).

De outra parte, o autor define sistema como “um conjunto de deduções previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta” (VIEHWEG, 1979, p. 34). Destarte, é possível compreender relação entre o problema e o sistema depende da ênfase posta em cada um desses elementos. No caso de ênfase ser dada ao sistema, a existência de problemas insolúveis (aporias) levaria a exclusão dos mesmos do sistema, uma vez que seriam considerados como problemas mal-colocados ou falsos problemas.

De outra parte, no caso de uma ênfase no problema, poder-se-ia selecionar sistemas até encontrar a solução. Neste último caso, isto pode acontecer por meio da escolha de premissas aparentemente adequadas, que possibilitem o desenvolvimento de um raciocínio fecundo a partir de lugares-comuns usualmente aceitos (VIEHWEG, 1979, p. 36). Por isto, no tocante a uma interseção entre o direito (sobretudo os chamados “direitos humanos”) e a bioética, o raciocínio tópico ganha uma importância especial, uma vez que a experiência e o constante diálogo com esses lugares-comuns dessas duas disciplinas, o qual permitiria uma constante atualização das dimensões desses direitos no mundo da vida. Semelhantemente,

⁷Destarte, Habermas explica que a natureza dos direitos humanos encontra-se relacionada com a autocompreensão recíproca dos indivíduos de uma comunidade enquanto sujeitos de direitos individuais, não estando sua compreensão necessariamente associada a qualquer elemento metafísico. Neste passo, o autor afirma: “É verdade que os direitos subjetivos pertencem aos dotes das pessoas jurídicas individuais particulares; mas o *status* das pessoas jurídicas individuais, como portadores de tais direitos subjetivos, constitui-se apenas no contexto de uma comunidade jurídica que se assenta sobre o reconhecimento recíproco de membros associados de modo livre. Por isso, deve-se livrar a compreensão dos direitos humanos do fardo metafísico da suposição de um indivíduo existente antes de qualquer socialização e que como que vem ao mundo com direitos naturais” (2001, p. 158).

este estilo de raciocínio revela-se sobretudo útil na bioética, na medida em que permitiria sempre a incorporação de outras perspectivas dentro de uma análise contextual de casos concretos.

Observa-se, destarte que, hodiernamente, o próprio conceito de racionalidade herdada da modernidade é posto em discussão, na medida em que se busca resgatar a importância da participação cívica dentro da construção do direito. Erige-se então, um novo paradigma hermenêutico, pautado nas condições da construção do discurso de autodeterminação dos sujeitos de uma comunidade. Dessa forma, numa perspectiva de pluralidade de social, o direito e a bioética devem ser legitimados pelo seu processo de elaboração (HABERMAS, 2004, p. 300). Assim, a formação da racionalidade dos discursos jurídico e bioético, como sua relação na esfera de regulação e controle das tecnociências sobre a vida, relaciona-se diretamente com a possibilidade da participação democrática do maior número possível de indivíduos, bem assim com a busca pelo consenso na elaboração do discurso. Nesse sentido, também nos parece salutar a posição de Robert Alexy ao afirmar a necessidade de uma participação popular na formação do discurso jurídico institucionalizado com elemento constitutivo de uma efetiva democracia deliberativa. Assim passo, o autor afirma:

Um conceito adequado de democracia, contudo, não se deve apoiar somente no conceito de decisão. Ele precisa também abarcar o de argumento. O abarcamento da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio da tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, que encontram em eleições e votações, mas também por argumentos. Desse modo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou discursiva. (2007, p. 163).

Contudo, em que pese o caráter manifestadamente problemático do debate bioético, torna-se imperioso saber se e como seria manifestada a proteção coercitiva do direito aos valores éticos da vida. Destarte, resta saber em que medida tornar-se-ia possível a apreensão do discurso bioético pelo do sistema jurídico em sua norma

mais elevada: a Constituição. Por conta disso, cumpre-nos analisar as dimensões cognoscitivas do fenômeno constitucional, a fim de descobrir a possibilidade da construção de princípios bioéticos operacionalizáveis na Constituição.

2 NOTAS SOBRE PRINCÍPIOS BIOÉTICOS DA CONSTITUIÇÃO

2.1 CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO E AUTO-REFERENCIAL

Dentro das doutrinas constitucionalistas contemporâneas, é possível conceber a idéia de Constituição como uma ordenação sistemática e axiológica, resultado de opções políticas de uma sociedade e, conseqüentemente, do próprio Estado (HESSE, 1991). Dessa forma, a partir de uma perspectiva do seu sentido material, pode-se entender que a Constituição representa o próprio estatuto político e jurídico do Estado, o qual definiria sua estrutura e fundamentos de seu sistema jurídico. O conceito de Constituição estaria jungido à própria idéia de soberania do Estado, o qual teria o condão de se auto-definir e auto-regular (MIRANDA, 2007, p. 321).

Embora seja impossível desprezar a ingerência de fatores políticos, ideológicos, militares e, principalmente econômicos no fenômeno constitucional – os chamados “fatores reais de poder” (LASSALE, 1999) – é possível afirmar que, em última análise, a norma constitucional representaria também uma manifestação da autodeterminação dos povos, que escolhem e determinam as diretrizes valorativas a se tornarem cogentes na sociedade. Mais ainda: a Constituição constituir-se-ia como um produto dialético da relação entre o povo e os demais fatores de poder na construção do Estado. Nesse sentido afirma Jorge Miranda:

Sendo o Estado comunidade e poder, a Constituição material nunca é apenas a Constituição política, confinada à organização política. É também Constituição social, estatuto da comunidade perante o poder ou da sociedade politicamente conformada. Estatuto jurídico do Estado significa sempre estatuto do poder político e estatuto da sociedade – quer dizer, dos indivíduos e dos grupos que a compõem – posta em dialética com o poder e por ele unificada. E, sendo a Constituição do Estado (em si) e Constituição do Direito do Estado, necessariamente abarca tanto o poder quanto a sociedade sujeita a esse Direito. (2007, p. 328).

De outra parte, a partir de uma perspectiva de interação inter-sistêmica, a Constituição se apresenta também como uma instância de “acoplamento estrutural” entre os sistemas político e jurídico. Isso significa que, por meio dela, seria possível a adoção de medidas políticas ingerentes na seara jurídica e vice-versa, sem comprometer o caráter auto-referencial do direito e da política, visto que a norma constitucional traz em si diversos instrumentos de controle dessas ações (como, por exemplo, dispositivos referentes ao processo legislativo, ao controle de constitucionalidade por ação ou omissão, ação de descumprimento de preceitos fundamentais, as chamadas “cláusulas pétreas”, irreformáveis por emenda constitucional etc.). Por conseguinte, ter-se-ia o fato da Constituição revelar-se como instrumento de mediatização das interferências entre os referidos sistemas, assegurando, ao mesmo tempo, a interpenetração e a necessária autonomia dos mesmos. Ou seja, é por meio da Constituição que será possível definir se, quando e como a política poderá interferir no direito e vice-versa. Desta forma, Marcelo Neves afirma:

Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas e vice-versa. A autonomia operacional de ambos os sistemas é condição e resultado da existência desse “acoplamento estrutural”. Entretanto, por meio dela, cresce imensamente a possibilidade de influência recíproca e condensam-se as “chances de aprendizado” (capacidade cognoscitiva) para os sistemas participantes. Assim sendo, a Constituição serve à interpenetração e interferência de dois sistemas auto-referenciais, o que implica, simultaneamente, relações recíprocas de dependência e independência, que, por sua vez, só se tornam possíveis com base na formação auto-referencial de cada um dos sistemas. (2007, p. 66-67).

2.2 O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DE DIREITO

Com efeito, os diversos Estados contemporâneos têm erigido a dignidade humana como vetor hermenêutico de seus sistemas constitucionais. Tal se dá, principalmente, nas constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial. A

constituição alemã, por exemplo, assegura, em seu art. 1, a inviolabilidade da dignidade humana e a obrigação de todos os poderes públicos em respeitá-la e protegê-la. Já a portuguesa, promulgada em 1976, estatui a dignidade como alicerce do Estado. Por sua vez, as constituições italiana (art. 2) e espanhola (art. 10, 1) reconhecem também os chamados direitos humanos fundamentais.

A Constituição Federal, texto maior do ordenamento jurídico pátrio dispõe, em seu Título I, acerca dos Princípios Fundamentais. Entretanto, para uma compreensão sistêmica do ordenamento jurídico, faz-se salutar a compreensão acerca do conceito de normas-princípio, bem como sua distinção de outras normas (normas-regra). É possível compreender que a característica principal da norma-princípio reside na sua natureza axiológica e finalística (ÁVILA, 2003, p.119-120). Os princípios são “[...] ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas [...]” (SILVA, 1999, p. 96). Mais do que simples dispositivos constitucionais, esses princípios revelam-se normas referenciais norteadoras, basilares do Estado Brasileiro⁸.

O art. 1º, da CF é explícito ao afirmar que, não apenas o ordenamento jurídico pátrio, mas o próprio Estado de Direito são alicerçados nos princípios aduzidos nos incisos do referido artigo. Destarte, é possível concluir que, sob a óptica da interpretação constitucional, todo ordenamento jurídico deve constituir-se numa tradução dos valores contidos nos princípios arrolados nos incisos do art. 1º, da CF⁹.

⁸Para Celso Antônio Bandeira de Melo (2004, p. 841-842), a norma-princípio apresenta-se como mola-mestra de um ordenamento jurídico, materializando-se em diversas dimensões através das demais normas componentes do sistema. Para o autor, princípio garante unidade e sentido às normas que compõem o sistema, sendo ainda critério de interpretação daquelas últimas. Por essa razão, afirma o autor o seguinte: “ Princípio – já averbamos alhures – é, por definição: mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra [...]”.

⁹ Afirma Peter Häberle (2005, p. 90-97) que a dignidade da pessoa humana impôs-se como uma espécie de “lugar comum” das ordens constitucionais européias após a Segunda Guerra Mundial. Dentre outros fatores, os horrores vivenciados durante o trágico evento ora referido. A declaração da dignidade da pessoa humana como fundamento dessas constituições aponta para uma mudança no

Destarte, é possível compreender a vital importância da aplicação/interpretação dos princípios, os quais possuem não apenas a função de influenciar com sua carga axiológica a tomada de decisões jurídicas, como também a função de integrar a aplicação das normas, excluindo os valores ou normas contrapostas de um sistema que não se coadunem com o sistema (GRAU, 2002, p.138).

Seguindo esse entendimento, mostra-se imperiosa a necessidade de conhecimento dos princípios norteadores dos ordenamentos jurídicos, de modo a permitir a aplicação sistêmica das normas jurídicas no caso concreto, evitando um possível conflito aparente entre as mesmas. Ou seja, diante da realidade de cada caso, deve o operador do direito avaliar o valor tutelado por cada norma, a fim de garantir uma interpretação das mesmas em conformidade com o ordenamento jurídico, integrando-as (SARLET, 2006, p. 80)¹⁰.

O texto constitucional brasileiro enumera como um dos fundamentos do presente Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. Conforme já dito, deve-se entender o aludido princípio não apenas como elementar ao texto constitucional, mas como conformador do mesmo. Dada a sua vital importância, este princípio deve ser interpretado no ordenamento jurídico pátrio da maneira mais ampla possível, devendo o Estado brasileiro prover de todos os meios possíveis para assegurar sua efetivação, não apenas por intermédio de garantias constitucionais de caráter individual assegurados pelo texto constitucional, mas também pela defesa de interesses coletivos, difusos e metaindividuais.

É possível compreender que a dignidade da pessoa humana não assume o papel de princípio jurídico apenas por determinação do texto constitucional, mas, sobretudo, pela sua carga axiológica. Mais do que um princípio, a dignidade da

paradigma do pensamento jurídico-estatal, o qual, nesse momento, voltava-se para uma reflexão jurídica pautada em valores.

¹⁰Sobre o assunto, afirma o autor o seguinte: “Neste passo, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nosso Carta Magna – acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico-sistemático, não esquecendo – e aqui adotamos a preciosa lição de Juarez Freitas – que toda a interpretação ou é sistemática ou não é interpretação”.

pessoa deve ser, antes, um valor animador e justificador de todo ordenamento jurídico¹¹.

Apesar da vastidão semântica da expressão dignidade humana, é possível uma compreensão conjectural desse princípio, em face de algumas análises acerca de seus elementos. Em linhas gerais, hodiernamente, a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana possui matriz kantiana e pode ser compreendida do ser humano como um valor em si mesmo, não podendo ser utilizado como um mero objeto para qualquer fim, seja privado, seja público. A dignidade seria um valor estabelecido à pessoa simplesmente pela sua condição de ser humano independente de suas ações, palavras ou até mesmo da existência de autoconsciência, o que, por si só, já excluiria qualquer ação que evidenciasse uma possível descartabilidade do ser humano (SARLET, 2006, p. 61-75). Por essa razão, a dignidade da pessoa humana (*Menschenwürde*) é essencialmente inclusiva, devendo manifestar-se também no reconhecimento e proteção às diferenças entre os indivíduos por parte do Estado, bem como no respeito às diversas manifestações de consciência, credo, pensamento, orientação sexual e demais formas de expressão do ser humano inseridas na dinâmica social (CANOTILHO, 2003, p. 225-226).

Embora pareça impossível estabelecer uma definição acabada sobre o conceito do princípio da dignidade humana, é possível empreender uma compreensão aproximada acerca de seu substrato axiológico. Na esteira deste entendimento, Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p.107-149) enumera quatro elementos componentes da dignidade humana, a saber: a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade¹².

¹¹Na mesma linha é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.72) e José Afonso da Silva (1999, p.109), compreendendo ambos os autores ser a dignidade da pessoa humana a razão primeira para a existência do Estado ou de qualquer ordenamento jurídico.

¹²Nesse sentido, afirma a autora: “Para que se extraiam as conseqüências jurídicas pertinentes, cumpre retornar por um instante aos postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito de dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas. Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, por isso, do discurso e da ação –, será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto. O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado” (2006, p. 119).

É impossível conceber a igualdade apenas a partir da consideração da semelhança dos indivíduos. A natureza humana é, por si só, plural e diversificada. Conforme nos aponta Hannah Arendt (2008), a idéia da necessidade do discurso como espaço de interação trans-individual nos indica a própria condição ambivalente da natureza humana, manifestada, ao mesmo tempo, pela semelhança e dessemelhança entre os indivíduos:

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. (2008, p. 188).

Consoante aduzido alhures, é obvio que, em face das constantes mudanças vividas pelas sociedades contemporâneas, torna-se praticamente impossível “catalogar” ou “classificar” as diferenças e semelhanças que integrem os indivíduos em grupos. Por conseguinte, observa-se que, na seara do espaço público da ação e do discurso, os indivíduos se revelam e, ao mesmo tempo, se determinam como sujeitos do discurso.

Assim, ao nos referirmos à igualdade, é preciso ter em mente a complexidade desse conceito, que se mostra muito além do simples tratamento isonômico da lei aos indivíduos. A igualdade componente da dignidade humana é de caráter substancial, ou seja, deve prever o tratamento desigual a pessoas desiguais, consoante seja necessário em face da sua condição de desigualdade. Outrossim, deve ser evidenciado nesses casos o chamado “direito à diferença” entre os indivíduos. Isso significa que, em face do reconhecimento da pluralidade e diversidade sócio-cultural entre os indivíduos, busca-se harmonizar os conflitos inerentes às condições de cada um (MORAES, 2006, p. 121-122). Essa situação, aparentemente paradoxal, nos revela também uma tensão dialética sobre a própria natureza humana e a revelação de sua identidade no âmbito do discurso e da ação.

No mesmo sentido, Robert Alexy (2008) acrescenta que a caracterização da desigualdade implica em um ônus argumentativo que justifique a necessidade da aplicação desigual de determinada norma num caso em estudo. Destarte, não estando devidamente justificada a necessidade de tratamento desigual em face de determinada desigualdade relevante à aplicação da norma, impõe-se como obrigatório o tratamento igualitário. A outro giro, também afirma o autor que, sempre que devidamente demonstrada a desigualdade, esta imporá necessariamente um tratamento desigual. Assim, Alexy compreende que o princípio da igualdade se desdobra em duas normas: a primeira determina que, se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório. Já a segunda estabelece que, se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório. Para o autor, a sistematização desse raciocínio é fundamental a fim de se evitar a aplicação arbitrária das normas. Isso significa que cabe à atividade de argumentação a justificação da razão a ser considerada suficiente para o tratamento desigual num caso concreto. Desta forma, torna-se imprescindível uma hermenêutica voltada a *ratio legis* a qual justifique ou não uma diferença efetiva ensejadora de um tratamento desigual.

Já a proteção da integridade psicofísica sugere a necessidade de amparo e proteção à integridade física e emocional dos indivíduos. Por meio desse princípio, fica terminantemente vedada toda ação que cause degradação ou violação física ou psicológica aos indivíduos. Não obstante, no âmbito das biotecnociências, esse preceito se estende também a outros tipos de ações que exponham ao risco de dano os indivíduos em face do proveito de determinadas situações (de ordem social, econômica ou biológica) que tornem limitado ou viciado o seu consentimento, bem como a determinação substancial de suas ações. Surge aí o conceito de vulnerabilidade, o qual será pormenorizadamente estudado adiante. Conseqüentemente, a proteção da integridade psicofísica do indivíduo perpassa também pela proteção deste de situações que favoreçam a prática de abusos.

A seu turno, o princípio da liberdade representa a proteção do exercício das escolhas individuais de cada um. "Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferência de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor lhe convier" (MORAES, 2006, p. 138). Assim, a liberdade significa não apenas a tutela da mobilidade biológica dos

indivíduos, mas, igualmente, a proteção de sua autodeterminação, de identidade cultural e de seu modo de ser, de pensar e de viver. É possível ilustrar sobretudo a liberdade com o conceito de *vida activa* apresentado por Hannah Arendt (2008, p. 15), o qual inclui o desenvolvimento e manutenção biológica do indivíduo (chamado pela autora de labor), a possibilidade de interação do indivíduo com o mundo natural (denominado pela autora de trabalho) e a interação do indivíduo humano com outros da mesma espécie (chamado pela autora de ação). A chamada *vida activa* (expressão contraposta à chamada *vida contemplativa*, interior, voltada ao pensamento puro, denominada *bios theoretikos*) seria, desta forma, a possibilidade que os indivíduos livres teriam de escolher o destino dos elementos labor, trabalho e ação, no curso de sua existência (2008, p. 20-26). Observa-se, desta maneira, que a liberdade encontra-se intimamente ligada à idéia da própria proteção psicofísica do indivíduo, visto que esta última impõe-se como pressuposto ao exercício daquela. De outra parte, observa-se igualmente que a proteção da integridade psicofísica do indivíduo apresenta-se também como um dos elementos componentes da liberdade (labor).

A chamada solidariedade, a seu turno, se expressa a partir da assimilação do conceito de humanidade (MORAES, 2006, p. 139), ou seja, pela concepção da necessidade de tutela e proteção coletiva. Impõe-se pelo entendimento de uma concepção triádica indissolúvel do ser humano em indivíduo / sociedade / espécie (MORIN, 2007, p. 51)¹³. Destarte, esse conceito se expressa a partir da idéia da existência de sujeitos coletivos, bem como pela proteção dos mesmos (como por exemplo, a idéia dos chamados crimes de genocídio e dos crimes contra a humanidade). Assim, a solidariedade se manifesta por meio da proteção de bens e de valores considerados coletivos, de bem comum, a exemplo da proteção dos consumidores e do meio-ambiente (MORAES, 2006, p. 139). Conseqüentemente, há de se observar que a idéia de solidariedade também perpassa a própria idéia de

¹³ Nesse sentido, o autor afirma: “O ser humano define-se, antes de tudo, como trindade indivíduo/sociedade/espécie: o indivíduo é um termo dessa trindade. Cada um desses termos contém os outros. Não só os indivíduos estão na espécie, mas também a espécie está nos indivíduos; não só os indivíduos estão na sociedade, mas a sociedade também está nos indivíduos, inculcando-lhes, desde o nascimento deles, a sua cultura” (2007, p. 51-52). E adiante complementa: “As instâncias ligadas em trindade são inseparáveis. O indivíduo humano, na sua autonomia mesma, é, ao mesmo tempo, 100% biológico e 100% cultural. Submete-se à autoridade do superego social e absorve a influência e a norma de uma cultura; vive, sem parar, na dialógica descoberta por Freud entre o superego, o id pulsional e o ego. O indivíduo encontra-se no nó das interferências da ordem biológica da pulsão e da ordem social da cultura; é o ponto do holograma que contém o todo (da espécie, da sociedade) conservando-se irreduzivelmente singular” (2007, p. 53).

inclusão social, de eliminação das desigualdades sociais, conforme preceitua o art. 3º, incisos I e III da CF. Outrossim, a solidariedade implicaria também no dever de combate à marginalização e eliminação da pobreza e demais desigualdades sociais, consoante a atuação conjunta dos Poderes estatais constitucionalmente instituídos. Nesse sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

Assim é que os incisos do art. 3º conclamam os Poderes a uma atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial, vetados os preconceitos de qualquer espécie. Não há lugar, no projeto constitucional para a exclusão; mas também não há espaço para a resignação submissa, para a passiva aceitação da enorme massa de destituídos com que (mal) convivemos. De acordo com o que estabelece o texto da Lei Maior, a configuração de nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina, como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, com o propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do País, buscando melhorar a qualidade de vida de todos que aqui vivem. A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade. (2007, p. 140).

