

RICARDO STANZIOLA VIEIRA

**DIREITOS HUMANOS, CIÊNCIA E MODERNIDADE: UMA
ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR DOS DILEMAS
INTRODUZIDOS PELA BIOTECNOLOGIA NO DEBATE DO
DIREITO MODERNO CONTEMPORÂNEO.**

Tese apresentada ao curso de pós-graduação em Ciências Humanas, Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Ciências Humanas.

Orientador: Prof. Dr. Héctor Ricardo Leis.

Co-orientador: Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva

**Florianópolis
2004**

**Aos meus pais.
Ao meu irmão Renato,
Aos meus avós, Maria e Leopoldo Stanziola,
A todos que mesmo distantes, estiveram presentes e contribuíram para a realização
deste trabalho.**

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Leomar Stanziola Vieira, por seu exemplo de amor e perseverança. Por tudo que sempre fez e faz, por nós, seus filhos, e por todas as pessoas a seu redor. Por ter me ensinado a viver.

Ao professor Héctor Leis, pessoa de extrema franqueza e honestidade, que me mostrou, não apenas com palavras, mas com seu exemplo, o caminho, muitas vezes difícil, necessário para ser um verdadeiro pesquisador.

Gostaria de agradecer também à professora Vivian Leyser, que me ajudou em momentos difíceis, indicando bibliografias oportunas de uma área por mim, até então, desconhecida (a genética humana). Também por seu exemplo de pesquisadora dedicada e comprometida com uma ciência “mais humana”.

Aos grandes professores deste doutorado interdisciplinar em ciências humanas, que me permitiram compreender o mundo de formas mais “coloridas”. Agradeço especialmente aos professores Delamar Dutra, Selvino Assman, Paulo Krischke, Franz Brüseke, Paulo Freire Vieira, Alberto Cupani, Rafael Raffaeli, com os quais tive mais proximidade.

Sou grato por ter podido compartilhar momentos muito ricos com colegas de doutorado, especialmente os amigos Agripa Alexandre, Cláudia Soares, Ana Fernandez e Samantha Buglione.

Agradeço também aos membros do corpo administrativo do DICH (Liana e Jorge), fundamentais para o nosso programa de doutorado interdisciplinar, por sua motivação, incentivo e “alto astral”.

Ao professor Reinaldo Pereira e Silva, por seu exemplo de seriedade à pesquisa. Por sua paciência e disposição em me aconselhar, contribuindo em muito para este

trabalho, permitindo uma maior abertura em relação ao tema da bioética e do “biodireito”.

Após inúmeros “colóquios” informais sobre o esta pesquisa, gostaria de agradecer também aos amigos, novos e antigos, com os quais convivi durante o percurso da tese.

Agradeço aos colegas de profissão (professores de direito) e amigos, especialmente a Volney Campos dos Santos, Argemiro Martins Cardoso, Adriano de Bortoli, Marcos Leite Garcia, Rogério Dutra, Luiz Magno Bastos Pinto Jr; Alessandro Nepomuceno, entre tantos outros companheiros.

Aos amigos de longas caminhadas, Adriana Biller Aparício, Aurélio Okada, Sylvie Boechat, Lucia Reisewitz (colegas do tempo de graduação em direito na USP).

A Soraya Cardoso Bergler, ser humano sem igual, cuja amizade é um privilégio.

Aos amigos Alexandre e Rosa Bortoloto, “comandantes” da Pousada Sonho Meu, cujo apoio foi fundamental para a realização deste trabalho.

A todos os alunos e orientandos, que sempre me motivaram para a pesquisa interdisciplinar, em um mundo muitas vezes tão disciplinar, como é o do direito, particularmente a Ester de Carvalho e a Rodrigo Reis Pastore, grandes interlocutores, pelas longas conversas e também pela ajuda na revisão do trabalho final.

Agradeço a todos os obstáculos, desafios e momentos difíceis, com os quais me deparei e me deparo, pois são eles que impedem a estagnação e me motivam a ser um pouco melhor a cada dia. Obrigado ao desafios do mundo!

A Deus e a todas consciências que me auxiliam nesta vida!

Sou muito grato aos meus tios Leonel e Cláudia Stanziola, por seu espírito aberto, livre, por tudo que fizeram por mim e por tudo que me ensinaram e me ensinam.

Agradeço, por fim, especialmente a meu irmão, Renato, por seu apoio e sugestões não apenas com relação ao trabalho acadêmico, mas também por seu exemplo como grande ser humano que é (Valeu Rébas!).

QUEM SOU EU?

Goza a euforia do vôo do anjo perdido em ti.

Não indague se nossas estradas, tempo e vento, desabam no abismo.

Que sabes tu do fim?

Se temes que teu mistério seja uma noite, enche-o de estrelas;

Conserva a ilusão de que teu vôo te leva sempre para o mais alto no deslumbramento da ascensão.

Se pressentires que amanhã estarás mudo, esgota, como um pássaro, as canções que tens na garganta.

Canta, canta, para conservar a ilusão da festa e da vitória.

Talvez as canções adormeçam as feras que esperam devorar o pássaro.

Desde que nasceste não és mais que um vôo no tempo, rumo ao céu?

Voa e canta enquanto resistirem as asas.

Menotti Del Picchia

RESUMO

A tese propõe uma análise interdisciplinar do dilema *direitos humanos/ biotecnologia* e suas implicações para a modernidade. Embora já venha tendo um tratamento jurídico, este dilema traz desafios de novas proporções para as instituições normativas e de governabilidade da modernidade. Posto que tais desafios se apresentam em diferentes contextos, a tese busca situar, de forma interdisciplinar, algumas perspectivas do problema, dentre as quais apresentam-se os Direitos Humanos, a Ciência e a biotecnologia, a Bioética e o “Biodireito”, os enfoques sociológicos e econômicos, bem como novas perspectivas filosóficas. Procura fazer uma abertura interdisciplinar trazendo à tona a dimensão complexa do dilema. Aprofunda a temática jurídica no que respeita ao surgimento e tutela de novos “bens jurídicos” como a integridade genética individual e o genoma humano, que podem ser denominados didaticamente por direitos humanos de quarta dimensão. Analisa o contexto de avanço da biotecnologia, seus efeitos reais e potenciais sobre a natureza humana, nos dias correntes, pelo que pode-se falar do século XXI, como o “século biotecnológico”. Problematiza a respeito da pretensa neutralidade e imparcialidade do discurso científico em torno das novas biotecnologias. Investiga as proposições da bioética e do biodireito, como alternativas à lógica desenvolvimentista científico-tecnológica. Aprofunda algumas diferentes possibilidades da bioética e do biodireito, situando a realidade brasileira e o contexto mundial. Discorre sobre as implicações da “revolução biotecnológica” com relação ao contexto de globalização, complexidade e crise das instâncias estatais e interestaduais de regulação jurídica modernas. Busca analisar, em que medida a biotecnologia não representa um desafio de proporções inéditas para as instituições modernas, como o Estado de Direito. Estuda de que forma o dilema em questão representa uma “encruzilhada”, com uma opção pelo limite obrigatório, e outra opção, pela continuidade dos processos modernos de desencantamento e secularização, que podem levar, inclusive, ao desencantamento e secularização da própria natureza e dignidade humanas. A tese objetiva, por fim, re-situar, o debate dos direitos humanos, no complexo da modernidade contemporânea.

Palavras chave: Direito, direitos humanos, modernidade, estado de direito, ciência, biotecnologia, princípios jurídicos, bioética, biodireito, complexidade, secularização.

ABSTRACT

The thesis offers an interdisciplinary perspective of the *Human Rights/ Biotechnology* dilemma and its implications to modernity. Even though it has had a juridical treatment, this dilemma presents new kinds of challenges to the normative and governmental institutions of modern age. As these challenges are presented in different contexts, the thesis aims at situating - under an interdisciplinary approach - some views on the problem, among which are the Human Rights, Science and Biotechnology, Bioethics and “Biolaw”, the sociological and economical points of view, as well as the new philosophical perspectives. It aims at attempting an interdisciplinary opening, bringing up the complex dimensions of the dilemma. It goes deep into the juridical thematic as regards the arising and guardianship of new juridical *themes* such as the individual genetic integrity and the human genome, which may be didactically called fourth dimension human rights. It looks into the context of the advances in biotechnology and its real and potential effects on the human nature in the present days, thus we might consider the 21st century as the “biotechnological century”. It inquires about the hypothetical neutrality and impartiality of the scientific discourse as far as new biotechnologies are concerned. It investigates the bioethics and biolaw propositions as alternatives to the scientific and technological logics. It discusses some different possibilities of the bioethics and the biolaw, situating the Brazilian reality and the world context. It goes on about the implications of the biotechnological revolution in relation to the contexts of globalization, complexity and crisis of modern national and international agencies of juridical regulation. It intends to analyse how biotechnology represents a challenge of new proportions for the modern institutions such as the State of Law. It studies how the present dilemma means a crossroad with one option being the mandatory limit and the alternate option being the continuing of the modern process of disenchantment and secularization, which can lead eventually to the disenchantment and secularization of the human nature and dignity themselves. The thesis aims finally at re-situating the human rights debate in the contemporary modern age complex.

Key words: Law, human rights, modernity, state of law, science, biotechnology, juridical principles, bioethics, biolaw, precautionary principle, complexity, secularization, disenchantment.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1. DIREITOS HUMANOS, MODERNIDADE E ESTADO DE DIREITO	20
AS ORIGENS DOS DIREITOS HUMANOS: DA ANTIGUIDADE À MODERNIDADE.....	20
1.1.1. Um breve relato histórico da dignidade humana.....	20
1.1.2. Os Direitos Humanos no início da modernidade.....	27
1.2. A CONSTRUÇÃO JURÍDICO – POLÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS...	34
1.2.1. As dimensões de Direitos Humanos.....	34
1.2.1.1. Os Direitos Humanos de primeira dimensão.....	36
1.2.1.2. Os Direitos Humanos de segunda dimensão.....	37
1.2.1.3. Os Direitos Humanos de terceira dimensão.....	42
1.2.1.4. Os Direitos Humanos de quarta e quinta dimensões.....	47
1.2.2. O Direito e a Ciência como fatores históricos de unificação da humanidade...	55
1.3. MODERNIDADE: ESTADO DE DIREITO E DIREITOS HUMANOS.....	56
1.3.1. A modernidade e os Direitos Humanos.....	56
1.3.1.1. Algumas características do mundo moderno	60
1.3.2. Os Direitos Humanos sob um breve olhar a partir da “exterioridade”.....	68
1.3.3. Estado de Direito e Direitos Humanos.....	71
1.3.4. O Estado Constitucional de Direito.....	84
1.3.5. O Desafio de realização dos Direitos Humanos ante a globalização econômica.....	89
CAPÍTULO 2. O AVANÇO DA CIÊNCIA E A REVOLUÇÃO BIOTECNOLÓGICA: O SURGIMENTO DE UM NOVO MODELO DE SOCIEDADE	93
2.1. REVOLUÇÃO BIOTECNOLÓGICA - O SÉCULO DA BIOTECNOLOGIA .	93
2.1.1. A revolução tecnológica das ciências biológicas.....	93

2.1.2. A ciência no século XXI.....	101
2.1.3. O domínio, o alcance e as responsabilidades do conhecimento científico.....	105
2.1.4. Um breve relato histórico acerca da biotecnologia.....	111
2.1.5. A biotecnologia e a manipulação genética	112
2.2. ALGUMAS APLICAÇÕES DA BIOTECNOLOGIA: REPRODUÇÃO ASSISTIDA E ENGENHARIA GENÉTICA.....	119
2.2.1. As técnicas de reprodução assistida – TRA.	120
2.2.2. Terapia gênica ou genética.	123
2.2.3. A clonagem humana.....	128
CAPÍTULO 3. BIOTECNOLOGIA X BIOÉTICA: UMA APROXIMAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS.....	133
3.1. O SURGIMENTO DA BIOÉTICA.....	133
3.1.1. O advento da bioética.....	135
3.1.2. Ética, biotecnologia e genética.....	148
3.1.3. O Pluralismo ético	151
3.2. UMA APROXIMAÇÃO BIOÉTICA - DIREITOS HUMANOS.....	155
3.2.1. Bioética e Direito: a questão da lacuna jurídica.....	155
3.2.2. A discussão bioética e sua influência no Direito.....	156
3.3. DIREITO, BIOTECNOLOGIA E SOCIEDADE.....	160
3.3.1. Investigação e experimentação em genética.....	163
3.3.2. Clonagem humana, células tronco e direito.....	166
3.3.3. As células tronco e sua utilização.....	172
3.4. O ESFORÇO DO DIREITO MODERNO: BENS JURÍDICOS E NORMATIZAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA....	180
3.4.1. Alguns pressupostos de proteção jurídica do genoma humano.....	180
3.4.2. Bens jurídicos implicados pelas intervenções no genoma humano.....	182
3.4.3. Bens de interesse difuso / interesse fático e jurídico.....	185
3.4.4. Princípios do direito à proteção do patrimônio genético humano.....	189
3.4.5. Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos – alguns aspectos.....	192
3.4.6. O direito à proteção do patrimônio genético humano no Brasil.....	197

CAPÍTULO 4. O PARADOXO DA MODERNIDADE CONTEMPORÂNEA: DIREITO, CIÊNCIA E FILOSOFIA: O CONTEXTO DO DIREITO MODERNO CONTEMPORÂNEO FACE A REVOLUÇÃO BIOTECNOLÓGICA.....	202
4.1. AS TRANSFORMAÇÕES SOCIETÁRIAS NA MODERNIDADE CONTEMPORÂNEA: O MERCADO COMO NOVO MARCO REGULATÓRIO.	205
4.1.1. Modernidade e globalização: novas dimensões de governabilidade.....	209
4.1.2. Economia globalizada : fim da história e do direito estatal?.....	211
4.2. O PARADOXO DA MODERNIDADE: DIREITOS HUMANOS E CIÊNCIA – UMA ANÁLISE DE ALGUNS TEÓRICOS.....	222
4.2.1. O Paradoxo da Modernidade em relação aos Direitos Humanos.....	222
4.3. DIREITOS HUMANOS E BIOTECNOLOGIA A PARTIR DO OLHAR DA FILOSOFIA: FIM OU COMEÇO?.....	232
4.3.1. O ser humano no século da biotecnologia: um novo olhar social, moral e filosófico.....	238
4.3.2. Interdisciplinaridade e filosofia: o novo papel da ciência e do direito...	246
4.3.3. Max Weber e a relação biotecnologia – secularização.....	258
CONCLUSÕES.....	267
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	279

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo explorar os dilemas e desafios à racionalidade e potencial de eficácia do direito e instituições de governabilidade a ele ligadas, em face das transformações que vêm ocorrendo na modernidade contemporânea, destacando-se o avanço da ciência e da técnica, representado pela biotecnologia.

Para compreender os inúmeros dilemas e desafios que são apresentados cotidianamente ao Direito contemporâneo, escolhemos concentrar sobre os direitos humanos. Entendemos que os direitos humanos podem ser considerados grandes representantes da racionalidade moderna. Atualmente pautados pelas idéias consagradas de universalidade e indivisibilidade, os Direitos Humanos baseiam-se sobre os pilares da “natureza” e da “dignidade” humana. Trata-se de conceitos construídos histórica, cultural e socialmente. Ao longo da modernidade, em que pese a tensão dialética inerente ao processo de “construção” de direitos, é possível falar em uma evolução de racionalidade em relação aos Direitos Humanos e suas instâncias de concretização, a saber: o atual sistema internacional de Direitos Humanos (em torno de Organizações inter-estatais de cunho universal, como a Organização das Nações Unidas) e os Estados Constitucionais de Direitos (onde os Direitos Humanos foram incorporados juridicamente na forma de Direitos Fundamentais).

Mais do que tratar especificamente dos direitos humanos e da racionalidade jurídico-estatal moderna, este trabalho objetiva problematizar o debate dos direitos humanos em face de um de seus maiores desafios contemporâneos: o avanço do conhecimento científico e tecnológico em torno da biotecnologia. Procuramos investigar em que medida os conceitos como “natureza” e “dignidade” humana estão sendo “relativizados” ou “problematizados” pela biotecnologia. Apresentamos, como hipótese inicial, que o discurso dos Direitos Humanos, conforme talhado pela modernidade, não vem sendo capaz de incorporar esta nova problemática. O discurso da ciência e da tecnologia, amparado pela lógica de mercado global, vêm ocupando este espaço de regulação das condutas humanas. Para aprofundar esta hipótese analisamos estes dilemas

em diversos aspectos, procurando imprimir um caráter interdisciplinar à tese. O novo desafio paradigmático aos Direitos Humanos transcende a dimensão puramente jurídico - normativa - racional moderna. Entendemos que o dilema apresenta-se e tem origem em diversos aspectos: 1- a própria noção científico-biológica de espécie humana; 2- os diversos aportes éticos e filosóficos que vêm surgindo como tentativas de “defesa” ou de tratamento ético-moral das novidades científicas; 3- a maior participação de interesses econômicos, financeiros globais no tema da biotecnologia.

Neste sentido, inferimos que o maior desafio aos Direitos Humanos nos tempos contemporâneos decorre justamente do hermetismo de seu discurso. Isto é, os problemas, desafios ou dilemas colocados atualmente aos direitos humanos têm um caráter metajurídico, estendendo-se (a biotecnologia é emblemática neste sentido) para o mundo das ciências naturais, para a o debate moral (onde destacamos a *bioética* e o *biodireito*), e, também, para o debate das ciências sociais (não normativas ou prescritivas, como o Direito), tais como, a antropologia e a sociologia política. Recentemente, também, o dilema *direitos humanos / biotecnologia* tem sido bastante abordado por filósofos e teóricos contemporâneos importantes.

A racionalidade jurídica é voltada para a resolução de problemas e pacificação de conflitos. O paradigma social da modernidade deu origem aos marcos do direito e da ciência. Para melhor problematizar a tese, destacamos os direitos humanos como representantes do marco jurídico estatal moderno e a biociência / biotecnologia como representante do marco científico. Isto porque, apesar de haver muitos outros dilemas decorrentes das atuais transformações na modernidade, entendemos que os avanços de biotecnologia em seres humanos (especialmente as novas técnicas reprodutivas, as terapias gênicas em células germinativas e a clonagem humana), concreta e potencialmente, podem relativizar a definição de conceitos centrais como “natureza humana” e “dignidade humana”.

Estes fatos trazem à tona o elemento “espécie”, como fator determinante da condição humana contemporânea, que não foi pensado normativamente pelo direito moderno, este último, mais voltado aos fatores individuais e sociais da mesma condição humana. Temos, assim, um cenário de complexidade inédita para o conjunto dos direitos e instituições estatais e inter-estatais modernas.

Devido ao caráter central que ocupam os direitos humanos, por sua importância histórica e valorativa, escolhemos aprofundar acerca do dilema ou tensão *direitos humanos / biotecnologia*.

No decorrer da modernidade, as relações sociais foram sofrendo um incremento de complexidade, até chegar ao estágio atual a que muitos autores referem-se como pós-modernidade, supermodernidade, modernidade tardia, entre outras denominações. Para efeitos deste trabalho, buscamos situar o direito estatal, especialmente os direitos humanos, neste novo modelo societário. Como se não bastassem todos os implicadores da racionalidade de mercado, que têm minado as forças da esfera jurídica-estatal, vislumbra-se, também, o espectro da revolução biotecnológica.

Pretendemos discutir justamente esta nova situação dilemática colocada frente aos direitos humanos: talvez a biotecnologia não seja um problema, uma “tragédia” nos moldes tradicionais da modernidade; talvez seja um fato, uma característica inerente aos tempos atuais, à própria condição moderna contemporânea (a que tem-se chamado sociedade pós-moderna), caracterizada pela ambivalência, contingência e, pelos riscos envolvidos em sua complexidade.

Em temas de grande complexidade, como a biotecnologia, surge uma sensação de perplexidade face à perda de governabilidade em relação ao conjunto de instituições “antitrágicas”¹ da modernidade: Estado, Sistema inter-estatal (onde se destacam a ONU-Organização das Nações Unidas) e o correspondente sistema regulatório jurídico (estatal e inter-estatal).

Indagamos e procuramos problematizar no decorrer da tese, em que medida então o Direito moderno vem lidando com a complexidade e com os novos desafios colocados pela revolução biotecnológica. É possível falar em direitos humanos “reflexivos” em face

¹ A designação “trágico” e “antitrágico”, conforme adotadas por Débora Diniz (*Conflitos Morais e Bioética*) facilita em muito a compreensão dos desafios implicados no nosso trabalho. Esta autora procura fazer uma análise (a nosso ver interdisciplinar) dos conflitos morais envolvidos em matéria bioética. Para tanto apresenta de forma filosófica e literária, um inovadora perspectiva ou “cenário de posturas morais”: a postura *amoral* (a moral do “cavaleiro do absurdo”, representado por Abraão), a postura *moral* (característica dos valores essencialmente antitrágicos que compõem a essência dos direitos humanos, representado pela dualidade *Antígona/ Creonte*) e a postura *da ironista*, (característica daqueles que sabem lidar com as “ilusões” antitrágicas, conscientes de que as diferentes posturas morais decorrem de diferentes condicionamentos histórico-culturais. Esta postura, *da ironista*, é criada pela autora a partir de filósofos como Richard Rorty, e Friederich Nietzsche).

da nova realidade de nosso tempo? Seria o biodireito um representante contemporâneo dos grandes valores racionais, ético- morais, da essência jurídica moderna?

Em um outro momento, buscamos analisar a atual Revolução Biotecnológica e seus impactos na sociedade. Indaga-se respeito de uma nova “cosmologia social” – uma nova forma de organização da sociedade humana, pautada por “genes” e não mais por valores, como liberdade e igualdade. Aqui, mais uma vez, pretendemos examinar como vem reagindo o Direito a esses novos fatos. Fala-se muito, atualmente, a respeito do surgimento de um novo ramo do Direito e dos Direitos Humanos. Trata-se do chamado “Biodireito”, que pode ser desde já entendido, como uma especialização dos Direitos Humanos com forte componente bioético. Diversos documentos legais têm sido produzidos, tanto na esfera estatal-interna, como na esfera inter-estatal - internacional. Entendemos contudo, que tais esforços normativo-legais estão longe de atingir seus objetivos precautórios - preventivos² e acabam, de fato, revelando a crise e insuficiência paradigmática do Direito Moderno Estatal como instrumento regulatório de temas típicos de uma lógica pós-moderna, como é o caso da biotecnologia.

Esses são alguns dos questionamentos e problematizações revelados na tese, diretamente relacionados ao problema, dilema central: *direitos humanos / biotecnologia*. Procuramos imprimir à pesquisa um cunho efetivamente interdisciplinar, para tentar provar, ao final desta, que o dilema em questão (dilemas aos direitos humanos em face da biotecnologia), requer, para ser compreendido, um olhar trans ou interdisciplinar. Neste intuito, procuramos fazer uma análise dos mais importantes aspectos envolvidos no debate.

No primeiro capítulo procuramos situar o debate dos direitos humanos e do Estado - Nação (Estado de Direito) no contexto da modernidade: o discurso dos Direitos

² Um aspecto interessante quando se fala de “novos direitos” ou de “direitos coletivos e difusos” ou “metaindividuais” é justamente o destaque dado para o Princípio da Precaução (e/ou da prevenção, como preferem alguns). Em face da complexidade da modernidade contemporânea, alguns novos ramos do direito (dentre os quais destacamos o Direito Ambiental e o “Biodireito”) incorporam prontamente o citado princípio. Trata-se de uma primeira reação, de cunho claramente ético-moral, à complexidade citada. Nesse sentido, vislumbra-se uma série de recentes “normatividades” relacionadas à responsabilidade intergeracional e à precaução. Esta perspectiva, introduzida pelo direito ambiental, se estende também ao biodireito. O objetivo deste trabalho não é problematizar exatamente sobre a adoção ou não de tais princípios éticos pelo direito, mas, sim, problematizar sobre os desafios extrajurídicos, interdisciplinares, à realização concreta, ao cabimento efetivo (mediante coerção, como é prática do mundo jurídico) destes princípios éticos. Aqui é que se situa nosso dilema.

Humanos Modernos, sua origem a partir do conceito de dignidade humana e sua consagração com os modernos Estados Constitucionais de Direito. Para tanto fizemos uso de conceitos didáticos como as “dimensões” de direitos humanos, a “arquitetura internacional” dos direitos humanos, e a “evolução histórica do Constitucionalismo no seio dos Estados nacionais”. Procuramos contextualizar esta evolução com diferentes momentos históricos. Falamos assim de um “constitucionalismo liberal individualista”, de um “constitucionalismo social”, de um “constitucionalismo social e democrático”, até chegar ao que alguns doutrinadores têm chamado de “constitucionalismo social, democrático e ambiental”.³ O constitucionalismo moderno contemporâneo ratifica a indivisibilidade e a universalidade dos Direitos Humanos. Este modelo de Estado reconhece, também, os chamados “Novos Direitos”, que basicamente, referem-se a novos sujeitos coletivos de direitos, que historicamente não eram entendidos como portadores de direitos. Fala-se, portanto, dos direitos de 3^a, 4^a e 5^a dimensões. A idéia de dimensões de direitos humanos é adotada nesta tese em seu aspecto didático. Não se intenta aqui qualquer problematização neste sentido. Embora os “novos direitos” (em sua maioria consagradores de interesses metaindividuais) pudessem ser todos compatibilizados na chamada “terceira dimensão” (haveria então apenas três dimensões de direitos humanos), entendemos apropriado, neste trabalho, dividir os direitos humanos em cinco dimensões. Surge assim a idéia de direito ao meio ambiente sadio e ao equilíbrio nas relações de consumo, direito à democracia e participação popular (3^a dimensão) e, mais recentemente direitos relacionados à bioética e integridade genética (4^a dimensão), bem como direitos relacionados ao mundo da informática e das novas tecnologias de comunicação virtual (5^a dimensão). Pretendemos contextualizar o dilema *direitos humanos / biotecnologia* como uma questão que perpassa todas estas diferentes “dimensões” de direitos humanos.