Obviamente que os princípios acima elencados não são suficientes para esgotar o conteúdo do princípio da dignidade humana, mas tão-somente, efetuar uma aproximação de seu substrato axiológico. Dada sua amplitude, bem como sua variação de conteúdo no tempo e no espaço, torna-se extremamente difícil uma definição ou conceituação perfeita e acabada do princípio da dignidade humana, até mesmo porque, conforme já aduzido, ele mesmo é o fim e a razão de todo direito. Sendo assim, preferimos recorrer ao estilo tópico de pensar, enquadrando a dignidade da pessoa humana como um *topos*, ou seja, um conceito que somente pode ser encontrado se pensado com base num problema concreto (*aporia*) e através da ponderação dialética de argumentos normalmente aceitos. Destarte, pode-se afirmar que: “Dignidade da pessoa humana não é passível de conceituação, se bem que o juiz possa – ou melhor, deva – decidir se tal ou qual

conduta ofende o referido princípio conformador do Estado Brasileiro” (SILVA NETO, 2004-2005, p. 202).

2.3 A MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO REFLEXO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com vistas a garantir a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional brasileira, aprouve ao constituinte projetar alguns valores embutidos no referido princípio em direitos normatizados, os quais, dada a sua importância material na realização do princípio colocado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, classificou de fundamentais. Estes direitos, segundo a doutrina, podem ser entendidos como desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana nas diversas dimensões da existência humana¹⁴.

Entretanto, apesar da íntima relação entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos não podem nem devem ser confundidos. Sendo um princípio, a dignidade da pessoa humana não poderia sofrer restrições, fato que não ocorre com os direitos fundamentais, os quais não possuem caráter absoluto. Dada a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da garantia da realização desse princípio, muitas vezes a condição para sua realização pode consistir na restrição de direitos fundamentais que, num primeiro momento, derivariam daquele princípio. Por essa razão, impõe-se a necessidade de observância da proporcionalidade na restrição desses direitos, com vistas à não agressão do princípio da dignidade da pessoa. Ou seja, na restrição dos direitos fundamentais, o principal objetivo, bem como termo final consiste justamente no bem que represente o valor dignidade da pessoa humana (SARLET, 2006, p.118-119).

¹⁴Para Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde (*sic*) a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir desse dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa” (2006, p.84)

De acordo com o art. 5º, §2º da Constituição Federal, podemos compreender o sistema constitucional brasileiro sobre garantias e direitos fundamentais como um sistema aberto, permeável à adoção e proteção de outros direitos e garantias fundamentais que, embora possam não estar explicitamente elencados no texto constitucional, sejam decorrentes do próprio regime e dos princípios jurídicos adotados pelo Estado brasileiro. Noutras palavras, a característica principal dos direitos fundamentais residiria, antes do fato de estarem dispostos no texto constitucional, na sua fundamentalidade material, ou seja, no seu conteúdo que deve representar o princípio consubstanciado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal em diversos setores da vida e convivência humanas (MARINONI, 2004, p.2).

Dado o valor expresso em seu conteúdo, a doutrina reconhece aos direitos fundamentais dois tipos de eficácia: horizontal e vertical. A eficácia horizontal diz respeito à proteção dos direitos fundamentais pelo Estado no âmbito das relações privadas. Ou seja, materializa-se através do dever dos sujeitos de respeitarem os direitos fundamentais de seus pares na dinâmica da convivência social. Nesse sentido, é possível entender que os direitos fundamentais oriundos da dignidade humana, dado seu caráter irrenunciável, devem ser respeitados por todos, inclusive por seus titulares, impondo, dessa forma, limitações sobre a própria autonomia privada¹⁵.

¹⁵Em abono a este entendimento é o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet acerca do tema. O autor defende que: “A própria eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares – ainda que em condição de tendencial igualdade (e, portanto, de igual liberdade) – tem encontrado importante fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando-se, neste contexto, que – pelo menos no que diz com seu conteúdo em dignidade – os direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares nas relações entre si, sendo – na esfera deste conteúdo – irrenunciáveis, já que, à evidência, e, como bem lembra Jörg Neuner, em termos de uma eficácia vinculante da dignidade, “não importa de quem é a bota que desferiu o chute no rosto do ofendido”. Assim, percebe-se, na esteira do que já foi anunciado alhures, que o dever de proteção imposto – e que aqui estamos a nos referir especialmente ao poder público – inclui até mesmo a proteção da pessoa contra si mesma, de tal sorte que o Estado se encontra autorizado a intervir em face de atos de pessoas que, mesmo voluntariamente, atentem contra sua dignidade pessoal. Se uma renúncia à dignidade e ao conteúdo em dignidade dos direitos é, em princípio, vedada pela ordem jurídica, não há como deixar de reconhecer a possibilidade de uma série de situações concretas onde (*sic*) se verifica pelo menos uma autolimitação de determinados direitos inerentes à personalidade, bastando aqui recordar o exemplo das transplantações de órgãos ou mesmo da interrupção da gravidez nas hipóteses autorizadas pelo legislador, dentre inúmeras hipóteses que poderiam ser colacionadas. Nesta esfera – que aqui não iremos desenvolver – importa, no entanto, afirmar a necessária observância das exigências da dignidade da pessoa concretamente considerada, no sentido de que seja avaliada (no contexto da indispensável hierarquização de interesses) a sua maior ou menor vulnerabilidade para o exercício da autonomia da vontade no âmbito do consentimento informado. Assim, se da dignidade – na condição de princípio fundamental – decorrem direitos subjetivos à sua proteção, respeito e promoção (pelo Estado e particulares), seja pelo reconhecimento de direitos

De outra parte, a eficácia vertical dos direitos fundamentais refere-se às relações entre o Estado e a pessoa natural. Nessa dimensão de eficácia, é possível constatar um duplo viés do Estado em relação aos seus súditos. Tanto o dever de não ingerência na esfera de liberdade individual como também o dever de garantir aos seus tutelados a efetivação dos direitos fundamentais direta ou indiretamente garantidos pelos princípios contidos no ordenamento jurídico¹⁶.

2.4 A REALIDADE BIOÉTICA COMO DIMENSÃO DA DIGNIDADE HUMANA: A IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A MANIFESTAÇÃO DA BIOÉTICA COMO MODO DE SER-NO-MUNDO

Com efeito, numa realidade social e cultural cada vez mais diversificada e complexa, pode-se compreender a inviabilidade da identificação da Constituição com concepções totalizantes de caráter religioso, filosófico, moral ou ideológico (NEVES, 2007, p. 72-73). Destarte, torna-se imperiosa a necessidade de um modelo hermenêutico que contemple a temporalidade das situações sócio-políticas emergentes, com vistas a apreensão cognoscitiva do efetivo sentido da norma constitucional.

fundamentais específicos, seja de modo autônomo, igualmente haverá de se ter presente a circunstância de que a dignidade implica também, em *ultima ratio* por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (e de cada um isoladamente) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para além disso, e, de certa forma, até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas” (SARLET, 2006, p.112-114).

¹⁶Nesse diapasão é a posição de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.110-111), acerca do tema, ao afirmar que: [...] não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma nova ordem jurídica, que atenda às exigências do princípio. Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa –, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.

Ora, assim sendo, deve-se ter em consideração que a compreensão do sentido da dignidade humana somente poderá ser levada a cabo a partir de um paradigma hermenêutico que contemple as possibilidades de desvelamento do sentido da existência enquanto experiência do “ser” do homem no mundo (*Dasein*). Por conta disso, torna-se imprescindível o entendimento da atividade hermenêutica como cognição dialógica entre o hermeneuta e o texto. Observa-se que a apreensão do sentido deste (sobretudo dos textos constitucionais, os quais, em sua maioria, representam determinado momento sócio-histórico de uma sociedade política) somente é possível, por meio de uma pré-compreensão inerente ao intérprete, a qual lhe permite uma projeção cognoscitiva manifestada a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um determinado sentido (GADAMER, 1997, p. 356).

Todavia, é evidente que a atividade hermenêutica não pode ficar adstrita apenas às pré-compreensões do texto em exame, mas deve estar aberta à possibilidade também daquilo que é manifestado pelo texto em sua alteridade. Ou seja, na interpretação, é imprescindível que, além das projeções significativas construídas, o intérprete se permita dialogar com um outro liame significativo trazido pelo próprio texto e manifestado por meio do diálogo com este: “O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais” (GADAMER, 1997, p. 358). Destarte, é possível entender que a atividade interpretativa não pode desprezar os “pré-juízos” ou “pré-conceitos” intrínsecos ao intérprete, mas, ao contrário, deve torná-lo consciente destes, de modo a impedir que os mesmos venham a tolher novas dimensões cognitivas apresentadas pelo texto. Assim, é possível entender que:

A questão, portanto, não está em assegurar-se frente à tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter-se afastado de tudo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão. (GADAMER, 1997, p. 359).

Outrossim, é necessário entender que o caminho dialógico da interpretação se processa dentro do âmbito da negatividade, isto é, da consciência do não-saber

(a célebre *docta ignorantia* socrática) e da busca pelo saber por meio do diálogo com o texto. Isso significa que, apenas admitindo a abertura do pensamento às possíveis respostas trazidas pelo texto, o intérprete pode interrogá-lo, realizando as perguntas certas, estando consciente da sua limitação espacial e temporal caracterizada pela historicidade, e, apreendendo também a esta mesma imersão do texto. A partir deste momento, seria possível a “fusão dos horizontes” entre os interlocutores, concretizando o processo hermenêutico.

Quando alguém sabe que não sabe e quando não defende, por meio de um método, que precisa de compreender mais profundamente aquilo que já compreende, então adquire essa estrutura de abertura que caracteriza o questionamento autêntico. Sócrates instituiu o modelo com a sua troca lúdica de pergunta e resposta, sabendo e não sabendo, investigando a própria temática para uma abordagem verdadeiramente adequada à sua natureza. Contudo, o carácter aberto da interrogação não é absoluto, pois uma pergunta tem sempre uma certa orientação. O sentido da pergunta contém já de antemão a orientação em que se coloca a resposta à essa questão, se pretende ser significativa e adequada. Ao colocar-se a questão, aquilo que se pergunta é colocado a uma determinada luz. Isto “abre” o ser daquilo que é questionado. A lógica que revela este ser que se abriu já implica uma resposta, pois toda resposta apenas tem sentido em termos da pergunta. A verdadeira interrogação pressupõe portanto abertura – i. e., a resposta é desconhecida – e ao mesmo tempo especifica necessariamente as fronteiras. (PALMER, 2006, p. 201-202).

Todavia, cumpre-nos também ressaltar que essa interação dialética da atividade hermenêutica somente é possível em razão da existência e do compartilhamento de sentidos dentro de um espaço transpessoal das projeções e possibilidades da existência (o “mundo” no sentido aduzido por Martin Heidegger) somente concebível pela linguagem. Ora, assim, pode-se afirmar que esta deve ser compreendida não apenas como um mero conjunto de signos, utilizado como instrumento para a apreensão que a interpretação dos significados (como proposto pela filosofia da consciência de Dilthey), mas antes como um universo onde os entes são revelados como seres em seu sentido.

A linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo, nela se representa o mundo. Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas este estar-aí do mundo é construído pela linguagem. (GADAMER, 1997, p. 571).

Destarte, o fenômeno da compreensão pode ser entendido como uma estrutura ontológica da própria projeção do ser no mundo, ou seja, do *Dasein* heideggeriano, em que: "o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo uma 'propriedade do ser, mas, sim, o próprio ser'" (STRECK, 2007, p. 194).

Assim, considerando a natureza discursiva da bioética, é possível entender que a mesma revela, em suas inúmeras incursões pela cognição humana e sua relação com as várias manifestações da vida, uma autêntica projeção do ser-no-mundo (*Dasein*), na medida em que constrói possibilidades de compreensão da ingerência humana na *bíos*. Por conseguinte, o universo bioético também nos revela dimensões do próprio ser humano, bem como da sua dignidade. Portanto, a discussão tópica das questões apresentadas pela bioética, revelada em seus diversos discursos (feminista, abolicionista, principialista, universalista etc.) pode descortinar novas dimensões do substrato axiológico da dignidade humana.

2.5 EM BUSCA DE UM MODELO PRINCIPIOLÓGICO APLICÁVEL À BIOÉTICA

Embora se admita a necessidade imperativa de um diálogo crescente com os diversos grupos que compõem a sociedade, com vistas a construção de uma ética não-excludente, observa-se ser inócua qualquer construção ética pautada no mero relativismo moral, na medida em que é possível a existência de contradição entre determinadas posturas morais de diversos grupos existentes. Destarte, ainda considerando a necessidade de respeito à pluralidade e heterogeneidade dos grupos envolvidos, torna-se imperioso o estabelecimento de princípios éticos orientadores para o julgamento moral das ações tecnocientíficas.

Outrossim, faz-se necessária a adoção de uma principiologia problemática, aberta ao constante aperfeiçoamento e diálogo, mas pautada em pilares valorativos determinados. Por conseguinte, é impossível pensar a ética dissociada da idéia da comunidade. Como será demonstrado adiante, é possível compreender que uma ética voltada à utilização responsável das novas biotecnologias deve ter como máxima o dever de não comprometer a existência humana nas gerações futuras. O uso responsável de um novo poder requer sabedoria, ou seja, uma prudência racional somente adquirida com a experiência. Com efeito, observa-se que a reflexão ética demanda tempo e se pauta pela análise sucessiva dos erros cometidos, numa espécie de processo evolutivo, de constantes análises das ações perpetradas. Contudo, a dinâmica evolutiva dos processos tecnológicos impõe-se num ritmo muitíssimo intenso, além da capacidade de reflexão cognoscitiva da ética tradicional.

Todavia, apesar de ser impossível prever os efeitos dos nossos atos num futuro distante, é possível se valer como ferramenta orientadora das ações futuras a antecipação especulativa dos desfechos dessas ações no domínio da vida humana e da natureza. É a chamada “heurística do medo”, isto é, só a previsão da desfiguração e autodestruição do Homem (tanto como espécie quanto como idéia ontológica) nos ajuda a refletir e ponderar sobre os riscos de determinadas ações, bem como sobre aquilo que se há de preservar e priorizar no Homem, face a tais perigos, e assumir uma posição ou decisão sobre o que se “possa querer”. Nesse sentido, é o posicionamento de Hans Jonas, a saber:

Assim como não saberíamos sobre a sacralidade da vida caso não houvesse assassinatos e o mandamento “não matarás” não revelasse essa sacralidade, e não saberíamos o valor da verdade se não houvesse a mentira, nem o da liberdade sem a sua ausência, e assim por diante – assim também, em nosso caso, na busca de uma ética da responsabilidade a longo prazo, cuja presença não se detecta no plano real, nos auxilia antes de tudo a previsão de uma deformação do homem que nos revela aquilo que queremos preservar no conceito de homem. Precisamos da ameaça à imagem humana – e de tipos de ameaça bem determinados – para, com o pavor gerado, afirmarmos uma imagem humana autêntica. Enquanto o perigo for desconhecido não se saberá o que há para se proteger e por que devemos fazê-lo: por isso, contrariando toda lógica e método, o saber se origina daquilo contra o que devemos nos proteger. Este aparece primeiro e, por meio da sublevação dos sentimentos, que se antecipa ao conhecimento, nos ensina a

enxergar o valor cujo contrário nos afeta tanto. Só sabemos o que está em jogo quando sabemos que isto ou aquilo está em jogo. (2006, p. 70-71).

Com efeito, este tipo de casuística apresenta-se sobretudo importante para a visualização das possíveis conseqüências futuras de determinadas ações, na medida em que estas são, até então, completamente desconhecidas. Embora os efeitos possivelmente antevistos sejam apenas meras conjecturas, é a partir dessa primeira análise, de cunho puramente imaginativo, que é possível se vislumbrar os primeiros princípios morais aplicáveis às ações oriundas dessa nova realidade tecnocientífica. Nesse sentido, Jonas afirma:

[...] o mero saber sobre possibilidades, certamente insuficiente para previsões, é suficiente para os fins da casuística heurística posta a serviço da doutrina ética dos princípios. Os seus recursos são experimentos de pensamento não somente hipotéticos na aceitação das premissas (“se tal coisa é feita, então tal coisa se sucede”), mas também conjecturais na dedução de um se para um então (“então tal coisa pode suceder”). É a luz do “então”, que se apresenta a imaginação como possibilidade, como conteúdo e não como certeza, que pela primeira vez os princípios da moral, até então ali desconhecidos, porque antes desnecessários, podem tornar-se visíveis. (2006, p. 73-74).

De outra parte, surge também a necessidade de proteção das gerações futuras. Isto porque, na medida em que estas ainda não existem, não podem reivindicar quaisquer direitos. Nesse diapasão, Jonas explica que, embora seja impossível demonstrar a necessidade de qualquer compromisso ético com a existência da humanidade no futuro, é possível verificar, claramente, a partir do axioma da continuidade presumida da espécie humana¹⁷, o dever de assegurar a

¹⁷ Essa presunção apresenta uma razão de existir, visto que é impossível se valorar aquilo que não existe. Ora, dessa forma, é verdade que não é possível estabelecer qualquer dever para com aqueles que não existem; todavia, nas palavras do próprio Hans Jonas, a suposição da continuidade da espécie deve ser feita, dada a improbabilidade de conjunção de fatores nocivos que possam levar a extinção da humanidade. Por isso, o autor afirma: “Nessa altura, poderíamos defender que é possível deixar de lado a questão sobre se existe tal dever, e com isso também a tarefa espinhosa de justificá-lo, já que não precisamos temer pela continuidade da pulsão procriadora e porque outras causas externas de aniquilação (por exemplo, um envenenamento fatal do meio ambiente) só poderiam ocorrer no caso das combinações das tolices humanas mais colossais – cuja possibilidade, em que pese todo respeito pelas proporções da burrice ou da irresponsabilidade humana, não precisamos

continuidade das condições de existência das gerações futuras. Isto significa que, partindo do pressuposto que exista uma humanidade no futuro, o dever dos indivíduos no presente é garantir condições dignas de existências das gerações futuras; ou seja, a necessidade de respeito e cuidado com as gerações futuras inclui a proibição de ações que tornem insuportáveis as condições de vida dos indivíduos as gerações futuras (JONAS, 2006, p. 91-92). Conforme já explanado alhures, a ética, como instância filosófica justificadora das ações morais, tem a finalidade precípua de religar o indivíduo enquanto sujeito à sua comunidade (MORIN, 2005, p. 21). Logo, é possível compreender que a análise ética da utilização das novas biotecnologias deve se pautar na tensão dialética e ambivalente entre autonomia e responsabilidade. Com efeito, a responsabilidade é uma conseqüência moral necessária para a concepção de uma liberdade racional. Quem é livre, possui liberdade para fazer e é responsável pelos seus atos: “A consciência de responsabilidade é característica de um indivíduo sujeito dotado de autonomia (dependente como toda autonomia)” (MORIN, 2005, p. 100).