O sistema nacional-internacional de proteção de Direitos Humanos, a que José Augusto Lindgreen Alves denomina *Arquitetura dos Direitos Humanos*, criou-se num esforço de racionalização do Direito (principalmente após a segunda Guerra Mundial) e tem se tornado um “sistema retórico”. Essa reflexão, não taxativa ou determinista, tem

³ Conforme extraímos de autores como José Joaquim Gomes Canotilho (Portugal) e José Rubens Morato Leite (Brasil).

relação com o que Boaventura de Sousa Santos, baseado em Claus Offe, denomina “capitalismo desorganizado”.⁴

Para melhor analisar esse processo de “retorificação” dos direitos humanos, investigamos preliminarmente, ao final do primeiro capítulo, uma das hipóteses do trabalho: a crise de governabilidade dos sistemas implementadores das prescrições regulativas dos Direitos Humanos, dentre os quais destacam-se as organizações internacionais e os Estados de Direito. Esta crise de governabilidade decorre em grande parte da expansão da globalização econômica (em sua modalidade de “capitalismo desorganizado”) e de fatores mais recentes como o crescimento do sentimento anti-americanista (de origem fundamentalmente islâmica), o terrorismo (de nova espécie: anti-ocidental), o crescimento de redes criminais globais, entre outros.

Uma vez introduzido o tema do Direito (representado pelos Direitos Humanos) e do Estado- Nação como grandes frutos do paradigma da modernidade, passamos ao segundo capítulo, intitulado “O Avanço da Ciência e a revolução biotecnológica”. Neste capítulo tratamos do outro grande fruto da modernidade: a Ciência. Inicialmente moldada como uma dimensão emancipatória da humanidade, a ciência e sua implicação prática na realidade – a tecnologia, acabou assumindo, também, um papel regulatório. Mais do que uma dimensão emancipatória, a ciência – tecnologia, patrocinada pelo mercado (que também atingiu proporções transnacionais globais) vem assumindo o papel regulatório antes limitado ao Direito Estatal (Direito e Estado de Direito). Esse “desequilíbrio”, a nosso ver, fica ainda mais claro quando tratamos de um dos aspectos do avanço da ciência/tecnologia – *A biotecnologia*, e seus reais e potenciais efeitos sobre a modernidade, mais especificamente sobre os Direitos Humanos. Sustentamos que as novas biotecnologias (já existentes ou ainda por vir) como os novos medicamentos, as novas técnicas de reprodução humana assistida (com destaque para a Clonagem Humana) e a engenharia genética representam um desafio inédito para o conjunto dos Direitos Humanos, na medida em que afetam sua essência original, qual seja: a própria noção de natureza humana e de dignidade humana. Trata-se, a nosso ver, de um problema

⁴ Um teórico bastante importante nesta tese é o português Boaventura de Sousa Santos. Este autor problematiza importantes questões relacionadas ao direito moderno. Um dos conceitos utilizados por este autor (originalmente concebidos por Claus Offe) é o dos três períodos do capitalismo no decorrer da modernidade: *capitalismo liberal*, *capitalismo organizado* e *capitalismo desorganizado*, caracterizando, este último, o atual estágio da modernidade.

complexo, para o qual o conjunto dos instrumentos legais, seja nacional ou internacional (primeiro capítulo) não parece estar preparado. Embora esta tese não vise aprofundar todos os aspectos envolvidos em biotecnologia e genética humana, entendemos ser pertinente a sua contextualização. Neste sentido é que se coloca este segundo capítulo, cujos temas perpassam também, em grande medida, o terceiro capítulo, onde discutimos a relação da bioética com o avanço científico-biotecnológico.

Em um terceiro momento- terceiro capítulo-, colocamos em debate um terceiro referencial teórico importante neste trabalho: a contribuição ético-jurídica. Falamos, inicialmente do advento da Bioética, ramo da ética que surgiu a partir de acontecimentos e intervenções em matéria de saúde, qualidade de vida e outros aspectos direta ou indiretamente relacionados à dignidade humana. (recentes em termos de história da humanidade). A bioética tem seus fundamentos numa tentativa de reação a acontecimentos, sobretudo, no século XX, como a prática de eugenia negativa e positiva durante o regime nazista. Embora em proporções diferentes ocorreram fatos atentatórios aos preceitos bioéticos também sob os auspícios de Estados democráticos como os Estados Unidos (ex: políticas de esterilização de pessoas consideradas impróprias para a reprodução), Inglaterra e Suécia. Isto demonstra a importância da bioética nos mais diversos contextos humanos. A bioética não se limita, contudo, à esfera humana. Fala-se, também, de uma bioética de animais, tema em que se destaca o filósofo Peter Singer. Neste trabalho, contudo, nos concentramos à bioética em voltada para o ser humano.

Esta nova área de conhecimento tem forte vínculo com as práticas biomédicas tecnologicamente avançadas (embora não se limite a isto, podendo tratar de questões como gênero e sexualidade, saúde, saneamento, qualidade de vida, entre outros). Fala-se portanto, em dois grandes temas: *questões bioéticas persistentes* e *questões bioéticas emergentes*. A bioética nasce no contexto da sociedade de bem-estar social, no mesmo contexto em que nascem os chamados direitos de terceira dimensão. Falamos do nascimento dos direitos ao meio ambiente, o patrimônio comum da humanidade, que marcam a transição do Estado de Direito para o “Estado de Justiça”, ou Estado de Bem-Estar Social.

Em meio aos crescentes impactos reais e potenciais da biotecnologia, seja sobre a natureza em seu conjunto (plantas e animais transgênicos, clonagem de animais, entre

outros), seja sobre a própria espécie humana, a bioética apresenta-se como um dos aspectos destacados desta tese. Embora não pretendamos fazer uma tese especificamente sobre bioética, procuramos abordar os diferentes aportes que a bioética em suas diversas derivações pode oferecer ao debate dilemático dos *direitos humanos / biotecnologia*. É importante frisar, portanto, que esta tese não faz opção por esta ou aquela versão de bioética. Reconhecemos a importância de uma “ética principialista”, como também respeitamos os dizeres de bioeticistas importantes como Tristram Engelhardt, para quem, o que há na verdade, é um “pluralismo bioético”. Sem entrar tanto neste debate (o que por si só já suscitaria uma nova tese) pretendemos destacar algumas contribuições do conjunto das “bioéticas”.

Além de sua importância filosófica e principiológica (princípios à prática biomédica: *autonomia, justiça, beneficência, não maleficência*) a bioética vem também impulsionando o surgimento de um novo “ramo dos Direitos Humanos”: o Biodireito. Neste sentido, então, finalizamos o terceiro capítulo tratando do reconhecimento dos princípios e valores bioéticos em importantes Declarações Jurídicas Internacionais (onde sobressai a *Declaração Internacional do Genoma Humano e dos Direitos Humanos – UNESCO, de 1997*), tratados internacionais (sobretudo no seio da Organização das Nações Unidas e da União Européia) e normas constitucionais (com destaque para o direito brasileiro). Se o biodireito é uma consagração prescritiva dos valores *bioéticos*, a *biossegurança* constitui a consagração empírica de ambos. Sobre este tema vislumbra-se atualmente interessantes acontecimentos e a própria confirmação da atualidade e complexidade do debate central desta trabalho.

No quarto e último capítulo pretendemos investigar como a tensão dilemática *direitos humanos / biotecnologia* se relaciona com o debate que tem lugar no seio das teorias sociais, em torno das atuais transformações da modernidade. Este é o momento em que analisamos a passagem do plano retórico dos direitos para o plano concreto da política. Assim, neste quarto capítulo coloca-se os seguintes questionamentos: onde estão e como se comportam as instâncias de governabilidade capazes de realizar este “biodireito”? Quais são as “transformações” em curso na modernidade e em que medida fatores como a globalização econômica interferem no dilema *direitos humanos /*

biotecnologia? E por fim, passamos a contextualizar o debate entre eminentes filósofos e teóricos que se preocupam com este tema.

Pensamos por fim, poder com esta tese, re-contextualizar um dos grandes desafios ao modelo societário da modernidade. Para tanto, entendemos que a abordagem deve ser outra da abordagem ainda majoritariamente disciplinar, que é dada seja pelo Direito, seja pela Ciência, e seja pela Bioética (ou melhor, por cada uma das “bioéticas”), sem falar da “visão oferecida” pela lógica mercantil global. Esperamos apresentar outros olhares sobre questões que certamente devem acompanhar a humanidade / espécie humana daqui por diante.

CAPÍTULO 1. DIREITOS HUMANOS, MODERNIDADE E ESTADO DE DIREITO.

1.1. AS ORIGENS DOS DIREITOS HUMANOS: DA ANTIGUIDADE À MODERNIDADE

1.1.1. Um breve relato histórico da Dignidade Humana

Para compreender a evolução dos direitos humanos e o surgimento dos Modernos Estados Constitucionais de Direitos, fazemos uma breve retrospectiva histórica do Pensamento Jurídico. No que respeita à história, alertamos, desde o início, para a suspeita da idéia de “progresso e evolução” e o cuidado diante das concepções organicistas e evolucionistas.⁵

Em termos de antiguidade, mais especificamente, o mundo greco-romano, há que se cuidar também para não sobrelevar a importância de Roma em relação à Grécia. Alguns temas fundamentais do direito já eram conhecidos dos gregos, como é o caso da “virada sofística” e sua influência em pensadores como Sócrates, bem como da formação das cidades-estado (polis)⁶ e conseqüente valorização da política e da vida cívica, como substitutos da lógica divina e familiar.⁷

⁵ É o que nos alerta José Reinaldo de Lima Lopes: “[...] Nós imaginamos que o futuro será uma simples continuação de nosso mesmo tempo. E da mesma forma imaginamos que nosso presente é um puro desenvolvimento evolutivo e natural do passado que nos precedeu [...]. Mas na história surgem inovações, e há a contingência pura e simples. O direito é também uma invenção humana e uma invenção cultural muito particular. As vezes achamos que os romanos, os medievais e os iluministas dos séculos anteriores já pensavam as coisas que nós pensamos e só não conseguiam realizá-las por falta de meios. Podemos, também, crer que eles eram uns primitivos e que o inexorável progresso é que nos trouxe onde estamos e que só nós somos capazes do uso adequado da razão. Uma história crítica permite suspeitar de afirmações como estas. Somos um pouco dominados pela idéia de progresso: ou somos progressistas, ou somos o ponto culminante de uma história de progressos.” LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História - Lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.22.

⁶ Assim, pondera Lima Lopes que a experiência grega trouxe a novidade da promulgação da lei e sua revogação como algo não divino: “são assuntos humanos. Não significa que a sociedade grega não fosse religiosa ou até supersticiosa em certos termos. [...] Neste termos é que se pode dizer que o direito se laiciza.” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, p.36).

⁷ “Em primeiro lugar a própria filosofia grega tem um papel relevante. A entrada dos sofistas no debate filosófico assinala que a filosofia de um certo ponto em diante vai também debruçar-se sobre o mundo das coisas humanas, o universo da liberdade. Assim, passa-se à reflexão metódica sobre a liberdade, a política, a ética. Embora tenhamos dos sofistas uma imagem vulgarmente pejorativa, é a partir deles que a filosofia vai refletir controladamente sobre a lei. Quem faz, por que faz, como faz as leis? Como se mudam as leis?”

Para iniciar a abordagem dos Direitos Humanos, pode-se falar das origens históricas do conceito da dignidade humana⁸, um dos grandes ícones e fundamentos dos Direitos Humanos. A dignidade humana deve ser contextualizada com situação concreta do homem no mundo em diferentes momentos históricos.⁹ Atualmente, e este é dos temas da tese, há que se situar o princípio da dignidade humana em face da bioética.¹⁰

[...] A virada sofisticada, seguida por Sócrates, Platão e Aristóteles, significou colocar em crise e submeter a crítica este senso comum que facilmente poderia converter-se em tradicionalismo (ou fundamentalismo) puro e simples. [...] Essa discussão não seria possível se os gregos não tivessem descartado de algum modo a idéia de que as leis são reveladas pelos deuses, exclusivamente, ou são apenas as tradições herdadas. A positividade do direito e sua disponibilidade exigem dos gregos uma primeira reflexão clássica sobre a natureza da lei e da justiça. Também importa lembrar que se o centro da vida se desloca da família para a cidade, já não são suficientes as decisões levadas a cabo pelos juizes de aldeia, os velhos, sábios e prudentes. A solidariedade cívica exige regras universais, que valham para todos os casos e que não sejam simples aplicação da prudência a cada caso concreto. A simples solidariedade de sangue ou tradição é incapaz de gerar um amplo 'espaço público', uma 'pólis' ou uma democracia, como dizemos hoje. O *familismo* tende a ser *amoral* em termos políticos. [...] Daí a tensão sobre a qual os filósofos refletem, entre a regra universal e sua aplicação, superada pela equidade (na aplicação) ou pela reforma da lei. Para os gregos a cidade não pode depender da justiça do *cadi*, da aldeia, do simples respeito pessoal que se tem para com os mais velhos ou mais experientes, embora a experiência em assuntos de justiça e de política continue a importar." In: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, p.36.

⁸ Um primeiro conceito pode ser o do vernáculo, onde dignidade significa "qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza." (In. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1040).

O conceito de dignidade humana está intrinsecamente ligado ao conceito de natureza humana. Ambos são conceitos não absolutos ou definitivos. Podemos apresentar uma breve definição jurídica de dignidade humana como sendo o potencial do ser humano de ter direitos e deveres em todas suas dimensões. A dignidade humana tem uma origem metajurídica (filosófica, moral, religiosa) e passa a ser contextualizada juridicamente, por assim dizer, na consagração dos direitos humanos e fundamentais. Dadas suas características metajurídicas o conceito de dignidade humana ver "oxigenar" o mundo jurídico, mantendo sempre vivo o debate sobre direitos humanos. Não há que se falar em direitos humanos descompassados com o conceito de dignidade humana. Desta forma, qualquer impasse ou controvérsia a respeito do que seja ou como se apresente a dignidade humana pode ter importantes conseqüências no âmbito dos Direitos Humanos. Neste sentido, não podemos deixar de suscitar para o impasse colocado pela biotecnologia (especialmente a engenharia genética) sobre a própria noção universal (embora não absoluta) de natureza humana. Uma vez que não se possa mais falar em uma "natureza humana" universal (em um mundo em que a própria noção de espécie humana seja relativizada) como então lidar com o conceito de "dignidade humana" e tudo o que dele decorre: Direitos Naturais /Direitos Humanos.

⁹ Com fins específicos para esta tese é interessante a contextualização de dignidade humana, trazida por Judith Martins-Costa: "A valorização desta dimensão (dignidade humana) tem origem, paradoxalmente, na barbárie do século XX – o totalitarismo estatal, econômico ou científico –, a qual teve como contrapartida a afirmação do valor da pessoa como titular de sua própria esfera de personalidade que, antes de ser vista como mero suposto do conceito técnico de capacidade, fundamenta-se no reconhecimento da dignidade própria à pessoa humana. Esta é a 'novidade' que tem, para o Direito, o princípio da dignidade da pessoa. [...] embora a palavra 'dignidade', fosse há muito conhecida, e a idéia de uma dignidade própria ao homem remonte à filosofia de Kant, a idéia da existência de uma proteção jurídica que é devida em razão da dignidade liga-se fundamentalmente a um duplo fenômeno: a barbárie nazista (que fez alcançar a idéia de crimes contra a humanidade, no Tribunal de Nuremberg) e a Biomedicina, que coloca em xeque a própria identidade da humanidade como espécie." (In. MARTINS-COSTA, Judith. "A Universidade e a construção do Biodireito". In. *Bioética*. v.8, n.2, 2000, p.235).

¹⁰ Este é o tema do terceiro capítulo deste trabalho. Por ora, entretanto, fazemos uma primeira aproximação entre dignidade humana e bioética, no intuito de melhor conceituar o primeiro. Sobre isto é bastante

Como esclarece Maria de Fátima Freire de Sá, ao lado do conceito de dignidade, deve ser colocado também o de dignificação, entendido como um processo que nos leva à *dignidade da vida*. Este conceito, assim como a *dignidade humana*, não se apresenta de modo unívoco, “haja vista a multiplicidade de valores culturais, religiosos e éticos desenvolvidos nas sociedades plurais e democráticas”.¹¹

Tendo em vista então, a importância dos princípios no direito, dentre os quais destaca-se o *princípio da dignidade humana*, podemos enfatizar a força destes últimos, tomando como base o pensamento de Jürgen Habermas, que, justamente, destaca a força deontológica dos princípios em relação aos valores:

Princípios ou normas mais elevadas [...] possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida [...], ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente.¹²

elucidativa e didática a explicação de Gonzalo Figueroa Yáñez: “Creo que no existe discrepancia en toda la dogmática jurídica relacionada con los derechos humanos, en que el fundamento de los mismos es el concepto de dignidad. De esa dignidad derivan los conceptos de igualdad jurídica, de no-discriminación y de libertad. El derecho a la integralidad física y moral, el derecho al honor, el derecho a la privacidad, a la intimidad y a la imagen, la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia, tienen todos a resguardar la dignidad de cada individuo de la especie humana. Todos los derechos humanos, sin excepción, se fundamentan, directa o indirectamente, en el concepto de dignidad. Lo dicho es aplicable también, como es obvio, a los nuevos descubrimientos sobre el genoma humano, a la no-discriminación por razones genéticas, a la investigación científica y a la experimentación genética, como lo señala la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO. En el mismo sentido, y a nivel latinoamericano, se han manifestado la Declaraciones de Manzanillo (art. 1º), de Buenos Aires (art. 2º) y la reciente Declaración de Santiago (art. 2º)”. (In. YÁÑEZ, Gonzalo Figueroa. “La Bioética en Latinoamérica: perspectiva jurídica”. In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 18, 2003. p. 63).

¹¹ FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *A dignidade do ser humano e os direitos de personalidade: uma perspectiva civil-constitucional*. In. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (autora e coordenadora). *Biodireito*. Belo Horizonte : Del Rey, 2002, p. 84.

¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. (Trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 316-317; Um exemplo interessante, que retrata a dificuldade de uma conceituação “fechada” de dignidade humana é o da Corte Federal Alemã, que diante da abrangência do termo “define a dignidade do homem de maneira negativa, pela descrição de suas lesões, quais sejam, *degradação, crueldade, desumanidade*, dentre outros termos. A Corte Constitucional procura relacionar estes conceitos gerais à fórmula kantiana de que o homem não pode ser mero objeto do agir do Estado.” (In. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *A dignidade do ser humano e os direitos de personalidade: uma perspectiva civil-constitucional*, p. 97).

O princípio da dignidade humana encontra-se amplamente consagrado tanto em matéria de direito internacional como no direito constitucional brasileiro¹³. Tratamos deste tema, direta ou indiretamente, no decorrer deste primeiro capítulo. Interessa contudo, neste tópico, aprofundar a fundamentação e evolução histórica do citado princípio, bem como do conjunto dos direitos humanos, a ele ligados.

A resposta à indagação primordial: em que consiste a dignidade humana, foi (e tem sido) dada historicamente no campo da religião, da filosofia e da ciência.

Sob a ótica religiosa a justificativa da preeminência do ser humano no mundo surgiu principalmente com a afirmação da fé monoteísta.

Do ponto de vista da ciência a dignidade humana tem seus fundamentos na descoberta do processo de evolução dos seres vivos. A polêmica que se instala desde o início é o fato de se aceitar que o surgimento da espécie humana decorre de um mero acaso, ou seria o resultado último de toda a evolução das espécies vivas.¹⁴

Além da racionalidade mitológica-religiosa e científica¹⁵, necessita-se também de uma fundamentação ético-filosófica para a dignidade humana. Neste sentido destacam-se os estóicos, no final do século IV a.C, que deram contribuições importantes para a universalidade humana. Se, acima das solidariedades familiares (anteriores às primeiras *polis*) é possível falar em uma solidariedade cívica (*pólis*), pode-se falar também de uma solidariedade universal, cosmopolita. Em meio aos impérios (grego-helenístico e romano) os estóicos pregaram uma idéia de cidadania universal e de pertencimento ao gênero humano.

¹³ Não resta dúvida a respeito da importância do princípio da dignidade humana, ou “dignidade da pessoa humana” como também é chamado. Em matéria de direito internacional destacamos tal princípio como o marco das revoluções liberais constitucionalistas, rumo à fundação dos modernos Estados de Direito. Desataca-se também em todas as declarações de direitos. Atualmente vem reconhecido na Carta da ONU (Organização das Nações Unidas), bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, entre diversos outros documentos daí originários. Em matéria de constitucionalismo brasileiro, o princípio da dignidade humana, encontra-se amplamente consagrado na Constituição Federal de 1988, onde destacamos, as normas do artigo 1º, II e III, do artigo 4º, II, bem como o *caput* do artigo 5º, e seu parágrafo segundo. Em todo o conjunto de nossa atual Constituição vamos encontrar também diversas referências ao princípio da dignidade humana. Além de uma categoria indubitavelmente normativa, este princípio também se apresenta como importante categoria hermenêutica, acompanhando os rumos do mais moderno constitucionalismo, o positivismo de “princípios”, ou como diria Ronald Dworkin, o “pós positivismo”.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4.

¹⁵ “Muito mais abstrusa que a explicação mitológica e religiosa tradicional parece, assim, a idéia de que o advento do ser humano na face da terra seria o resultado de um estupendo acaso.” COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 4-5.

Esta idéia teria dado origem ao *ius gentium* romano.¹⁶

O ser humano, representante da espécie humana, pode então ser entendido como um ser capaz de sobre si próprio e sobre o mundo físico e as demais espécies. O homem tem assim a capacidade de alterar o seu ambiente¹⁷. Esta capacidade se potencializou com a descoberta das leis da genética. A partir disso o homem pode até mesmo interferir no processo generativo de sobrevivência de todas as espécies vivas, inclusive a sua própria.

Apresenta-se aqui um dilema de características inéditas. A velha dicotomia natureza/sociedade, ou natureza/cultura, é tornada ainda mais complexa. Para Fábio Comparato, ante as novas descobertas da ciência (relacionadas à genética) a cultura passou a preponderar sobre a natureza.

Na atual etapa da evolução, como todos reconhecem, o componente cultural é mais acentuado que o componente 'natural'. Até o aparecimento da linguagem, a evolução cultural foi quase imperceptível. A partir de então, no entanto, ou seja, a contar desse marco histórico decisivo, há cerca de 40.000 anos, a evolução cultural cresceu mais rapidamente do que nos milhões de anos que a precederam. O homem perfaz indefinidamente a sua própria natureza – por assim dizer, inacabada – ao mesmo tempo em que 'hominiza' a Terra, tornando-a sempre mais dependente de si próprio. (grifo nosso).¹⁸

Em se falando de evolução histórica da dignidade, uma outra forma de compreender as origens da dignidade humana e dos direitos humanos é dada pelo

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. p.5.

¹⁷ Ainda que de forma ficcional e quase lúdica a qualidade do ser humano enquanto espécie e as implicações presentes desta nossa “condição” vale consultar a obra *Por que almocei meu pai* do autor inglês Roy Lewis (São Paulo: Companhia das Letras, 1993). Nesta obra Lewis trata, por meio de um romance autobiográfico, do dia a dia de “homens-macaco” durante o período do Pleistoceno. É uma forma interessante de contextualizar e trazer a tona o debate (hoje atual) em torno da dualidade *natureza/criação-cultura*. Embora não constitua uma referência acadêmica e científica, a leitura desta obra é muito útil a nosso ver para compreender os dilemas de nossos dias. Neste sentido sugerimos também filmes como *Gattaca* (Hollywood, 1996); *Artificial Intelligence* (Spielberg – 2001), entre outros.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. p.6. Com esta concepção de homem – demiurgo de si mesmo e do mundo em torno de si, o jovem humanista italiano, Giovanni Pico, senhor de Mirandola e Concórdia, apresentou em 1486 um famoso discurso acadêmico: *Discorso sulla Dignità dell'Uomo*: “Imaginou o senhor de Mirandola, que o Criador, ao completar sua obra, havendo povoado a região supraceleste com puros espíritos e o mundo terrestre com uma turba de animais de toda espécie, vis e torpes, percebeu que ainda faltava alguém, nesse vasto cenário, capaz de apreciar racionalmente a obra divina, de amar sua beleza e admirar-lhe a vastidão.

A dificuldade, no entanto, é que já não havia um modelo próprio e específico para a composição desta última criatura. Todas as formas possíveis – de grau ínfimo, médio ou superior – haviam sido utilizadas e especificadas na criação dos demais seres. Decidiu então o Criador, em sua infinita sabedoria, que àquele a quem nada mais podia atribuir de próprio fosse conferido, em comum, tudo o que concedera singularmente às outras criaturas. Mais do que isso, determinou Deus que o homem fosse um ser naturalmente incompleto.” *Discorso sulla Dignità dell'Uomo*, aos cuidados de Giuseppe Tognon. Brescia (Editrice La Scuola), 1987; *Apud*. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. p 6-7

conceito de *período axial*. Esse conceito foi primeiramente proposto por Karl Jaspers (*Origins and Goals of History*), sendo aqui também adotado por Fábio Comparato.¹⁹

O período axial é assim referido por constituir-se como um eixo, um “divisor de águas” na história da humanidade. Seria o período compreendido entre os anos de 600 e 480 a.C., em coexistiram, sem se comunicarem entre si, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúncio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel. Todos eles, cada um a seu modo, tiveram grande influência na construção da idéia de dignidade humana.

Outro elemento crucial para o surgimento dos direitos humanos, como algo concebido politicamente, foi a própria consagração de um poder político central e limitado, a partir de onde há uma maior consciência histórica dos “direitos humanos”.²⁰

Neste sentido, pode-se identificar, didaticamente, alguns momentos histórico-políticos marcantes²¹:

1) o reino davídico (996 a.C a 963 a.C); a democracia ateniense; e na república romana.

2) A Baixa Idade Média

3) Século XVII

4) Independência Americana e a Revolução Francesa

5) O Reconhecimento dos Direitos Humanos de caráter econômico e social

6) A primeira fase de internacionalização dos direitos humanos

7) A evolução dos direitos humanos a partir de 1945

O chamado reino davídico caracterizou-se por entrar em contraste com os regimes monárquicos antecedentes e teve o mérito de estabelecer, pela primeira vez na história

¹⁹ “Numa interpretação que Toynbee (*Mankind and Mother Earth – A narrative history of the world*, 1976, Oxford University Press, p. 177) considerou iluminante, Karl Jaspers sustentou que o curso inteiro da História poderia ser dividido em duas etapas, em função de uma determinada época, entre os séculos VIII e II a. C., a qual formaria, por assim dizer, o eixo histórico da humanidade. Daí sua designação, para essa época, de período axial (*Achsenzeit*.” (In COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. p 35-6)

²⁰ “[...] O reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes foi o primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes à própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder.” (In. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. p 8).

²¹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*.

política da humanidade, a idéia de um monarca que não se auto-proclama Deus ou legislador, mas sim que se coloca como um representante, um delegado, de Deus. Isto pode ser entendido como o “embrião” da própria idéia de Estado de Direito, apresentado como organização política em que os governantes também se encontram submetidos aos princípios e normas criados por uma autoridade superior (o soberano), que varia conforme o contexto histórico podendo ser Deus, o Povo ou a Nação.

Atenas, cidade estado grega, também destacou-se, sobretudo no período entre os anos 501 e 338 antes de Cristo. Trata-se do florescimento da democracia grega, em que o poder dos governantes foi limitado não apenas pelas leis, mas também por instituições de cidadania ativa (embora não universal). Seria o primeiro momento da história em que o povo governou-se a si mesmo.

A República Romana inaugura um sistema em que o poder político foi controlado, não pela soberania popular ativa, mas por um sistema de controle recíproco entre diversos órgãos políticos (cônsules, senado e povo):

[...] Três eram as espécies tradicionais de regimes políticos, citados por Platão e Aristóteles: a monarquia, a aristocracia e a democracia. Para Políbio, o gênio inventivo romano consistiu em combinar esses três regimes numa mesma constituição, de natureza mista: o poder dos cônsules, segundo ele, seria tipicamente monárquico; o do senado, aristocrático; e o do povo, democrático. Assim é que o processo legislativo ordinário (para edição das *leges latae*, também chamadas *leges rogatae*) era de iniciativa dos cônsules, que redigiam o projeto. O projeto passava em seguida ao exame do Senado, que o aprovava com ou sem emendas, para ser finalmente submetido à votação do povo, reunido nos comícios.²²

Após a decadência dos modelos da democracia grega e república romana, teve início a chamada Idade Média, período caracterizado por uma combinação de elementos clássicos, valores cristãos e costumes germânicos.

Depois do longo período medieval, em que predominou a visão teocêntrica do mundo, a razão começa a dar suas primeiras despontadas: falamos das primeiras descobertas científicas, descobertas de novas terras (inicialmente sob os auspícios e até mesmo financiadas pela Igreja); da reforma protestante, do renascimento e do iluminismo. É nesse momento de efervescência racionalista, antropocêntrica que surgem

²² “Foi esse ‘governo moderado’ da república romana, muito mais do que a Constituição (puramente idealizada) da Inglaterra, que inspirou de fato Montesquieu na composição do Livro XI, capítulo VI, de sua obra famosa.” (In. COMPARATO, Fábio Konder. *Evolução histórica dos Direitos Humanos*, p. 43)

as modernas instituições jurídico-estatais, tal qual conhecemos atualmente. É sempre bom lembrar que, de fato, o que houve foi uma verdadeira retomada do pensamento clássico grego e romano.

1.1.2. O Direitos Humanos no início da modernidade

A expressão “Direitos Humanos”, tradicionalmente vem atrelada ao paradigma societal da modernidade²³. Como expusemos anteriormente, com base do conceito de “dignidade humana”, podemos, contudo, identificar as origens históricas dos direitos humanos bem antes do advento da modernidade. De qualquer forma, é neste modelo de sociedade que o termo “direitos humanos” vai consagra-se, fundamentado no reconhecimento do conceito de Estado de Direito e de Direitos Fundamentais. Estes últimos, podem ser entendidos como os mesmos “direitos humanos”, reconhecidos e positivados por meio das normas de direito estatal. Os direitos fundamentais, então, em seu início (após as revoluções civis e burguesas) vão se apresentar sob forma de Direitos Fundamentais Individuais.

O individualismo e o liberalismo são, portanto, características marcantes dos Direitos Humanos no início do período moderno. Estas características têm suas razões históricas. Desde o início de sua formação, o direito moderno assenta-se numa abstração que oculta as condições sociais concretas. Busca ser um “direito igual”, supondo a igualdade dos homens sem tomar em conta os condicionamentos sociais concretos, produzindo uma lei abstrata, geral e impessoal.²⁴ Pode-se então, perfeitamente, identificar

²³ A respeito do conceito de Paradigma e de crise paradigmática, ver. KUHN, Thomas. S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 8.ed. São Paulo: Perspectiva, 2003; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, 9ed. Porto: Afrontamentos, 1987; *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, V.1, 2ed. São Paulo: Cortez, 2000; e *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000. Um breve conceito de “paradigma” científico (no caso) pode ser oferecido nas palavras de KUHN: “[...] Considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” (In. KUHN, Thomas. S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*, p. 13).

²⁴ Vale lembrar, como faz Antônio Carlos Wolkmer, que esta legalidade de uma certa forma vai “das normas jurídicas romanas e as adaptando às necessidades dos mercadores, pondo especial ênfase em uma reinterpretação do direito de propriedade e do direito contratual”, que hoje são tão caros ao direito em sua versão, se é que se pode dizê-lo, “neoliberal”. Todo este relato histórico vem explicar a razão de ser das características do direito moderno: segurança e certeza jurídicas; estrutura técnico-formal(complexo de

os direitos humanos (em seu primeiro momento) com o liberalismo e individualismo civil burguês.

Uma melhor compreensão do liberalismo denota que para esta ideologia, o direito chamado “privado” é a essência da vida jurídica. O direito dito “público”, ao contrário, apenas serve de leve moldura protetora do primeiro e, especialmente, do direito de propriedade.²⁵

Na verdade, os institutos de propriedade, contrato e as categorias “sujeito de direito” e “direito subjetivo”, constituem, até hoje, os grandes institutos da juridicidade moderna.²⁶

Pois bem, embora reconheça-se as revoluções civis – burguesas²⁷ como uma demarcação histórica em relação às origens européias destes direitos humanos de cunho liberal individualista, é preciso “retroceder” um pouco no tempo.

Foi na Inglaterra, de 1215, que os bispos e barões impuseram ao rei João Sem Terra a *Magna Carta*, que se constituía no primeiro freio ao poder dos reis²⁸. Trata-se para muitos, do nascimento do constitucionalismo, que desencadeou uma série de conquistas liberais, como o *habeas corpus*. Posto que se tratava ainda de regime feudal,

normas de teor abstrato, coercível e impessoal). In. WOLKMER, Antônio Carlos. “Idéias e instituições na modernidade jurídica”. *Seqüência*, n.30, jun.1995. Editora da UFSC., p.18

²⁵ Sobre isto, ver, RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 253.

²⁶ Orlando Gomes, um dos grandes juristas brasileiros deste século, aborda com propriedade cada um destes institutos. O direito de propriedade simboliza “uma forma de poder qualificado como absoluto, exclusivo e perpétuo”; a chamada “liberdade contratual” tem se apresentado como uma fonte das maiores injustiças e desigualdades : “Em suas malhas se esconde a opressão real com que veladamente a classe dominante abroguela seus interesses materiais. Realmente, a liberdade de contratar é liberdade para o que possui esse poder; para aquele contra quem se insurge é, ao contrário impotência” e acrescenta Orlando Gomes, “não tem liberdade, tê-la, que possui como bem único a sua força de trabalho. Nesse fundamento do direito civil burguês manifesta-se também e sem suberfúgios, o conteúdo de classe que o domina”. O conceito de “sujeito de direito” individual, por sua vez, materializa uma “abstração formalista e ideológica de um ‘ente-moral’, livre e igual, no bojo de vontades autônomas, reguladas pelas leis do mercado e afetadas pelas condições de inserção no processo do capital e do trabalho.” (In GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p.86-87).

²⁷ Podemos destacar as Revoluções Inglesa (século XVII), Americana/Declaração de Independência e Francesa (ambas do século XVIII). Constata-se, por assim dizer, que a França não teve o privilégio do “pioneirismo” em matéria de liberdades civis burguesas. Na verdade os ideólogos da Revolução Francesa, como o próprio Montesquieu, inspiraram-se na primeira Revolução Inglesa. Ainda que não seja uma referência puramente acadêmica, sobre esse assunto, recomenda-se o filme protagonizado por Mel Gibson, *Coração Valente*.

²⁸ Do ponto de vista dos Direitos Fundamentais, primeiramente pensamos na Declaração Francesa de 1789 ou na Declaração da Virgínia de 1776, mas foi a Magna Carta o primeiro pacto de direitos de que se tem notícia na história mais recente, no período do declínio medieval. A Magna Carta não tratava de uma manifestação da idéia de direitos fundamentais inatos, mas sim da afirmação da idéia de direitos cooperativos da aristocracia feudal.

não se pode falar aqui propriamente de “direitos humanos”. Fala-se de declarações de direitos, verdadeiros “contratos feudais escritos nos quais o rei, como suserano, comprometia-se a respeitar os direitos dos vassalos”²⁹. São documentos, sem dúvida de grande importância, que, no entanto, não tinham destinatários universais, mas sim os homens livres e comerciantes ingleses.

Na mesma Inglaterra, mas já no século XVII, onde o pensamento de Locke florescia e exercia grande influência, temos um maior grau de universalização dos direitos, ainda de cunho eminentemente liberal individualista, como é o caso do *habeas corpus*. Para Locke, o poder político é inerente ao ser humano no estado de natureza³⁰. O ser humano transfere esse poder à sociedade política que o exerce através de dirigentes escolhidos. Este exercício deve permanecer vinculado ao ser humano, origem e sede do poder delegado. Em consequência dessa delegação, o poder deve ser exercido para bem do corpo político.³¹

²⁹ HERKENHOFF, João Batista. Curso de Direitos Humanos - Gênese dos Direitos Humanos – v.1. São Paulo: Acadêmica, 1994. p.56.

³⁰ Vale contextualizar que o conceito “estado de natureza” e ainda “natureza humana”, embora muitas vezes não manifesto ou declarado, sempre fez-se presente no pensamento de pensadores e filósofos da modernidade (de John Locke a John Rawls, por exemplo). Interessa observar, desde já, que a sua configuração de *natureza humana* pode ter diferentes sentidos quando contextualizamos seu pensamento com os potenciais impactos da biotecnologia e da engenharia genética. Assim, por exemplo, Locke, com sua idéia de *Tábula Rasa*, entende que os seres humanos (a espécie humana) não possuem conhecimentos inatos. Os conhecimentos seriam adquiridos culturalmente a partir do nascimento. Isto abre uma brecha teórica importante para os defensores da engenharia genética.

³¹ Ver. LOCKE, John . *Segundo Tratado sobre o governo*. São Paulo: Ibrasa, 1963.

Após o longo período medieval e o início conturbado da modernidade, pode-se concluir que a consagração do ideário racionalista moderno deu-se (não sem as revoluções civis-burguesas) no período entre os séculos XVII e XVIII. Foi no século XVIII, com a Declaração de Virgínia (1776)³² e com a Declaração Francesa (1789), que se fortaleceu a idéia de que os homens possuem direitos naturais anteriores a qualquer sociedade política. Esses direitos seriam direitos individuais "inalienáveis e sagrados" e que se materializam em reivindicações referentes à liberdade e à dignidade humana.³³

A consagração e afirmação formal destes direitos, entendidos como "fundamentais"³⁴, pode ser entendida como a grande conquista da sociedade moderna ocidental. Esse reconhecimento tem estreita relação com as transformações da sociedade. Pode-se dizer, portanto, com base em Norberto Bobbio, que o surgimento, a ampliação e a universalização dos "novos" direitos, em cada momento histórico concreto, estão vinculados ao desenvolvimento e à mudança social.

Segundo o autor italiano, a multiplicação histórica dos "novos" direitos deu-se por três razões:

³² Já no seu início os Direitos Humanos modernos tiveram um caráter muito mais formal do que material. (Sobre isto consultamos livros de história da modernidade e história do Constitucionalismo.) Interessa notar que a Declaração de Virgínia inovou no que respeita ao "rol de direitos fundamentais" ao incluir aí, também, o *Direito Fundamental à Felicidade*. (Cf. ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 7.ed. São Paulo: Ícone editora, 1989).

³³ Mais uma vez notamos a presença do elemento natureza humana, desde a origem dos Direitos Humanos (identificados com os Direitos Naturais). Independente de sua fundamentação teológica ou filosófica/racional/moral kantiana os direitos humanos têm sua fundamentação na natureza humana. A visão "naturalista" dos direitos humanos variou historicamente de acordo com a vertente de "direito natural" dominante. Assim, podemos afirmar que houve direitos naturais de fundo cosmocêntrico, passando mais tarde (idade média, *pax christiana*) a uma fundamentação teocêntrica, e, finalmente, no limite, por assim dizer entre Idade Média e Modernidade (caracterizada pelo avanço do racionalismo científico) passa a ter uma fundamentação antropocêntrica. Sobre isso recomendamos ver livros de Direito Internacional Público (neste sentido ver. SOARES, Guido. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2000). Assim, por exemplo, o que seriam "direitos naturais" para Aristóteles, não o seriam para Francisco de Vitória; também não para Hugo Grotius; e menos ainda para Immanuel Kant e Jean Jacques Rousseau. Resta indagar se o fundamento dos direitos humanos no dias de hoje devem pautar-se por alguma das visões históricas de direitos naturais. Constatamos que as expressões "direitos humanos", "direitos naturais" e "dignidade humana" têm importância fundamental, mas é impossível dar-lhes um conceito objetivo universal e imutável, sob o risco de uma grave contradição.

³⁴ A expressão "Direitos Fundamentais" quer significar os direitos humanos (originários dos direitos naturais) que foram reconhecidos juridicamente no seio das Constituições dos Estados de Direito Modernos. No entanto, o sentido do termo "fundamentais" também pode significar que tais direitos são peças-chave do Estado Constitucional, que são seus fundamentos. Desta forma, a doutrina é quase unânime atualmente em exigir a existência dos Direitos Fundamentais como condição de um Estado de Direito. Não basta apenas os requisitos formais (originários do formal-liberalismo): *Supremacia da Constituição; Superioridade da Lei; e Separação dos Poderes*.

- a) aumento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela;
- b) ampliação da titularidade de alguns direitos típicos do homem;
- c) o homem não é mais concebido como ser genérico, abstrato, "[...] mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc."³⁵

Constata-se, desta forma, que o conteúdo liberal-individualista marcou as declarações de direitos da Revolução Francesa e da Revolução Norte Americana. Os chamados “direitos do homem e do cidadão”, consagrados nesta importante fase histórica buscavam, na verdade, a concretização dos ideários da democracia burguesa.

Foi apenas em uma segunda etapa da Revolução Francesa, com a ação de Robespierre e pensamento de Rousseau, que se proclamaram direitos sociais do homem, relativos ao trabalho, subsistência, proteção contra indigência e instrução (Constituição de 1793). Entretanto determinou-se que a realização destes caberia à sociedade e não ao Estado, consagrando a idéia da abstenção do Estado frente aos problemas sociais.³⁶

Uma vez consagrado este paradigma liberal-individualista, podemos perceber na seqüência um fortalecimento do Estado de Direito em sua primeira versão: constitucionalismo liberal, e também o incremento do capitalismo liberal. Este último se consagra graças ao reconhecimento do direito de propriedade (falar-se-ia, então, de quatro grandes direitos naturais *sagrados*: liberdade, igualdade, fraternidade e propriedade). Em decorrência do liberalismo econômico e jurídico, das garantias à propriedade e ao comércio a ele inerente, deu-se a primeira revolução industrial (século XVIII). No decorrer deste período surgem novas formas de atentados e violações à dignidade humana. Este processo só foi historicamente percebido após a instalação de uma “situação-limite”, principalmente na Inglaterra. Operários super explorados, péssimas condições de trabalho, condições sub humanas de higiene, saúde e alimentação,

³⁵ Cf. BOBBIO, Noberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.73.

³⁶ Cf. HERSCH, Jeanne. *Le droit d'être un homme. Anthologie mondiale de la liberté*. Paris: Unesco/Lattès, 1990. *Apud*. HERKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos Humanos*. p.57. É interessante observar, guardadas obviamente as devidas proporções, a semelhança desta passagem histórica com o que vem ocorrendo atualmente nos Estados Nacionais em face do avanço da lógica de mercado transnacionalizante. (Neste sentido ver. FARIA, José Eduardo. *-O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000).

entre outros fatores, levaram ao surgimento de novos interesses e novos direitos³⁷. A partir da consciência de suas necessidades humanas mais básicas e capitaneados por teóricos como Karl Marx e Friederich Engels, os indivíduos mais interessados (operários fabris) foram se organizando coletivamente (sindicatos e categorias) e passaram a reivindicar o reconhecimento de “novos” direitos. Estes, direitos, marcadamente sociais e coletivos, podem ser exemplificados nos direitos prestacionais (exigem uma prestação do Estado) à saúde, saneamento, moradia, educação e trabalho (aí incluídos os direitos à limitação do horário de trabalho, férias, etc). Tais reivindicações só seriam atendidas pelos Estados Constitucionais algum tempo depois, com o advento dos chamados Estados de Bem-Estar Social.³⁸

Neste sentido, o século XX³⁹ foi marcado pela necessidade de reconhecer e satisfazer os direitos econômicos, ao lado dos de liberdade, sendo outorgado ao Estado a responsabilidade de provê-los. Destaca-se, neste contexto, a Constituição Mexicana de 1917, que de forma pioneira consagra os direitos do trabalhador; a Revolução Russa, que levou à *Declaração dos Direitos do Povo, dos Trabalhadores e dos Explorados* (1918); e a Constituição de Weimar (1917), que tenta o acréscimo dos princípios da democracia social.

Segundo João Batista Herkenhoff, as razões para a luta de implementação dos direitos humanos sociais também perpassam a lógica mercantil já bastante desenvolvida no início do século XX:

Os interesses econômicos das grandes potências aconselharam o encorajamento das reivindicações dos trabalhadores, em nível universal. Era preciso evitar que países, onde as forças sindicais eram débeis, fizessem

³⁷ Antes de serem reconhecidos como direitos, estas novas demandas e interesses foram traduzidas e sistematizadas teoricamente por Karl Marx e Friederich Engels entre outros. Mais uma vez surgem traços limites de exploração do ser humano e a noção de dignidade humana também pode ser suscitada.

³⁸ Estes “Estados-providência” foram constituídos, a nosso ver, por uma dupla motivação: 1º reconhecer juridicamente as reivindicações por direitos sociais e coletivos dos trabalhadores; 2º evitar o enfraquecimento das Democracias Liberais Capitalistas ocidentais em razão do surgimento da URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, onde, em grande parte (embora se questione a motivação histórica) foi reconhecido o ideário marxista e portanto, direitos sociais e econômicos.

³⁹ Lembramos Eric Hobsbawm e nos colocamos em acordo com ele, no que se refere ao fato de ter sido o século XX, a “era das revoluções”. Diversos conflitos sangrentos e revoluções, que deram origem a novos valores, direitos e instituições. Neste sentido entendemos ser a Revolução Biotecnológica um dos mais complexos “exemplares” desta “era de revoluções”. (Ver. HOBBSAWN. Eric. *Era dos Extremos - O breve século XX. 1914 - 1991*. 2 ed. São Paulo:Companhia das Letras, 1994).

concorrência industrial aos países onde essas forças eram mais ativas. Era preciso impedir a vil remuneração da mão-de-obra operária, em prejuízo das economias então dominantes. Assim, razões extremamente estreitas e egoístas geraram a contradição de contribuir para o avanço do movimento operário, em escala mundial.⁴⁰

Em que pesem as razões de sua origem, o movimento operário internacional levou suas reivindicações ao reconhecimento, em importantes documentos internacionais de direitos humanos, culminando com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, proclamada pela Assembléia das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e inaugurando a chamada dimensão social da democracia ou “democracia social”.

É justamente com base na constatação da fragilidade dos direitos liberais, que tem início a afirmação dos direitos sociais, uma vez que o homem, a favor do qual se proclamavam liberdades, não havia satisfeito ainda necessidades primárias,⁴¹ como alimentar-se, vestir-se, morar, ter condições de saúde, ter segurança diante da doença, da velhice, do desemprego, entre outros.

A partir daí desenrola-se um debate histórico ideológico, de relativa pertinência, entre os defensores dos direitos de liberdade e o dos defensores dos direitos de igualdade. Mais tarde os próprios fatos históricos demonstraram que ambos os lados equivocaram-se, impondo-se uma adoção conjunta, até para efeito da efetividade de ambos, destes dois ditos “blocos de direitos”: de liberdade e de igualdade⁴².

⁴⁰ HERKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos Humanos*. p.58.

⁴¹ A Teoria Marxista das Necessidades é uma forma bastante “incisiva” de perceber e abordar os direitos humanos. Antes de mesmo de se configurarem como valores e direitos, os seres humanos têm necessidades humanas fundamentais. As classificações geralmente respeitam três níveis de necessidades (das necessidades básicas, as necessidades propriamente humanas, e as necessidades por emancipação). A teoria das necessidades foi utilizada por diversos autores para fazer uma crítica ao modelo econômico capitalista na medida em que este criaria um “novo tipo de necessidade” alienante e artificial, para cuja satisfação, consideráveis contingentes populacionais não podem ter satisfeitas nem mesmo suas necessidades básicas. É uma crítica diretamente relacionada ao “consumo pelo consumo” ou à necessidade de consumo. Em que pese certos dogmatismos (a nosso ver) a utilização desta teoria pode fundamentar uma crítica consistente à verdadeira “violência estrutural” que vigora no mundo globalizado. Por violência estrutural entendemos justamente a violência que não vem de uma “origem” certa, mas de todos os lados, isto é que afeta os seres humanos em todas as suas dimensões de necessidades. (Neste sentido ver. HELLER, Agnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona: Península, 1985; WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994, e do mesmo autor “Sobre a Teoria das Necessidades; A condição dos ‘novos’ sujeitos”. In: *Alter Ágora*. n.1 Florianópolis).

⁴² Sobre isto ver. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos* e, do mesmo autor. *Liberdade e Igualdade*.

1.2. A CONSTRUÇÃO JURÍDICO - POLÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS.

Este tópico procura abordar a questão da evolução dos direitos humanos sob um olhar propriamente jurídico sem, no entanto, desconsiderar de sua dimensão política. Procuramos, de certa forma, seguir a contextualização iniciada no tópico anterior, de ordem mais social e política.