Outrossim, torna-se imperioso o estabelecimento de uma ética pautada na responsabilidade. Contudo, resta saber para quem ou por quem se dirige essa responsabilidade. Surge aí a necessidade de inserir dentro da ética da responsabilidade, a idéia de alteridade. Esta surge como uma idéia orientadora da responsabilidade ética da ação, no sentido de estabelecer o dever de cuidado no agir pela idéia do outro envolvido. Este outro que não é conhecido ou familiar, que não é semelhante ou ainda que não se saiba quem é. É essa idéia que nos conduz a superação das diferenças para uma reaproximação do indivíduo com a sua comunidade e, em última instância, com a sua espécie.

A inteligibilidade não remonta para aquém da presença, à proximidade do outro? É ali que a alteridade que obriga infinitamente fende o tempo num *entre-tempo* intransponível: o “um” é para o outro de um ser que se desprende, sem se fazer o contemporâneo do “outro”, sem poder colocar-se ao seu lado numa síntese, expondo-se como um tema; um-para-o-outro como um guardião-de-seu-irmão, como um responsável-pelo-outro. Entre o um que eu sou e o outro

levar seriamente em consideração. Portanto, devemos supor a continuidade da existência e assim nos liberar para a reflexão, mais rica em conteúdo, sobre o segundo dever, o do modo de ser da futura humanidade, que tem a vantagem de poder ser deduzido muito mais facilmente de princípios conhecidos da ética e cuja observância auxilia, além disso, a assegurar a existência pura e simples da humanidade, pressuposta nesse dever” (2006, p. 91).

pelo qual eu respondo abre-se uma diferença sem fundo, que é também a não-diferença da responsabilidade, significância da significação, irreduzível a qualquer sistema. Não-indiferença que é a proximidade mesma do próximo, pela qual se delinea, e é só por ela, um fundo de comunidade entre um e outro, a unidade do gênero humano, devedor à fraternidade entre os homens. (LÉVINAS, 1993, p. 14).

Consabido, a filosofia tem reduzido a questão do sentido aos conteúdos dados à consciência: “As significações levadas pela linguagem devem justificar-se numa reflexão sobre a consciência que as visa” (LÉVINAS, 1993, p. 22). Todavia, é também evidente que nenhum dado se encontra revestido de sentido sem o esclarecimento devido da situação contextual no qual este está inserido: “A significação seria a própria iluminação deste horizonte. Mas este horizonte não resulta da adição de dados ausentes, pois cada dado já teria a necessidade de um horizonte para definir-se e dar-se” (LÉVINAS, 1993, p. 23). Assim sendo, é possível compreender que a significação é, antes de tudo, um horizonte cognoscitivo, um lugar onde se situa a apreensão do sentido pelo sujeito cognoscente. Por essa razão, é possível entender que este processo cognoscitivo se processa no horizonte referencial intersubjetivo, na instância de interação dialética cognoscitiva dos mesmos. “A significação precede os dados e os clareia” (LÉVINAS, 1993, p. 25)¹⁸.

De outra parte, é possível compreender ainda que, dentro desse horizonte cognoscitivo, a idéia do outro apresenta-se enquanto elemento constitutivo da própria idéia de subjetividade. Isto porque, conforme se observa, a experiência da subjetividade também suscita uma experiência da coletividade. Nesse diapasão, é possível compreender que a vida do sujeito em seu ego também traz em si o desejo de abrigar o outro, de não estar sozinho. Assim, nota-se que, em certa medida, a idéia de alteridade é parte componente da própria idéia de sujeito: “O Desejo do Outro – a socialidade – nasce num ser que não carece de nada ou, mais exatamente, nasce para além de tudo que possa faltar ou satisfazê-lo” (LÉVINAS,

¹⁸ Por essa razão, Lévinas afirma: “O dado apresenta-se imediatamente *enquanto* isto ou aquilo, quer dizer, enquanto significação. A experiência é uma leitura; a compreensão do sentido, uma exegese, uma hermenêutica, e não uma intuição. *Isto enquanto aquilo* – a significação não é uma modificação trazida a um conteúdo existindo fora de toda linguagem. Tudo permanece numa linguagem ou num mundo, a estrutura do mundo assemelhando-se a ordem da linguagem com possibilidades que nenhum dicionário pode determinar. No *isto enquanto aquilo*, nem o isto nem o *aquilo* se dão imediatamente fora do discurso” (1993, p. 25-26).

1993, p. 49). Isso significa dizer que a condição de sujeito traz ao indivíduo também o desejo de descobrir novas possibilidades pelo Outro em sua vida¹⁹.

Dessa forma, pode-se entender que a descoberta do sentido existencial do sujeito está relacionada com sua identificação com a alteridade. Portanto, deve-se reconhecer a ética não o caráter de superestrutura de atuação do sujeito, mas sim de elemento próprio da sua autocompreensão e autodeterminação. Sem responsabilidade, não existe liberdade. Assim, observa-se que: “A ética, aqui, não aparece como suplemento de uma base existencial prévia; é na ética entendida como responsabilidade que se dá o próprio nó do subjectivo” (LÉVINAS, 2007, p. 77).

Considerando a necessidade existencial de respeito ao outro como corolário de uma existência autônoma e racional, resta saber quem são os destinatários da responsabilidade das nossas ações. Por conseguinte, observa-se como complementar, a idéia do dever ético de proteção especial de determinados indivíduos que, por diversas causas, se encontram em situação de desvantagem, sendo presa fácil para sua exploração por parte de outros. Surge, assim, o conceito ético de vulnerabilidade.

É possível entender como vulnerabilidade a condição de sujeição aos perigos ou danos em que se encontram determinados indivíduos. Consabido, a fragilidade da condição humana proporciona, freqüentemente, a sujeição dos indivíduos a esses riscos, os quais são oriundos dos mais diversos fatores. Nesse passo, é possível entender a vulnerabilidade como característica intrínseca dos indivíduos. Nesse sentido, afirma Kottow:

Desde que J. G Herder (1744-1803) reconheceu os seres humanos como criaturas impotentes comprometidas com a incerta tarefa de desenvolver o próprio ser contando apenas com suas forças culturais, a filosofia tem considerado a vulnerabilidade dimensão antropológica essencial da existência humana. (2004, p. 71).

¹⁹Nesse sentido, Lévinas continua, afirmando a alteridade como um elemento de desejo do próprio ego, do próprio sujeito. Para o autor, a idéia do outro é complementar de sentido a existência do sujeito e doadora de sentido da sua ação. Assim, ele afirma: “A relação com o Outro questiona-me, esvazia-me de mim mesmo e não cessa de esvaziar-me, descobrindo-me possibilidades sempre novas. Não me sabia tão rico, mas não tenho mais o direito de guardar coisa alguma. O Desejo do Outro é um apetite ou uma generosidade? O Desejável não preenche meu Desejo, mas aprofunda-o, alimentando-me, de alguma forma, novas fomes” (1993, p. 49).

E prossegue o autor:

Ser vulnerável significa estar suscetível a, ou em perigo de sofrer danos. Estar vivo é uma improbabilidade biológica altamente vulnerável a perturbações e à morte, e mais ainda se vidas humanas *qua* humanas têm de ser construídas, sendo, portanto desproporcionalmente frágeis e propensas a desordens e disfunções. (2004, p. 72).

Todavia, para o autor além dessa vulnerabilidade intrínseca, os indivíduos também são afetados por circunstâncias, de ordem biológica, geográfica, social ou econômica, as quais podem agravar ainda mais sua vulnerabilidade. Nesse sentido, a vulnerabilidade pode ser compreendida como uma ausência de liberdade substancial dos indivíduos para a determinação de suas condutas, o que os predispõe a danos causados por ações maléficas de outros indivíduos mais fortes. Ou seja:

peçoas vulneráveis são peçoas relativa ou absolutamente incapazes de proteger seus próprios interesses. De modo mais formal, podem ter poder, inteligência, educação, recursos e forças insuficientes ou outros atributos necessários à proteção de seus interesses. (MACKLIN, 2004, p. 60).

Assim, Kottow apresenta a vulnerabilidade nos seguintes termos:

Além dessa vulnerabilidade básica intrínseca à existência humana, alguns indivíduos são afetados por circunstâncias desfavoráveis nas quais a pobreza, a falta de educação, as dificuldades geográficas, as doenças crônicas e endêmicas ou outros infortúnios os tornam ainda mais vulneráveis. O florescimento humano depende além disso da aquisição de algumas virtudes intelectuais e morais, empreendimento que pode ser perturbado por deficiências biológicas, educacionais ou outras de cunho social que constituem então vulnerabilidades adicionais. Para os fins desta discussão, podemos compreender a vulnerabilidade existencial do homem como primária, enquanto as deficiências circunstanciais geram uma forma secundária. Todos estão sujeitos à forma primária, mas só os infelizes padecem da segunda. (2004, p. 72).

Em seguida, conclui:

O vulnerável sofre de necessidades não atendidas, o que o torna frágil, predisposto a sofrer danos. É também propenso a ser facilmente atingido, dada sua baixa resistência ao mal. A. Sen. propôs uma iluminadora relação entre poder e liberdade. Ser pobre é ser privado de capacidades; o destituído carece da liberdade substancial necessária para levar o tipo de vida que poderia valorizar. Assim, pobreza não é só nem necessariamente falta de recursos econômicos, pois há outras circunstâncias adversas que levam à privação, como a idade, as deficiências físicas, a doença. O resultado líquido é que a destituição e a privação reduzem o campo da ação livre, e tornam o destituído mais vulnerável, ou, nos termos aqui propostos, cada vez mais predisposto aos danos e a males. (2003, p. 73).

Com efeito, é possível compreender que a vulnerabilidade extrínseca pode derivar de fatores de ordem biológica oriundos do desenvolvimento mental incompleto do indivíduo, em razão da idade ou de problemas genéticos, os quais podem afetar a capacidade substancial de compreender e determinar o sentido de suas ações e opções. Tal se dá, sobretudo, nos casos em que os pacientes de determinadas ações são crianças, adolescentes, os quais pela inexperiência, não podem consentir de forma livre e substancial para a determinação de suas ações, além de, no mais das vezes, estarem sujeitas à autoridade de terceiros (pais ou responsáveis) ou ainda indivíduos que possuem alguma disfunção congênita causadora de redução da capacidade cognoscitiva, encontrando-se, por esta razão, vulneráveis. Semelhantemente, observa-se que determinados grupos de indivíduos também são vulnerados em razão de mazelas de ordem social, decorrentes da falta de acesso à educação, epidemias, desastres naturais, perseguições e discriminações em razão de gênero, religião, etnia e outros fatores, em razão dos quais, encontram também vulneráveis a ações prejudiciais perpetradas por outros indivíduos com o fito de exploração, malícia ou negligência. Em suma:

Incluem-se aí membros subordinados de grupos hierárquicos como militares ou estudantes; pessoas idosas com demência e residentes em asilos; pessoas que recebem benefícios da seguridade ou assistência social; outras pessoas pobres desempregadas; pacientes

em salas de emergência; alguns grupos étnicos e raciais minoritários; sem-teto, nômades, refugiados ou pessoas deslocadas; prisioneiros; e membros de comunidade sem conhecimento dos conceitos médicos modernos. (MACKLIN 2003, p. 61).

Observa-se como exemplo paradigmático dessa vulnerabilidade o chamado "Caso Tuskegee", o qual tem sido objeto de divulgação e reflexão na bioética desde a sua origem. Durante cerca de quarenta anos (entre as décadas 1930 e 1970), o Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos da América realizou uma pesquisa que envolveu 600 homens negros, agricultores, sendo 399 com sífilis e 201 sem a doença, da cidade de Macon, no estado do Alabama. O objetivo do chamado "Estudo Tuskegee", nome do centro de saúde onde foi realizado, era observar a história natural da sífilis não tratada. Os participantes dessa pesquisa foram privados de penicilina, o principal tratamento utilizado para a doença à época (SQUINCA, 2006). Relata ainda José Roberto Goldim (2007): "Vale ressaltar que em 1929, já havia sido publicado um estudo, realizado na Noruega, a partir de dados históricos, relatando mais de 2000 casos de sífilis não tratado".

Em nenhum momento foi revelado aos participantes do estudo Tuskegee o mal que eles portavam, nem os efeitos da doença ou os riscos aos quais estavam sendo submetidos. Os voluntários foram enganados, recebendo apenas placebo em lugar de medicamentos para o tratamento da doença. Foi-lhes passado apenas o diagnóstico de serem portadores de uma suposta patologia conhecida como "sangue-ruim". A contrapartida dada a eles pela participação no projeto era acompanhamento médico, uma refeição quente no dia dos exames e o pagamento das despesas com o funeral, subsidiado pelo governo local. Durante o projeto foram dados, também, alguns prêmios em dinheiro pela participação.

Não obstante a extrema crueldade a que foram submetidos os voluntários do chamado "Estudo Tuskegee", observou-se que os efeitos nefastos desse tipo de ação alcançaram muitas outras pessoas por várias gerações. Isto porque, sendo a sífilis uma doença sexualmente transmissível, e, não sabendo os voluntários a sua condição de portadores da doença, acabaram por transmiti-la a várias mulheres, as quais, por sua vez, também sem saber, transmitiram-na, por meio da gestação, a seus filhos. Em julho de 1972, o repórter Jean Heller, do jornal Associated Press, publicou uma reportagem acerca dessas pesquisas e da sua maneira de realização,

fato que ensejou o encerramento da pesquisa meses depois (RODRIGUES, 2006, p.94).

No caso descrito acima, observa-se que os voluntários envolvidos na pesquisa encontravam-se em situação de vulnerabilidade, decorrente da falta de condições materiais, de educação, e da situação de exclusão social agravada pelo preconceito racial. É possível perceber que as “cobaias” para as experiências do chamado “Estudo Tuskegee” foram selecionadas numa pequena cidade do interior de uma região pobre e manifestadamente racista. De outra parte, observou-se também que a pesquisa foi realizada sem que em nenhum momento, os voluntários envolvidos sequer soubessem da enfermidade que portavam ou de que haveria tratamento para a mesma. Pelo contrário, atraídos pela contrapartida do parco auxílio material oferecido pelo governo local – fato que já indica a condição de penúria material dos indivíduos envolvidos – esses homens, sem saber, se submeteram a um tratamento fictício de uma enfermidade notadamente conhecida como grave e letal, causadora de diversos problemas de ordem física e mental.

Com efeito, é possível compreender uma estreita relação entre a situação de vulneração e o desnudamento da vida de determinados grupos de indivíduos. A construção ideológica de determinados tipos de vida, consideradas “vida sem valor” (*zoe*)²⁰ possui como elemento catalisador a situação de vulneração na qual se encontram determinados grupos de indivíduos. Destarte, aproveitando-se dessa situação de vulneração, seria possível sujeitar a vida de certos grupos à vontade de outros, estabelecendo o despojamento das vidas sujeitadas. Logo, é possível compreender que as situações de vulneração de determinados grupos de indivíduos favorecem a adoção de práticas biopolíticas de dominação.

Nesse passo, é possível entender que, a bioética deve, necessariamente, despender esforços para proteção desses indivíduos em situação de vulnerabilidade, no sentido de buscar especificar, em suas ramificações de estudo, as situações favoráveis à vulneração desses indivíduos, a fim de especificar diretrizes de ações protetivas aos mesmos. Assim, caberia à bioética a normatização de determinadas condutas inerentes no domínio da vida dos indivíduos, de sorte a

²⁰Ver o conceito de “vida nua”, apresentado no primeiro capítulo, item 1.1.3.

evitar ações que favoreçam a transformação de certos tipos de vida em vida nua²¹. Nesse sentido é o pensamento de Schramm, ao afirmar:

No caso específico que nos ocupa aqui – a moralidade da biotecnociência – , a forma de ética aplicada chamada “bioética da proteção” visa, em particular, *preocupar-se*, no sentido de normatizar tais práticas humanas, antecipando e incentivando os efeitos positivos e “prevenindo” (que é um dos sentidos da *preoccupatio*) eventuais efeitos daninhos para indivíduos e populações de humanos, ou seja, prescrever os atos considerados corretos e proscrever is incorretos. (2005, p.22).

Assim, o autor conclui:

[...] a bioética de proteção aqui esboçada pretende ser algo mais do que uma ferramenta descritivo-normativa, pois, além de ser descritiva e normativa – no sentido de entender os conflitos de interesses e de valores implicados nas práticas humanas que envolvem, por exemplo, as biotecnologias e tentar resolvê-los –, pretende, ainda, e de maneira talvez mais profunda, constituir amparo contra as ameaças à “vida nua”. (2005, p.24).

Todavia, importa ressaltar que as ações protetivas propostas e intentadas pela reflexão bioética não têm (ou pelo menos não deveriam ter) o cunho paternalista. Isso significa afirmar que, sendo uma ferramenta de proteção, a bioética deve acudir aos indivíduos que têm sua liberdade limitada por fatores de ordens diversas; todavia, é preciso sempre lembrar que, como ética aplicada, cumpre também à bioética o respeito à autonomia e à liberdade dos indivíduos, evitando a adoção de ações que possam incidir sobre os interesses dos mesmos ao

²¹ No mesmo sentido é o entendimento de Marlene Braz (2005, p. 57), para quem a alteridade ética descrita por Lévinas deve ser materializada na bioética por meio de ações dirigidas à superação das condições de desigualdade favorecedoras das diversas formas de exploração e da “vida nua”. Dessa forma, a autora afirma: “É necessário, então, não só o discurso, mas a ação dirigida para superar o fosso que separa o “nós”, elite bem-informada e economicamente privilegiada, dos “outros” desmedrados, fragilizados, atingidos, sem conhecimentos, sem poder, sem recursos. A coragem de deixar entrar os “outros” em sua plenitude, com seu olhar que causa estranhamento, implica a possibilidade do estabelecimento de uma sensibilidade, de uma escuta, de uma ação, de um voltar-se em direção aos desamparados. Sem isso, as diferenças entre “nós” e os “outros” inviabilizam a coexistência pacífica e a coesão social pela violência que engendram. Mesmo um Estado mínimo deve ter o compromisso de proteger a todos os membros da sociedade e mais, especificamente, aos desvalidos. É a ética da proteção”.

arrepio de qualquer circunstância. Nesse sentido é o entendimento de Marlene Braz, a seguir:

A maior dificuldade em se colocar em prática estas idéias está no preconceito e no paternalismo. As pessoas pertencentes às elites bem-informadas tendem a tomar decisões sem consultar as preferências individuais dos excluídos, assumindo o que supõem ser o melhor para eles. O princípio da beneficência não é sinônimo de paternalismo, mas é freqüentemente entendido como tal. Beneficência é a colocação de limites à autonomia individual com o objetivo de beneficiar uma pessoa, cuja autonomia esteja limitada, ou prevenir um dano. O paternalismo é assumir pelo outro, em qualquer circunstância, o que é melhor sem respeitar sua autonomia. (2005, p.57-58).

Nesse diapasão, é possível entender ainda que as ações de natureza paternalista não apenas não auxiliam a implementação de ações protetivas a grupos em situação de vulneração, como atrapalham quaisquer ações de cunho protetivo que visem efetivamente eliminar os fatores causadores da situação de vulneração. Nesses casos, é possível entender a necessidade de rejeição dessas ações, as quais podem ser consideradas como eticamente errôneas, conforme afirma Kottow:

O paternalismo é inadequado quando a conduta paternal está fora de lugar porque, bem ou mal-intencionada, se impõe e silencia decisões autônomas. Nesse sentido, a sugestão de que “ações voltadas para proteger indivíduos e grupos vulneráveis podem ser entendidas como paternalistas” é correta quando rejeita – se de fato rejeita – o paternalismo errôneo que pretende proteger os vulneráveis quando é necessário assistir na eliminação da causa de sua vulnerabilidade secundária. [...] “Esforços bem-intencionados de proteção” sempre serão paternalistas no sentido moralmente errôneo, não só porque atacam o sintoma – a predisposição – enquanto ignoram a causa – a destituição, mas também porque a assistência válida deveria ter a aceitação do protegido, para não ser paternalismo moralmente errôneo. (2004, p. 75).