1.2.1. As Dimensões de Direitos Humanos

Tendo em vista a contextualização jurídico-política, a universalização e a ampliação dos direitos humanos, mais especificamente em relação a seu conteúdo, titularidade, efetivação e sistematização, diversos doutrinadores têm emitido seu parecer (plural), consagrando a idéia de “dimensões” ou “gerações” de direitos humanos (que variam conforme o autor, entre três e cinco).⁴³

Uma obra clássica nesse sentido é a apresentação de Thomas Marshall, em *Cidadania, classe social e status*⁴⁴, que constitui um referencial paradigmático em relação à idéia de historicidade dos direitos no ocidente. Para Marshall, o cenário europeu do século XVIII favoreceu o surgimento dos direitos civis. O século XIX consagrou os direitos políticos e, a primeira metade do século XX consolidou as reivindicações de direitos sociais e econômicos.

Com base na compreensão atual dos “novos” direitos e a interdependência entre todos os direitos humanos, tem-se convencionado como mais adequada à classificação em “dimensões” e não mais em “gerações”.⁴⁵

⁴³ Sobre a classificação dos direitos humanos, pode-se fazer referência a autores importantes como: MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976; BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; COVRE, Maria de Lourdes M. *O que é cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 1991; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003; BEDIN, Gilmar A. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. 2ed. Ijuí: Unijuí, 1998; SARLET, Ingo. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

⁴⁴ MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*.

⁴⁵ Originalmente, o termo adotado era “gerações”. Mais recentemente, contudo, muitos autores têm optado pelo termo “dimensões” vez que é mais abrangente e melhor expressa a característica de universalidade e temporalidade dos Direitos Humanos, ainda que estes resultem de lutas e conquistas históricas. Neste sentido, manifestam-se autores de renome como Paulo Bonavides; Antônio Augusto Cançado Trindade; Ingo Sarlet; Paulo de T. Brandão, Flávia Piovesan, entre outros).

Outra classificação é a que diferencia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Os Direitos Fundamentais⁴⁶, basicamente, são os mesmos direitos humanos, apresentados pelas normas jurídicas positivas estatais. Pois bem, os Direitos Humanos/ Direitos Fundamentais⁴⁷ podem ser divididos doutrinariamente ou didaticamente, a partir da sua formação histórica, nas chamadas “dimensões de direitos”⁴⁸. Essas dimensões⁴⁹ seriam o resultado de conquistas históricas de manifestações e revoluções pela satisfação das necessidades humanas, que como será visto adiante, variam no decorrer do tempo, sendo verdadeiramente o motor histórico da construção do aparato jurídico de garantia dos direitos humanos.

Atualmente de acordo com a doutrina dos direitos humanos, tem consagração a classificação que distingue os direitos de liberdade, direitos individuais, civis e políticos, de primeira geração; os direitos de igualdade, direitos sociais, econômicos e culturais, de segunda geração; e os direitos de solidariedade, novos direitos, ou direitos de terceira geração.⁵⁰

Preleciona Paulo Bonavides que os direitos fundamentais⁵¹ passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um

⁴⁶ No que respeita ao tema dos Direitos Fundamentais e as suas implicações consideramos ser uma referência quase obrigatória a obra de Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (3a reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002). Este autor apresenta conceitos e categorias como a distinção entre *regras* e *princípios* e os *status* de direitos fundamentais, que serão por nós incorporados nesta tese.

⁴⁷ A classificação dos direitos como Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais é tema de diversas pesquisas e polêmicas. Adota-se preferencialmente o entendimento de que o termo “Direitos Humanos” possui cunho mais amplo e universal, ao passo que o termo “Direitos Fundamentais” se referiria aos direitos humanos já consagrados *interna corporis*, pela mais importante legislação de um estado. Seria o caso dos “direitos humanos” consagrados na constituição dos Estados.

⁴⁸ É preciso deixar bastante claro, desde já, que a classificação dos direitos humanos/fundamentais em dimensões neste trabalho tem caráter meramente ilustrativo e didático. Cumpre esclarecer, ainda, que o recurso didático à gerações/ dimensões, se justificaria na medida em que coloca em destaque os “pontos falhos” em relação à eficácia dos direitos fundamentais. É o caso claro dos chamados direitos da 2ª e 3ª dimensões.

⁴⁹ Vale destacar, conforme o faz Paulo Bonavides, que o termo “gerações”, deve com maior propriedade ser substituído pelo “dimensões”, de direitos humanos e fundamentais. Isto porque, em vista da consagrada indivisibilidade destes direitos a categoria de “dimensões” melhor representa sua classificação (diga-se, de caráter meramente didático).

⁵⁰ HESPPIEL, Hector Gros. *Estudios Sobre derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1988, p. 328-332. A classificação em três dimensões é a mais tradicional e, portanto, comumente aceita.

⁵¹ Nesse estudo a expressão “direitos fundamentais” é utilizada para designar os direitos humanos positivados, institucionalizados, que encontraram reconhecimento no direito positivo dos Estados. Sobre a impropriedade de utilizar-se indistintamente as expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, bem como para maiores esclarecimentos sobre o tema no contexto da juspublicística, ver a obra de Paulo Bonavides: *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 514-516.

processo cumulativo e qualitativo, tendo por bússola uma nova universalidade, material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica, relativa aos direitos humanos do jusnaturalismo do século XVII.⁵²

1.2.1.1. Os Direitos Humanos de primeira dimensão.

Os direitos de primeira geração, direitos de liberdade, civis e políticos, são direitos de resistência, ou de *status negativo*⁵³, de oposição perante o Estado, exigindo deste, algumas abstenções. Caracterizam-se pela subjetividade e titularidade individual, valorizando as liberdades abstratas do homem singular inserido na sociedade civil. Corresponde à fase inaugural do constitucionalismo, o chamado constitucionalismo liberal.

Os direitos de primeira dimensão são os direitos civis e políticos e como tais, são direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. Esta primeira dimensão de direitos é marcada por um cenário histórico com características específicas: jusnaturalismo secularizado, racionalismo iluminista, contratualismo societário, liberalismo individualista e capitalismo concorrencial. Este é o período de consagração da burguesia como classe hegemônica (que alcança o poder após as revoluções norte-americana (1776) e francesa (1789). Também é um período crucial onde se definem as primeiras estruturas da modernidade ocidental.⁵⁴

⁵² Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. p. 517.

⁵³ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

⁵⁴ “Estes direitos individuais, civis e políticos, surgem no contexto da formação do constitucionalismo político clássico, que sintetiza as teses do Estado democrático de direito, da teoria da tripartição dos poderes, do princípio da soberania popular e da doutrina da universalidade dos direitos e garantias fundamentais.” In. WOLKMER, Antônio Carlos "Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos 'Novos Direitos'.", p.7. No que respeita à positivação destes direitos, esclarece este autor: "Quanto às fontes legais institucionalizadas, os direitos civis clássicos de 'primeira dimensão' surgiram e foram proclamados nas célebres Declarações de Direitos da Virgínia - EUA (1776) e da França (1789). Da mesma forma, tais direitos e garantias são positivados, incorporados e consagrados pela Constituição Norte-Americana de 1789 e pelas Constituições Francesas de 1791 e 1793. Por fim, recorda-se que o mais importante código privado dessa época - fiel tradução do espírito liberal-individual - foi o Código Napoleônico de 1804." (Cf. WOLKMER, Antônio Carlos "Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos 'Novos Direitos'.", p.8).

Uma vez reconhecidas “juridicamente”, estas demandas (necessidades de proteção contra o Estado) são oficializadas sendo-lhes criadas uma nomenclatura; sua aplicação e efetividade passa ter ensejo individualmente.

Ocorre que, dessa forma, os “cidadãos” tornam-se “administrados”, tendo direitos apenas e tão somente na medida em que seu “caso” individual for previsto a partir de uma classificação preestabelecida e de uma nomenclatura oficial das necessidades. Por consequência, a solução coletiva dos problemas coletivos, a satisfação coletiva das necessidades coletivas eram descartadas⁵⁵; e os vínculos de solidariedade existente são quebrados por uma individualização metodológica que reforça o domínio do aparato de Estado sobre os cidadãos transformados em “clientes” deste último.

1.2.1.2. Os Direitos Humanos de segunda dimensão

Os direitos de segunda dimensão estão associados ao princípio da igualdade, notadamente no marco do constitucionalismo da social democracia. São os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social. Exigem do Estado prestações ou uma ação positiva, em que parece ser possível enquadrar o direito de igualdade em sentido material. São direitos de *status* positivo ou direitos prestacionais, no sentido dado por Robert Alexy.⁵⁶

Estes direitos podem, portanto, ser entendidos como “direitos positivos”, uma vez que não se colocam contra o Estado (como é o caso dos direitos de primeira dimensão). Os direitos de segunda dimensão representam garantias para todos os indivíduos, por parte do poder público. Conforme salienta Celso Lafer⁵⁷, aqui também, o titular do direito continua sendo o homem em sua individualidade.

⁵⁵ Em que pese as expressões “liberdade, igualdade e liberdade” de ordem jusnaturalista, o Estado de Direito veio em sua origem consagrar principalmente valores liberais e individualistas, agregando ao direito fundamental de liberdade, o também direito fundamental e “sagrado” de propriedade. Não tardaria, após a revolução industrial (que teve origem na consagração estatal do direito de propriedade) a que houvesse novas revoluções (reivindicando novos direitos) ou riscos de revoluções.

⁵⁶ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 194-196.

⁵⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p. 127.

Um fator histórico determinante desta segunda dimensão de direitos é o processo de industrialização e os impasses socioeconômicos característicos do ocidente na segunda metade do século XIX e primeiras décadas do século XX.

Enquanto os direitos de primeira dimensão correspondem a um período de capitalismo liberal concorrencial, os direitos de segunda dimensão são contextualizados com um capitalismo “regulado” pelo estado. Após a crise do modelo liberal de Estado, instaura-se um novo modelo: o Estado de Bem- Estar. É neste tipo de Estado, o Estado providência que vão ser reconhecidos estes “novos” direitos prestacionais. Este período também é marcado pelo surgimento de correntes anarquistas, socialistas e reformistas.

Algumas das principais referências de direito positivo deste período, como já foi dito anteriormente, são a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã de Weimar de 1919, bem como também a Constituição Espanhola de 1931 e a Constituição Brasileira de 1934.

Pode-se concluir a partir dos escritos de Norberto Bobbio, que embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre - com relação aos poderes constituídos - apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios.⁵⁸

Historicamente, no entanto, os direitos ditos de primeira geração, referentes, entre outros, ao direito de liberdade, sobretudo em seu sentido negativo (impedir os malefícios do poder, como visto), têm tido uma grande prevalência sobre os direitos sociais ou de segunda dimensão, em que se estabelecem os direitos de igualdade. Isto, sem dúvida, ocorreu e tem ocorrido em função da falta de previsão e clareza normativa destes segundos e pelo fato de aí se exigir uma prestação (e não apenas abstinência) estatal.

Esclarece Robert Alexy que este direito à “prestação” estatal, pode ser dividido em dois tipos: prestação fática e prestação normativa. O primeiro pode ser chamado como *direito a prestações em sentido estrito*, e o segundo como *direito a prestações em sentido amplo*. Quando falamos em “direitos humanos prestacionais”, normalmente nos referimos aos direitos prestacionais de ordem fática. É necessário que se frise, contudo, a diferença existente. Feito este esclarecimento, podemos aludir a alguns exemplos dados por Alexy de direitos prestacionais (do tipo fático):

⁵⁸ Ver BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*.

Se trata de un derecho a una acción positiva *fáctica* cuando se supone un derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvenciones, se fundamenta un derecho a un mínimo vital o se considera una ‘pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio’. El hecho de que la realización de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma en algún modo jurídica no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica. Para la realización del derecho es indiferente la forma como ella se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la realización de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes; el necesitado, de las condiciones mínimas de existencia y el que desea estudiar, de una plaza de estudios.⁵⁹

É notável como o Estado Contemporâneo, inserido em larga medida na lógica da globalização econômica, tem deixado claramente “de lado” a aplicação das normas e princípios referentes aos direitos sociais ou de segunda geração, sobretudo com relação a seus aspectos “fáticos”.⁶⁰

Nesta direção, é elucidativo o entendimento de Boaventura de Sousa Santos, para quem o capitalismo tem agido com criatividade sendo praticamente uma “unanimidade” mundial atualmente. A esta modalidade, contemporânea, de capitalismo, o autor chama de “capitalismo desorganizado”⁶¹. Observa Boaventura Santos duas soluções adotadas

⁵⁹ Sobre isto ver tb. ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 195.

⁶⁰ Embora o conceito de “globalização” seja, por si, bastante complexo, e muitas vezes também ideologizado, podemos trazer à baila uma definição, introdutória, de José Maria Gómez: “Embora constantemente utilizado, raras vezes o conceito de globalização é definido. Em uma aproximação mais simples, poder-se-ia dizer que o termo denota o incremento das interconexões globais. Manifestações evidentes disso não se encontram apenas no domínio econômico, mas virtualmente em todos os aspectos da vida social contemporânea. Um rápido olhar basta para constatar a facilidade e a frequência com que informações, contaminação ambiental, migrantes, turismo, armas, imagens, idéias, doenças, criminalidade, etc., fluem através das fronteiras territoriais nacionais. Exemplos não faltam para ilustrar o crescimento e intensidade de atividades, fluxos, interações e redes em escala transnacional e global (desde o aumento do turismo internacional – de 70 milhões em 1960, para 500 milhões em 1995 -, até os impactos globais visíveis da degradação ambiental – buraco na camada de ozônio, efeito estufa etc. – passando pelo aumento das ONGs de dimensão internacional – de 176 no início do século para 30 mil em 1993 – e pela magnitude da gravitação das finanças, comércio e das corporações transnacionais). (In. GÓMEZ, José Maria. “Globalização, Estado-Nação e Cidadania”, In. *Contexto Internacional*, vol. 20, n.1, jan/jul de 1998, p. 42-43).

⁶¹ Desorganizado, diga-se no que não respeita a critérios formais/legais/estatais de observação. Do ponto de vista de sua hegemonia, não há que se suscitar de uma “desorganização”. Sobre isto ver SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice – o Social e o político na pós modernidade*. Este autor faz uso de uma categorização de Claus Offe, que trata dos três períodos históricos do Capitalismo: um primeiro período de capitalismo liberal; um segundo período de capitalismo organizado (Estado de Bem Estar) e um terceiro período (corresponde à atualidade) de capitalismo desorganizado, onde prevalecem interesses econômicos transnacionais de grandes empresas globais. Em relação este ponto, especificamente a respeito

pelo capitalismo após os anos 60 (Estado Social): “a difusão social da produção e o isolamento político das classes trabalhadoras enquanto classes produtoras”, o que acabou transformando o operariado em “mera força de trabalho”, possibilitando, como se vê atualmente, estratégias de flexibilização ou de “precarização da relação salarial”⁶².

Tal realidade, verifica-se também, no contexto mundial, na Organização das Nações Unidas, criada após duas guerras mundiais, com o claro objetivo político de promover a paz e o respeito aos direitos humanos fundamentais no mundo, o que seria também uma forma (indireta), de Estados como França, Inglaterra e Estados Unidos, sobretudo este último de contrapor-se ao regime socialista soviético.

Sabe-se que daí resultaram importantes documentos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como os dois Pactos Internacionais que vieram lhe completar: Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Há que se notar, portanto, que a ONU, apesar de sua pretensa neutralidade, foi idealizada, fundada e tem sido comandada principalmente pelas nações aliadas vencedoras da Segunda Guerra Mundial.⁶³

da perda de governabilidade dos tradicionais Estados-Nação, ver também BAUMAN, Zygmunt, que em diversos trabalhos trata deste tema (ver especialmente *Modernidade e Ambivalência*; e *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*). No que respeita a aspectos jurídicos, como o nascimento de “novos direitos” ver WOLKMER, Antônio Carlos “Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos ‘Novos Direitos’.”, p.9. Em relação à crise dos Direitos Humanos em face do neoliberalismo, característico deste terceiro período de “capitalismo desorganizado”, ver ainda. BEDIN, Gilmar. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. e WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*.)

⁶² Conclui este autor: “A difusão social da produção e o isolamento político das classes trabalhadoras nestas duas últimas décadas têm sido acompanhados no plano político-cultural por uma constelação ideológica em que se misturam o renascimento do mercado e da subjetividade como articuladores nucleares da prática social.” (In. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice - O social e o político na pós-modernidade*. 2.ed. São Paulo. Cortez:1996, p.87 e ss).

⁶³ Neste sentido é apropriada a reflexão de Rodrigo Reis Pastore, que pautado por uma visão realista das relações internacionais, pondera a respeito das novas instituições pós 2ª Guerra Mundial: “Em que pese todas as considerações positivas a essa prevalência da esperança de ser criado um mundo menos violento e mais orientado por padrões mínimos de respeito ao ser humano, o fato é que tais medidas somente puderam ser efetivadas em quadro, raríssimo, de colaboração quase total entre todos os Estados hegemônicos e que pôde ser sustentado apenas no período imediatamente posterior ao da guerra. [...] Ou seja, se o direito tem sua importância na construção de um mundo menos violento mas só pode ser aplicado quando há uma colaboração e sujeição praticamente irrestrita a ele, de que vale sua existência quando esse desejo de cooperação já está presente por meio de arranjos diplomáticos e políticos? Ou, por outro lado, se não há condições de convívio diplomático e político, por qual razão nações soberanas submeteriam-se ao império da lei se a aplicação dessa lei é contrária ao seus interesses?” (In. PASTORE, Rodrigo Reis. *Ordem, Hegemonia e Repressão: uma análise sobre a aplicação do Direito Internacional Penal no Século XX*. Monografia de conclusão de curso de direito. UNIVALI – São José, 2004, p. 30-31).

Tudo isto tem amplos reflexos no mundo jurídico e mais diretamente, sobre os direitos fundamentais, especialmente os de cunho prestacional, nomeadamente os econômicos, sociais e culturais.

Assim, não importa se estamos vivendo em um Estado Liberal ou Social que dê um mínimo resguardo, a custo de muita pressão social, aos direitos sociais e econômicos. Atualmente a forma tem importado cada vez menos. De acordo com o sistema jurídico racional vigente, os direitos humanos, e assim também os direitos fundamentais, devem ser encarados de uma forma conjunta. Não se justifica efetivar direitos sócio-econômicos a custo de direitos civis e políticos, ou vice versa.⁶⁴

Contata-se que, em vista de seu caráter positivo (exigem um agir do Estado), os direitos sociais estão fadados à perda de efetividade, tanto em âmbito interno constitucional (como vem de fato ocorrendo, visto que tais normas, muitas vezes, têm “sido entendidas”, apenas como “programáticas” ou de eficácia contida ou limitada, que necessitam de regulamentação e portanto não gozam de plena aplicabilidade), como internacional (como é o caso típico do Pacto dos direitos econômicos, sociais e culturais).⁶⁵

⁶⁴ Trata-se da tese já suscitada da indivisibilidade e da universalidade dos direitos humanos (consagrada na Declaração de Viena sobre Direitos Humanos, 1993). Há que se mencionar contudo que a idéia de “universalidade” da Convenção de Viena é *flexível* a ponto de reconhecer as características e peculiaridades de cada país. É o que proclama o artigo 5º da *Declaração e Programa de Ação de Viena*: “o reconhecimento de que as particularidades históricas, culturais e religiosas devem ser levadas em consideração desde que não os direitos universais.”

Cite-se também que, ao menos no que tangem à maioria das democracias ocidentais, o discurso racionalista dos direitos humanos/fundamentais foi formalmente reconhecido. Fala-se atualmente de uma “arquitetura” dos direitos humanos onde não mais se separam o direito internacional dos direitos humanos e os direitos humanos reconhecidos em Constituições e normas - direitos fundamentais- dos Estados Nacionais. No caso do Brasil lembramos o dispositivo do artigo 5º, parágrafo 2º, de nossa Constituição Federal. Sobre esta discussão ver PIOVESAN, Flávia (“Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização.” *In. Revista de Direito Constitucional e Internacional; A atual dimensão dos Direitos Difusos na Constituição de 1988. - Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*). ; ALVES, José Augusto Lindgreen (*A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*) e BOBBIO, Norberto (*A Era dos Direitos*).

⁶⁵ Este dilema não é novo. Citamos o debate entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, em torno da força normativa da Constituição. Com o devido cuidado para não cair em reducionismos materialistas, parece ainda atual a conceituação de Lassalle, a respeito dos *Fatores Reais* de poder. De acordo este autor, os *fatores reais de poder* existentes em sociedades determinadas (como o Sistema Financeiro, a Igreja, os Latifundiários, as oligarquias ou mesmo o movimento social operário, por exemplo) são a *Constituição concreta e real* de um Estado. Desta forma, polemiza que, se uma determinada Constituição (Formal, documental), não estiver de acordo com os interesses dos *fatores reais de poder* (sejam eles as oligarquias ou o Partido Comunista) esta Constituição (formal) não passaria de uma mera *folha de papel*. Pensamos ser esta crítica ainda “aplicável” aos dias atuais, mas que necessita de uma nova contextualização em face da maior complexidade da sociedade contemporânea em relação àquela de Lassalle. (Sobre isto ver.

Para Andreas Thimm⁶⁶, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem o caráter de um catálogo de objetivos simpáticos, mas que dificilmente pode ser entendido como um instrumento legal.⁶⁷

Os direitos de liberdade tiveram uma evolução paralela à do princípio do tratamento igual. Com relação ao direito de liberdade vale o princípio de que os homens são iguais. Pode-se afirmar que desde o estado de natureza, conforme entende Locke, os homens são todos iguais, até mesmo na forma de gozar a sua liberdade, sendo que uns não podem ter mais liberdade do que outros.⁶⁸

1.2.1.3. Os Direitos Humanos de terceira dimensão

Mais recentemente (sobretudo após o advento da segunda guerra mundial e seus impactos humanitários e ambientais em escala global) podemos falar nos direitos de terceira geração. Estes direitos, dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, emergiram da reflexão sobre temas concernentes à solidariedade que deve pautar as relações humanas. Extrapolam a titularidade individual e coletiva, são direitos difusos que têm por destinatário o gênero humano. Figuram no conjunto dos direitos de solidariedade: o direito ao desenvolvimento⁶⁹, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Podemos fazer a seguinte contextualização didática: os "direitos de terceira dimensão" são apresentados como os direitos de solidariedade (os direitos de primeira dimensão seriam direitos de liberdade; os direitos de segunda dimensão seriam direitos de igualdade). Estes direitos "de solidariedade" remetem aos chamados direitos

LASSALLE, Ferdinand. *Essência da Constituição*; e HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. A respeito deste tema, aplicabilidade e força normativa da Constituição, em matéria de doutrina brasileira lembramos a obra de José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000).

⁶⁶ THIMM, Andreas. "Necesidades basicas y derechos humanos". In *Doxa*, n.7, Madrid, 1990, p.85.

⁶⁷ Este também é o entendimento de Philipp Alston, "Implementation and guarantees of social rights-International cooperation". In *Recueil des Cours* - 27ª Seção de ensino do Instituto Internacional de Direitos Humanos. Strasbourg, 1996.

⁶⁸ Sobre isto ver. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*.

⁶⁹ Conforme E. Mbaya o direito ao desenvolvimento refere-se tanto a Estados como a indivíduos. Segundo este autor, em relação aos indivíduos, "este direito se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada." *Apud*. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p.523.

metaindividuais - direitos coletivos e difusos. O que caracteriza esta nova categoria de direitos é que seu titular não é mais o homem individual, mas sim categorias ou grupos de pessoas (como família, povo, nação), não sendo propriamente classificada como pública ou privada⁷⁰.

Em busca de uma apresentação destes direitos de terceira dimensão, encontramos duas classificações possíveis. Uma mais abrangente e outra mais específica.

A interpretação mais abrangente, que tem a seu lado autores como Celso Lafer,⁷¹ Gilmar Bedin⁷², Paulo Bonavides e Ingo Wolfgang Sarlet⁷³, defende que estes direitos incluem os direitos relacionados ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente sadio, à sadia qualidade de vida, o direito de comunicação, o pluralismo político e ideológico, o direito de informação (e todas suas implicações)⁷⁴, entre outros.

A visão mais específica reconhece estes direitos, como sendo direitos de titularidade coletiva e difusa, onde se destacam o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor.⁷⁵ Importa ressaltar, neste trabalho, que compreendemos o chamado “direito ambiental” não como mais um ramo específico do direito. O direito ambiental, assim como os direitos humanos (ao qual está ligado a nosso ver), é, talvez, o “ramo” ou

⁷⁰ Interessa observar que a grande inovação destes chamados “direitos metaindividuais” é que eles transcendem as tradicionais pendências ideológicas historicamente construídas entre os defensores dos direitos privados (liberais, políticos, burgueses) e os defensores dos direitos coletivos (sociais, culturais, econômicos). Entre um conflito entre individualistas-capitalistas e socialistas-sindicalistas, surgem os direitos difusos como “direitos de toda a humanidade”. A partir desta nova principalística, destacam-se então o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor (principalmente o primeiro). Surgem então novos princípios e ideários, universalistas, políticos, como os “direitos das futuras gerações” o “desenvolvimento sustentável”, os princípios de direito ambiental como “precaução” e “participação informada e educada”. Assim, ao menos no plano formal, conseguimos ultrapassar a velha, já carcomida (mas ainda viva) dicotomia *esquerda/direita*, visualizada entre os direitos individuais (dos que têm acesso ao consumo e satisfação das necessidades) e os direitos corporativos (dos que conseguem e aceitam se organizar em moldes sindicais herméticos em seu coletivismo).

⁷¹ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

⁷² BEDIN, Gilmar Antônio. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. 2.ed. Ijuí: Editora Unijuí, 1998.

⁷³ Deste autor ver. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2001.

⁷⁴ O direito à informação é um exemplo de como os direitos humanos e fundamentais não devem mais ser pensados separadamente. A realização deste direito integra as diferentes dimensões de direitos fundamentais (desde a liberdade, privacidade, desenvolvimento, participação política, entre outros). A respeito das diversas implicações de ordem jurídica, sociológica, política e econômica relacionadas ao “direito à informação”, ver recente trabalho de Fernanda Balbinot, *Estado e Mídia: violação de direitos fundamentais*. Monografia de conclusão de curso de Direito, Univali – Biguaçu, 2004.

⁷⁵ Para uma análise mais técnica-jurídica deste tema ver. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Os direitos difusos em Juízo*; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Direitos Coletivos e Difusos*.

“matéria”, por assim, dizer mais interdisciplinar do meio jurídico. Neste sentido, afirmamos que os “direitos humanos ambientais” têm raízes e exercem influência por todo o mundo jurídico.⁷⁶

De acordo com esta segunda versão, mais técnica, podemos apresentar os direitos metaindividuais em seu aspecto subjetivo (titularidade), como sendo direitos cujos titulares são indeterminados ou indetermináveis. Caracterizam-se, em relação ao ponto de vista objetivo, pela indivisibilidade do objeto, isto é, a realização do pedido - a satisfação do interesse, não pode ser fracionada entre os interessados.⁷⁷

Uma das questões mais polêmicas em relação a tais direitos é a diferenciação entre *direitos coletivos* e *direitos difusos*. Pode-se afirmar que os direitos coletivos têm seus sujeitos determinados ou determináveis: envolvem interesses comuns no interior de organizações de classe, sociais, de sindicatos e associações profissionais e decorrem de uma relação jurídica de base (entre os sujeitos interessados ou destes com a parte oposta). Os direitos difusos, por sua vez, são marcados pela alta indeterminabilidade dos sujeitos interessados, decorrendo de situações fáticas, em geral de graves efeitos e imprevisíveis ou contingentes.

Importa salientar que os novos direitos transindividuais começaram a ganhar reconhecimento no pós-Segunda Guerra Mundial, momento em que ocorreram grandes violações de direitos de toda a humanidade: bomba atômica, genocídio, destruição ambiental. A consciência ambiental viria a crescer ainda mais a partir do acelerado processo de industrialização (e conseqüentes riscos) na segunda metade do século passado. O direito do consumidor também ganhou relevo a partir das décadas de 1970 e 1980, sobretudo nos EUA e Europa.⁷⁸

⁷⁶ Não separamos, portanto, os direitos humanos do direito ambiental. Sustentamos (sem com isso entrar no mérito do debate entre antropocentrismo e biocentrismo) que o “meio ambiente sadio e equilibrado” é um direito humano por excelência que está na base de todos os demais direitos humanos. Neste sentido acompanhamos o pensamento de Antônio Augusto Cançado Trindade (*Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional*).

⁷⁷ Sobre isto consultar o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/ 1990). Consultar doutrinadores como MAZZILLI, Hugo Nigro. *Os direitos difusos em Juízo*; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Direitos Coletivos e Difusos*; SAUWEN, Regina F & HRYNIEWICZ, Severo. *O direito 'in vitro': da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

⁷⁸ Didaticamente, podemos dizer que uma das questões mais atuais em matéria de direitos de terceira dimensão é a relação da proteção ambiental com os direitos do consumidor. Isto tem aflorado a partir do cultivo e consumo em larga escala dos chamados alimentos transgênicos. Este tema, por si só, justificaria um outro trabalho acadêmico. Entendemos contudo, que embora revele a sintomática problematização

No Brasil, como coroamento do trabalho de diversos doutrinadores, temos o marco da Lei de Ação Civil Pública, Lei no. 7347/ 1985, que disciplina e protege o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, entre outros bens de interesse coletivo e difuso.⁷⁹

Em razão das transformações sociais das últimas décadas, os direitos metaindividuais têm abarcado também outros direitos que tradicionalmente não seriam coletivos e difusos. É o caso dos direitos de gênero, como as questões relacionadas à dignidade da mulher, os direitos da criança⁸⁰, os direitos do idoso - terceira idade⁸¹, os direitos do deficiente físico e mental, os direitos das minorias (étnicas, religiosas, sexuais) e os novos direitos da personalidade (como intimidade e honra entre outros).

Segundo Paulo Bonavides esta “relação dos direitos de solidariedade é apenas indicativa daqueles direitos que se delinearão em contornos mais nítidos

envolvida no avanço da biotecnologia no atual estágio da modernidade, não constitui objeto central do presente trabalho. A título mais provocativo, no entanto, trazemos à baila um texto de Sean Murphy, que apresenta diversos pontos “positivos” da engenharia genética voltada para alimentos transgênicos: “The genetic engineering made possible by biotechnology will likely yield some of the greatest technological breakthroughs for the new millennium. Over the next fifty years, it is possible that thousands of novel, genetically modified organisms could be developed and released into the global environment for pharmaceutical, agricultural, medical, environmental remediation, alternative fuel, and other purposes. Myriad biotechnology applications have the potential to alleviate some of the most pressing problems facing the global community, as well as to reduce dramatically human suffering and to improve the quality of life, particularly in the developing world. For instance, recent estimates indicate that around 790 million people in developing stages are chronically undernourished (meaning their food intake is insufficient to meet basic energy requirements on a continuing basis) and millions more experience undernutrition (meaning they lack essential vitamins and minerals in their diet). Absent biotechnology developments, one might doubt that traditional plant-breeding techniques could increase the world’s food supply enough to feed the estimated global population of 9.4 billion in the year 2050.” (In. MURPHY, Sean. D. “Biotechnology and International Law”. In. *Harvard International Law Journal*. Vol. 42. n. 1, winter 2001, p. 47). Este entendimento, com relação aos potenciais, e até mesmo, da necessidade da biotecnológica, para efeitos de abastecimento alimentar da sociedade, não é tão simples, ou matemático, como apresentou este autor. Sobre isto, sugerimos consultar também: ABRAMOVAY, Ricardo. *O que é Fome?* (col. Primeiros Passos). São Paulo: Brasiliense, 1996.

⁷⁹ Os trabalhos de autores como Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira foram fundamentais para a aprovação da Lei que tutela interesses metaindividuais no Brasil (Lei 7347/85). Para melhor compreender este tema ver: LEITE, José Rubens M. "Interesses meta-individuais: conceitos - fundamentações e possibilidade de tutela. In: OLIVEIRA JR. José Alcebíades de; LEITE, José Rubens Morato (orgs). *Cidadania Coletiva*. Florianópolis: CPGD/Paralelo 27, 1996.

⁸⁰ O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) inova ao reconhecer que a legitimidade para tutelar, não se resume aos responsáveis legais, mas estende-se a toda a coletividade. Sobre este tema, ver o trabalho de VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁸¹ Destaca-se nesta matéria a recente aprovação do chamado "Estatuto do Idoso".

contemporaneamente; é possível que haja outros em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o processo universalista se for desenvolvendo.”⁸²

Como visto, a visão dos direitos humanos veio enriquecendo-se, sendo que mais recentemente, além do acréscimo dos “direitos econômicos e sociais” aos “direitos de liberdade”, também somam-se a estes, os chamados direitos humanos de terceira geração ou dimensão (os direitos de solidariedade)⁸³:

- ∩ direito ao desenvolvimento
- ∩ direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado
- ∩ direito à paz
- ∩ direito de propriedade sobre patrimônio comum da humanidade
- ∩ Direito à informação e à comunicação
- ∩ Direito ao pluralismo

Tem-se como inequívoco o entendimento de que a consagração dos direitos humanos fundamentais, e com isto a construção de uma cidadania verdadeira e efetiva, envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados.⁸⁴

Embora muitos autores continuem enfocando esta temática, particularmente no *locus* dos direitos políticos e de participação, é necessário compreender que “o exercício pleno destes últimos tem como condição o exercício de todos os demais direitos fundamentais”.⁸⁵

John Friedmann demonstrou como a exclusão política dos indivíduos pertencentes aos extratos pobres da população está condicionada por sua exclusão social. Segundo o autor “é a pobreza que efetivamente os exclui do exercício pleno de seus direitos.”⁸⁶

Constata-se a impossibilidade de realização da democracia sem a realização, por assim dizer, da cidadania. Para tanto, faz-se imprescindível, a implementação, pelo

⁸² BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*. p.253.

⁸³ VASEK, Karel. *A longa luta pelos direitos humanos*; *Apud*. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 523.

⁸⁴ Nesse sentido ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*; e da mesma autora: *Temas de Direitos Humanos*. (São Paulo: Max Limonad, 2003).

⁸⁵ BARATTA, Alessandro. *Criança, democracia e liberdade no sistema e na dinâmica da Convenção das Nações Unidas sobre o direito das crianças*. Conferência apresentada no encontro “Direito e Modernidade”, Florianópolis, 17 de setembro de 1996. p.04-05. (Texto obtido diretamente com o autor).

⁸⁶ FRIEDMANN, John, *Apud* BARATTA, Alessandro. *Criança, democracia e liberdade.*, p. 05.

Estado, dos direitos sociais e econômicos (direitos prestacionais, de “2ª dimensão/geração”). Na mesma direção é o lúcido entendimento de Paulo Sérgio Pinheiro:

A implementação dos direitos sociais e econômicos não pode ser considerada separadamente ou como adicional à consolidação da democracia: a realização da cidadania, essencial para a democracia política tornar-se ela mesma realidade, requer reformas sociais e econômicas. O que é urgente não é apenas a extensão da já existente democracia política para novas áreas sociais e econômicas, mas reformas substantivas para remover obstáculos sociais e econômicos que impedem a própria cidadania. Evidentemente não pode haver cidadania efetiva sem democracia. Há um sério risco diante das reformas neoliberais sem políticas sociais (como é o caso do Brasil e Argentina) na atual conjuntura do capitalismo global de se preconizar a institucionalização da democracia sem o efetivo empowerment da população como cidadãos.⁸⁷

Alerta, ainda, este autor, para a urgência de reformas sociais a fim de enfrentar esta situação de violência estrutural existente na sociedade brasileira, sob o risco de termos um “modelo de democracia sem cidadania”.

1.2.1.4 - Os Direitos Humanos de quarta e quinta dimensões.

Atualmente, fala-se também, na possibilidade de uma quarta (e até mesmo de uma quinta) dimensão de direitos humanos/fundamentais. Um exemplo, de interesses e direitos de quarta dimensão, seria o direito fundamental à integridade genética.⁸⁸ O

⁸⁷ PINHEIRO, Paulo Sérgio. *O passado não está morto*. Prefácio da obra: DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços - direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p.22.

⁸⁸ Esta configuração tem por base os trabalhos de Norberto Bobbio (*A Era dos Direitos*) e de José Alcebíades de Oliveira Júnior (*Teoria Jurídica e Novos Direitos*). A idéia de quatro ou cinco dimensões é, em si mesma, polêmica. Adotamos esta classificação, sem querer entrar no mérito de sua pertinência, como uma forma de melhor contextualizar o surgimento de interesses e direitos relacionados à biotecnologia. A classificação em quatro ou cinco dimensões, conforme apresentada nesta tese não é a mesma adotada por Marshall (precursor desta “apresentação”) ou por Paulo Bonavides (para citar um doutrinador brasileiro). Para Paulo Bonavides esta quarta geração/dimensão envolveria os direitos à democracia, à informação, e ao pluralismo. Para este autor *os direitos de primeira, segunda e terceira geração, são infra-estruturais*, conformam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia, coroamento da globalização política. Tais direitos então, “compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política”. (Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p.523).

reconhecimento de tais direitos não se dá de forma consensual. Para muitos, trata-se, ainda, de valores e interesses que não foram consagrados positivamente. Outros autores destacam que estes valores e interesses de ordem fundamentalmente bioética (como se verá nos próximos capítulos da tese) já constituem uma dimensão real de novos direitos.

Neste sentido, uma das classificações mais recentes no Brasil é a de José Alcebíades de Oliveira Júnior⁸⁹ (amparada na obra *A era dos Direitos*, de Norberto Bobbio), aqui citada por apresentar uma classificação em cinco dimensões dos "novos" direitos, a nosso ver, bastante esclarecedora.

A quarta dimensão de direitos tem sido entendida como os direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. "Trata dos direitos específicos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética ("clonagem"), contracepção e outros."⁹⁰

Nota-se a que a natureza destes direitos de quarta dimensão é polêmica, interdisciplinar e complexa. Desperta o interesse de diversos estudiosos: médicos, juristas, biólogos, filósofos, teólogos, psicólogos, sociólogos entre outros pesquisadores de campos das ciências humanas, biológicas e técnicas. Como bem salienta Norberto Bobbio, estes reconhecidos direitos de "quarta geração" revelam os "efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo"⁹¹.

Em face da emergência destes novos direitos, no final do século XX, diversos doutrinadores têm defendido a necessidade de se corrigir o descompasso e os limites da ciência jurídica tradicional, para regulamentar e proteger estes novos interesses jurídicos. Nesta perspectiva, tem-se verificado um esforço normatizante, sobretudo em escala internacional, dada a dimensão dos impactos possíveis dessas novas tecnologias biocientíficas em associação à informática. Cite-se, como exemplos mais destacados, as novas técnicas de procriação assistida, tráfico de embriões, órgãos e tecidos humanos,

⁸⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.83-96.

⁹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos "Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos 'Novos Direitos'"., p.12; Ver também BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p.6.

produção de armas bioquímicas, novas práticas possíveis com a engenharia genética: clonagem, manipulação genética e novas modalidades de eugenia.⁹²

Em combinação com esta quarta dimensão de direitos e interesses, ou melhor dizendo, como fundamento desta, surge a Bioética e conseqüentemente o vem se chamando, doutrinariamente, de biodireito⁹³. A bioética propriamente dita, tem sua origem na década de 1970, quando dos primeiros desafios interdisciplinares envolvendo o progresso das ciências biomédicas e as revoluções tecnológicas aplicadas à saúde humana. Originalmente a bioética foi "pensada" como uma reflexão deontológica envolvendo a ética médica (relação entre biologia, medicina e vida humana). Atualmente, contudo, a bioética tem ganhado dimensões bem mais amplas do que as pensadas originalmente. Além disso, tem levado a uma maior normatização, que incorpore juridicamente suas novas reivindicações ético-valorativas. Fala-se, então, do surgimento do "biodireito".⁹⁴ Este é um tema específico do terceiro capítulo do trabalho. Entretanto entendemos ser necessário, desde já, para efeito de melhor contextualização da tese, apresentar uma primeira definição do que seja "biodireito", justamente por ser o "representante maior" desta quarta dimensão de direitos humanos.

O biodireito pode ser entendido como um novo ramo do Direito referente aos novos fatos oriundos das pesquisas sobre as ciências da vida, sobretudo no que tange ao aumento de poder do homem sobre o próprio homem, decorrentes do progresso técnico. A capacidade do ser humano em dominar a natureza e outros homens deve ser regulada em seus novos aspectos relacionados ao avanço da biologia, da biotecnologia⁹⁵ e da medicina⁹⁶. O Biodireito surge, portanto, insuflado pela bioética, como um sistema de

⁹² SAUWEN, Regina F & HRYNIEWICZ, Severo. *O direito 'in vitro': da bioética ao biodireito*.

⁹³ O chamado "Biodireito" tem despertado grande interesse (recente) por parte dos doutrinadores do Brasil e do mundo. Trata-se de conceito diretamente relacionado à Bioética, de onde originou-se. Podemos dizer também que o biodireito é a consagração da "quarta dimensão" de direitos humanos. Sobre biodireito já existe ampla bibliografia.

⁹⁴ Os conceitos de *bioética* e *biodireito* são essenciais para este trabalho e serão aprofundados no decorrer do mesmo, principalmente no terceiro capítulo da tese. Por ora interessa uma contextualização inicial dos conceitos.

⁹⁵ Os avanços da biotecnologia vão nos chamar a atenção inicialmente, por seus efeitos "extra humanos", no meio ambiente natural. Destacamos a biotecnologia aplicada a produção de medicamentos e de alimentos. Ou seja, trata-se da biotecnologia aplicada, num primeiro momento, a plantas e animais (que não o ser humano). Sobre este assunto, consultamos MAYOR, Federico. "As Biotecnologias no início dos anos noventa: êxitos, perspectivas e desafios" In. *Estudos Avançados*, USP, n. 16, 1992, p. 7- 28).

⁹⁶ Para melhor situar o surgimento deste "biodireito", fazemos referência à importância do debate ambientalista, como o contexto em que surgiram conceitos como biodiversidade, biotecnologia e também

regulação ao homem não como ser individual, mas como espécie a ser preservada, sendo esta, sua novidade principal. Vai além da ótica liberal individualista e, também, da visão coletiva e difusa (tal como apresentada nos direitos de segunda e terceira dimensão). Estaria mais próximo dos direitos de terceira dimensão, mas, desta se destaca, em razão de um novo elemento a que podemos chamar de “solidariedade via espécie”.⁹⁷

É interessante notar a primeira reação do mundo jurídico ante o incremento de complexidade social. A resposta do direito, quase que instintiva, é quase sempre, no sentido de normatizar os novos problemas.⁹⁸

Podemos elencar algumas iniciativas legais pioneiras em relação à bioética (e ao nascente biodireito): Código de Nuremberg (1947), Declaração de Helsinque (1964), Lei Brasileira de Biossegurança (n. 8974), de 5-1-1995 e Lei de Doação de Órgãos (n. 9.434), de 4-2-1997. Existem, também, vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional sobre clonagem, reprodução humana assistida e eutanásia.⁹⁹

biossegurança. O avanço a bioética e do biodireito, no sentido mais voltado aos seres humanos, é algo cujo desenvolvimento tem se dado mais recentemente. A preocupação ambientalista, contudo, já data de conferências internacionais importantes como Estocolmo (1972) e Rio (1992). Os três “neologismos”, biodiversidade, biotecnologia e biossegurança, têm, para Sandrine Dubois, sua consagração, com a Convenção da Diversidade Biológica (um dos documentos assinados na Conferência Rio-92). Esta Convenção que define o significado de biotecnologia como “toute application technologique qui utilise des systèmes biologiques, des organismes vivants, ou des dérivés de ceux-ci, pour réaliser ou modifier des produits ou de procédés à usage spécifique (art. 2º) [...] Le développement biotechnologique soulève d’importants enjeux économiques et sociaux. Il fait entrevoir de larges modifications des techniques agricoles et de la condition des agriculteurs, craignant pour eux-mêmes une dépendance accrue vis-à-vis des firmes multinationales” (In. MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. “Biodiversité, biotechnologies, biosecurité: Le droit international desarticulé”. In. *Journal du Droit International*. Paris, n. 4, Octobre-Novembre-Décembre, 2000, p. 950-951).

Ainda em matéria de biossegurança, há que se destacar o Protocolo de Biossegurança (também conhecido como Protocolo de Cartagena), negociado sob os auspícios da Convenção da Diversidade Biológica.

⁹⁷ Esse novo tipo de solidariedade fundamenta-se no *princípio da responsabilidade*, tal como, proposto por Hans Jonas em sua obra *El Principio de Responsabilidad*. (Barcelona: Herd, 1995). Este autor propõe um novo modelo ético (de responsabilidade), para fazer frente ao “utopismo tecnológico” da modernidade contemporânea. Este novo saber deve levar em consideração as condições globais da vida humana, bem como, o risco inerente trazido pela técnica moderna, inclusive para a própria sobrevivência do ser humano como *espécie*. Fala-se, portanto, de uma ética de responsabilidade intergeracional (que tem dimensões alargadas de tempo e espaço). Sobre isso, ver também: Morato Leite, José Rubens & Ayala, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁹⁸ WOLKMER, Antônio Carlos de. "Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos 'Novos Direitos'"., p.14.

⁹⁹ Sobre este tema, ver também: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de & PESSINI, Léo. *Problemas atuais de bioética*. 4ed. São Paulo: Loyola, 1998; SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética*. São Paulo: Loyola, 1996, 2v; DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001; SAUWEN, Regina F & HRYNIEWICZ, Severo. *O direito 'in vitro': da bioética ao biodireito*.

Em matéria de biossegurança, fazemos menção ao Protocolo de Biossegurança (também conhecido por Protocolo de Cartagena), sob os auspícios da Convenção da Diversidade Biológica.¹⁰⁰

Ainda, em se falando das "dimensões" de direitos, há que se fazer referência, por fim, à chamada "quinta dimensão de direitos". São os "novos" direitos relativos às tecnologias de informação (internet), e da realidade e espaço virtual. Fala-se, atualmente, de uma "era digital", de "inclusão digital" e, por que não, de uma "cidadania digital". Tudo isto se deve ao impressionante impacto das novas tecnologias virtuais, como a cibernética, comércio eletrônico e redes de computadores. Houve uma transição da sociedade industrial para a sociedade da era virtual¹⁰¹.

Frise-se, que estas duas recentes "dimensões de direitos", têm direta relação com os impactos das novas tecnologias (biotecnologias e tecnologias da era digital). Representam sem dúvida, desafios inesperados para o direito estabelecido no decorrer da modernidade.

Assim como no tocante às biotecnologias (quarta dimensão), o debate sobre a normatização, regulamentação e controle do mundo digital, tem dividido opiniões. Alguns posicionam-se contrariamente à incidência legal na realidade virtual. Outros são favoráveis à aplicação do direito e da jurisprudência também no âmbito do ciberespaço.¹⁰²

¹⁰⁰ Este documento tem grande relevância na matéria de movimento transfronteiriço de OGMs (organismos geneticamente modificados). Acaba assim relacionando as chamadas terceira e quarta dimensões de direitos humanos, pois versa sobre matéria ambiental (latu sensu) e bioética. Atualmente este tema também tem importantes implicações comerciais, como revelam Peter Phillips e William Kerr: "Successful completion of the Protocol has the potencial to positively influence international trade in three significant ways. First, increased trade transparency according to the use the AIA (Advanced informed agreement) principle should remove friccion in the market. Second, the scientific risk assessment procedures should increase trade fairness by ensuring that risks to biodiversity from genetically modified products, whether domestic or foreign, are assessed consistently using credible scientific risk assessment procedures. Third, the Protocol should overcome the lack of domestic regulations in those countries with little or no experience with regulating genetically modified products. [...] The global benefit, shared by all countries, is the overall conservation and protection of biodiversity." (In. PHILLIPS, Peter. W.B. & KERR, William A. "Alternative Paradigms – The WTO Versus the Biosafety Protocol for Trade in Genetically Modified Organisms" *In. Journal of World Trade*. USA, V. 34, n. 4, August 2000, p.67).

¹⁰¹ Ver. LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*.

¹⁰² Cf. WOLKMER, Antônio Carlos "Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos 'Novos Direitos'", p. 15. Sobre isto, ver: ROVER, Aires José (Org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

É fato que alguns dos grandes problemas do mundo contemporâneo e que, portanto, são apresentados como problemas a serem resolvidos pelo direito (cujo sentido é justamente "resolver problemas" ou "solucionar conflitos"), decorrem das novas tecnologias, como a biotecnologia e a informática. Temos, então, o surgimento, no seio desta "quinta geração" de direitos, de alguns "ramos especializados" do tradicional direito moderno, tais como um "direito civil da informática" e um "direito penal da informática". O primeiro versaria sobre relações privadas em matéria de informática como direitos autorais, transações econômicas e comerciais, entre outros. O segundo trataria de formas preventivas e repressivas a fim de regular o uso cotidiano da informática.

Vale suscitar aqui uma discussão que será travada no quarto capítulo da tese. Trata-se do argumento de que a sociedade contemporânea e suas instituições de governabilidade, forjadas na modernidade, encontram-se em uma crise de proporções paradigmáticas.

Em consequência deste desequilíbrio haveria uma perda de governabilidade das instituições de governabilidade modernas, tais como o Estado de Direito e o Sistema Inter-estatal de Proteção dos Direitos Humanos. Restaria aos aparatos modernos apenas a tarefa de controle e repressão social, em outras palavras, garantir a sustentabilidade da ordem tal qual se encontra, ainda que socialmente injusta (uma vez que não estimula a produção, acelera as desigualdades sociais em uma dimensão global nunca vista) e ambientalmente degradante.

De maneira consciente ou não, diversos autores seguem de certa forma o *mainstream* regulatório do direito moderno, sustentando que urge ao direito regulamentar a ciência da informática, o direito à privacidade e à informação, e o controle de crimes através da rede: incitação de crimes de uso de droga, racismo, abuso e exploração de outros.¹⁰³

Assim como os direitos de "quarta dimensão" aqui, também, as referências normativas são escassas. Destaca-se a existência de projetos de lei tramitando no

¹⁰³ Cf. WOLKMER, Antônio Carlos "Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos 'Novos Direitos'.", p.16.