Em suma, é possível compreender, de forma geral, que a bioética deve estabelecer como princípios (concebidos no presente trabalho como vetores axiológicos) a responsabilidade, a alteridade, a vulnerabilidade e a proteção. Nesse

ínterim, é possível compreender que esses quatro princípios apresentam caráter complementar entre si, indispensável à compreensão dos mesmos.

A responsabilidade apresenta-se como princípio na medida em que, sendo a ética a instância filosófica de justificação da moralidade das ações perpetradas pelos sujeitos, impõe-se que a bioética – como ética aplicada à ingerência no domínio da vida biológica – a análise das conseqüências dessas ações sobre a vida. Já a alteridade, a seu turno, se impõe pela única forma real de exercício racional e equilibrado da liberdade. O respeito ao outro não pela sua semelhança ou dessemelhança, mas pela sua alteridade em apresentar-se perante cada um.

Com efeito, considerando que a força bruta se impõe por si mesma, não necessitando de qualquer tipo de ponderação, é possível entender que a única instância racional de responsabilidade é a alteridade, além de qualquer exclusão que possa desqualificar qualquer tipo de indivíduo, desnudando-lhe a vida. Demais disso, é possível compreender que, numa sociedade plural e diversificada como a nossa, o único critério ético para incluir a cada dia novos grupos, dotados de características tão peculiares, a fim de, efetivamente, impedir a exclusão de determinados indivíduos sem cair no relativismo moral (fato que tornaria absolutamente desprovido de sentido ou eficácia o debate bioético) é o respeito ao outro em sua condição de alteridade.

No tocante à vulnerabilidade e à proteção, estes princípios revelam-se, também, intimamente ligados. Ora, conforme já explicitado alhures, determinados grupos de indivíduos encontram-se em situações mais propícias a danos oriundos de ações praticadas por outros. Essas situações decorrem de diversos fatores. Por conta disso, esses indivíduos passam a necessitar de uma atenção especial, razão pela qual a discussão e estudo de meios de proteção (sobretudo pela estratégia de combate às circunstâncias que favorecem às situações de vulneração) desses indivíduos pela bioética torna-se essencial. Destarte, pelos princípios mencionados, cabe à bioética a reflexão sobre a vida, antes de sua dimensão de “qualidade” ou “sacralidade”, em seus aspectos de “fragilidade”, “nudez” ou “desamparo” (SCHRAMM, 2005, p. 21).

Por fim, importa ainda ressaltar a dignidade como princípio norteador da bioética. Ao falar de dignidade, tem-se em questão não apenas o princípio ético kantiano de não-instrumentalização do indivíduo, de considerá-lo como “um fim em si mesmo”. A idéia de dignidade apresenta-se singular na bioética, na medida em

que se relaciona, simultaneamente, com todos os princípios bioéticos explanados acima. Isto porque, a dignidade se apresenta como um princípio prescritivo de não-violação e de não-aviltamento dos sujeitos em face de sua intrínseca condição de fragilidade. Significa afirmar a necessidade de respeito aos indivíduos, em face da possibilidade de sua degradação. Assim, a idéia de dignidade apresenta-se como dever ético de respeito à vida; uma necessidade ética decorrente do reconhecimento de sua fragilidade, carência e finitude. Nesse diapasão, conforme já aduzido anteriormente, considerando a ética como uma “instância de religação” entre os indivíduos, é possível compreender a dignidade como um imperativo ético que viabilize a ambivalência identidade/alteridade desse convívio. Por conseguinte, a dignidade pode ser caracterizada pela existência de garantias pelos indivíduos que possam impedir a vida de se tornar “vida nua” (zoé).

Outrossim, na instância da comunidade política, a idéia de dignidade ressalta, sobretudo, a idéia da própria existência de direitos dos indivíduos, os quais atuam como elementos limitadores da atuação soberana do Estado. Desta forma, o Estado até então soberano, passa a se tornar um Estado de direito, na medida em que ele (o próprio direito) passa a ser a instância garantidora da dignidade, bem como de sua manutenção. Logo, a dignidade enquanto princípio “politizador” da vida biológica (o qual impediria esta de ser desnudada) introduziria o conceito de cidadão, em contrapartida à simplória idéia de súdito conhecida pelos reinos e estados até a modernidade (AGAMBEM, 2007, p. 135-142).

Com efeito, no caso do presente trabalho, observa-se que, o estudo ético acerca da utilização de embriões humanos em experimentos científicos passa, antes, pelo estudo das dimensões que envolvem a sua vulnerabilidade e, conseqüentemente, a necessidade de sua proteção pela bioética e pelo direito. Outrossim, importa a análise dos status biológico, moral e jurídico do embrião humano, a fim de estudar sua vulnerabilidade e traçar perspectivas de atuação da bioética e do direito à sua proteção.

3 ESTATUTO ÉTICO-JURÍDICO DO EMBRIÃO HUMANO

3.1 ASPECTOS BIOLÓGICOS

Hodiernamente, verifica a existência de duas linhas argumentativas acerca do início da vida humana em sua fase embrionária. A primeira delas concebe a vida humana em seu caráter absoluto, iniciando-se a partir da fusão dos gametas masculino e feminino no evento da fecundação. Nesse momento, as células germinais humanas (haplóides, cada uma contendo 23 cromossomos) fundem-se numa outra espécie de célula (somática, diplóide, contendo 46 cromossomos). Esta última passa a possuir conteúdo genotípico absolutamente distinto das primeiras, surgindo, nesse momento, um outro ente da espécie; um novo ser humano. Nesse sentido é o entendimento do médico ginecologista Dernival Brandão (2005, p. 10). Segundo ele, desde o momento da concepção, ou seja, da fusão dos gametas, estabelecem-se todas as características pessoais fundamentais desse novo ente, tornando-o absolutamente distinto genotipicamente de seus genitores. Dessa forma, o autor faz questão de mencionar o pensamento do geneticista francês Jérôme Lejeune, cientista descobridor da trissomia no par cromossômico 21, causadora da Síndrome de Down, ao afirmar:

Não quero repetir óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato. (citado por BRANDÃO, 2005, p. 10).

No mesmo sentido, é o entendimento de Roberto Andorno (1998). Segundo o autor, todo indivíduo, desde a concepção, possui as informações genéticas necessárias ao seu desenvolvimento, sendo, portanto, desde este momento, ser humano. Assim, o autor aduz o seguinte:

En efecto, los conocimientos científicos actuales nos muestran bien que la pertenencia de un ser vivo a una especie dada está determinada por la información genética contenida en sus células. El conjunto de esta información queda fijada desde la fusión de los núcleos del espermatozoide y del óvulo. Dado que cada embrión humano posee un genoma humano, que es idéntico al del adulto que está llamado a devenir, está claro, está claro que pertenece – tanto como el adulto – a la especie humana. De hecho, ningún ser vivo y, en particular, ningún embrión podría devenir específicamente humano en el curso de su desarrollo biológico si no lo era ya antes. La misma fecundación *in vitro* ha contribuido, sin quererlo, a poner esto en evidencia, ya que hoy podemos ver como se desarrolla el embrión y sabemos bien que el bebé que nacerá no será otra cosa más que ese mismo embrión desarrollado. Se constata, sin ninguna duda al respecto, que existe un proceso continuo entre el embrión, el feto y el recién nacido. (1998, p. 94-95).²²

Semelhante entendimento apresenta Maria Helena Diniz, ao afirmar, com efeito, que, a partir do momento da concepção (ou seja, da penetração do óvulo pelo espermatozóide), surge, biologicamente, um novo indivíduo, dotado de genoma único e genuíno, o qual será responsável por coordenar seu desenvolvimento biológico durante o processo gestacional (2007, p. 437-438).

Outra linha argumentativa bastante utilizada estabelece o marco do início biológico da vida humana a partir de determinado acontecimento, defendendo, assim, um conceito evolutivo da vida. Esse evento possuiria o condão de dotar o indivíduo das características necessárias ao *status* ontológico de ser humano.

Nesse sentido, José Roberto Goldim (2007) destaca uma gama de critérios passíveis de determinar o início da vida biológica do indivíduo, cada um deles relacionado a um acontecimento específico e, conseqüentemente, a um grau de desenvolvimento do indivíduo: celular (fusão dos gametas), genotípico estrutural (fusão dos pró-núcleos), divisional (primeira divisão celular), genotípico funcional (expressão do novo genótipo), suporte materno (implantação uterina), individualização (individualização das células do indivíduo em relação aos anexos),

²²De fato, os conhecimentos científicos atuais mostram que a adesão de uma vida de uma determinada espécie é determinada pela informação genética contida em suas células. O conjunto dessas informações é definido a partir da fusão dos núcleos do espermatozóide e do óvulo. Dado que cada embrião possui um genoma humano que é idéntico ao do adulto, que é destinado a tornar-se, é claro que ele pertence – assim como os adultos – a espécie humana. Na verdade, nenhum ser vivo e, em particular, nenhum embrião poderia tornar-se humano no decurso do seu desenvolvimento biológico, se ele não foi muito antes. A fertilização *in vitro*, mesmo involuntariamente, contribuiu para colocar isso em evidência, como vemos hoje como o embrião desenvolve e sabemos bem que o bebê que vai nascer não é outra coisa além do que esse mesmo embrião desenvolvido. [tradução nossa].

neural (desenvolvimento da notocorda maciça), cardíaco (início dos batimentos cardíacos), fenotípico (desenvolvimento de aparência humana e rudimento dos órgãos), sciência (desenvolvimento da capacidade de respostas à dor e à pressão), encefálico (emissão de ondas eletroencefalográficas), atividade (capacidade de movimentos espontâneos), neocortical (estrutura cerebral completa), animação (movimentos do feto percebidos pela mãe), viabilidade extra-uterina (probabilidade 10% para sobrevivência fora do útero), respiratório (desenvolvimento de viabilidade pulmonar), autoconsciência (desenvolvimento do padrão sono-vigília), perceptivo visual (reabertura dos olhos), nascimento (Gestação a termo ou parto em outro período) e domínio da linguagem para comunicar vontades (“ser moral”).

Com efeito, observa-se que todos esses critérios são estabelecidos de forma arbitrária, a depender da conveniência de cada autor, de forma a justificar permissão do uso de técnicas potencialmente lesivas aos embriões em determinado estado de desenvolvimento. Tal fato torna-se ainda mais evidente ao analisarmos a maneira como foi tratada, pelo Comitê de Investigação sobre Fertilização e Embriologia Humanas (estabelecido pelo Governo Britânico), a questão da utilização de embriões humanos em pesquisas e experimentos científicos, bem como o “descarte” (destruição) dos mesmos. Informa Mônica Aguiar (2005, p. 25-26) que, apesar do comitê ter reconhecido que a vida humana inicia-se com a concepção, houve uma dissensão entre alguns membros do referido comitê que desejavam prosseguir com tais experimentos.

Por conta disso, como uma forma de solucionar tal impasse, Mary Warnock (2004), relatora do documento, propôs a solução da utilização de embriões até o décimo quarto dia de desenvolvimento. Isto porque, de acordo com o conhecimento da época, sabia-se que o surgimento do sistema nervoso central ocorria entre o vigésimo segundo e vigésimo terceiro dias de desenvolvimento. O que foi então acordado pelos membros do aludido comitê retirar alguns dias a fim de garantir uma “margem de segurança” para certificação de que não houvesse possibilidade dos embriões sentirem dor. Por essa razão, torna-se perspicaz a observação de Mônica Aguiar ao afirmar: “É, pois, completamente aleatória a fixação desse prazo, que se baseia em um paradoxo: é possível matar – descartar de embriões – desde que a morte venha sem que vítima sofra” (2005, p. 26). Como forma de legitimar essa

deliberação por meio do discurso²³, o Comitê de Investigação sobre Fertilização e Embriologia Humanas passou a adotar a expressão “pré-embrião” para fins de distinção entre os embriões até o décimo quarto dia de desenvolvimento (passível de descarte) dos demais. A expressão “pré-embrião” mostra-se, destarte, absolutamente, aleatória, não trazendo em si nenhum aspecto ético ou ontológico que justifique o tratamento desigual entre os embriões que se encontrem nesses diferentes estágios de desenvolvimento, conforme aponta Fernando Araújo.

As expressões “*pre-embryo*” e “*conceptus*” (o produto integral da fertilização de um ovócito, até o momento da implantação), surgiram por contraposição a “*embryo*” (o segmento desse produto que mais tarde se desenvolve num feto), como forma de dar consistência científica ao limite de 14 dias após a fertilização, que a Comissão Warnock defendera como limite máximo à experimentação em embriões (mais tarde, argumentou-se que num pré-embrião não existe ainda uma individuação genética, mas antes uma potencialidade de evolução para várias identidades genéticas, sendo que essa nova individuação já ocorre no embrião). Como é evidente, as novas expressões expuseram-se amplamente à crítica, como demarcações conceptuais arbitrárias, inventadas “*ad hoc*” para a resolução de minúcias éticas. (1999, p. 47, nota 75).

Todavia, apesar das críticas tecidas ao condicionamento do início da vida a determinado evento, a compreensão concepcionista acerca do início da vida humana também encontra óbices. Isto porque dúvidas surgem acerca da individualidade do embrião em face de uma gama de acontecimentos de cunho eminentemente biológico. Basicamente, as críticas à visão concepcionista do início da vida é guerreada por três tipos de argumentos: a) a definição do ser humano como “ser humano potencial”; b) o problema da possibilidade de formação de

²³Nesse passo faz-se imperiosa a referência ao trabalho de Michel Foucault (1999) acerca da utilização do discurso como instrumento de expressão das relações de poder. O autor parte de uma análise fragmentária e genealógica dos discursos, analisando o papel destes nas relações de poder. Para tanto, recorre ao método genealógico de análise de diversas instituições e de seus discursos legitimadores. Nas palavras do autor, a genealogia mostrar-se como um saber insurgente, uma “anti-ciência”, em contraposição a uma análise de uma “ciência histórica”, produto de um discurso posto para a legitimação de determinadas relações de poder. Para o autor, mas do que um meio de legitimação, o discurso também é uma expressão legítima dos ideais expressos pelos agentes. Os discursos políticos, educacionais, religiosos, terapêuticos não podem ser dissociados dessa prática que determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos. Para Foucault, a “normalização” dos indivíduos por meio do discurso representaria um dos grandes riscos da sua utilização. Daí a necessidade de análise ética dos discursos acerca da utilização das biotecnologias, bem como seus reflexos nas sociedades contemporâneas.

gêmeos univitelinos e c) a dependência do embrião humano em relação ao corpo materno. Assim, nas palavras de Mary Warnock:

A palavra “pré-embrião” tem sido amplamente usada pelos cientistas para designar o embrião em seus momentos mais iniciais. O termo abarca o zigoto unicelular que se forma imediatamente depois da fertilização e o blastocisto, que é a bola oca de células, preenchidas por fluido, que se desenvolve a partir do zigoto entre e cinco dias depois e que termina com a formação da “mórula” cerca de três dias mais tarde. Outro nome científico para o pré-embrião é “concepto”. A mórula é um agregado de células que se forma perto da extremidade caudal do conjunto de células; ela mostra pela primeira vez que caminho de desenvolvimento vai seguir o embrião. É a primeira manifestação de um futuro sistema nervoso central. As palavras “concepto” e “pré-embrião” são usadas para assinalar dois importantes aspectos nos quais o embrião, antes do desenvolvimento da mórula difere da maneira como se desenvolve a partir dela. Primeiro, até essa época, as células que formam o embrião são totipotentes ou ao menos pluripotentes. Isso quer dizer que qualquer das células pode se desenvolver em qualquer direção ou numa variedade de direções, para ser parte de qualquer tecido ou órgão humano, ou para formar tecidos que no final não vão ser parte do embrião, isto é, a placenta ou o cordão umbilical. Nesse estágio, as células são indiferenciadas. Em segundo lugar, o estágio em que aparece a mórula é o último momento em que as células podem se dividir para se desenvolver como gêmeos idênticos ou quádruplos. Haverá, nesse caso, duas ou quatro mórulas. (2004, p. 157).

Basicamente, a compreensão do embrião desenvolvido até o 14º dia (o chamado “pré-embrião”) como ser humano potencial foi o principal argumento aduzido pelos membros da Comissão Warnock. Conforme se observa, o chamado Relatório Warnock entendeu que apenas a partir da formação do chamado “canal primitivo” (que ocorre por volta do 15º dia após a concepção) ocorreria a individualização do embrião, dotando-lhe de “humanidade” e tornando-lhe objeto de respeito absoluto. Antes disso, o que existiria seria apenas um “ser humano potencial”, não dotado ainda dos atributos biológicos mínimos necessários à sua compreensão como ser humano (BOURGUET, 2002, p. 55-59).

Tal argumento é baseado num critério puramente morfológico. Lastreia-se no entendimento de que, neste estágio de desenvolvimento do embrião, iniciar-se-iam as diferenciações morfogenéticas, surgindo, assim, um tipo de “esboço” dos órgãos. Nota-se, desta forma, que este tipo de entendimento funda-se na idéia de proteção

do embrião na medida em que este passa a assemelhar-se, morfológicamente, ao feto e ao bebê. Nesse sentido, Vincent Bourguet afirma:

[...] a escolha do aparecimento do canal primitivo como limite revela um prejulgamento anatômico implícito. Seria, com efeito, no momento em que o “ser” começa sua diferenciação morfológica que ele se tornaria um ser humano atual. O critério, portanto, é morfológico e ele pode ser considerado um descendente moderno e sofisticado do critério antigo segundo o qual enquanto a “carne [é] indiferenciada” (Aristóteles), o conceito humano não é um indivíduo humano, mas apenas *potencialmente* um ser humano e *atualmente* um “legume” (dotado de alma vegetativa) – sabido que Aristóteles localizava no quadragésimo dia para os meninos e no quinquagésimo para as meninas o momento em que, de carne indiferenciada, o conceito se torna membro da espécie humana. Do mesmo modo que Aristóteles, portanto, a comissão Warnock considera que a condição para ser um ser humano é apresentar um esboço morfológico: ela retoma sem o saber a embriologia aristotélica segundo a qual “antes da diferenciação (*diáfora*) o embrião de um cavalo não é um cavalo, ele também não é um indivíduo aristotélico em seu sentido completo, mas algo intermediário entre as massa homeômera e uma entidade anameômera unificada, um *tode ti*, embora potencialmente seja um indivíduo, e esteja destinado a tornar-se um”. (2002, p. 56).

Com efeito, resta claro que a idéia de espécie não pode mais estar fundada numa pretensa similitude morfológica, mas, antes, “na noção de interfecundidade, uma mesma espécie podendo apresentar tipos morfológicos bem distintos”. Seria exatamente nesta hipótese que se enquadra o zigoto. Este, apesar de não possuir ainda as características morfológicas de um indivíduo adulto, já é um ser humano em sua atualidade, não em sua potencialidade. A potencialidade referir-se-ia apenas à possibilidade de seu desenvolvimento, mas não à sua compreensão como indivíduo ou como ser vivo. Ou seja, “dizer que um embrião é um “ser humano potencial” é confundir “humano” com “adulto”, é projetar retrospectivamente sobre a vida embrionária critérios de individualidade que não se aplicam a ela” (BOURGUET, 2002, p. 56).

Por fim, o critério morfogenético do início da vida embrionária é também rechaçado a partir da própria perspectiva da diferenciação celular. A diferenciação celular do indivíduo inicia-se a partir da fecundação. A morfogênese nada mais é do que uma etapa visível deste processo, que prossegue até o desenvolvimento

biológico completo deste indivíduo. Noutras palavras, a morfogênese nada mais é do que mais uma etapa do processo de diferenciação celular e desenvolvimento do embrião, o qual tem seu início com o evento da concepção. Assim, nas palavras de Bourguet:

Por fim, não se pode sustentar que a partir do 14^o ou 15^o dia começa a aparecer a diferenciação (como se o que a precedesse fosse uma realidade homogênea, uma massa indiferenciada, uma *inner cell mass*), mas somente a diferenciação *morfogenética*. Na verdade, o ovo que acabou de ser fecundado não é mais uma realidade homogênea: a penetração do espermatozóide permite a orientação do ovo e a determinação dos pólos animal e vegetativo. A diferenciação do embrião começa desde a fecundação e se ele é, nesse momento, aparentemente mais ou menos isotrópico e as primeiras etapas relativamente indiferenciadas, isso não significa a indeterminação. Em resumo, a morfogênese não é o começo do indivíduo: é um processo que se inscreve num desenvolvimento mais geral. Quando a morfogênese terminar, o desenvolvimento prosseguirá. É o “mesmo” que se desenvolve. (2002, p 58).