Congresso Nacional Brasileiro, mais especificamente relacionados com a punição à pornografia e à violência por meio de mensagens eletrônicas e da *internet*.¹⁰⁴

Em se tratando de "novos" direitos, cumpre apresentar uma problematização referente, sobretudo, aos direitos de quarta e quinta dimensões, com relação à titularidade dos mesmos (que pode ser individual, coletiva e difusa). Observa-se que os chamados direitos de quarta e quinta dimensões podem consagrar direitos tanto puramente individuais, como, também, metaindividuais (coletivos e difusos). Sobre isto, preleciona Paulo de Tarso Brandão, que “as gerações de direitos terminam por induzir ao errôneo entendimento de que a evolução dá-se sempre no sentido da coletivização do exercício dos direitos, o que não corresponde à realidade. [...] o espaço dos direitos de cunho individual continua a existir plenamente, evoluem e até se ampliam, como ocorreu com a tutela da intimidade [...]”.¹⁰⁵

Este autor sustenta ainda que os direitos de quarta e quinta dimensões contemplam direitos classificados como tipicamente individuais, sociais e transindividuais. Assim, por exemplo, os direitos decorrentes da biotecnologia e da bioengenharia ensejam direitos sociais, que podem dizer respeito ao consumidor quando se trata de alimentos modificados geneticamente.¹⁰⁶

A mesma biotecnologia pode, portanto, apresentar uma questão de direitos coletivos e difusos (ex: impactos sobre o meio ambiente, a qualidade de vida, entre outros), uma questão de interesses individuais (ex: eutanásia, transplantes de órgãos e conservação artificial da vida), e também uma questão de direitos de quarta dimensão (possibilidade de afetar a “integridade genética” ou “patrimônio genético da humanidade”).

Esta diversidade de contextualizações possíveis dos "novos" direitos também implica em desafios processuais com relação às formas de garantir a tutela destes direitos.

¹⁰⁴ Cf. WOLKMER, Antônio Carlos "Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos 'Novos Direitos'", p.16. Sobre este assunto ver: LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: Editora 34, 1996.

¹⁰⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *A tutela judicial dos "novos" direitos: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania*. Florianópolis: CPGD, 2000, p.126.

¹⁰⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *A tutela judicial dos "novos" direitos*, p.126.

O direito tem-se mostrado bastante lento ou até inerte, se contextualizado com a rapidez do avanço da ciência em matéria de biotecnologia e informática.¹⁰⁷

Dentro da ótica jurídica, algumas reflexões racionalizadoras merecem ser citadas. Pensadores como Antônio Carlos Wolkmer e Roxana Cardoso Borges, sustentam a urgência em criar e incorporar novas concepções de direito, pautados pela ampliação "de direitos individuais para a categoria de direitos coletivos *lato sensu*", ou ainda "uma inesperada mudança no conceito de alguns institutos jurídicos, como processo, dano, propriedade, vida e reordenação do sistema jurídico [...]", rumo a uma concepção "interdisciplinar e solidária do Direito".¹⁰⁸

Em razão de esforços doutrinários, já presentes desde o final do período ditatorial brasileiro, uma série de disposições normativas têm surgido no intuito de consagrar esta nova juridicidade metaindividual (coletiva e difusa).

Pode-se destacar instrumentos como a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7347/95), a lei de proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei n. 7853/89); o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei. 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), bem como disposições constitucionais sobre os direitos da personalidade (Constituição brasileira de 1988: Título II, Capítulo I, art. 5º, V, IX, X, XIV, XXV, XXVII e XXVIII).

Do exposto acima, neste item, fica clara, a relação de necessária dependência dos titulares destes "novos" direitos em relação ao Estado, para a concretização dos mesmos. Tem-se aqui, um eixo crítico deste trabalho. Ora, em que medida o Estado-nação (agente regulatório central da modernidade), que vem perdendo, a nosso ver, o status central, tem condições, no mundo contemporâneo (com sua complexidade e ambigüidade), de dar conta das reivindicações de todas estas dimensões de direitos?

Em que pese a coerência lógica e normativa das cinco "dimensões" de direitos, há que se analisar a própria condição do Estado de Direito no contexto da modernidade, para bem compreendermos os reais desafios à realização dos citados direitos. Destacamos neste trabalho que os chamados direitos de quarta dimensão, trazem um dilema, para o

¹⁰⁷ SALDANHA, C. B.; BRANDÃO, P.T.; FERNANDES, T.B. Bioética e biodireito. In. CARLIN, Volnei I. (Org.) *Ética & bioética: novo direito e ciências médicas*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, p. 102.

¹⁰⁸ BORGES, Roxana Cardoso B. Processo, ação civil pública e defesa do meio ambiente: os direitos difusos em busca de uma concepção não-individualista de tutela e ampla legitimidade. In. LEITE, José R. Morato (org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p.158.

qual o Estado de Direito Moderno não estaria preparado. Isto implicaria em uma insuficiência paradigmática do Estado de Direito para solucionar os novos conflitos daí advindos, mesmo em se considerando todos os avanços normativos e processuais acima citados.

1.2.2 - O Direito e a ciência como fatores históricos de unificação da humanidade

Neste contexto dos direitos de quarta e quinta dimensão (a que se pode chamar de “novos direitos” da atualidade) fica nítida a relação entre direito e ciência. Isto está relacionado à idéia de que os elementos dor física - sofrimento moral e descobertas científicas - invenções técnicas, têm sido peças chave no movimento constante de unificação da humanidade no decorrer da história, como relata Fábio Comparato. Segundo este autor, as invenções científico-tecnológicas e a afirmação dos direitos humanos, são os dois grandes fatores de solidariedade humana. A ciência, de ordem mais técnica, constitui elemento transformador dos meios ou instrumentos de convivência, sendo indiferente aos fins; o Direito, de ordem ética, procura submeter a vida social ao valor supremo da justiça.¹⁰⁹

Neste sentido, a solidariedade humana manifesta-se em três dimensões: 1- dentro de cada grupo; 2- no relacionamento externo entre grupos, povos e nações; 3- entre as sucessivas gerações na história. Sobre isto, Montesquieu já teria se pronunciado, na primeira metade do século XVIII:

Se eu soubesse de algo que fosse útil a mim, mas prejudicial à minha família, eu o rejeitaria de meu espírito. Se soubesse de algo útil à minha família, mas

¹⁰⁹ “A solidariedade técnica traduz-se pela padronização de costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e de comunicação. Paralelamente, a solidariedade ética, fundada sobre o respeito aos direitos humanos, estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva. [...] Ambas essas formas de solidariedade são, na verdade, complementares e indispensáveis para que o movimento de unificação da humanidade não sofra interrupção ou desvio. A concentração do gênero humano sobre si mesmo, como resultado da evolução tecnológica no limitado espaço terrestre, se não for completa pela harmonização ética, fundada nos direitos humanos, tende à desagregação social, em razão da fatal prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos. Por sua vez, sem a contribuição constante do progresso técnico, não se criam as condições materiais indispensáveis ao fortalecimento universal da comunhão humana: os diferentes grupos sociais permanecem distantes uns dos outros, desenvolvendo mais os fermentos de divisão do que os laços de colaboração mútua.” *In: COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos*, p. 37.

não à minha pátria, procuraria esquecê-lo. Se soubesse de algo útil à minha pátria, mas prejudicial à Europa, ou então útil à Europa, mas prejudicial ao Gênero humano, consideraria isto como um crime.¹¹⁰

Para melhor compreensão deste dilema, passamos a uma reflexão do paradigma moderno propriamente dito. Analisamos a seguir, no próximo item, os elementos fundantes do paradigma em questão, como o Estado-Nação e Estado de Direito.

1.3. MODERNIDADE: ESTADO DE DIREITO E DIREITOS HUMANOS.

1.3.1. A Modernidade e os Direitos Humanos

Como já analisado, a compreensão do contexto da modernidade é fundamental para a problematização de sua crise paradigmática, bem como os dilemas colocados ao seu núcleo jurídico: os direitos humanos. Resta claro, que a modernidade, entendida como cultura jurídica oriunda da Europa Ocidental entre os séculos XVII e XIX, teve ensejo em meio ao encontro de diversos fatores: o modo de produção capitalista; a organização social burguesa; a projeção doutrinária liberal-individualista e a consagração da política estatal centralizada¹¹¹. Desta forma, "o Direito da sociedade moderna passa

¹¹⁰ MONTESQUIEU, *Mes Pensées*, em *Oeuvres Complètes*, Paris, Gallimard, V.1, p. 981, *Apud*. COMPARATO, F. K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. p.39.

¹¹¹ Sobre o tema da formação do estado moderno e seu aspecto centralizador, Wolkmer destaca a importância da Revolução Francesa: "[...] Ainda que os primórdios do modelo da legalidade devam ser encontrados na doutrina clássica do Direito Natural, no liberal-contratualismo e no racionalismo cartesiano, foi a França pós-revolucionária que reconheceu e consolidou a tese da universalização e da formalização dos direitos naturais do homem. O certo é que se estimulou, sob a égide de um Estado-Nação unificado, o processo de integração dos múltiplos sistemas legais sob o fundamento da igualdade de todos indivíduos perante uma legislação comum. Assim, em face de crescentes modificações, a sociedade moderna européia não só favorece a emergência de uma estrutura centralizada de poder (Estado-nação Soberano), como edifica uma concepção monista de regulação social e uma racionalização normativa técnico-formalista (ciência jurídica), que tem no Estado a fonte legitimadora por excelência. Constrói-se, neste sentido, a teoria e a prática jurídica assentadas sobre uma concepção individualista, patrimonial e científica, em que o Direito expressa o que está na lei escrita e o Estado, a fonte direta e exclusiva de todas as normas sociais válidas."(grifo nosso). In. WOLKMER, Antônio Carlos "Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos 'Novos Direitos'." p.2.

por uma uniformização secular, subordinando suas instituições de aplicação da justiça e aglutinando seus operadores jurídicos à vontade estatal soberana."¹¹²

A título de problematização,¹¹³ podemos afirmar que a atual crise do Estado-Nação, sobretudo no que se refere à concretização dos direitos humanos para os contingentes populacionais excluídos da vigente “cidadania de consumo”, tem suas origens já nos primeiros delineamentos do paradigma moderno, nos moldes europeus (totalizante e com pretensões de “universalização” para os nele “incluídos” ou seja, para os “não-estranhos”). Assim, por exemplo, sobre o que se chamou de “descoberta” da América (aceita por alguns como o marco introdutório da modernidade, em lugar das revoluções civis-burguesas), é necessário frisar que os espanhóis e portugueses não descobriram nada¹¹⁴. Tudo já estava aqui e tinha donos milenares¹¹⁵. É o que declara Eduardo Galeano:

¹¹² WOLKMER, Antônio Carlos "Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos 'Novos Direitos'." In. WOLKMER, Antônio Carlos & MORATO LEITE, José Rubens. *Os "Novos" Direitos no Brasil - Natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.1-30.

¹¹³ Aproveitamos esta oportunidade para problematizar a perspectiva ocidental e europeia de Direitos Humanos e Estado Moderno, muitas vezes assimilado pelos pensadores e operadores do direito sem maiores reflexões críticas. O tema é muito abrangente e exigiria uma abordagem diversa (o que fizemos por ocasião de nossa dissertação de mestrado – *O Direito à vida e os Novos Movimentos Sociais na perspectiva da Ética da Alteridade e da Teoria das Necessidades*), da que é dada nesta tese.

¹¹⁴ Em se tratando de Direitos Humanos e modernidade é bom fazer referência (raras em trabalhos acadêmicos) a Bartolomé de Las Casas, o primeiro “filósofo da libertação latino americana”. Para ele “o motivo (final) pelo qual os cristãos mataram e destruíram tantas e tais e tão infinito número de almas foi apenas por ter seu fim último, o ouro, e encher-se de riquezas em poucos dias, e, ainda, subir a postos muito elevados, por serem estes desproporcionais a suas pessoas (referindo-se aos nativos americanos)” LAS CASAS, Bartolomé de. *O Paraíso destruído. Brevíssima relação da destruição das Índias - A sangrenta História da Conquista da América Espanhola*. 2ed.Porto Alegre: L&PM editores, 1984.

Las Casas pode ser citado como o primeiro teórico da filosofia da libertação latino americana, exercendo grande influência em Henrique Dussel, como se vê no trecho a seguir: “O ouro e a prata, a riqueza, é exatamente o projeto existencial do homem moderno europeu, do homem burguês medieval que, como não era nobre (não podia tender a estar-na-honra), nem na igreja (não podia tender a estar-na-santidade) teve de se contentar com o projeto desprezado de estar-na-riqueza.” In. DUSSEL, Enrique. *Caminhos de Libertação Latino Americana II*, São Paulo: Edições Paulinas, 1985. p.59.

¹¹⁵ Cite-se a cidade de Technochitlán, por exemplo, capital dos astecas, que antes da chegada dos espanhóis possuía uma população de mais de trezentos mil habitantes, sendo maior do que as maiores cidades europeias da época (Londres, Paris, Roma ou Madrid). O que houve na verdade foi uma terrível e cruel conquista: “A política dos conquistadores parece ter sido uma só: *terra arrasada*”.[...] “Com efeito, os espanhóis e portugueses não se contentaram apenas em levar as riquezas da superfície, mas também as das entranhas da terra. Não se limitaram a matar os homens, mulheres e crianças já nascidos. Matavam-nos também no ventre das próprias mães.” Ou ainda” [...] na época da chegada dos espanhóis só o México contava com 25 milhões de habitantes e toda América com cerca de 70 milhões”, sendo que “em 1600 o México todo contava apenas com um milhão”. Assim podemos ter uma idéia da extensão do massacre efetuado pelos “cristãos” espanhóis. (ZIMMERMANN, Roque. *América Latina: o não ser. Uma abordagem filosófica a partir de Enrique Dussel*. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 86)

Em 1492, a América foi invadida, não descoberta, pela mesma óbvia comprovação de que no ano 218 antes de Cristo a Espanha foi invadida e não descoberta, pelas legiões romanas. Cabe afirmar, contudo, que a América não foi descoberta em 1492, porque aqueles que a invadiram não souberam, ou não puderam ‘vê-la’.¹¹⁶

Feita esta breve “provocação” inicial, passamos a analisar a modernidade como categoria, propriamente dita. Adotamos aqui, por entender bastante completo e didático, o raciocínio de Boaventura de Souza Santos¹¹⁷, que descreve a modernidade, sustentando desde logo, segundo ele, a sua insustentabilidade e a necessidade de mudança paradigmática, com vistas a um conhecimento emancipatório e não mais meramente um conhecimento-regulatório ao qual tem se prestado a racionalidade científico-tecnológica determinante da modernidade dos dias atuais.

De acordo com este autor, a modernidade, originalmente, constitui-se com base em dois pilares: *O pilar da regulação*; formado por três princípios: o princípio do Estado (Hobbes), o princípio do mercado (Locke) e o princípio da comunidade (Rousseau); e o *pilar da Emancipação*; formado por três dimensões da racionalização e secularização da vida coletiva: a racionalidade moral prática do direito moderno; a racionalidade cognitivo-experimental da ciência e da técnica modernas; e a racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura modernas.

O equilíbrio pretendido entre a regulação e a emancipação obtém-se pelo desenvolvimento harmonioso de cada um dos pilares e das relações dinâmicas entre eles¹¹⁸.

¹¹⁶ GALEANO, Eduardo. *Para que la América se descubra a si misma*. In. Seqüência, nº 26, Florianópolis, julho de 1993, p.78-81. Este autor coloca como desafio para a América recuperar a sua realidade. Para tanto é preciso recuperar a realidade histórica, “a mentida”, “a escondida”. Neste sentido também é o entendimento de TODOROV: “Se a palavra genocídio foi alguma vez aplicada com precisão a um caso, então é esse. É um recorde, parece-me, não somente em termos relativos (uma destruição da ordem de 90% e mais), mas também absolutos [...] Nenhum dos grandes massacres do século XX pode comparar-se a esta hecatombe.” (TODOROV, Tzvetan. *A Conquista da América – a questão do Outro*. São Paulo: Martins Fontes, 1983. p.131-134).

¹¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice - O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1996, p.236.

¹¹⁸ Pondera o autor: “Esta dupla vinculação é capaz de assegurar o desenvolvimento harmonioso de valores tendencialmente contraditórios, da justiça e da autonomia, da solidariedade e da identidade, da emancipação e da subjetividade, da igualdade e da liberdade [...] Mas é fácil ver que um horizonte tão excessivo contém, em si mesmo, o germen de um déficit irreparável. Por um lado, a construção abstrata dos pilares confere a cada um deles uma aspiração de infinitude, uma vocação maximalista, quer seja a máxima

Contudo, observa o autor, que desde o início da modernidade o equilíbrio buscado entre regulação e emancipação não ocorreu, havendo predominância do princípio do mercado, algumas vezes juntamente com o princípio do Estado.¹¹⁹

Nesta medida, o desequilíbrio entre regulação e emancipação e o conseqüente excesso de regulação em que veio a saldar-se resultou de desequilíbrios, tanto no seio do pilar da regulação, como no da emancipação.¹²⁰

Desta forma, o Capitalismo originário da modernidade, poderia ser dividido em três períodos (desde o *capitalismo liberal*, passando pelo *capitalismo organizado* até o atual estágio de *capitalismo desorganizado*).¹²¹

O período do capitalismo desorganizado, atual, representa a consciência de que o “défice” da modernidade é de fato irreparável e maior do que se julgou anteriormente, de modo que, para Boaventura de Souza Santos, não faz sentido continuar à espera que o projeto da modernidade cumpra-se no que até agora não se cumpriu¹²².

O que caracteriza este período é o surgimento de vários “Novos Movimentos Sociais - NMSs”, que introduzem reivindicações diferentes da Luta de Classes, e têm grande importância em contextos periféricos como o Brasil, por serem suas reivindicações bastante localizadas e práticas, ao que o autor denomina de lógica da “pós-

regulação ou a máxima emancipação, que torna problemáticas, se não mesmo impensáveis, estratégias de compatibilização entre eles, as quais necessariamente terão de ser assentes em cedências mútuas e compromissos pragmáticos”. (SANTOS. *Pela mão de Alice*, p.78; Ver também, do mesmo autor: *Crítica da Razão Indolente*).

¹¹⁹ Para Boaventura Santos, o projeto sócio-cultural da modernidade constitui-se entre o século XVI e final do século XVIII, sendo que a partir daí se inicia seu verdadeiro teste, momento em que coincide com a emergência do capitalismo, principalmente a partir da primeira grande onda de industrialização.

¹²⁰ Em relação ao pilar da emancipação, observa-se que historicamente, a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica desenvolveu-se em detrimento das demais racionalidades e acabou por colonizá-las. Neste sentido, ressalta Santos que “a hipertrofia da racionalidade cognitivo-instrumental acarretou a própria transformação da ciência moderna através da progressiva hegemonia das epistemologias positivistas, uma transformação que, se não foi determinada pela conversão da ciência em força produtiva do capitalismo, teve com ela fortíssimas afinidades eletivas.” (In. SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice*, p. 78).

¹²¹ 1º Período: Capitalismo Liberal, que cobre todo o século XIX. Este período tornou claro no plano social e político que o projeto da modernidade era demasiado ambicioso e internamente contraditório e que, por isso, o excesso das promessas se saldaria historicamente num défice talvez irreparável; 2º. Período: Capitalismo organizado. Este período tentou cumprir, muitas vezes em excesso, algumas das promessas, visando diminuir o défice, mesmo que irreparável. Inicia-se no final do século XIX atingindo seu apogeu entre as duas guerras mundiais e nas primeiras décadas após a segunda guerra; 3º. Período. Trata-se do chamado Capitalismo Desorganizado, originado na década de 60 do século XX. É o estágio atual. (Sobre isto verificar. SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice*, p.76-92).

¹²² Este é um dos grandes temas da tese e será melhor abordado no final desta primeira parte, mais precisamente no seu capítulo quarto.

modernidade de resistência”, identificada com as chamadas “*mini-racionalidades críticas*”.¹²³

Ao estabelecer os quatro espaços da sociedade moderna (espaço global, espaço da cidadania, espaço da família e espaço da produção) e analisá-los separadamente, este autor critica a atual lógica capitalista que prega justamente a apolitização, dificultando a prática do princípio da comunidade e emancipação das subjetividades em cada um destes espaços-tempo, o que impossibilita a emergência e articulação das citadas mini-racionalidades.

1.3.1.1. Algumas características do mundo moderno.

Antes de adentrar propriamente a questão dos direitos humanos é preciso aprofundar um pouco mais as características do mundo moderno, palco de grandes conflitos, revoluções, e certamente do nascimento do paradigma jurídico positivista ocidental (e com ele das grandes teorias de Direitos Humanos)

O contexto da “modernidade” está inexoravelmente ligado ao que se chama *civilização ocidental*. A expressão *modernidade* enseja em si mesma, a afirmação da civilização européia, central, ou ocidental.¹²⁴

O que se denomina Civilização Ocidental, é no entendimento do historiador britânico Eric Hobsbawm, um modelo de civilização típico da modernidade, que apresentou seu apogeu no século XIX, iniciando seu declínio com a primeira guerra mundial. Nos dizeres deste importante historiador inglês:

Tratava-se de uma civilização capitalista na economia, liberal na estrutura legal e constitucional; burguesa na imagem de sua classe hegemônica característica; exultante com o avanço da ciência, do conhecimento e da

¹²³ Esclarece o autor que “[...] a idéia moderna da racionalidade global da vida social e pessoal acabou por se desintegrar numa miríade de mini-racionalidades ao serviço de uma irracionalidade global inabarcável e incontável. É possível reinventar as mini-racionalidades da vida de modo a que elas deixem de ser partes de um todo e passem a ser totalidades presentes em múltiplas partes. É essa a lógica de uma possível pós-modernidade de resistência”. In. *Pela mão de Alice*, p.102.

¹²⁴ Esta relação entre modernidade, civilização e cultura, foi primeiramente abordada por Sigmund Freud em seu clássico *Civilization and its Discontents*, a que traduzimos por *O mal-estar da Modernidade*. Em texto muito interessante o sociólogo polonês Zygmunt Bauman, refere-se ao *Mal-Estar da Pós-modernidade*. Este autor é bastante referenciado nesta tese, sobretudo por sua clareza de análise em relação aos tempos contemporâneos, de “pós-modernidade” segundo ele.

educação e também com o progresso material e moral; e profundamente convencida da centralidade da Europa, berço das revoluções da ciência, das artes, da política e da indústria, e cuja economia prevalecera na maior parte do mundo, que seus soldados haviam conquistado e subjugado; uma Europa cujas populações (incluindo-se o vasto e crescente fluxo de emigrantes europeus e seus descendentes) haviam crescido até somar um terço da raça humana; e cujos maiores Estados constituíam o sistema da política mundial.¹²⁵

Cumprе ressaltar que a categoria *civilização ocidental* pode ser considerada um dos alicerces do capitalismo e do liberalismo individualista, que, por sua vez, influenciaram e ainda influenciam profundamente a concepção liberal e individualista de direito e, portanto, também dos direitos humanos. É o que esclarece este autor:

Durante o século XIX, alguns países - sobretudo aqueles às margens do Atlântico Norte - conquistaram o resto do globo não europeu com ridícula facilidade. Onde não se deram ao trabalho de ocupar e dominar, os países do ocidente estabeleceram uma superioridade ainda mais incontestável com seu sistema econômico e social, sua organização e tecnologia. O capitalismo e a sociedade burguesa transformaram e dominaram o mundo, e ofereceram o modelo - até 1917 o único modelo- para os que não queriam ser deixados para trás ou devorados pela máquina mortífera da história. Depois de 1917, o comunismo soviético ofereceu um modelo alternativo, mas essencialmente do mesmo tipo, exceto por dispensar a empresa privada e as instituições liberais. A história do século XX do mundo não ocidental, ou mais exatamente, não Norte Ocidental, é portanto determinada por suas relações como os países que se estabeleceram no século XIX como os senhores da espécie humana.(grifo do autor).¹²⁶

Seguindo esta linha de análise crítica, constata-se que a dinâmica da maior parte da história do mundo no “breve século XX” é derivada, não original. Consiste essencialmente das tentativas das elites das sociedades não burguesas de imitar o modelo em que o Ocidente foi pioneiro, visto como o de sociedades que geram progresso, e a

¹²⁵ HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos - O breve século XX. 1914-1991*. 2 ed. São Paulo:Companhia das Letras, 1994, p.16. Este autor descreve a história desta civilização nos 3 volumes do que chama O LONGO SÉCULO XIX (da década de 1780 a 1914); quais sejam: A Idade da Revolução (1789-1848), A idade do Capital (1848-1875) e A Idade dos Impérios (1875-1914).

¹²⁶ Para essa sociedade, as décadas que vão da eclosão da 1ª guerra mundial aos resultados da 2ª foram uma Era da Catástrofe. Houve ocasiões em que mesmo conservadores inteligentes não apostaram em sua sobrevivência. Os imensos impérios coloniais erguidos durante a Era dos Impérios foram abalados e ruíram em pó. (In. HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos - O breve século XX*, p.198).

forma de poder e cultura da riqueza, com o “desenvolvimento” tecno-científico, numa variante capitalista ou socialista. Não havia outro modelo operacional além da “ocidentalização” ou “modernização”, ou o que se queira chamá-lo.

Desta feita, isto tudo determinou que “a história dos responsáveis pelas transformações no 3º mundo¹²⁷ neste século, é a história da elite, às vezes relativamente minúscula, pois além da quase total ausência de instituições de política democrática - só uma minúscula camada possuía o necessário conhecimento, educação, ou mesmo alfabetização elementar.”¹²⁸

Ao fim do século XX, principalmente a partir da década de 70, a economia mundial vem se caracterizando pela “transnacionalidade”, operando sobre as barreiras da ideologia do Estado.

Este contexto é marcado pelo surgimento de iniciativas emancipatórias, sobretudo em realidades periféricas como a da América Latina: os chamados Novos Movimentos Sociais.¹²⁹ O final dos anos sessenta constituiu o palco privilegiado para o surgimento destes movimentos, tornando-se também importante referência para os anos 90.¹³⁰

Não há que se pensar, portanto, os Direitos Humanos fora de seu contexto histórico, político, social e econômico.

O início da história dos direitos humanos conforme concebidos pela modernidade coincide com a formação dos chamados “Estados Modernos” e com a consagração do Direito estatal de cunho individualista. Isto é, predomina na modernidade uma visão individualista e positivista dos direitos humanos.

Pode-se afirmar que o paradigma jurídico moderno (liberal-individualista) apresenta os seguintes elementos teóricos instrumentais / características principais, a saber: geral, abstrato, coercível e impessoal.

¹²⁷ Em relação ao terceiro mundo segue-se o entendimento de Hobsbawn, para quem “descolonização e revolução transformaram de modo impressionante o mapa político do globo. O número de Estados internacionalmente reconhecidos como independentes na Ásia quintuplicaram. Na África, onde havia um em 1939, agora eram cerca de 50. Mesmo nas Américas, onde a descolonização do início do século XX deixara atrás, umas 20 repúblicas latinas, a de então acrescentou mais uma dúzia. Contudo, o mais importante nelas não era o seu número, mas seu enorme e crescente peso demográfico, e a pressão que representavam coletivamente.” (In. HOBBSAWN. Eric. *Era dos Extremos - O breve século XX*, p.337).

¹²⁸ HOBBSAWN. Eric. *Era dos Extremos - O breve século XX*, p.201.

¹²⁹ Ver. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. p.261-263.

¹³⁰ Os Movimentos sociais dos anos 60 tentaram pela primeira vez combater os excessos de regulação da modernidade através de uma nova equação entre subjetividade, cidadania e emancipação. (*Pela mão de Alice*, p.261-263).

Por outro lado, no paradigma moderno, liberal, de direitos humanos, uma característica marcante, que foi se acentuando cada vez mais com a ascensão da classe burguesa ao poder, foi o sistema de freios ao poder.

Como se pode notar, não se apresenta, até aqui um modelo ideal. O sistema legalista de freios ao poder tem falhas, o que não implica o desconhecimento de sua importância, que são facilmente notadas nos dias de hoje, uma vez que “mesmo em países de longa estabilidade política e tradição jurídica, os Direitos Humanos são, em diversas situações concretas, rasgados e vilipendiados”.¹³¹

A técnica de estabelecer freios ao poder, na linha da sua tradição ocidental, certamente não é o único caminho possível para a vigência dos Direitos Humanos, não sendo, tampouco, como esclarece João Batista Herkenhoff “da essência de um regime de Direitos Humanos a separação entre o conjunto jurídico e os outros domínios da existência humana, como o domínio religioso, moral, social [...]”. Conclui o autor que “cada povo tem de ser respeitado na escolha de seu destino e de suas estratégias de viver” e que “o ocidente repetirá os mesmos erros do passado se insistir na existência de um modelo único para a expressão e proteção dos Direitos Humanos”.¹³²

Como visto anteriormente, o fundamento dos direitos humanos, de cunho marcadamente ético, está sempre a postos para “reforçar” a crença nos mesmos.¹³³

Deduz-se, logo de início, portanto, que o fundamento de determinada organização social não pode ser apenas a força, impondo-se também o princípio ético. Ocorre que até a idade moderna, o fundamento (justificativa ética) do direito vigente era de caráter transcendente: com fundamento na natureza ou com base na divindade, o que não é o caso da modernidade e muito menos deste seu atual estágio. Haveria então uma necessidade e possibilidade de refundação transcendental (ético-religiosa-espiritual) da dignidade humana e dos direitos humanos?

¹³¹ HERKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos Humanos – Gênese dos Direitos Humanos*. V.1, São Paulo: Acadêmica, 1994. p.52.

¹³² HERKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos Humanos – Gênese dos Direitos Humanos*. p.54.

¹³³ A problemática, dos fundamentos dos direitos humanos é abordada por Fábio Konder Comparato. Este autor remete imediatamente às origens da filosofia grega e ao pensamento moderno, sobretudo em Kant: “Temos pois que enquanto em Aristóteles, princípio ou fundamento significa essencialmente a fonte ou origem de algo, na filosofia ética de Kant, passa a significar a razão justificativa.(GRUND)”.In. COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos Direitos Humanos*. Livro Delta 1, USP, 1998, p.4.

No que diz respeito aos direitos humanos, privilegia-se a sua contextualização dentro da modernidade. Quais são seus elementos mais determinantes? Quais os efeitos da conformação social moderna para a construção do paradigma jurídico em vigor? Estaria este paradigma em crise, quais os aspectos e alternativas a esta crise, se é que ela existe?

Por modernidade entende-se aqui, uma nova visão de mundo que emerge fundada numa racionalização ético-filosófica e técnico-produtiva, expressando valores, crenças e interesses próprios das camadas sociais emergentes em luta contra o feudalismo aristocrático fundiário. Fatores como o renascimento, a reforma, o processo de secularização, as transformações econômico-mercantis, e o progresso científico favoreceram o advento de uma cultura liberal individualista que, por sua vez, permitiu a consagração dos Direitos Humanos. Tudo isto faz do “ser individual”, um “ser-absoluto”.

Para melhor situar a descrição da modernidade como um período de dessacralização, desencantamento ou, como também podemos chamar, de “perda de sentido”, referimo-nos a Max Weber, sobretudo, com base em um estudo feito de sua obra, por Antônio Flávio Pierucci. Destacamos, para os efeitos desta tese, justamente, a “perda de sentido” perpetrada pelo “desencantamento científico”.¹³⁴

A ciência moderna retira o sentido do mundo agora transformado em “mecanismo causal”, ou em “cosmos da causalidade natural”, isto é, em “algo sem mistérios insondáveis, perfeitamente explicável em cada elo causal mas não no todo, fragmentário, esburacado, ‘quebradiço e esvaziado de valor’.”¹³⁵ Com relação a isto, conclui Pierucci:

Pensando bem, isto é que é verdadeiramente radical no desencantamento *científico* do mundo, o desencantamento na acepção mais radical do termo, dimensão extremada que ele só vai assumir quando Weber em sua maturidade, assumir por sua vez e resignadamente, o ponto de vista da diagnose do tempo presente. Hoje, na medida em que nossa própria capacidade de suportar a condição humana foi ela própria desencantada e nosso próprio proceder diante de escolhas a fazer foi ‘despojado de sua

¹³⁴ A questão da “perda de sentido” decorrente do avanço da ciência, como uma característica da modernidade tem seus efeitos potencializados com o advento da biotecnologia. A temática do desencantamento será, portanto, melhor aprofundada no decorrer da tese, sobretudo no último capítulo. Por ora pretendemos apresentar as diversas perspectivas e fundamentações da modernidade.

¹³⁵ PIERUCCI, Antônio Flávio. *O Desencantamento do mundo. Todos os passos do conceito em Max Weber*, p.159

genuína plasticidade interior'¹³⁶, o mundo real, a realidade do mundo em si mesmo, o mundo que criamos com o trabalho, a ciência e a tecnologia, resiste bravamente a todo projeto de reencantamento metafísico da Totalidade. (grifo nosso).¹³⁷

A idade moderna, aqui, portanto, interessa mais de perto. Conforme apresentamos acima, seus efeitos mais recentes (século XX) têm origem no histórico processo de “desencantamento”, decorrente do racionalismo lógico – científico, que caracteriza este paradigma societal. Isto vem a apresentar um problema complexo para os direitos humanos, uma vez que estes têm profunda influência transcendental e religiosa. Neste sentido vale destacar, também, um trecho de Fábio Comparato:

A idade moderna, que irrompe no campo ético-religioso com a crise da consciência europeia do século XVII, assistiu ao esfacelamento dos fundamentos divinos da ética, na cultura ocidental, de formação judaico-cristã. É certo que a atual ascensão das tendências fundamentalistas representa uma reação importante contra o laicismo moral. Mas ao mesmo tempo o grande avanço das comunicações “torna difícil a aceitação de uma única revelação divina como fundamento absoluto da ética.”¹³⁸

Conclui-se, com base neste autor, que a modernidade e principalmente o século XVIII, oferece o terreno para a validade destes direitos, cujos principais expoentes

¹³⁶ WEBER, Max. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, p. 604; Apud. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O Desencantamento do mundo*, p.159

¹³⁷ PIERUCCI, Antônio Flávio. *O Desencantamento do mundo*, p.159. Assim é que a ciência, pautada pelo cálculo, vem se contituir como elemento “desencantador” por excelência. E esclarece ainda este autor: “A ciência desencanta porque o cálculo desvaloriza os incalculáveis mistérios da vida. [...] o cálculo é um traço inescapável da intelectualização modernizadora e, por conseguinte, ato próprio da mente quando abstrai, essa subversiva força propulsora do moderno que a tudo e em toda parte penetra e se aprofunda para, no entanto, manter a alma na superfície ‘naturalizada’ de suas objetivações. Weber parece sugerir que já em seu tempo um tipo diferente de desafio, inteiramente trivial e, nesse sentido, onipresente e por isso mesmo incontornável, perpassava de ponta a ponta a cultura moderna. Por isso essa outra definição do desencantamento do mundo explode as fronteiras de sua acepção estritamente religiosa de ‘eliminação da magia como meio de salvação’, para abranger toda a mentalidade de uma época que, de modo mais geral e mais a fundo, desvaloriza o misterioso *porque incalculável*, em favor do conhecimento hipotético-matemático cientificamente configurado, para o qual ‘é possível, em princípio, tudo dominar mediante o cálculo’ [*durch Berechnen bererrenchen*].” (In. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O Desencantamento do mundo*, p.161).

¹³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos Direitos Humanos*. p.5.

doutrinais são o jusnaturalismo e o juspositivismo¹³⁹, com destaque para o positivismo jurídico que acabou impondo-se.

É este mesmo modelo positivista, sobretudo em seu enfoque originariamente individualista, liberal e burguês, que vem encontrando limitações em relação a sua fundamentação.¹⁴⁰ Sobre isto pondera Fábio Konder Comparato:

A grande falha teórica do positivismo, porém, como as experiências totalitárias do século XX cruamente demonstraram, é a sua incapacidade (ou formal recusa) em encontrar um fundamento ou razão justificativa para o direito, sem recair em mera tautologia. O fundamento ou princípio de algo existe sempre fora dele, como sua causa transcendente, não podendo pois nunca, sob o aspecto lógico e ontológico, ser confundido com um de seus elementos componentes.¹⁴¹

Continua o autor, para concluir que:

Tudo isto significa a rigor, que a afirmação de autênticos direitos humanos é incompatível com uma concepção positivista do direito. O positivismo contenta-se com a validade formal das normas jurídicas, quando todo o problema situa-se numa esfera mais profunda correspondente ao valor ético do direito.¹⁴² (grifo nosso)

Este dilema vai repetir-se em todo o curso da modernidade até aprofundar-se de forma radical nos tempos atuais, como destaca o dilema direitos-humanos X biotecnologia. Parece que a bioética compreendeu, por assim dizer, as limitações (éticas e fundantes) do paradigma positivista e procurou emancipar-se deste, até mesmo visando reforçá-lo e utilizar-se dele em defesa de seus valores.

¹³⁹ O antinaturalismo ou voluntarismo de Hobbes, Locke e Rousseau, parte principalmente da idéia de que a sociedade política funda-se na necessidade de proteção do homem contra os riscos de uma vida segundo o ‘estado de natureza’, onde se destaca a ‘insegurança máxima’. Daí resulta a grande matriz do positivismo jurídico: a explicação formal do direito. Sobre a dualidade Direito natural – Direito positivo. Neste particular ver. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 35-46; e BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹⁴⁰ Pode-se afirmar que a “queda” do jusnaturalismo, e ascensão do positivismo (quase que “nas suas costas” como sugere Michel Miaille. *Introdução crítica ao direito*. 2 ed. Lisboa: Editora Estampa, 1989), apresenta entre outros os seguintes marcos históricos: promulgação dos códigos (Napoleão) e ataque do historicismo jurídico alemão.

¹⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos Direitos Humanos*, p.6.

¹⁴² Este é também parece ser o entendimento de Hegel, para quem “fundamento só existe como fundamento de algo, de outra coisa”. (In. COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos Direitos Humanos*, p.6).

O ponto de vista supra-exposto, constitui um dos principais questionamentos da atual teoria crítica do direito. Parte-se da constatação de que a divindade ou a natureza, não mais são suficientes fundamentos para os direitos humanos. Novamente, surge a problematização em torno da dignidade do homem como fundamento dos direitos humanos. Para Fábio Comparato, “se o direito é uma criação humana, seu valor deriva, justamente daquele que o criou. O que significa que este fundamento não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias”.¹⁴³

Isto não resolve ainda o problema. O que é dignidade humana para uns pode não ser para outros. De todas as formas, visando definir a especificidade ontológica do ser humano, para a partir desta, fundar a sua dignidade no mundo, a antropologia filosófica vem, aos poucos, estabelecendo um “consenso sobre algumas características próprias do ser humano, a saber, a liberdade como fonte da vida ética, a autoconsciência, a sociabilidade, a historicidade e a unicidade existencial do ser humano”.¹⁴⁴ Pode-se afirmar, já como decorrência da racionalização e cientificação (desencantamento) do mundo, que os direitos humanos, sobretudo os direitos humanos individuais, como o direito à vida e à liberdade, vão ter uma fundamentação racional. Um exemplo neste sentido é o conceito kantiano de dignidade humana, e também os primeiros direitos humanos, de proteção ao corpo e à liberdade (*habeas corpus*).

Os atuais dilemas colocados pela biotecnologia trazem à tona toda esta discussão sobre a dignidade humana como fundamentação para os direitos humanos. Talvez, em

¹⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos Direitos Humanos*, p.7.

¹⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos Direitos Humanos*, p. 15. No intuito de melhor abordar o tema dos fundamentos dos direitos humanos este jurista busca aprofundar estes conceitos fundamentais: A *autoconsciência*, “opõe-se ao estado de alienação, que é a negativa da especificidade humana, como enfatizou Feuerbach. Alienado diz-se o homem que é incapaz de exercer sua liberdade e que vive, portanto, em situação de permanente heteronomia. Marx aplicou tal conceito, como sabido, à sociedade de classes e à classe operária em particular. Entendeu, que a partir do momento em que a classe operária lograsse adquirir autoconsciência e superar dialeticamente seu estado de objetiva alienação, toda a sociedade seria enfim humanizada.”(grifo nosso); a *sociabilidade*, refere-se ao fato de que “o indivíduo humano somente desenvolve suas virtudes de pessoa, de homem capaz de cultura e auto-aperfeiçoamento, quando vive em sociedade [...]”; a *historicidade*, representa o fato de que o “homem aparece como um ente cujo ser não se completa, nem se consuma jamais (permanente inacabado de que falou Heidegger), mas que vai, ao longo da história, modificando-se pela experiência acumulada e o projeto de novos ensaios de vida”; a *unicidade existencial* expressa a idéia de que todas os seres humanos em conjunto, constituem um ente único e rigorosamente insubstituível no mundo. (In. *Fundamentos dos Direitos Humanos*, p. 15-19).

decorrência deste novo desafio epistemológico estejamos prestes a dar passos importantes rumo a uma contextualização contemporânea do conceito de dignidade humana.¹⁴⁵

1.3.2. Os Direitos Humanos sob um breve olhar a partir da Exterioridade.

O tema da dignidade humana costuma gerar grandes polêmicas. Uma delas é o questionamento de quem está habilitado e legitimado a “impor” padrões universais do que seja dignidade humana e conseqüentemente direitos humanos

Podemos nos questionar, mais uma vez, a título de problematização do modelo ocidental de direitos humanos: quais têm sido as alternativas propostas face a este modelo único “ocidental”, historicamente colocado? Não corremos o risco de cair no mesmo erro do passado, quando um modelo foi implantado ou imposto de forma a se fazer acreditar único, sendo, no caso brasileiro, defendido pelas elites coloniais e pelas elites locais? Passados 500 anos de imposição do “modelo único” legalista, quais propostas alternativas apresentam-se, para se falar apenas do que diz respeito aos direitos humanos fundamentais?

Constata-se, historicamente, que as violações aos direitos humanos tiveram lugar desde o início da colonização brasileira. As vítimas ou alvos destas violações, eram, no início os povos negros e indígenas, aos quais se somariam mais tarde, a já etnicamente misturada população brasileira (as chamadas camadas ou classes populares). Direitos humanos só existiam realmente para os senhores e grandes proprietários, brancos europeus ou de descendência européia. Na verdade, o que ocorreu na “conquista” do Brasil foi uma verdadeira “conquista” da vida de seus povos. Vale aqui citar o pensamento de D. Pedro Casaldáliga:

A conquista foi simultaneamente político-econômica e espiritual-cristã (ou católica, mais especificamente). Foram invadidas e conquistadas ao mesmo

¹⁴⁵ Novamente aparece a discussão em torno do desencantamento e secularização modernos. Entender a fundamentação dos direitos humanos, como de ordem racional, tem implicações importantes, em face do desafios colocados pela biotecnologia. Esta nova esfera científica (racionalizante e “desencantadora”) pode levar também a uma perda de sentido na própria essência da dignidade humana, especialmente, a dignidade humana fundada em bases canônicas e religiosas (não rara em matéria de direitos humanos e bioética). Este tema será melhor tratado no quarto capítulo deste trabalho. (Sobre isto ver. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O Desencantamento do mundo – Todos os passos do conceito em Max Weber*. São Paulo: Editora 34, 2003).

tempo as terras dos povos indígenas e as entranhas das mesmas, as florestas e sua fauna, as águas e o ar, os mitos, os corpos, as almas, as vidas, a vida.¹⁴⁶

Pensar na possibilidade de reconhecer a dignidade e autonomia dos supracitados era algo inimaginável, pois desde o início a colonização foi pautada pela ignorância de um direito original, costumeiro e pela implantação de um sistema normativo que garantisse a expansão lusitana. A consolidação desse ordenamento formalista e dogmático fundou-se inicialmente no idealismo jusnaturalista (contando com o apoio da igreja católica) e, posteriormente, na exegese positivista.

Quem sabe um conceito com bases universais sobre a espécie humana não teria sido mais eficaz na proteção de negros e índios à época da colonização. De certa forma, estas experiências históricas, assim como as práticas eugênicas no decorrer do século XX, têm sua importância na medida em que não sejam mais repetidas.

A historiografia oficial desconhecia completamente a existência do direito das várias nações indígenas, antes mesmo da colonização, bem como do pluralismo jurídico comunitário dos quilombos e reduções jesuíticas. Em relação a isto proclama Antônio Carlos Wolkmer:

As raízes e a evolução das instituições jurídicas só poderão realmente ser compreendidas na dinâmica das contradições e do processo de relações recíprocas, quer sob o reflexo de um passado colonial patrimonialista e escravocrata, quer sob o impacto presente da dominação social de uma elite agrária, da hegemonia ideológica de um liberalismo conservador e da submissão econômica aos Estados Centrais do capitalismo avançado.¹⁴⁷

Esta mesma herança colonial lançou bases profundas sobre a cultura nacional influenciando o desenvolvimento posterior da sociedade brasileira, tanto no Império

¹⁴⁶ Dom Pedro Casaldáliga. *Rever o Deus anunciado*, In: RAMPINELLI, Waldir José & OURIQUES, Nildo Domingos (orgs). *Os 500 anos - A conquista interminável*. Petrópolis: Vozes, 1999, p.47.

¹⁴⁷ Desde o início da colonização portuguesa no Brasil pode-se dizer que o papel desempenhado pelos “operadores hegemônicos da justiça oficial, considerando a estrutura econômica marcada por práticas mercantilistas e escravistas, bem como por uma montagem político administrativa semifeudal, patrimonialista e elitista, cuja dinâmica histórica nega o direito do ‘Outro’ (filho nativo da terra) para incorporar e impor o direito alienígena colonizador. Assim, para que este ordenamento funcionasse formalmente foi necessário um aparato institucionalizado composto de atores profissionais (juizes, ouvidores, escrivães e instâncias processuais (Administração da Justiça, Tribunal da Relação, Casa da Suplicação, etc).” (In: WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.36).

como na República, sendo não rara também nos dias de hoje. É justamente neste contexto, que se insere o liberalismo brasileiro, o qual, “desde os primórdios de sua adaptação e incorporação, teve de conviver com uma estrutura político-administrativa patrimonialista e conservadora, e com uma dominação econômica escravagista das elites agrárias.”¹⁴⁸

A história do direito no Brasil está marcada, como assevera Wolkmer, pela ambigüidade de “formas liberais, sobre estruturas de conteúdo oligárquico”, o conteúdo conservador sob aparência de formas democráticas. A melhor expressão desta ambigüidade é, sem dúvida, a aceitação de escravidão, no “Brasil liberal”. Trata-se de uma verdadeira cultura liberal, patrimonialista, e dominadora, ocultada sob os discursos democráticos e sociais. Assim é, que também nos tempos atuais, grandes parcelas da população brasileira têm sido “excluídas de cidadania”.¹⁴⁹

Enquanto na Europa florescia o mercantilismo e a luta contra o feudalismo, nas colônias florescia a escravidão. Desde o início a nossa formação social foi marcada pela polarização: imensos latifúndios - utilização de mão de obra escrava (primeiro de índios e depois de negros).¹⁵⁰

No passado, em nome de supostamente deter o monopólio da verdade, os europeus praticaram o genocídio contra os povos indígenas e pretenderam que fosse legítimo o colonialismo. Isto estende-se aos dias de hoje, uma vez que os Estados Unidos e a Europa desrespeitarão a autonomia de destino de cada povo se tentarem, mais uma vez, impor “sua verdade”, “sua economia”, “seu modo de vida”, “seus direitos humanos”.

Nesta direção, afirma Henrique Dussel, que a América Latina, desde o início, “ficará marcada por esse legalismo perfeito em teoria e, na realidade dos fatos, pela injustiça e a inadequação à lei”.¹⁵¹ (grifo nosso).

¹⁴⁸ Wolkmer ressalta a diferença entre “liberalismo europeu, como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial.” (In. WOLKMER. *História do Direito no Brasil*. p.75).

¹⁴⁹ Cf. WOLMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*.

¹⁵⁰ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. *Índios livres e Índios Escravos. (Os princípios da legislação indigenista do período colonial – século XVI a XVIII)* In. CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p.120).

¹⁵¹ In. DUSSEL, Enrique. *História de la Iglesia en America Latina*. Barcelona: Nueva Terra, 1972, p.82.

Sobre isto, merece destaque o pensamento de Taribo Esquivel Obrerón¹⁵². Para este autor haveria três fatores de deformação do direito, pelo europeu na América: 1- a esperança de se fazerem ricos logo, despertou a sua avareza, passando por cima da lei e oprimindo o índio; 2- a distância da autoridade reguladora tornava difícil castigar os excessos, facilitando os enganar; 3- a docilidade e obediência incondicional do índio que se era bravo na luta armada, não opunha resistência na vida civil, e ainda oferecia sua cooperação para frustrar as intenções das leis feitas para beneficiá-lo.¹⁵³

Como procura demonstrar Jesus Antônio de La Torre Rangel, a legalidade advinda do direito positivo, marcado pela ascensão da ideologia liberal individualista, não representou, em relação aos povos indígenas, grandes avanços. Atenta o autor para o fato de que “o reconhecimento das desigualdades sociais pela ideologia e pelo direito da dominação hispânica foi deslocado para uma ideologia e um direito que consideram todos livres e iguais, social, jurídica e politicamente”.¹⁵⁴

1.3.3. Estado de Direito e Direitos Humanos.

Os desafios para consolidar e concretizar os ideais dos Direitos Humanos na modernidade são inúmeros. Alguns até mesmo intrínsecos à própria natureza destes direitos e seu instrumento de concretização: o Estado de Direito. Neste rumo, temos uma espécie de paradoxo dos Direitos Humanos:

Os direitos humanos encontram-se neste final de século em situação paradoxal: de um lado, proclamam-se em diversos textos legais um número crescentes de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, que constituem, na história do Direito, a afirmação mais acabada da crença do homem na sua própria dignidade; de outro lado, esses mesmos direitos transformam-se em ideais utópicos, na medida em que são sistematicamente

¹⁵² ESQUIVEL – OBRERÓN, Taribo. *Apuntes para la história del derecho en México*, Tomo II, México: Pólis, 1938.