Na esteira deste entendimento, conforme apontam Angelo Serra e Roberto Colombo, observa-se que, desde a fase embrionária unicelular: “o novo genoma, estabelecido no zigoto, assume o controle de todo o processo morfogenético desde as primeiras fases do desenvolvimento embrionário” (2007, p. 187). Segundo afirmam os autores, embora, no momento da epigênese do embrião, existam acúmulos de proteínas e de transcritos de genes maternos (na forma de mRNA), que dão suporte ao processo (resultante do amadurecimento das células germinativas femininas), todas as fases de desenvolvimento morfogenético do embrião são ativadas e dependentes das expressões constantes nos genes embrionários (2007, p.188). Esses genes são responsáveis pelos diversos fenômenos ocorrentes durante o desenvolvimento do embrião e do feto, os quais acontecem de forma hierarquizada, organizada e sistematizada, desde o posicionamento das células ao longo do eixo antero-posterior e dorsiventral do embrião – atividade definida e controlada pelos chamados “genes coordenados” – o que contribui para a definição do plano corporal geral do embrião; até a seqüência dos processos de diferenciação celular ao longo dos eixos do corpo embrião (tarefa controlada pelos chamados “genes seletores”), bem como a estruturação dos

diversos órgãos e tecidos componentes do embrião (os quais se estruturam sob as informações contidas nos chamados “genes realizadores”) (2007, p. 190-191). Dessa forma, os autores aduzem o seguinte:

Tudo isso leva à conclusão de que o embrião humano – como qualquer outro embrião –, mesmo nas primeiras fases, não é, como afirma N. M. Ford, “apenas um grupo de células”, “cada uma das quais é um indivíduo ontológico distinto”, mas que o embrião total é um indivíduo – no sentido declarado na primeira seção – no qual as células singulares estão estritamente integradas num processo através do qual ele traduz autonomamente, momento por momento, o seu próprio espaço genético em seu próprio espaço orgânico (2007, p.193).

E arrematam afirmando:

Assim, a indução lógica a partir dos dados fornecidos pelas ciências experimentais leva à única conclusão possível, a saber, que à parte dos distúrbios fortuitos, na fusão dos dois gametas, inicia-se um indivíduo humano novo e real, ou ciclo de vida, durante o qual são dadas todas as condições necessárias e suficientes para ele realizar autonomamente todas as potencialidades com as quais está intrinsecamente envolvido. O embrião, por conseguinte, desde o momento da fusão dos gametas, é um indivíduo humano real, e não um indivíduo humano potencial. (2007, p. 195).

No tocante ao argumento da possibilidade de formação de gêmeos univitelinos, é importante ressaltar que tal evento revela-se como uma exceção, um caso raro no processo de desenvolvimento embrionário. Na verdade, estatisticamente, observa-se ser a gemelidade homozigótica uma exceção: 3 a 5 casos entre um grupo de 1000 (BOURGUET, 2002, p.71-72). Isto significa que: “o zigoto é determinado de “per se” para desenvolver-se como um indivíduo humano único” (SERRA; COLOMBO, 2007, p. 198). Todavia, a questão primordial acerca da gemelidade diz respeito ao fato de que, se o zigoto possui a capacidade de cindir-se, logo não seria dotado de individualidade.

Os equívocos deste argumento são manifestos por uma série de fatores evidenciáveis. Em primeiro lugar, existem muitas dúvidas se a gemelidade não

possuiria matrizes genéticas ou ambientais. Destarte, é possível que a capacidade de gerar gêmeos homozigóticos seja hereditária, ou seja ainda, derivada de determinados fatores (como, por exemplo, o envelhecimento dos gametas no trato genital da mulher). Outrossim, a capacidade de cindir-se estaria adstrita a determinado grupo de indivíduos, ou ainda, a casos excepcionais, mas não sendo intrínseca ao zigoto. Nesse sentido é o entendimento de Serra e Colombo, a saber:

[...] estudos muito recentes sobre o mecanismo que conduz à formação de gêmeos respaldam a hipótese de que em alguma parte do embrioblasto, em virtude de algum erro – por exemplo morosidade acromossômica na anáfase ou um enxerto mitótico – que ocorre entre o quarto e o sétimo dia após a fertilização, um plano de desenvolvimento novo e independente é determinado para que um novo ser individual inicie seu próprio ciclo vital. Parece, pois, muito razoável afirmar que há um primeiro ser humano do qual se origina um segundo ser humano. Ao contrário, afigura-se incorreto declarar que um sistema indeterminado se converte em dois sistemas determinados. O próprio conceito de “sistema indeterminado”, do ponto de vista biológico, carece de sentido. (2007, p. 199).

Seguindo essa linha de raciocínio, Bourguet explicita a confusão realizada pelos defensores desse argumento acerca dos conceitos de totipotência e cisão do embrião. A totipotência (capacidade de diferenciação em fenótipos celulares de um organismo) é uma característica referente a todo embrião. Consabido, durante o processo de desenvolvimento, a diferenciação celular põe-se como etapa necessária ao desenvolvimento de órgãos, tecidos e sistemas que constituirão o indivíduo. A cisão embrionária, por sua vez, é uma anomalia, um fenômeno que ocorre de maneira extraordinária. Com efeito, o fato é que a totipotência não é a causa da cisão do zigoto, mas sim da sua capacidade de regeneração após a cisão.

Demais disso, é possível refutar também o argumento sobre a não-individualidade do zigoto, uma vez que, podendo este dividir-se em dois, não seria um indivíduo. Nesse ponto, Bourguet afirma não ser possível uma compreensão pré-formista do zigoto, jungindo sua individualidade à possibilidade de ser destruído pela cisão. Isto porque o zigoto apresenta características próprias, peculiares, diferentes de um indivíduo humano adulto. Novamente, o autor evidencia a forte ligação desse argumento a uma pré-concepção morfológica do ser humano. Nesse passo, afirma:

Com efeito, pensava-se, se o embrião fosse verdadeiramente um indivíduo, sua cisão deveria resultar em dois hemibriões, a exemplo do que se passa quando se corta uma mesa em dois ou um organismo diferenciado em dois. Esse é o modelo subjacente à afirmação segundo a qual se “um” se torna “dois” sem desaparecer como tal, então é porque ele não era verdadeiramente “um”. Trata-se de uma projeção de um modelo de individualidade em uma realidade à qual ele não convém. Poderíamos até mesmo ir mais longe e dizer que o argumento aqui discutido é implicitamente pré-formista: ele exige que o embrião já seja um organismo formado, uma espécie de *homunculus*, um *zoon mikron*, de tal modo que seja destruído pela cisão. Ora, o embrião, não sendo um homúnculo – pois não é destruído por sua cisão – não é um indivíduo. [...] É preciso pensar que o ovo que se cinde apresenta duas metades que formarão, cada uma, um embrião distinto, completo. Há, portanto, uma não-especialização das partes, uma vez que cada uma tem a capacidade de desenvolver uma totalidade se ela é separada. Essa relação partes/todo anula a individualidade do embrião? Ela nos obriga antes a ampliar nossa concepção de individualidade, e especialmente da individualidade humana. Não é razoável enfraquecer a individualidade do zigoto humano com base em uma definição rígida da individualidade, definição escolástica que fazemos dizer o que, além disso, ela não diz. Desde a fecundação, estamos na presença de um “mesmo” que se desdobra no tempo e manifesta estruturas mutáveis e rigorosamente coordenadas. (2002, p. 74-75).

De outra parte, a cisão celular não pode ser confundida com a divisão por cissiparidade, típica dos organismos unicelulares. O processo de cisão do zigoto não pode ser confundido com a divisão mitótica. Com efeito, sabe-se que a cisão celular que permite a formação de gêmeos é um fenômeno extracelular, que não pode ser confundido com a mitose. Isto porque a mitose é um evento “programado” geneticamente pela célula desde sua formação, sendo, portanto, um processo de reprodução celular. A cisão do zigoto, por sua vez, ocorre pela separação dos blastômeros do material que os une. É, portanto, uma espécie de “amputação” do zigoto, que é solucionada pela sua totipotência, a qual viabiliza sua regeneração. Dessa forma, não é possível aceitar o fato de que a regeneração do zigoto anularia a sua individualidade, mas sim que a relativa independência do zigoto em relação a algumas das partes constitutivas, manifestando seu caráter autopoietico. Ou seja: “O que a capacidade de regeneração do ovo manifesta é, em suma, seu caráter de sistema” (BOURGUET, 2002, p. 77). Semelhante entendimento é esposado por Serra e Colombo, consoante se observa a seguir:

[...] a afirmação de que há um primeiro ser humano que seguirá o seu próprio caminho e um segundo ser humano que se origina do primeiro e então seguirá o seu curso independente encontra uma forte confirmação – dir-se-ia quase uma prova – em muitas observações recentes. Os casos mais notáveis são aqueles nos quais um dos gêmeos monozigóticos tem um cariótipo com 47 cromossomos e é afetado pela síndrome de Down, enquanto o co-gêmeo tem um cariótipo normal com 46 cromossomos. O primeiro sujeito – o zigoto – poderia ser ou cromossomicamente normal ou 21-trissômico. Uma segregação anormal de cromossomo 21 poderia levar ao aparecimento de uma linha 21-trissômica no primeiro caso e a uma linha normal no segundo. É evidente que em ambos os casos o primeiro indivíduo continua o seu próprio curso de desenvolvimento, enquanto o segundo começa o seu próprio ciclo vital assim que o novo plano se torna independente do primeiro. (2007, p. 199).

Por fim, também se faz necessário explicitar o equívoco do argumento que impõe objeções à individualidade do embrião em face da sua dependência do corpo materno. Na verdade, observa-se que qualquer tipo de analogia com a relação entre parasita e hospedeiro mostra-se impossível. Isto porque, diferentemente da relação de vida parasitária, na qual a existência da vida parasitária conduz a uma união e relação de dependência do parasita em relação ao hospedeiro, a gestação do embrião é um processo que o conduz a uma situação de autonomia em relação ao corpo materno. Nada mais, nada menos do que uma situação – além do fato de ser a gestação apenas mais uma etapa do desenvolvimento diametralmente oposta (BOURGUET, 2002, p. 79-80).

Não obstante, Mônica Aguiar, igualmente, aduz que o fato do embrião depender da ministração de substâncias e nutrientes pelo ventre materno não anula sua individualidade, uma vez que ele (o embrião) possui genótipo próprio e individual em relação à mãe. Ou seja – conforme já afirmado alhures – além do fato de ser a gestação uma etapa da trajetória do embrião para o alcance de sua autonomia biológica em relação ao corpo materno, este não receberá mais, durante o aludido processo, qualquer tipo de informação genética do organismo materno sendo, portanto, um ser geneticamente genuíno.

Ao que parece, o critério que estabelece o início da vida com a fecundação parece ser o menos arbitrário. Isto porque, se a vida possui seu início com a fusão dos gametas na concepção, os estágios de desenvolvimento derivados seriam apenas uma continuidade do processo vital. Todavia, dúvidas ainda permanecem

acerca da compreensão do embrião como ser moral dotado de direitos. Por conta disto, faz-se imperiosa uma análise mais detida acerca do tema.

3.2 ASPECTOS MORAIS

A questão primordial em saber se o embrião é ou não um ser moral (dotado do atributo dignidade, explanado anteriormente) diz respeito de forma direta ao entendimento acerca da possibilidade ou não de dispor dos mesmos. Neste passo, o ponto nevrálgico do problema diz respeito ao próprio conceito de pessoa.

É possível, a partir de uma concepção declaradamente utilitarista, afirmar a autoconsciência como pressuposto necessário à existência de direitos. Assim, a idéia da distinção entre coisa e pessoa (passível ou não de ser propriedade de outrem) se basearia na existência prévia de autoconsciência por parte dos indivíduos, sejam eles humanos ou não. Estes somente deixariam de ser propriedades daqueles que os “produziram” (por força de sua engenhosidade ou ainda do desprendimento de suas energias) a partir do momento em que se tornassem autoconscientes. Por conseguinte, os zigotos, fetos, bem como as crianças pequenas e outros animais que não possuam autoconsciência, pertenceriam àqueles proprietários dos gametas responsáveis pela sua concepção e dos meios materiais à sua manutenção biológica (ENGELHARDT JR, 2004, p.199). Desta forma, apenas possuiriam direitos os indivíduos que possuam ou tenham possuído alguma vez durante sua existência, determinado grau de autoconsciência.

Aqueles que produziram um feto, pelo menos nos parâmetros da moralidade secular geral, têm o direito primordial de determinar efetivamente o seu uso. Em geral, isto compete ao pai e à mãe que conceberam o feto, especialmente à mãe, já que ela o carrega. Eles o produziram, eles o fizeram, é deles. Os fetos podem ser considerados como uma forma especial de uma propriedade muito querida: a linhagem biológica de uma família, a tentativa de um casal formar outra pessoa a quem dispensar o seu amor, seus cuidados e preocupações. Outros podem se envolver com os produtores dos gametas, por meio de acordos especiais, de maneira que as palavras “pai” e “mãe” tornam-se ambíguas. Pode-se pensar no aluguel de barriga, quando a mãe biológica terá um embrião estranho inserido

em seu útero. Os produtores dos gametas podem ter feito um contrato com um casal (direta ou indiretamente) para produzir um embrião que será gestado por uma mãe de aluguel. Ou o casal pode transferir os direitos por contrato quando acontece quando o embrião é doado. Mas o ponto permanece o mesmo. Em moralidade secular geral, são as pessoas que atribuem valor aos zigotos, aos embriões ou aos fetos. Aqueles que produzem ou procriam o zigoto, embrião ou o feto têm o direito primordial de fazer a determinação definitiva de seu valor. Embriões e fetos produzidos em particular são considerados propriedade particular. Seriam de propriedade da sociedade apenas se grupos ou cooperativas societárias os produzissem. (ENGELHARDT JR, 2004, p.310-311).

O ponto principal acerca do tema refere-se à demarcação sobre os limites moralmente defensáveis de proteção à vida. Outrossim, seria possível a utilização da expressão “pessoa” como diferencial para distinguir seres humanos autoconscientes e racionais daqueles que não são (SINGER, 2002, p. 97-98). Conseqüentemente, sob um prisma puramente racional, não existiria nenhuma razão moral que permitisse preferir a vida dos seres humanos em relação a indivíduos de outras espécies. Pelo contrário, a defesa dos interesses dos indivíduos humanos puramente em razão da espécie revelar-se-ia um tipo de preconceito, moralmente inadmissível (denominado pelo autor de “especismo” – ou seja, a discriminação entre indivíduos pela diferença entre espécies) (SINGER, 2002, p. 98). Seguindo esse raciocínio, observa-se que a valoração do ato de matar dar-se-ia apenas e tão-somente pelas preferências daqueles indivíduos que são pacientes de tal ação, visto que os indivíduos que possuem essas preferências (autoconsciência, senso de passado e futuro, expectativas, etc.) seriam, em tese, os únicos que possuiriam uma gama de perspectivas e experiências de vida. Destarte, o ato de tirar a vida desses sujeitos viria a frustrar essas perspectivas. Todavia, com base no princípio da igual consideração de interesses, mesmo os seres que não se enquadrem nesse conceito de ser possuidores de preferências possuem o direito de serem poupados da dor e sofrimento.

Desta forma, de acordo com o pensamento utilitarista, o direito à vida, teria como condição necessária a posse, em alguma fase da vida, aquilo da chamada “existência contínua”, da consciência de uma história, de uma trajetória que integre sua personalidade. Noutros termos, o chamado “direito à vida” não se aplicaria à proteção ou tutela da vida biológica do indivíduo, mas à sua personalidade, seu ego,

suas experiências. Por conseguinte, não haveria razão de reprovação moral em abreviar a vida de um indivíduo que nunca adquiriu essa dita “existência contínua”, quando sua vida for fadada a uma insuperável infelicidade ou ainda quando esta não for desejada pelos seus genitores. De igual forma, estabelecer-se-ia, assim, uma classificação hierárquica dos tipos de vida dos indivíduos de acordo com seu grau de autoconsciência. Na esteira deste pensamento é o entendimento de Michael Tooley, a seguir:

The next step in the argument is basically a matter of applying this analysis to the concept of right to life. Unfortunately the expression “right to life” is not an entirely happy one, since it suggests that the right in question concerns the continued existence of a biological organism. That this is incorrect can be brought out by considering possible ways of violating an individual's right to life. Suppose, for example, that by some technology of the future the brain of an adult were to be completely reprogrammed, so that the organism wound up with memories (or rather, apparent memories), beliefs, attitudes, and personality traits completely different from those associated with it before it was subjected to reprogramming. In such a case would surely say that an individual has been destroyed, that an adult human's right to life has been violated, even though no biological organism has been killed. This example shows that the expression “right to life” is misleading, since what one is really concerned about is not just continued existence of a biological organism, but the right of a subject of experiences and other mental states continues to exist. (2007, p. 429)²⁴.

E conclui o autor:

²⁴O próximo passo no argumento é basicamente uma questão de aplicar esta análise ao conceito do direito à vida. Infelizmente a expressão “direito à vida” não é um inteiramente feliz, desde que ele sugere que o diretamente na pergunta concirna a existência contínua de um organismo biológico. Esta incorreção pode ser evidenciada considerando modos possíveis de violar o direito de um indivíduo à vida. Suponha, por exemplo, que alguma tecnologia do futuro, o cérebro de um adulto foi completamente reprogramado, para que o organismo apagasse as memórias (ou melhor memórias evidentes), crenças, atitudes, e traços de personalidade, tornando-os completamente diferentes dos associados com ele antes de que fosse submetido à reprogramação. Em tal caso diria seguramente que um indivíduo foi destruído, que o direito de um ser humano adulto à vida foi violado, embora nenhum organismo biológico tenha sido morto. Este exemplo mostra que a expressão “direito à vida” é equivocada, visto que cada indivíduo realmente se importa não somente com a existência continuada do organismo biológico, mas com o direito de que as experiências e outros estados mentais de um sujeito continuem a existir [tradução nossa].

Suppose at some future time a chemical were to be discovered which when injected into the brain of a kitten would cause the kitten to develop into a cat possessing a brain of the sort possessed by humans, and consequently into a cat having all the psychological capabilities characteristic of adult humans. Such cat would be able to think, to use language and so on. Now it would surely be morally indefensible in such a situation to ascribe a serious right to life to members of the species *Homo sapiens* without also ascribing it to cats that have undergone such a process of development: there would be no morally significant differences. Secondly, it would not be seriously wrong to refrain from injecting a newborn kitten with the special chemical, and to kill it instead. That fact that one could initiate a causal process that would transform a kitten into an entity that would eventually possess properties such that anything possessing them *ipso facto* has a serious right to life does not mean that the kitten has a serious right to life even before it has been subjected to the process of injection and transformation. The possibility of transforming kittens into persons will not make it any more wrong to kill newborn kittens that it is now. Thirdly, in view of the symmetry principle, if it is not seriously wrong to refrain from initiating such a causal process, neither is it seriously wrong to interfere with such a process. Suppose a kitten is accidentally injected with the chemical. As long as it has not yet developed those properties that in themselves endow something with a right to life, there cannot be anything wrong with interfering with the causal process and preventing the developing of properties in question. Such interference might be accomplished either by injecting the kitten with some "neutralizing" chemical or simply by killing it. But if it is not seriously wrong to destroy an injected kitten which will naturally develop the properties that bestow a right to life, neither can it be seriously wrong to destroy a member of *Homo sapiens* which lacks such properties, but will naturally come to have them. (2007, p. 135-136).²⁵

²⁵ Suponha em algum tempo futuro, um produto químico fosse descoberto, o qual quando injetado no cérebro de um gatinho faria que o gatinho se desenvolvesse em um gato que possui um cérebro do tipo possuído por seres humanos, e conseqüentemente em um gato que tem toda a característica de capacidades psicológica de seres humanos adultos. Tal gato seria capaz de pensar, usar-se da linguagem e assim por diante. Agora, seguramente, seria moralmente indefensável em tal situação para referir um direito sério à vida a membros da espécie *Homo sapiens* sem o referir também a gatos que sofreram tal processo do desenvolvimento: não haveria nenhuma diferença moralmente significativa. Em segundo lugar, não seria seriamente errado abster-se de injetar num gatinho recém-nascido o produto químico especial, e matá-lo em vez disso. O fato que cada um pode iniciar um processo causal que transformaria um gatinho em uma entidade que possuiria, eventualmente, propriedades tais que algo que os possui *ipso facto* tem um direito sério à vida, não significa que o gatinho tem um direito à vida até antes de que tenha sido submetido ao processo de injeção e transformação. A possibilidade futura de transformar gatinhos em pessoas não tornará mais errado matar gatinhos recém-nascidos do que agora. Em terceiro lugar, em vista do princípio de simetria, se não fosse seriamente errado abster-se de iniciar um processo tão causal, também não seria seriamente incorreto mexer em tal processo. Suponha que um gatinho é acidentalmente injetado com o produto químico. Enquanto ainda não desenvolveu aquelas propriedades que neles dotam algo de um direito à vida, não pode haver algo de errado com mexer no processo causal e prevenir o desenvolvimento das propriedades em questão. Tal interferência poderia ser realizada injetando o gatinho com um pouco de produto químico "de neutralização" ou simplesmente matando-o. Mas se não for seriamente errado destruir um gatinho injetado que desenvolverá naturalmente as propriedades que conferem um direito à vida, também não pode ser seriamente errado destruir um membro da espécie *Homo sapiens* que necessita de tais propriedades, mas virá naturalmente para tê-los[tradução nossa].

Outrossim, observa-se que o autor refuta a premissa que equipara o embrião ou o feto ao *status* de pessoa. Para ele, embora seja inegável o fato do embrião e do feto humano possuírem, desde o momento da concepção, todas as características inerentes aos membros da espécie *Homo sapiens* não é, de per si, suficiente para atribuir-lhe um direito intrínseco à vida. E isto porque, embora seja vida humana, a vida do feto não equivaleria à vida de uma pessoa, posto que não possuiria autoconsciência ou senso de passado e futuro ou ainda expectativas relativas à vida que pudessem ser frustradas.

Seguindo este raciocínio, Peter Singer entende que qualquer tentativa de atribuir uma característica especial a esses indivíduos apenas por serem membros da espécie humana consistiria numa discriminação (especismo) moralmente condenável. Dessa forma, afirma:

Uma vez que nenhum feto é pessoa, nenhum feto tem o mesmo direito à vida que uma pessoa. Ainda precisamos refletir sobre o momento em que o feto provavelmente se torna capaz de sentir dor. Por ora, será suficiente dizer que, enquanto essa capacidade não existir, um aborto põe fim a uma existência que não tem valor *intrínseco* algum. Depois, quando o feto talvez for consciente, ainda que não não consciente de si, o aborto não deve ser considerado levianamente (se é que alguma mulher considera alguma vez o aborto de forma leviana). Contudo, os interesses sérios de uma mulher normalmente prevaleceriam sobre os interesses rudimentares até mesmo de um feto consciente. De fato, até um aborto feito pela mais banal das razões, quando a mulher já se encontra em estado avançado de gravidez, é difícil de condenar – a menos que também condenemos o massacre de formas de vida muito mais desenvolvidas, com a finalidade de saborear-lhes a carne. (2002, p.161).

Todavia, o autor faz questão de ressaltar que, como ser senciente, o feto possui o interesse de evitar dor, o qual deve ser respeitado. Ou seja, o Singer defende a prática do aborto desde que se dê com o mínimo de dor possível ao feto. Embora admita o fato do feto representar uma vida humana, Singer, assim como Tooley, reconhece que isto não lhe assegura nenhum direito à vida. Neste passo, o autor de igual maneira compreende que, da mesma forma que o feto, o recém-nascido também não possui direito à vida, uma vez que, assim como o feto, não possui autoconsciência ou perspectiva de passado ou futuro.

Se o feto não tem o mesmo direito à vida que uma pessoa, resulta que o bebê recém-nascido também não o tem e que a vida de um bebê recém-nascido tem menos valor para ele do que a vida de um porco, de um cão ou de um chimpanzé para esse animal [...]. Se conseguirmos pôr de lado esses aspectos comoventes, mas rigorosamente irrelevantes, da morte de um bebê, seremos capazes de ver que os motivos para não matar pessoas não se aplicam aos bebês recém-nascidos. [...] a razão utilitarista preferencial para se respeitar a vida de uma pessoa não pode aplicar-se a um recém-nascido. Os recém-nascidos não podem ver-se como seres que podem ter, ou não, um futuro; portanto, não podem ter o desejo de continuar vivendo. Pela mesma razão, se o direito à vida deve ter por base a capacidade de querer continuar vivo, ou a capacidade de ver-se como um sujeito mental contínuo, um recém-nascido não pode ter direito à vida. (SINGER, 2002, p.179-180).

Conseqüentemente, de acordo com esta linha de pensamento, tanto o descarte de embriões quanto o aborto e, até mesmo o infanticídio seriam práticas moralmente aceitas, na medida em que nem o feto, nem o embrião e nem mesmo o recém-nascido poderiam ser considerados como pessoa. Embora mitigado, semelhante é o posicionamento de Ronald Dworkin sobre o tema. Partindo de uma perspectiva liberal, o autor aborda a questão da vida do ser humano não nascido sob a óptica das liberdades individuais. Segundo ele, parece não haver nenhuma razão que justifique a atribuição de direitos ao embrião. Isto porque, segundo o autor, para que um indivíduo tenha direitos, far-se-ia necessário, antes, que possuísse interesses. Ou seja, no entender do autor, apenas a consciência de si mesmo, o desejo de continuar existindo teria o condão de atribuir direitos aos indivíduos. Destarte afirma o seguinte:

É possível objetar que, ao contrário de um óvulo não fertilizado, ou de um conjunto de partes diferentes de corpos, um feto recém-concebido está em vias de tornar-se um ser humano completo por si próprio, prescindindo, portanto, de qualquer ajuda externa. Mas isso não é verdade – a ajuda externa, tanto da gestante quanto dos recursos da ciência, é fundamental. De qualquer modo, a diferença é irrelevante para a questão em pauta; o conjunto de partes de corpos não teria interesses – interromper a experiência antes que essas partes comessem a viver não lhes causaria dano algum [...]. Não tem sentido imaginar que alguma coisa tenha interesses próprios – não obstante ser importante o que lhe aconteça –, a menos que tenha, ou tenha tido, alguma forma de consciência: algum tipo de vida mental ou física. (2003, p. 21).

Todavia, este tipo de entendimento, apesar de uma coerência aparente, ainda está sujeito a críticas. Talvez, uma das principais seja relativa às premissas sobre as quais esses argumentos se erigem. Para Roberto Andorno (1998), o principal equívoco do argumento utilitarista reside numa falta de ordem lógica dos eventos.

Segundo o autor, a autoconsciência nada mais é do que mais um dos atributos do sujeito. Mais do que isso. Para ele, não é possível falar em autoconsciência sem ter uma noção prévia da existência de um sujeito. Andorno entende que o ser humano é uma unidade de corpo e alma, refutando a recorrente dualidade existente entre esses dois elementos²⁶. Por essa razão, para ele, a tese da autoconsciência é notadamente reducionista, posto que passa a discriminar os indivíduos com base num critério meramente intelectual, atribuindo aos intelectualmente menos favorecidos um menor valor. Com efeito, afirma:

En síntesis, las tesis mencionadas, inspiradas en una visión empirista del hombre, reducen a éste a ciertas funciones. Confunden de este modo el plano del ser y el plano del obrar. La substancia de la persona viene así a ser disuelta en sus funciones (por ejemplo, su autoconciencia) e incluso a ser identificada con ellas. La personalidad se asimila a una suma de actividades en lugar de ser reconocida como el acto fundante del individuo que pertenece a una naturaleza racional. (1998, p. 103-104)²⁷.

Por conseguinte, de forma complementando o raciocínio acima aduzido, é possível admitir também a existência de personalidade no embrião, por reconhecer neste um ser humano. Isto porque, dado o fato de não ser possível reconhecer o início do ego em sua auto-referência, é possível compreender que ele (o ego) possui

²⁶Entendimento semelhante é trazido por Jürgen Habermas (2004, p. 70-71) acerca do tema. Para o autor: “Uma pessoa só “tem” ou “possui” seu corpo (Körper) na medida em que ela “é” esse corpo vivo (Leib) – na realização da sua vida. Partindo desse fenômeno de ser e ter um corpo ao mesmo tempo, Helmuth Plessner descreveu e analisou em sua época a “posição excêntrica” do homem. Conforme mostra a psicologia cognitiva do desenvolvimento, ter um corpo é apenas o resultado de uma capacidade, adquirida na juventude, de contemplar de forma objetivante o ser-um-corpo-vivo em seu processo. O modo de experienciar esse corpo vivo é primário e, “dele”, também vive a subjetividade da pessoa humana”.

²⁷ Em resumo, o argumento anterior, inspirado em uma perspectiva empirista do homem, reduz-o à determinadas funções. Confundem, deste modo, o plano do ser e o plano do agir. A substância da pessoa vem, assim, a ser dissolvida em funções (tais como, por exemplo, a sua autoconsciência) e, inclusive, a ser identificada com elas. A personalidade é entendida como uma soma de atividades em lugar de ser reconhecida como o ato fundador de um indivíduo que pertence a uma natureza racional.

suas origens num momento definido do desenvolvimento humano, em lugares obscuros da própria existência, não sendo possível identificar o momento do seu “surgimento”. Portanto, é possível compreender que a idéia de “início” do ego é, em si, contraditória, uma vez que não existe um momento do nascimento do ego, mas este é dado em si mesmo. Logo, o ego existe desde sempre, desde o início da vida do indivíduo, apenas sendo manifestado num dado momento, quando este reconhece em si um referencial do mundo da vida (BOURGUET, 2002, p. 193-220).

A outro giro, é possível compreender também que a idéia de “transformação” do indivíduo biológico em “ser moral” (“sujeito em sentido estrito” nas palavras de H. Tristram Engelhardt Jr.) não se processa dentro de um “salto ontológico” instantâneo, mas se processa gradualmente numa etapa do desenvolvimento biológico e social do indivíduo, sendo o produto de uma interação dialética entre o indivíduo e a comunidade (BERGER; LUCKMANN, 2008, p. 230). Isso significa que, a idéia de subjetividade somente se constitui após o processo de interação do indivíduo com o meio social, no qual aquele pode apreender significados do mundo que o cerca, por meio da sua identificação com outros indivíduos. Por conseguinte, observa-se que a idéia da autoconsciência nada mais é do que um construto resultante da inserção do indivíduo no tecido social. Assim, é possível entender que: “O Eu do sujeito não passa de uma estação de transmissão num tecido de intersubjetividade. Guarda a sua auto-afirmação irredutível” (MORIN, 2007, p. 78). Ora, se assim é, a premissa utilitarista da existência de direitos apenas em face da existência de interesses torna-se excludente e imoral. Isto porque, se a autoconsciência deriva de uma interação social, tendo por pressuposto a vida biológica, não existindo nenhum momento definidor do *status* do indivíduo como ser moral. Portanto, seria incorreto, uma segregação, impedir que esta (vida moral) se manifestasse (visto que, conforme já explanado alhures, o ego existe em si mesmo desde os primórdios do indivíduo) nos indivíduos, por meio de práticas como o descarte de embriões, o aborto e o infanticídio.

De outra parte, observa-se, igualmente, que a abordagem utilitarista por apresenta uma simplificação exacerbada da natureza humana, a qual não pode ser apenas definida em função da dor e do prazer. A complexidade da natureza humana nem sempre permite constatar a moralidade de determinada conduta em face do prazer ou do sofrimento (causar ou não causar dor). Isto porque os sentimentos humanos são, muitas vezes, contraditórios, levando os indivíduos a ações (ao

menos aparentemente) desprovidas dessa racionalidade analítica preconizada pelo utilitarismo.

Por conta disso, percebe-se a impossibilidade de desenvolver um pensamento moral desconsiderando aspectos psicológicos, emocionais e sociais do ser humano. Não obstante, justamente em face da complexidade na natureza do ser humano, tornar-se-ia igualmente impossível desconsiderar os sentimentos humanos envolvidos em todo processo de formação do juízo moral. Noutras palavras, é impossível desenvolver uma deontologia dissociada da complexidade ontológica do ser humano, seja em sua dimensão de indivíduo, seja em sua dimensão de comunidade. Por essa razão, Francis Fukuyama afirma:

Há uma simplicidade elegante na estratégia reducionista subjacente a essa ética utilitária, que explica a atração que exerce sobre muitos. Ela promete que a ética pode ser transformada em algo como uma ciência com regras bem definidas de otimização. O problema é que a natureza humana é complexa demais para ser reduzida a categorias simples como “dor” e “prazer”. Alguns prazeres e dores são mais profundos, mais fortes e mais duradouros que outros. O prazer que auferimos da leitura de um romance ordinário de banca de jornais é diferente do prazer de ler *Guerra e paz* ou *Madame Bovary* com o proveito de experiências de vida como as que estes últimos romances contemplam. Alguns prazeres nos remetem para direções contraditórias: um viciado em drogas pode ansiar por reabilitação e uma vida livre das drogas ao mesmo tempo em que deseja sua próxima dose. Poderíamos ver mais claramente como os seres humanos de fato fazem a ponte entre o “é” e o “deve” reconhecendo que os valores humanos estão intimamente atados, como matéria de fato empírica, a emoções e sentimentos humanos. Os “deves” assim derivados são pelo menos tão complexos quanto o sistema emocional humano. Isto é, dificilmente algum juízo de “bom” ou “mau” já foi pronunciado pelo ser humano sem ter sido acompanhado por uma emoção forte, seja de desejo, anseio, aversão, nojo, raiva, culpa ou alegria. Algumas dessas emoções abrangem os simples prazeres e dores dos utilitaristas, mas outras refletem sentimentos sociais mais complexos, como o desejo de status ou de reconhecimento, o orgulho da própria competência ou correção ou vergonha por ter violado uma proibição social. [...] ...o processo de derivação do valor não é fundamentalmente de natureza racional, porque as fontes são os “és” das emoções. (2003, p. 126-127).

Para Fukuyama, a deontologia ética adotada pelo utilitarismo não se mantém neutra em relação aos planos da vida, mas apenas apresenta-se mais apta na sua aplicação às sociedades liberais, onde predominariam os valores individuais em face

da coletividade (2003, p. 134). Por conta disso, o autor parte de uma compreensão moral do ser humano enquanto espécie, desenvolvendo um raciocínio de bases empíricas a fim de estabelecer uma distinção entre os seres humanos e os demais animais, atribuindo àqueles direitos diferenciados. Segundo ele, por mais diferenciados que sejam os meios de desenvolvimento do indivíduo, existiria uma parte constante a todos os membros de determinado grupo (ou espécie), dependente de fatores genotípicos.

Para ele, a capacidade de cognição – característica essencial para a compreensão do indivíduo enquanto sujeito moral – possui suas matrizes no genoma dos indivíduos. Ou seja, o autor defende que a “racionalidade” ou “humanidade” determinante dos seres humanos não está estabelecida na medida em que este se torna um animal cultural, mas sim determinada biologicamente na constituição genética de determinada espécie. Destarte, observa-se que, apesar de existirem determinados membros da espécie humana que não possuam tal característica, o fato de (em regra) tal característica ser intrínseca aos seres humanos – em razão de sua constituição genômica – seria suficiente para outorgar-lhes direitos diferenciados em relação às demais espécies. Não obstante, o fato de compreendermos, atualmente, determinadas capacidades atribuíveis a animais não-humanos (como a capacidade de sentir medo, dor ou até mesmo possuir certas expectativas), outorgando-lhes determinados direitos, não seria possível atribuir-lhes uma série de direitos que são inerentes aos membros da espécie humana. Neste sentido, o autor afirma:

Tendemos a conferir maiores direitos sob esse aspecto às criaturas conscientes porque, como os seres humanos, elas são capazes de antecipar sofrimentos e têm medos e esperanças. Uma distinção deste tipo poderia servir para diferenciar os direitos de uma salamandra dos do, digamos, seu cachorro Rover – para alívio dos Watsons do mundo. Mesmo que aceitemos o fato que os animais têm o direito de não sofrer excessivamente, há, porém, toda uma série de direitos que não é possível de atribuir a eles porque não são humanos. Nem sequer considerariamos a atribuição do direito ao voto, por exemplo, a criaturas que, como grupo, são incapazes de aprender a linguagem humana. Chimpanzés podem se comunicar numa linguagem típica de sua espécie e são capazes de dominar um número muito limitado de palavras humanas, se extensivamente treinados, mas não podem dominar a linguagem humana e não possuem cognição humana de maneira mais geral. Que alguns seres humanos também não consigam dominar a linguagem humana

confirma de fato a importância dela para os direitos políticos: as crianças são excluídas do direito ao voto porque não possuem, como grupo, as capacidades cognitivas de um adulto típico. Em todos estes casos, as diferenças específicas de espécie entre animais não-humanos por um lado e seres humanos de outro fazem uma diferença colossal para nossa compreensão de seu status moral. [...] O pertencimento a um desses grupos não garante que as características individuais de uma pessoa estão próximas da mediana para ele (conheço uma porção de crianças que votaria com mais discernimentos que seus pais), mas esse é um indicador suficientemente bom de capacidade para propósitos práticos. O que um defensor dos direitos dos animais como Peter Singer chama de “especismo” não é portanto necessariamente um preconceito ignorante e interesseiro da parte dos seres humanos, mas uma crença sobre a dignidade humana que pode ser defendida com base numa visão empiricamente fundada na especificidade humana. (2003, p. 155-156).

Com efeito, Fukuyama sustenta a possibilidade de uma compreensão da dignidade humana pautada em bases não-religiosas. No entender do autor, a dignidade seria o atributo moral distintivo do ser humano em relação às demais espécies. Tal atributo estaria intrinsecamente ligado à existência de uma consciência do ser humano (enquanto membro da espécie). Esta consciência não se limitaria apenas à razão e ao raciocínio, mas abrangeria, igualmente, uma gama de sentimentos e emoções tipicamente humanas, compreendidas empiricamente. Esse diferencial moral da espécie humana em relação às demais residiria justamente na existência de uma complexidade de qualidades que comporiam o indivíduo humano enquanto ser moral. O autor compreende, nesse passo, que durante o processo de desenvolvimento intra-uterino do ser humano, em algum momento, haveria um “salto ontológico” quando o indivíduo humano (enquanto membro da espécie) adquiriria as características básicas constitutivas da sua “humanidade”.

Por conta disso, apesar do autor reconhecer uma diferença de *status* moral entre os indivíduos em diferentes estágios de desenvolvimento (entre humanos adultos e bebês humanos e entre estes e os embriões), e, conseqüentemente, a existência de diferentes direitos nesses estágios de desenvolvimento, para ele, impõe-se reconhecer a existência de alguma “humanidade” (no sentido de atributo moral da espécie humana) ao embrião e ao recém-nascido, visto que, enquanto membros da espécie humana tendem a tornarem-se seres morais. Outrossim, a dignidade humana estaria jungida a uma compreensão da espécie humana

enquanto espécie moral incluindo, neste processo, uma proteção contra a utilização meramente utilitária dos seus indivíduos (2003, p. 184-185).

Em face dessas considerações, oportuno mencionar o pensamento de Jürgen Habermas (2004) acerca dos perigos éticos da utilização cada vez mais usual e despreocupada das atuais biotecnologias nos seres humanos, sobretudo nos embriões. Com efeito, o autor afirma que os avanços das biotecnologias e a capacidade de ingerência destas na vida humana cada vez mais cedo podem levar a uma crise na autocompreensão ética da espécie. Isto porque este constante e cada vez mais intenso processo de interferência no processo de desenvolvimento humano pode levar a uma indistinção na cognição entre aquilo que é produzido daquilo que é transformado pela natureza. Destarte, surgiria aí a possibilidade de uma determinação, ou até mesmo de uma “produção” de uma “nova” espécie humana – esta criada e desenvolvida à imagem e semelhança do desejo do próprio homem – que pode levar a conseqüências obscuras e nefastas.

Portanto, pode-se entender que, independentemente de saber se existe ou não ego em um indivíduo, impõe-se reconhecer neste um “outro”, ainda que não seja um “eu”. Longe de qualquer intenção de neutralidade, não é possível conceber a alteridade sem pressupor uma intencionalidade ética residente no respeito moral pelo outro (BOURGUET, 2002, p.196). Ou seja, essa alteridade é, antes de tudo, uma opção ética de cada indivíduo em adotar uma “intencionalidade da transcendência”, uma postura ética norteada pela inclusão, por meio do reconhecimento do outro, ainda que dessemelhante, sobretudo pelo mais frágil. Nesse passo, a idéia de reconhecimento do embrião enquanto sujeito não se baseia numa relação de utilidade ou identidade, mas, ao contrário, numa relação de responsabilidade em relação àqueles que se apresentam numa situação de fragilidade e desamparo. Essa ética não encontraria sentido em qualquer raciocínio lógico-analítico acerca de valores, mas tão-somente se for adotada como opção política de uma sociedade a opção por uma outra política que não seja apenas a do mais útil ou do mais produtivo.

Assim, parece ser praticamente impossível, seja por um prisma ontológico, seja por uma óptica de conseqüências éticas pautadas na inclusão daqueles que estejam “fora dos padrões de qualidade” outorgar a qualquer ser humano (incluindo o embrião) o estatuto moral diferente do de pessoa, ou seja, de uma categoria fim. Conforme afirmado anteriormente, na medida em que é notório o fato de que a força

por si só se justifica, observa-se que a única função possível da ética é o questionamento sobre os porquês de não se explorar o mais fraco.

Demais disso, conforme já visto, a ética representa também a instância de religação do indivíduo com a sua espécie. Logo, considerando a condição de fragilidade e desamparo da vida humana em seu estado embrionário, torna-se absolutamente desarrazoado qualquer ação malevolente em relação a esses indivíduos apenas pelo fato de não manifestarem a sua autoconsciência. Pelo contrário, tal raciocínio apresenta-se apenas como excludente e justificador da opressão do mais forte sobre o mais fraco. De outro lado, o fato de se afirmar que o embrião humano merece o *status* de pessoa, bem como a proteção de direitos, em nenhum momento descarta a necessidade ética de respeito e cuidado com indivíduos de outras espécies. Ao contrário, o respeito dos seres humanos pela sua própria espécie representaria o primeiro passo para a compreensão integral e ética do ser humano como componente do meio-ambiente, bem como para a reflexão sobre uma interação equilibrada entre o ser humano e a natureza.

Todavia, restaria saber, dentro do ordenamento jurídico pátrio, qual é o tratamento dado ao embrião humano e quais são os direitos e a proteção oferecida pelo Estado aos indivíduos nesse estado de desenvolvimento, considerando suas peculiaridades intrínsecas.

3.3 ASPECTOS JURÍDICOS

3.3.1 A tutela do embrião humano na ordem internacional e no ordenamento jurídico brasileiro

3.3.1.1 A tutela do embrião humano nos diplomas normativos internacionais

Consabido, o rol de direitos fundamentais derivados do princípio da dignidade da pessoa humana não se põe de maneira exaustiva. Por conta disso, é imprescindível reconhecer dentro desse elenco de direitos fundamentais aqueles

reconhecidos pelo Estado brasileiro em tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, subscrito pelo Estado brasileiro em 10/12/1948, revela-se como o primeiro grande documento internacional acerca da matéria no século XX, sendo, de certa forma, um produto reflexo do cenário constituído após a Segunda Guerra Mundial bem como uma afirmação histórica de valores consagrados naquele momento. De pronto, observa-se no preâmbulo a afirmação de que a dignidade é atributo inerente a “todos os membros da família humana”. Observa-se que o referido diploma assegura a todos os indivíduos o direito à vida (art. 3º). Já o art. 7º da declaração assegura a igualdade a todos os indivíduos nos termos da lei. A seu turno, o art. 30º proíbe qualquer interpretação da mencionada carta de direitos que venha a possibilitar a qualquer Estado ou grupo o direito de destruir ou prejudicar o exercício dos direitos estatuídos na aludida declaração. Por conta disso, parece-nos evidente que, uma vez claramente estabelecido o entendimento do embrião humano como “membro da família humana”, este também deve ser compreendido como destinatário dos direitos afirmados nesta Declaração.

Semelhantemente, por intermédio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, foi ratificado pelo Estado Brasileiro, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), sendo esta inserida no ordenamento jurídico pátrio. A referida convenção, em seu art. 14.1, garante a todos a proteção do direito à vida, desde o momento da concepção. É possível entender, destarte que a retromencionada, apesar do seu *status* de norma infraconstitucional, tem caráter de garantia fundamental, por força do art. 5º, §2º da CF, merecendo, portanto, especial proteção.

Já a Convenção de Direitos Humanos e da Biomedicina (1997), assinada por vários países da Europa de tradições e culturas bastante heterogêneas como Portugal, Hungria, Holanda, Letônia, Lituânia, Malta, Moldávia, Noruega, Polônia, Chipre, Romênia, Republica Tcheca, Turquia, Suíça, Suécia, França, Croácia, Islândia e Itália. A aludida convenção estatui, no seu Artigo 18º, n.1 que, mesmo quando a pesquisa envolvendo a utilização de embriões humanos for admitida por lei, esta deverá assegurar a proteção do embrião. O item n.2 do mesmo artigo proíbe expressamente a produção de embriões humanos para fins de pesquisa científica.

A seu turno, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005) subscrita pelo Brasil e os outros 190 países membros da UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization), entidade da Organização das Nações Unidas responsável pela promoção da educação, ciência e desenvolvimento cultural traz importantes recomendações sobre o tema, principalmente no que tange a pesquisa envolvendo indivíduos incapazes de consentir. O referido diploma, em seu Artigo 2, aduz como um de seus objetivos o reconhecimento da importância da liberdade da pesquisa científica, bem como dos benefícios advindo dos desenvolvimentos científicos e tecnológicos. Todavia, o texto evidencia a necessidade de que tais pesquisas e desenvolvimentos ocorram conforme os princípios éticos trazidos pela referida Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Essa declaração de direitos parece ter singular importância no que tange à proteção da vida do embrião humano. Isto porque o Artigo 3 do seu texto informa, no item “a”, que a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitadas em sua totalidade. Já o item “b” do mesmo dispositivo dispõe que os interesses e o bem-estar do indivíduo devem ser priorizados em detrimento dos interesses da ciência e da sociedade. Por conta disso, o Artigo 7 do mesmo diploma autoriza a pesquisa envolvendo indivíduos incapazes em situações restritas, impondo sempre o maior proveito e o mínimo risco para o incapaz. Vejamos:

a) a autorização para pesquisa e prática médica deve ser obtida no melhor interesse do indivíduo envolvido e de acordo com a legislação nacional. Não obstante, o indivíduo afetado deve ser envolvido, na medida do possível, tanto no processo de decisão sobre consentimento assim como sua retirada; b) a pesquisa só deve ser realizada para o benefício direto à saúde do indivíduo envolvido, estando sujeita à autorização e às condições de proteção prescritas pela legislação e caso não haja nenhuma alternativa de pesquisa de eficácia comparável que possa incluir sujeitos de pesquisa com capacidade para fornecer consentimento. Pesquisas sem potencial benefício direto à saúde só devem ser realizadas excepcionalmente, com a maior restrição, expondo o indivíduo apenas a risco e desconforto mínimos e quando se espera que a pesquisa contribua com o benefício à saúde de outros indivíduos na mesma categoria, sendo sujeitas às condições prescritas por lei e compatíveis com a proteção dos direitos humanos do indivíduo. A recusa de tais

indivíduos em participar de pesquisas deve ser respeitada. (UNESCO, 2007).

Destarte, observa-se que a declaração de direitos ora em estudo estabelece ainda como princípios norteadores da atividade biomédica a igualdade entre os seres humanos, os quais devem ser tratados, dentro do possível, da maneira mais eqüitativa possível (artigo 10), bem como a não-discriminação e não-estigmatização dos indivíduos por qualquer razão, sendo este ato considerado como atentatório à dignidade humana (artigo 11). Conseqüentemente, observa-se que, pela simples leitura dos dispositivos mencionados, há de se garantir ao embrião, no tocante à atividade de pesquisa biomédica, dentro do possível, as mesmas garantias e proteções conferidas aos seres humanos já nascidos, sobretudo no respeito à sua vida e integridade física.

3.3.1.2 A tutela do embrião no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro

No tocante ao ordenamento jurídico pátrio, importa destacar que uma análise das garantias fundamentais insculpidas na Constituição Federal de 1988 revela-se suficiente para assegurar a proteção e a integridade física do embrião. O referido texto afirma, logo no seu preâmbulo, o intento de assegurar o exercício dos direitos individuais, a igualdade e a justiça como alguns dos valores de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos. Conforme já mencionado alhures, observa-se que o texto constitucional fez questão de incluir a dignidade da pessoa humana como um dos pilares que fundamentam o novo Estado brasileiro criado a partir promulgação da atual Constituição (art. 1º, III). Já o *caput* do art. 5º do mesmo texto é enfático ao afirmar:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: (BRASIL, 1988).

Apesar de ser clara a noção de que a nacionalidade somente pode ser adquirida após o nascimento, resta claro que, em nenhuma hipótese, poderiam ser negadas ao embrião as garantias previstas no referido dispositivo, posto que, como integrante da espécie humana, sua dignidade deve ser resguardada, já que tal atributo impõe-se como fundamento do próprio Estado (CF, art. 1º, III). Demais disso, o artigo constitucional supramencionado faz afirmação de forma taxativa que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Ora, destarte, não existiria nenhuma razão de negar o direito à vida a um ser humano apenas pelo fato de não ter nascido.

Da mesma forma, Código Civil Brasileiro, apesar de afirmar, em seu art. 2º, que o nascimento com vida como condição de reconhecimento do início da personalidade, assegura a proteção dos direitos do nascituro desde sua concepção. Para Mônica Aguiar (2005, p. 35), a razão primordial da necessidade de considerar o embrião humano como pessoa é justamente a ausência de diferença ontológica entre aquele e o ser humano já nascido, haja vista que a absoluta identidade genética, bem como o fato da concepção ser pressuposto necessário ao nascimento e, conseqüentemente, à aquisição de personalidade civil. Para a autora, é o evento da concepção que outorga ao embrião sua qualidade de ser humano e sujeito de direitos, sendo o dispositivo constante no art. 2º do Código Civil apenas uma ficção jurídica concernente à aquisição de direitos patrimoniais. Destarte, afirma:

Não há como justificar que, a uma paridade ontológica diante da identidade existente entre o ser humano nascido e o embrião, se queira impor uma pretensa similitude legislativa anormal. A seres idênticos, tratamento legislativo idêntico, sem necessidade de ajuntar qualquer recurso excepcional, sob pena de se promover uma ruptura, no plano normativo, da paridade ocorrente no plano ontológico. Ou seja, ao nascer, o concebido não deixa de ser, segue sendo idêntico, perde apenas a condição de não nascido para adquirir a de nascido. A ficção inserida na parte final do art. 2º do Código Civil Brasileiro não diz respeito, pois, à antecipação da personalidade como forma de adquirir direitos. Consoante salientado, anteriormente, o homem é pessoa desde a concepção e, portanto, titular de personalidade. A pessoa é, antes do parto. Trata-se, ao revés, de ficção diametralmente oposta. O que se finge nesse dispositivo legal ao dizer que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, é a não aquisição de bens e direitos patrimoniais, sem que o não nascido tenha deixado de ser pessoa. Ou seja, o homem

existe desde a concepção, o fato de não vir a nascer é que encaixa, na ficção legal referida, a não aquisição dos direitos patrimoniais. (2005, p.35).

Ou seja, o que se observa é que o Código Civil estabeleceu como condição para a aquisição de determinados direitos de caráter patrimonial o nascimento com vida. Assim, na havendo outorga destes direitos ao nascituro, na hipótese deste não nascer com vida, considerar-se-ia como inexistente o ato de transmissão do patrimônio. Mas apenas isso. Ao se tratar de direitos de cunho personalíssimo (incluindo-se aí os direitos considerados fundamentais), tem-se como evidente que encontram-se salvaguardados desde o momento da concepção. Observa-se que este raciocínio também foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), consoante se observa da ementa transcrita a seguir:

Direito civil. Danos morais. Morte. Atropelamento. Composição férrea. Ação ajuizada 23 anos após o evento. Prescrição inexistente. Influência na quantificação do *quantum*. Precedentes da turma. Nascituro. Direitos aos danos morais. Doutrina. Atenuação. Fixação nesta instância. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso do tempo (desde que não transcorra o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do *quantum*. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional. (BRASIL, 2002a).

Da mesma forma, observa-se que o art. 1799 do Código Civil, afirma, em seu inciso I, que os filhos, mesmo os ainda não concebidos, podem ser chamados à sucessão por disposição testamentária. Outrossim, seria anacrônico assegurar a uma pessoa ainda sequer concebida direitos de ordem patrimonial e não assegurar àquelas já concebidas, mas ainda não nascidas, o direito mais essencial ao seu desenvolvimento e ao exercício de outros direitos: a vida.

Por isso, não foi por acaso que o mesmo STJ, reconhecendo a personalidade jurídica do nascituro e realizando a inteligência do art. 5º, LXVIII da

Constituição Federal, concedeu ordem de Habeas Corpus para proteção de nascituro, impedindo a realização de aborto de feto portador de anencefalia. Segundo entendimento da Ministra Laurita Vaz, relatora do acórdão, considerando que a ordem de *Habeas Corpus* mostra-se cabível para a proteção da liberdade do indivíduo, esta poderia também ser utilizada para a proteção da sua vida, visto que este é considerado como bem jurídico mais valioso, devendo ser protegido. Vejamos:

Habeas Corpus. Penal. Pedido de autorização para a prática de aborto. Nascituro acometido de anencefalia. Indeferimento. Apelação. Decisão liminar da relatora ratificada pelo colegiado deferindo o pedido. Inexistência de previsão legal. Idoneidade do writ para a defesa do nascituro. 1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro. 2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal. 3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal. 4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador. 5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a *quo*, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental. (BRASIL, 2004).

Verifica-se que a jurisprudência brasileira tem avançado bastante neste sentido, ao entender que mesmo as pessoas nascidas mortas possuem direitos

inerentes à personalidade. Neste passo, é a posição consolidada no Enunciado n. 1 da Jornada de Direito Civil, evento ocorrido no período de 11 a 13 de dezembro de 2002, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Com efeito, o texto afirma o seguinte:

Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura. (BRASIL, 2002b).

Por outro lado, a Lei nº. 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança) apresenta, em seu art. 5º, a possibilidade de utilização de embriões humanos excedentários, produzidos e não utilizados em técnicas de fertilização *in vitro*, em pesquisas com a finalidade de obtenção de células-tronco. Com efeito, o texto aduz o seguinte:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. (BRASIL, 2005).

Observa-se que o aludido artigo de lei admite, assim, a utilização do embrião humano em experimentos científicos, ainda que estes possam lesá-lo ou até mesmo destruí-lo, desde que exista o consentimento dos genitores em tal prática. Resta a questão, a saber: uma vez que o ser humano surge biologicamente a partir do momento de fusão dos gametas masculino e feminino, sendo um membro da espécie humana; uma vez que o embrião possui deve ser respeitado como pessoa; uma vez que a legislação e a jurisprudência asseguram ao nascituro, a partir do

momento da concepção os direitos inerentes à personalidade, por que razão poderia se admitir a disposição arbitrária da vida humana? Nesse passo, duas respostas parecem possíveis: ou o embrião, ontologicamente, não é um ser humano, sendo distinto do nascituro, e, por isso, não deve receber a mesma proteção e garantias legais ou o referido dispositivo normativo encontra-se eivado de inconstitucionalidade material, devendo ser extirpado da ordem jurídica brasileira.

No tocante a uma possível diferença ontológica entre o embrião concebido *in vitro* daquele concebido (ou posteriormente implantado no útero) parece não haver sentido tratar de uma diferença ontológica entre os indivíduos concebidos em ambas as circunstâncias. Se a vida humana surge com a concepção (evento no qual ocorre a fusão dos gametas masculino e feminino, gerando um novo indivíduo de patrimônio genético único e irrepetível), pouco importa onde esta se dê, uma vez que é o evento em si, e não o local no qual acontece que é o responsável pelo surgimento de uma nova vida (humana em ambos os casos). Destarte, o art. 5º da Lei 11.105/2005 revela-se maculado de inconstitucionalidade material insanável, necessitando ser imediatamente retirado do ordenamento jurídico. Isto porque trata de forma absolutamente desigual os indivíduos não nascidos, possibilitando a disposição da vida humana como um mero objeto, bastando apenas o consentimento dos genitores, como se estes fossem “proprietários” de outro indivíduo humano, afrontando diretamente o art. 1º, III da Constituição Federal. Não obstante, ao desproteger a vida humana concebida *in vitro*, a referida lei ofende diretamente o princípio da isonomia e o direito à vida, consubstanciados no art. 5º *caput* do texto constitucional.

Demais disso, a existência do referido dispositivo normativo também compromete a coerência do sistema legislativo pátrio, posto que determina grave antinomia legislativa. Isto porque, se o ordenamento jurídico tipifica criminalmente a conduta do aborto, ter-se-ia uma situação anacrônica possibilitar a destruição de um embrião humano apenas pelo fato de encontrar-se concebido fora do útero. Em abono a este entendimento, é o posicionamento de Maria Auxiliadora Minahim ao afirmar:

Com a permissão para a manipulação de embriões, passa a existir no direito brasileiro, uma grave antinomia legislativa porque a destruição destes não é compatível com a incriminação do aborto. É bem verdade que se afirma (com argumentos estritamente formais) que, no primeiro caso, não há aborto porque não há gravidez, uma vez que os embriões estão fora do útero. Deve-se observar, porém que ao proibir o aborto, protege-se a vida, e não o local onde ela se realiza. Assim, não é o ventre ou o tubo de ensaio que devem ser determinantes da licitude da conduta, mas o bem jurídico por ela afetado. Se se descobrir, por exemplo, meios para a gestação completa de uma criança fora do ventre materno, sua eliminação será lícita? É possível que se descubram argumentos para se dizer que sim, criando-se inclusive, como na Espanha, novos conceitos de inviabilidade (embrião que não encontrará a oportunidade de ser gerado em um útero) se isto representar a esperança de menor sofrimento para alguns. (2005, p. 164).

3.3.2 O reconhecimento da constitucionalidade da Lei 11.105/2005 e a situação paradoxal dos embriões humanos extra-uterinos

Com efeito, observou-se que o art. 5º da Lei 11.105/2005 foi vergastado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, protocolizada no STF em 30 de maio de 2005, movida pelo então Procurador Geral da República Cláudio Fonteles. Nas razões apresentadas na exordial, afirmou-se a inconstitucionalidade do aludido dispositivo por violar o direito à vida de todo ser humano, que se inicia na concepção. Após uma série de audiências públicas, a fim de ouvir especialistas em diversas áreas da ciência sobre a eticidade da utilização de embriões humanos concebidos extra-uterinamente para pesquisas com células tronco, deu-se início ao julgamento da referida ADI no dia 05 de março de 2008.

Em que pesem todos os argumentos que justifiquem a tutela da vida embrionária desde sua concepção (a exemplo do art. 2º do Código Civil e de diversos diplomas internacionais, alguns dos quais o Brasil é signatário, a exemplo do Pacto de San Jose da Costa Rica), a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, o qual declarou ser constitucional o art. 5º da Lei 11.105/2005.

No seu voto, o relator do processo, Ministro Carlos Ayres Brito aduziu como fundamentação a ausência de personalidade por parte do embrião e do nascituro. Segundo o ministro, o Código Civil adotou a chamada “teoria natalista”, na qual o

indivíduo somente adquire personalidade após o nascimento com vida. Com efeito, afirma:

Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão biográfica, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano.(2009).

Embora tenha considerado o nascituro como titular de alguns direitos, em face da “potencialidade” do feto em “tornar-se” pessoa, Britto afirma categoricamente que nenhuma vida ainda não nascida pode ser considerada pessoa. Inspirado no pensamento de Ronald Dworkin, o ministro afirma que, na medida em que o indivíduo se desenvolve biologicamente, também vai se tornando titular de direitos, até adquirir o *status* pleno de pessoa, dado pelo nosso ordenamento jurídico. Vejamos:

Convergentemente, essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano é o próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin, constitucionalista norte-americano, exposto ao longo das 347 páginas do seu livro “Domínio da Vida” (Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003). Proteção que vai aumentando à medida que a tais etapas do evoluir da criatura humana vai se adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares. É o que se poderia chamar de tutela jurídica proporcional ao *tamanho* desse investimento simultaneamente natural e pessoal, dado que também se faz proporcionalmente maior a cada etapa de vida humana a carga de frustração com a falência ou *bancarrota* do respectivo processo (a curva ascendente de expectativas somente se transmuta em descendente com a chegada da velhice). (2009).

E continua afirmando o seguinte:

Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de

pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea a do inciso XLVII do art.5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo “em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”). O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. (2009).

Apesar de admitir claramente que o início da vida de um indivíduo humano se inicia com a concepção, o ministro entendeu que o embrião humano concebido extra-uterinamente não goza de nenhuma das garantias legais asseguradas ao nascituro. Isto porque, no seu entender: “Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação”.(2009) Para ele, é justamente a possibilidade de desenvolvimento do cérebro e, conseqüentemente, dos atributos morais é que tornariam o nascituro passível de proteção jurídica. De acordo com seu posicionamento: é o “substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao *nativivo*”. Assim, o embrião extra-uterino, na opinião do ministro relator, dada a sua impossibilidade de desenvolver-se sem a implantação no útero: “[...] é algo que jamais será alguém”(2009).

De outra parte, Britto também compreende, no seu voto que a utilização de procedimentos de procriação medicamente assistida nada mais é do que uma consequência implícita do direito ao planejamento familiar, assegurado no art. 226, §7º da Constituição Federal. Com efeito, ponderou o ministro relator que, na medida que, do exercício deste direito surgem embriões excedentes, os quais o casal de genitores não está obrigado a aproveitar nem se responsabilizar de qualquer forma pelos mesmos, haja vista a ausência de qualquer dispositivo legal nesse sentido.

Por outro lado, de acordo com seu entender, a Lei de Biossegurança proporcionou a solução adequada à essa questão, na medida em que permitiu a utilização desse embriões excedentários (os quais no entender do ministro estariam fadados ao eterno congelamento ou ao descarte) para a pesquisa científica que

pode beneficiar milhares de pessoas, garantindo assim também o exercício dos direitos constitucionais à saúde e a livre investigação científica.

Com a devida vênia, observa-se não ser possível aderir aos argumentos da fundamentação adotada pelo ministro Carlos Ayres Britto, no voto proferido na ADI 3510. Em primeiro lugar, parece incongruente o pensamento do ministro Ayres Britto no que diz respeito ao próprio estatuto jurídico da vida uterina ainda não nascida. Não sendo considerado pessoa, não sendo dotada de personalidade jurídica, o que seria? Demais disso, parece-nos também incoerente a fundamentação da proteção da vida do nascituro. Não sendo este considerado pessoa, não sendo dotado de personalidade, por que razão teria direitos? Por que razão proteger-se-ia a vida humana intra-uterina, se não é pessoa? Como então explicar o direito à filiação outorgado aos embriões excedentários, nos termos do art. 1597, inciso IV do Código Civil²⁸? Apresenta-se anacrônico o argumento do ministro ao afirmar que a vida pré-natal intra-uterina seja dotada de alguma dignidade ao passo em que sustenta que o embrião concebido extra-uterinamente não seria dotado do referido atributo. Por que o local onde ocorreria a concepção teria o condão de alterar a natureza do ente concebido?

Em segundo lugar, observa-se também paradoxal a afirmação do ministro Carlos Ayres Britto em afirmar a utilização da reprodução medicamente assistida como exercício do direito constitucional ao planejamento familiar e, em seguida, afirmar a não-obrigatoriedade dos genitores em guardar os embriões excedentários. Ora, consabido, todo exercício de direitos subjetivos gera a responsabilidade pelas suas conseqüências. Conforme já explanado no capítulo anterior, a liberdade somente pode ser exercida por causa da possibilidade de que o agente se responsabilize pelos atos praticados no exercício daquela. Demais disso, é notório que o conceito de planejamento familiar não guarda relação necessária com qualquer suposto direito à reprodução. Em verdade, observa-se que nem a Constituição Federal, nem qualquer outro diploma normativo asseguram aos indivíduos os referidos “direitos reprodutivos”. Família é entidade de caráter sócio-afetivo. Tanto o é que a lei permite a adoção de filhos, os quais possuem todos os

²⁸ Com efeito, o referido dispositivo normativo reza o seguinte: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”(BRASIL,2002c). Ora, se a lei, de forma literal, outorga aos embriões o direito a serem reconhecidos como filhos, a qualquer tempo de sua implantação, é absurdo não admitir que estes tenham o *status* jurídico de pessoa.

direitos daqueles outros gerados pelos pais. A relação parental é relação marcada pelo afeto e não pela herança genética. Destarte, seria injusto a destruição de várias vidas humanas embrionárias apenas para satisfazer os caprichos e/ou carências afetivas de determinadas pessoas que querem se sentir mais “plenas” ou ainda apenas alimentam o desejo de perpetrar sua linhagem genética.

Ao nosso ver, o julgamento da ADI 3510 pelo STF apenas serviu para legitimar os interesses de determinados grupos econômicos que mantêm uma verdadeira indústria da procriação assistida sem nenhuma regulamentação. Com efeito, nota-se que, em nenhum momento foi discutida a questão da regulamentação quanto à produção de embriões, de forma a impedir a sua produção extranumerária. Mais do que isso: a decisão do STF representou um retrocesso na implementação dos direitos humanos e na discussão da bioética no Brasil, haja vista a adoção de uma visão notadamente utilitarista no tocante ao tratamento da vida embrionária, olvidando por completo os princípios éticos mais elementares no uso responsável das novas biotecnologias.

CONCLUSÕES

Mais do que nunca, o momento vivido pela sociedade ocidental contemporânea é um momento de escolha, da direção a seguir. O rápido desenvolvimento das biotecnologias tem apresentado ao ser humano uma gama de possibilidades que somente podem ser impedidas por ele mesmo. A *parousia* da era pós-humana se apresenta como uma realidade quase palpável, porém ainda dependente das nossas escolhas morais para seu advento. Desta forma, a questão principal não é o limite a ser dado às tecnologias, mas a direção a ser tomada pelo ser humano no uso das mesmas. Assim, uma pergunta preliminar e prejudicial se impõe: que tipo de mundo queremos?

É possível optarmos por um mundo pautado numa lógica da produtividade e de satisfação individual. Um mundo no qual apenas aquelas pessoas que podem contribuir em algo a esse sistema devem participar. Se assim for, então poderemos contemplar o nascimento de um *Admirável Mundo Novo*, tal como aquele profeticamente preconizado por Aldous Huxley, cujas conseqüências e regras são obscuras, perigosas e desconhecidas, uma vez que cada um de nós outros pode, de uma hora para outra, tornar-se obsoleto ou inapto às regras do sistema e ser descartado.

Todavia, se é que queremos uma sociedade realmente pluralista e inclusiva, pautada numa lógica da alteridade – onde o respeito pelo outro não se dá pela sua condição de “eu”, mas de “outro” – torna-se imperioso considerar o valor da vida humana, sobretudo em um dos seus momentos mais sensíveis: o nascimento. Com efeito, considerando a realidade da utilização das novas biotecnologias na intervenção no domínio da vida – inclusive da espécie humana – torna-se flagrante a necessidade de se observar princípios éticos que possam nortear, sob risco dar início a um colapso moral acerca da autocompreensão da própria espécie, produzindo uma era pós-humana de efeitos nefastos e tenebrosos.

Por conseguinte, mais do que uma nova fonte de conhecimento, a bioética torna-se uma necessidade, um chamado à reflexão e à retomada da vida em comunidade. Destarte, os princípios bioéticos revelam-se como vetores de ações morais, as quais visam proteger a vida na sua em sua condição de maior fragilidade

e desamparo, impedindo o seu desnudamento e garantindo a identidade dos sujeitos vulneráveis. De outra parte, considerando a moral como código doador de sentido ao Direito, é possível entender que a tutela jurídica da vida biológica necessita de uma reflexão bioética para que alcance sua finalidade principal: a proteção da dignidade humana. Não é por outro motivo que se observa o referido valor como substrato axiológico de diversos textos constitucionais. Portanto, observa-se que a reflexão bioética é imprescindível ao Direito para conferir-lhe efetividade e aplicabilidade na proteção e guarda da vida, desvelando novos sentidos em face das constantes mudanças sócio-culturais. Outrossim, percebe-se ser de suma importância a incorporação da responsabilidade, alteridade, vulnerabilidade, proteção e dignidade (em sentido estrito) como componentes da idéia de dignidade humana, com vistas a realizar uma hermenêutica constitucional adequada aos novos avanços tecnológicos. Não obstante, a incorporação da reflexão bioética na Constituição também se mostra assaz importante à manutenção do regime democrático, na medida em que pode revelar práticas e ideologias totalitárias que se utilizam da biotecnologia para a opressão e desnudamento da vida de determinados grupos de indivíduos.

Assim, pelas razões demonstradas ao longo deste trabalho, é possível compreender o embrião humano, desde sua concepção, como pessoa, sujeito de direitos e titular das garantias individuais constitucionalmente previstas. Por esta razão, o embrião não pode ser tratado como um mero instrumento para a consecução de fins de terceiros (por mais nobres que sejam) tendo sua integridade física ou sua vida ameaçada.

Deste modo, entendemos que a utilização de embriões humanos em qualquer tipo de experimento científico que possa acarretar-lhe riscos à sua vida ou integridade física é imoral, ilegal e inconstitucional, posto que a própria Constituição Federal, texto normativo supremo do nosso ordenamento jurídico, assegura como princípio do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). O mesmo texto faz questão de assegurar o direito à vida a todos, sem exceção. Por conta disso, parece-nos que a Lei 11.105/2005 encontra-se eivada de inconstitucionalidade, posto que, em seu art. 5º, permite a utilização de embriões humanos em pesquisas científicas para obtenção de células-tronco, expondo estes indivíduos ao risco de serem lesionados ou, até mesmo, destruídos.

Com efeito, resta assim claro que todo experimento científico realizado com embriões humanos, não pode ser realizado senão em benefício direto destes e/ou de outros em semelhante situação, devendo proteger esses indivíduos ao máximo e nunca colocando em risco suas vidas ou integridades físicas. Da mesma forma, deve-se estender aos embriões *in vitro* os mesmos direitos inerentes a personalidade que são outorgados ao nascituro (sobretudo o direito à vida e ao bem-estar).

A outro giro, observa-se, infelizmente, absolutamente equivocada a posição do Supremo Tribunal Federal em reconhecer como constitucional o art. 5º da Lei 11.105/2005, haja vista sua flagrante e contundente inconstitucionalidade material pelo desrespeito da vida humana em seu estágio mais vulnerável. Tal posicionamento acabou por inviabilizar o debate inter/transdisciplinar entre o direito e a bioética na seara do direito constitucional positivo. Por outro lado, a referida decisão do STF também deixou evidente o comprometimento da cúpula máxima do Poder Judiciário brasileiro com interesses econômicos de uma verdadeira indústria de instrumentalização e comercialização da vida humana.

Por fim, parece-nos tanto necessário quanto urgente resgatar a idéia do diálogo como espaço transpessoal para a aproximação dos indivíduos por meio da apreensão de valores morais includentes. De igual modo, torna-se igualmente importante enfatizar a necessidade de um constante aprimoramento ético e moral do indivíduo humano, a fim de que a utilização das tecnologias seja um instrumento de benefícios e progresso à espécie.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida no Brasil. Ed. 1995. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995. .

AGAMBEM, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua.** Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. 2. reimpressão, 2007.

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética.** Rio de Janeiro: Forense. 2005.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANDORNO, Roberto. **Bioética y la dignidad de la persona.** Madrid: Tecnos. 1998.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida.** Lisboa: Almedina. 1999.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico.** Tradução de Juvenal Hahne Júnior. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 2000.

BADARÓ, Cláudio Eduardo. **Epistemologia e ciência: reflexão e prática na sala de aula.** Bauru: EDUSC, 2003.

BAUDRILLARD, Jean. **A transparência do mal: ensaios sobre fenômenos extremos.** Tradução de Estela dos Santos Abreu. 9. ed. Campinas: Papyrus, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BELLINO, Francesco. **Fundamentos da bioética**: aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução de Nelson Souza Canabarro. Bauru: EDUSC, 1997.

BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

BOURGUET, Vicent. **O ser em gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola. 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras/>>. Acesso em: 10 jun. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 399028/SP**. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. Julgado em 26/02/2002a. DJ 15/04/2002 p. 232

_____. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Civil**. Centro de Estudos Judiciários Brasília, 2002b. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2009.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002c. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/legbras/>>. Acesso em: 10 jun. 2007.

_____. **Lei n.º 11.105**, de 24 de março de 2005. Brasília: Congresso Nacional, 2005. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus no 32159 / RJ**, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/02/2004, DJ 22/03/2004, p. 339

BRAZ, Marlene. Bioética, proteção e diversidade moral: quem protege quem contra o quê na ausência de um referencial moral comum? In: SCHRAMM, Fermin Roland; REGO, Sérgio; BRAZ, Marlene; PALÁCIOS, Marisa (Orgs). **Bioética, riscos e proteção**. Rio de Janeiro. Editora UFRJ: Editora Fiocruz, 2005.

BRITTO, Carlos Ayres Britto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0**, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 05/03/2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2009. (acórdão não publicado)

BRANDÃO, Dornival da Silva; LEÃO, Paulo; RAMOS, Dalton de Paula. O que é um embrião humano. In: **Vida: o primeiro direito da cidadania**. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (Org.). Brasília: Edições CNBB, 2005.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CHEVITARESE, Leandro Pinheiro. As 'razões' da pós-modernidade. In: Marcus Reis Pinheiro; Noel Struchiner; Rosário Rossano Pecoraro. (Org.). **Análogos: Anais da I SAF-PUC**. Rio de Janeiro: Booklink, 2001. Disponível em : <http://www.saude.inf.br/filosofia/posmodernidade.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2008.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (Org.). **Vida: o primeiro direito da cidadania**. Brasília: Edições CNBB, 2005.

DANIEL. In: **A Bíblia Sagrada**. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida no Brasil. Ed. 1995. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

DARTIGUES, André. **O que é a fenomenologia?** Tradução de Maria José J. G. de Almeida. 9. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. Rev. e atual. conforme a lei n. 11105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Rev. trad. de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

ENGELHARDT JR.; H. Tristram. **Fundamentos da bioética**. Tradução de José A. Ceschin. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 1999.

_____. **História da sexualidade I**: a vontade do saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano**: conseqüências da revolução da biotecnologia. Tradução de Maria Luiza X.- A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco. 2003.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Rev. trad. de Enio Paulo Giachini. 6.ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 1997.

GOLDIM, José Roberto **Início da vida de uma pessoa humana**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Hospital das Clínicas de Porto Alegre. Núcleo Institucional de Bioética. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/inivida.htm>>. Acesso em: 22 maio 2007.

_____. **O caso Tuskegee**: quando a ciência se torna eticamente inadequada. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/tueke2.htm>. Acesso em: 22 out. 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução de Karina Jannini. Rev. trad. de Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

_____. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi., 2001.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HÄRBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e de direito constitucional. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Tradução Pergentino S. Pivatto (Coord.), Anísio Meinerz, Jussemar da Silva, Luiz Pedro Wagner, Magali Mendes de Menezes, Marcelo Luiz Pelizzoli. Petrópolis: Vozes. 1993.

_____. **Ética e Infinito**. Tradução de João Gama. Rev. de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. 2007.

KOTTOW, Miguel. Bioética y biopolítica. **Revista Brasileira de Bioética**. Brasília, v.1. n. 2. 2005.

_____. Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Vonej; PESSINI, Léo (Orgs.). **Bioética**: poder e injustiça. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MACKLIN, Ruth. Bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Vonej; PESSINI, Léo (Orgs.). **Bioética**: poder e injustiça. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n.378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 08 set. 2006.

MATEUS. In: **A Bíblia Sagrada**. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida no Brasil. Ed. 1995. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995. .

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

MORIN, Edgard. **O método 5: a humanidade da humanidade**. Tradução de Juremir Machado da Silva. .4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

_____. **O método 6: ética**. Tradução de Juremir Machado da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito).

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de; VILLOPOUCA, Karin Calazans; BARROSO, Wilton. Perspectivas epistemológicas da bioética brasileira a partir da teoria de Thomas Kuhn. **Revista Brasileira de Bioética**. Brasília, v. 1. n., 4. 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>. Acesso em: 10 jun. 2007.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

PELBART, Peter Pál. **Vida capital**: ensaios de biopolítica. São Paulo: Iluminuras, 2003.

PROVÉRBIOS. In: **A Bíblia Sagrada**. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida no Brasil. Ed. 1995. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995. .

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Fundamentos constitucionais da bioética**. 2006. 322f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Programa de Pós-Graduação em Direito. UNISINOS, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SCHRAMM, Fermin Roland. A moralidade da biotecnociência: a bioética da proteção pode dar conta do impacto real e potencial das biotecnologias sobre a vida e/ou a qualidade de vida das pessoas humanas? In SCHRAMM, Fermin Roland; REGO, Sérgio; BRAZ, Marlene; PALÁCIOS, Marisa (orgs). **Bioética, riscos e proteção**. Rio de Janeiro. Editora UFRJ; Editora Fiocruz, 2005.

SERRA, Angelo; COLOMBO, Roberto. Identidade e estatuto do embrião humano: a contribuição da biologia. In: PONTIFÍCIA ACADEMIA PARA A VIDA. **Identidade e estatuto do embrião humano**: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida. Juan de Dios Vidal Correa, Elio Sgreccia (Orgs). Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. Rev. Téc. de Dom João Bosco Oliver de Faria, Dalton Luiz de Paula Ramos, Elaine Cristina Camilo da Silva, Eliza Sophia Delbon Jorge: Bauru, SP: Edusc; Belém: Centro de Cultura e Formação Cristã da Arquidiocese de Belém, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004-2005.

SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

SQUINCA, Flavia. Resenha do livro *Ética na pesquisa: experiência de treinamento em países sul-africanos*. Diniz D, Guilhem D, Schüklenk U, organizadores. Brasília: Letras Livres/Editora UnB; 2005. 192 pp. **Cadernos de Saúde Pública**. v.22, n.3, Rio de Janeiro Mar. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102311X2006000300026&script=sci_arttext. Acesso em: 22 out. 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

TOOLEY, Michael. Abortion and Infanticide. In: Russ-Shafer Landau (Org.). **Ethical Theory: an anthology**. 3. ed. Oxford: Blackwell, 2007.

TOSI, Giuseppe. **Os direitos humanos na atualidade**. Disponível em: http://giuseppetosi.blog.kataweb.it/giuseppetosi/2005/09/os_direitos_hum.html. Acesso em: 13. jul. 2007

UNESCO. **Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos**. Disponível em: http://www.mct.gov.br/upd_blob/0008/8685.pdf. Acesso em: 10 jun. 2007.

UNIÃO EUROPÉIA. **Convenção de direitos humanos e da biomedicina**. Disponível em: http://www.mct.gov.br/upd_blob/0000/673.pdf. Acesso em 10 jun. 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional. 1979.

WARNOCK, Baronesa. *Ética reprodutiva e o conceito filosófico de pré-embrião*. In. GARRAFA, Vonei; PESSINI, Léo (Orgs.). **Bioética: poder e injustiça**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

ZUBEN, Newton Aquiles von. **Bioética e tecnociências: a saga de Prometeu e a esperança paradoxal**. Bauru: EDUSC, 2006.