¹⁵³ Sobre isto destaca Jesus Antônio de la Torre Rangel, que a legislação não foi de todo inútil, pois “sem ela, o melhor índio teria sido o índio morto e a América Latina seria apenas um apêndice da Espanha, como os EUA são da Europa saxônica” (In. DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. *Direito dos povos indígenas da Nova Espanha até a modernidade*. In. WOLKMER, A C (org.). *Direito e justiça na América Indígena*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, p.224).

¹⁵⁴ DE LATORRE RANGEL, Jesus Antonio. *Direito dos povos indígenas da nova Espanha até a modernidade*. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (org.). *Direito e justiça na América indígena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.231-238.

desrespeitados por grupos sociais e governos. Os próprios governos autoritários contribuem para a idealização dos direitos humanos, pois preocupam-se mesmo em declarar a sua fidelidade a esses direitos, ainda que, cuidadosamente, defendam interpretações particulares sobre a abrangência, o sistema de proteção e a própria fundamentação dos direitos humanos. [...] O debate acadêmico sobre a temática expressou, até recentemente, uma aguda descrença nas possibilidades objetivas dos direitos humanos servirem como núcleo de uma ordem jurídica e política, que impedisse as violações dos direitos fundamentais da pessoa.¹⁵⁵

A partir de um processo de conscientização, sobretudo, da sociedade civil com relação aos seus direitos fundamentais, a questão dos fundamentos dos direitos humanos acabou se impondo ao jurista, ao juiz e ao legislador neste final de século. A ampla legislação internacional e nacional sobre o tema expandiu o domínio dos direitos humanos, que deixaram de ser exclusivamente uma forma de direito pessoal, e passaram a expressar, também, direitos sociais, econômicos, culturais e políticos, que se afirmam no processo de liberalização e democratização da maioria das sociedades e dos Estados contemporâneos.

A necessidade de uma fundamentação não se esgota somente na necessidade de dar uma resposta ao argumento autoritário. Impõe-se, nas próprias sociedades democráticas contemporâneas, onde a aplicação do direito positivo resente-se muitas vezes de uma subordinação racional a um conjunto de princípios, expressão de valores relacionados com a dignidade humana, que se explicitaram através da intermediação dos direitos humanos.

Em virtude deste reducionismo positivista, a prática policial e judiciária nas sociedades democráticas têm, em diversas ocasiões, sido implementada à revelia dos princípios fundadores da ordem constitucional.

Constatamos uma importância, cada vez maior dos direitos humanos na modernidade, embora de uma certa forma a maior parte da humanidade, tenha sido, vítima deste período. Não resta dúvida quanto à historicidade destes direitos e quanto ao fato de que no presente, após várias ameaças de autodestruição da civilização moderna,

¹⁵⁵ BARRETO, Vicente. *Ética e direitos humanos: aporias preliminares*. In. Anais do II Congresso Brasileiro de Direitos Humanos, Rio de Janeiro: UFRJ, 1998, p.139.

se tornaram os pilares fundamentais de quase todos os sistemas jurídicos e Estados de Direito.

Através dos direitos humanos, seu reconhecimento e proteção, o Direito e também o Estado de Direito restabelece o vínculo com a justiça. Consideramos que a ordem jurídica não pode ser contrária aos direitos humanos, não sendo admitida à aplicação ou interpretação de qualquer norma jurídica, de forma a atentar contra a dignidade humana.¹⁵⁶ Eis por que os Direitos Humanos são universais. Neste sentido é o pensamento do grande jurista Dalmo de Abreu Dallari, pautado por uma visão crítica, plena de esperança e otimismo, referente a características de todos os seres humanos, em todas as épocas e em todos os tempos:

A tentativa de manter os privilégios e as injustiças sob máscaras ditas modernizantes, como neoliberalismo, globalização e lei do mercado, já não engana ninguém, apesar do esforço feito através dos meios de comunicação de massa, por meio de teóricos e comunicadores, que apesar de sua arrogância e de sua postura de donos da verdade, não conseguem esconder que são meros serviçais de dominadores egoístas e antiéticos, indiferentes às tragédias humanas e sociais que provocam. Os humanistas estão vencendo a batalha e o jurídico está fechando os caminhos ao economicismo materialista, ao militarismo em favor dos ricos e contra os pobres, ao totalitarismo político.¹⁵⁷ (grifo nosso).

Os temas relativos a Estado de Direito, República¹⁵⁸ (incluindo sua centralidade e importância no mundo contemporâneo), democracia, bem como o indivíduo sujeito de

¹⁵⁶ Sobre esta consagração ética dos Direitos Humanos, ver SOARES, Guido Fernandes. *Curso de Direito Internacional Público*. Este autor, em outros autores de DIP, discorre sobre as chamadas “normas de direito internacional imperativas gerais (são aquelas normas cogentes de DIP, acima dos tratados e costumes de direito internacional. Ex: proibição do genocídio, da escravidão, etc.

¹⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Humanismo Jurídico*. In. *Juízes Para A Democracia*. Ano 5, no. 15, out/dez. 1998.p.1. Dallari conclama todos operadores do direito a intensificar seu trabalho em favor do direito e da justiça, pois, para ele, “este é o caminho, o único, que poderá conduzir a humanidade a uma era de respeito pela liberdade e pela dignidade de todos os seres humanos, de solidariedade, de justiça e de paz”. (*Humanismo Jurídico*, p. 1).

¹⁵⁸ Explica José Joaquim Gomes Canotilho: “A expressão *Estado de direito* é considerada uma fórmula alemã (*Rechtsstaat*). Ela aponta para algumas das idéias fundamentais já agitadas na Inglaterra, Estados Unidos e França. Acrescenta-lhes, porém, outras dimensões. O Estado domesticado pelo direito é um Estado juridicamente vinculado em nome da *autonomia individual* ou, se preferir, em nome da autodeterminação da pessoa. É a autonomia individual que explica alguns dos postulados nucleares do Estado de direito de inspiração germânica. Desde logo, o Estado de direito, para o ser verdadeiramente, tem de assumir-se como um Estado liberal de direito. Contra a idéia de um Estado de polícia que tudo regula a ponto de assumir como tarefa própria a felicidade dos súditos, o Estado de direito perfila-se como um Estado de limites, restringindo a sua ação à defesa da ordem e segurança públicas. Por sua vez, os direitos

direito (autonomia privada e autonomia pública), perpassam todo o debate envolvido nesta tese.¹⁵⁹

Para falar da fundação do Estado de direito, José Joaquim Gomes Canotilho relata que a história de fundação das comunidades humanas organizadas, é comumente marcada por uma história trágica, assente em um “código binário de contradições, antinomias e exclusões: cidadão/estrangeiro, fé/heresia, temporal/espiritual, amigo/inimigo, público/privado, vontade geral/interesses particulares, inclusão/exclusão, direito/não direito.”¹⁶⁰ Este autor se dedica primordialmente ao último par de oposições: direito/não direito, ou Estado de direito/ Estado de não direito. Disto, apresenta um conceito inicial de Estado de Direito:

[...] Uma ordem jurídica organizada de justiça e paz aponta para certos tipos de organização da cidade (a cidade republicana) e para o consenso/partilha de certos valores e princípios. O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes público com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes.¹⁶¹

E ainda:

[...] *Estado de direito* é um Estado ou uma forma de organização política-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo *direito*. *Estado de não-direito* será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.¹⁶²

Desta forma, o *Estado de não direito* pode ser caracterizado por três idéias: “(1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (2) é um Estado em que o

fundamentais liberais – a liberdade e a propriedade – decorriam do respeito a uma *esfera de liberdade individual* e não de uma declaração de limites fixada pela vontade política da nação. Compreende-se, assim, que qualquer intervenção autoritária sobre os dois direitos básicos – liberdade e propriedade – estivesse submetida à existência de uma lei do parlamento.” (In. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Fundação Mario Soares, 1999, p.26-7).

¹⁵⁹ Ressalta Canotilho: “Estado de direito e república lançam sobre si olhares de mútua suspeição. Do lado republicano, vê-se o Estado de direito preocupado exclusivamente com a autonomia privada e sua distância perante o poder, desprezando-se as virtudes públicas. Do campo do direito, não se compreende o direito reduzido a ‘actos de fala’ do homem público, nem sempre amigo das virtudes privadas do sujeito da sociedade civil.” In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*, p.7-8.

¹⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.9.

¹⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.9.

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.11-12.

direito se identifica com a ‘razão de Estado’ imposta e iluminada por ‘chefes’; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito.”¹⁶³

Um exemplo de lei arbitrária, cruel e desumana é aquela que permite experiências científicas impostas exclusivamente a indivíduos de outras raças, nacionalidades, línguas ou religiões. Vê-se com isto a atualidade e a relevância da Bioética para a realização do Estado de direito contemporâneo. É reconhecido pela teoria do direito constitucional, bem como pela Filosofia do Direito que mesmo o mais legítimo legislador de direito positivo (o soberano) tem limitações éticas implícitas.¹⁶⁴

[...] Atingir-se-á o ‘ponto de não direito’ quando a contradição entre as leis e medidas jurídicas do Estado e os princípios de justiça (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana) se revele de tal modo insuportável (critério de insuportabilidade) que outro remédio não há senão o de considerar tais leis e medidas como injustas, celeradas e arbitrárias e, por isso, legitimadoras da última razão ou do último recurso ao dispor das mulheres e homens empenhados na luta pelos direitos humanos, a justiça e o direito – o direito de resistência, individual e coletivo.¹⁶⁵

Como exemplos de Estados de não direito, temos então, de acordo com Canotilho, o Estado Fascista (uma realidade que se justifica a si própria prescindindo de legitimação) e o Estado de Direito Socialista (o princípio de uma estrutura política única envolvendo Estado, classe, direito e partido encobriu-se em uma “legalidade socialista”).¹⁶⁶

Constatou-se, no item anterior que o Estado de Direito, em sua versão liberal individualista tornou-se o modelo por excelência da modernidade, da civilização em seus moldes ocidentais.

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.12.

¹⁶⁴ Justamente aqui está um dos motivos de embate com a teorização proposta por Hans Kelsen em seu livro *Teoria Pura do Direito*. Para muitos autores, críticos de Kelsen, o autor peca por não reconhecer como condição *sine qua non* do Estado de Direito à garantia dos Direitos Fundamentais. Para Kelsen, nesta obra, bastariam os quesitos formais: Ordem hierárquica formalmente estabelecida com supremacia da Constituição; superioridade da lei; e Sistema de separação dos poderes com correspondente sistema de controle mútuo. Autores como José Gomes Canotilho, Paulo Bonavides e Giorgio Del Vecchio (este como um dos grandes expoentes da Filosofia do Direito) parecem caminhar no sentido de reconhecer justamente uma maior importância às chamadas fontes materiais (realidade social, valores sociais) e fontes essenciais (como a Justiça e a Alteridade, para Del Vecchio), do que os critérios meramente formalistas e hierárquicos.

¹⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.14.

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.14.

Novamente podemos nos questionar a respeito da legitimidade do Estado de Direito como único modelo ou como o modelo ideal para a emancipação e o desenvolvimento humano (o fim do Estado de Direito implica no fim da história, no fim dos Direitos Humanos?). Elementos de cunho mais crítico também já foram anteriormente apresentados o que nos permite ao menos, mantermos a linha crítica.

Os modernos Estados de Direito têm o mérito de consagrar princípios e valores em uma ordem jurídica válida e vigente. Princípios como a liberdade do indivíduo, a *segurança* individual e coletiva, a *responsabilidade e responsabilização* dos titulares do poder, a *igualdade* de todos os cidadãos e a *proibição* de discriminação de indivíduos e de grupos, são exemplos.

Para efetivar estes princípios e direitos, o Estado de Direito requer um conjunto de instituições, de procedimentos de ação, formas adequadas de manifestação do poder (que possa ser denominado como democrático), soberania popular e representação política.

De fato, ao refletir-se a respeito dos Direitos Humanos no berço da modernidade, mais precisamente como criação dos Estados de Direito, aborda-se sem dúvida, os aspectos relativos aos Estados Constitucionais de Direito.

Isto por que, os Direitos Humanos, como já visto anteriormente, apresentam-se construídos historicamente e em diversas dimensões e posturas com relação ao Estado. Ponderamos, portanto, que há Direitos Humanos de fácil e rápida concretização (geralmente são os chamados Direitos negativos), e há, também, os Direitos Humanos de mais difícil concretização, os direitos de cunho prestacional substancial (ou também chamados de Direitos Positivos, vez que exigem, positivamente, um *fazer* estatal-institucional).

Claro que todo este moderno conjunto a que podemos chamar, baseados em José Lindgreen Alves, de “arquitetura dos direitos humanos”, onde interagem normas de Direito positivo estatal com normas de Direito Internacional Público, tocantes aos Direitos Humanos¹⁶⁷ (o constitui até mesmo um ramo do DIP – Direito Internacional dos Direitos Humanos), não nasceu da noite para o dia.

¹⁶⁷ Ver. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, 1996, p.89.

¹⁶⁷ Adotada e proclamada na terceira sessão da Assembléia Geral das nações Unidas, em Paris, pela Resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com

Assim, em se tratando do tema “Direitos Humanos” três categorias são essenciais: “Direito Internacional dos Direitos Humanos”¹⁶⁸ e “Direitos Fundamentais”¹⁶⁹ como condição dos “Estados Constitucionais de Direito”. (grifo nosso)

Interessa observar para a diferenciação entre “Direitos humanos” em sentido estrito e “Direitos Fundamentais”. Estes últimos têm o mesmo conteúdo que os primeiros, com a diferença de terem sido consagrados no direito interno (Constituição e Leis) dos Modernos Estados Constitucionais de Direito. Constituem, por fim, uma espécie de sistema interligado (composto pelo D.I.D.H- Direito Internacional dos Direitos Humanos e pelos Direitos Fundamentais Positivados).

A vantagem dos Direitos Fundamentais, num primeiro momento (primeiros Estados de Direito) foi a oferecer maior determinabilidade, maior certeza em relação à sua eficácia jurídica, embora, ainda assim, sua concretização represente uma luta cotidiana da cidadania.¹⁷⁰

Em relação aos Direitos e Garantias Fundamentais (dispostos no Título II da Constituição Brasileira, que vêm “completar” o Título I - Dos Princípios Fundamentais),

seus trinta artigos, define de maneira clara e singela os direitos essenciais, iguais e inalienáveis de todos os seres humanos como alicerce da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Evita fundamentá-los do ponto de vista religioso ou filosófico, atribuindo-os tão somente à “dignidade inerente a todos os membros da família humana”. Difere, assim, desde o início, de suas antecessoras e modelos norte-americanos – tanto a Declaração de Independência, de 1776, quanto as Declarações de Direitos em vários estados, particularmente a da Virgínia, também de 1776 – e da Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, francesa, de 1789, que invocavam a Deus, no primeiro caso, a Natureza e a Razão, típicas do Iluminismo, no segundo, como respectivas bases doutrinárias.

¹⁶⁸ Pode-se afirmar que o chamado Direito Internacional dos direitos humanos foi inaugurado pela Declaração Universal de 1948. Trata-se de um *corpus* de normas menos ou mais cogentes em constante evolução. Difere do Direito Internacional Público clássico por várias características. Em primeiro lugar porque, embora confirmando a responsabilidade dos Estados por sua execução, transformou o indivíduo, cidadão ou não do Estado implicado, em sujeito de Direito Internacional. Enquanto os demais tratados procuram conciliar os “interesses nacionais” das Partes Contratantes, os Pactos e Convenções de direitos humanos, assim como os demais instrumentos e mecanismos a eles correlatos, são elementos de uma arquitetura protetora de direitos que se afirmam *erga omnes*: perante o interesse de toda a comunidade internacional. Assemelha-se esta perspectiva ao chamado “direito cosmopolita” preconizado por Kant no terceiro artigo Definitivo de seu Projeto de Tratado Para a Paz Perpétua: a violação de um direito em qualquer lugar se faz sentir em todos. (IMMANUEL Kant, *Apud*. ALVES, José Augusto Lindgreen. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*, p.12).

¹⁶⁹ Os denominados “Direitos Fundamentais” podem ser aqui brevemente conceituados como os direitos humanos que lograram ser recepcionados pelo direito interno dos Modernos Estados Constitucionais de Direito. A diferença muitas vezes notável, é que foram melhor incorporados pela lógica do sistema formal positivista estatal.

¹⁷⁰ Ver. SILVA, José Afonso da. *A Aplicabilidade das Normas Constitucionais*.; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Sociais*.; BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*.; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*.

vale destacar a importante norma do artigo 5º, parágrafo 2º, que afirma: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O Brasil desta forma se insere claramente no sistema internacional e interamericano dos direitos humanos, uma vez que ratificou tratados internacionais (tanto no plano mundial como regional) que podem, por força desta norma, constituir referências constitucionais com competência *erga omnes*.

Esta posição veio a ser confirmada no plano internacional, com a II Conferência Internacional dos Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, que consagrou a internacionalização e a universalização dos direitos humanos, colocando um fim às diferenciações entre as gerações de direito (que passaram a ser “utilizadas” tão apenas em caráter didático-explicativo).¹⁷¹

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 destaca-se, sobremaneira, como visto, no campo dos direitos humanos. Além de relacionar um amplo catálogo de direitos humanos em seu artigo 5º, de protegê-los com “cláusulas pétreas” (Artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV), e de erigí-los como princípio norteador das relações internacionais do país (artigo 4º), ela abarca sob sua proteção os direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte (parágrafo 2º do Artigo 5º), conferindo-lhes, na interpretação de muitos juristas, “natureza de norma constitucional.”¹⁷²

¹⁷¹ A Declaração de Viena, adotada por consenso de 170 países, afirma em seu artigo 1º que o “compromisso solene de todos os Estados de promover o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”, cuja natureza universal “não admite dúvidas”. Há que se deixar claro, desde já, que tal “universalidade” não goza de cunho objetivo, uma vez que esta Declaração estabelece que a *universalidade* deverá respeitar características e peculiaridades históricas, sociais e culturais dos diferentes Estados. Isto implica, sem dúvida, como se percebe cotidianamente, em uma “dificuldade”, ou melhor dizendo, em uma maior complexidade, para a concretização do conjunto dos Direitos Humanos.

¹⁷² Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo, Max Limonad, 1996, p.89. Desta autora, ver também, *Temas de Direitos Humanos*; “Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização”. In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 9, n. 37, outubro-dezembro de 2001, p. 109-128; *A atual dimensão dos Direitos Difusos na Constituição de 1988*. In *Direito, Cidadania e Justiça*. DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; e PIOVESAN, Flávia. (coords) São Paulo: RT, 1995; *Proteção Judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; e *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

Com a consagração dos modernos Estados Constitucionais de Direito, a esperança de realização dos Direitos Humanos se viu refletida na consagração dos Direitos Fundamentais (em âmbito constitucional dos citados Estados). Atualmente, verifica-se um fenômeno diverso, sobretudo, com relação aos Estados periféricos, “fracos”, em face do processo de desregulamentação levado a cabo pelas forças econômicas transnacionais). A alternativa de reconhecimento de Direitos Humanos neste contexto voltou a ser o apelo em âmbito internacional.¹⁷³

No entanto, o mesmo fenômeno, o mesmo tipo de pressão sofrida pelos Estados internamente, também está presente na dimensão supra-estatal ou internacional. Talvez as esperanças de realização dos Direitos Humanos, que vêm sendo depositadas em instituições de governabilidade global (como a ONU e seus organismos especializados), sejam algo irrealizável ou, melhor dizendo, “não desejado” ou “não prioritário”.¹⁷⁴

Em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, cumpre referenciar o termo “Carta dos Direitos Humanos”. Esta expressão é comumente utilizada por doutrinadores internacionais ao tratar do tema dos direitos humanos. Representa os três documentos mais importantes no que tange ao Direito internacional dos direitos humanos¹⁷⁵. São eles: a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948; e os dois Pactos/Convenções das Nações Unidas: *Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos* e *Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*.

¹⁷³ Para uma melhor compreensão deste processo de dismantelamento dos Estados Nacionais, e o conceito de “Estado fraco”, ver: BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade* e LEIS, Hector. *Mudanças na direção de uma globalização multidimensional complexa*.

¹⁷⁴ Inúmeras são as reflexões feitas sobre este ponto (central para nossa tese). Estas ponderações serão apresentadas no 4º capítulo, quando analisamos os desafios do modelo societário moderno propriamente dito. Por ora apenas suscitamos o questionamento de que os desafios de realização dos direitos humanos não se reduzem à sua dimensão jurídica, seja interna-estatal ou internacional.

¹⁷⁵ Pode-se afirmar que o chamado Direito Internacional dos direitos humanos foi inaugurado pela Declaração Universal de 1948. Trata-se de um corpus de normas menos ou mais cogentes em constante evolução. Difere do Direito Internacional Público clássico por várias características. Em primeiro lugar porque, embora confirmando a responsabilidade dos Estados por sua execução, transformou o indivíduo, cidadão ou não do Estado implicado, em sujeito de Direito Internacional. Enquanto os demais tratados procuram conciliar os “interesses nacionais” das Partes Contratantes, os Pactos e Convenções de direitos humanos, assim como os demais instrumentos e mecanismos a eles correlatos, são elementos de uma arquitetura protetora de direitos que se afirmam *erga omnes*: perante o interesse de toda a comunidade internacional. Assemelha-se esta perspectiva ao chamado “direito cosmopolita” preconizado por Kant no terceiro artigo Definitivo de seu Projeto de Tratado Para a Paz Perpétua: a violação de um direito em qualquer lugar se faz sentir em todos. (ALVES, José Augusto Lindgreen. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. p.12).

Destaca-se a importância destes documentos, por ser praticamente uma “Constituição Mundial” sobre Direitos Humanos. Praticamente todas as recentes Constituições de Estados de Direito, foram por eles profundamente influenciadas. É o caso claro da atual Constituição Brasileira.

Tal qual os direitos fundamentais da Constituição Brasileira, a Carta dos Direitos Humanos também tem encontrado dificuldades para sua realização. A Declaração Universal¹⁷⁶ foi redigida e adotada em menos de três anos. O início da vigência internacional dos dois Pactos que iriam complementá-la, conferindo-lhe a força obrigatória de ato jurídico conforme o Direito Internacional, por sua vez, exigiu trinta anos.¹⁷⁷

Os postulados fundamentais da Declaração Universal, que remontam à Revolução Francesa, são a liberdade, a igualdade e a fraternidade, expressos na formulação do Artigo 1º de que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, devendo agir reciprocamente “com espírito de fraternidade”. Desses postulados decorre o princípio da não-discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, inclusive a situação política, jurídica ou a nível de autonomia do território a que pertençam as pessoas, explicitado no Artigo 2º.

O artigo 3º, a bem dizer é o primeiro dispositivo substantivo quanto à definição de direitos, e dispõe: “Toda pessoa tem direitos à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Adotada e proclamada na terceira sessão da Assembléia Geral das nações Unidas, em Paris, pela Resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com seus trinta artigos, define de maneira clara e singela os direitos essenciais, iguais e inalienáveis de todos os seres humanos como alicerce da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Evita fundamentá-los dos ponto de vista religioso ou filosófico, atribuindo-os tão somente à “dignidade inerente a todos os membros da família humana”. Difere, assim, desde o início, de suas antecessoras e modelos norte-americanos – tanto a Declaração de Independência, de 1776, quanto as Declarações de Direitos em vários estados, particularmente a da Virgínia, também de 1776 – e da Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, francesa, de 1789, que invocavam a Deus, no primeiro caso, e à Natureza e à Razão, típicas do Iluminismo, no segundo, como respectivas bases doutrinárias.

¹⁷⁷ Falamos do Pacto sobre direitos civis e políticos e do Pacto sobre direitos sociais, econômicos e culturais. Assinados em 1966, só foram entrar em vigor (após um número mínimo de ratificações e adesões) recentemente.

¹⁷⁸ A seqüência de artigos do 3º ao 21 desenvolve os direitos civis e políticos, redigidos na forma afirmativa “Todos têm o direito de [...]” ou negativa “Ninguém será submetido a [...]”. Eles abarcam: a proibição da escravidão e da servidão; a proibição da tortura e de tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. Os direitos econômicos, sociais e culturais, estabelecidos nos Artigos 23 e 27 compreendem: o direito ao trabalho, ao emprego livre e à remuneração equitativa e justa, “a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”, bem como o direito de associação sindical; o direito ao

A leitura desta norma maior tem sido superficial, tanto por parte dos acadêmicos, como juristas que ainda se referem aos direitos civis e políticos como “direitos negativos” realizáveis pela simples abstenção ou omissão do Estado.

Como destacado anteriormente, os direitos humanos/fundamentais modernos, têm sua origem histórica a partir de um contexto de liberalismo, individualismo. Por certo que com a “Carta dos Direitos Humanos” não seria diferente, sobretudo, por se tratar de documentos “elaborados” pela ONU, todavia liderados pelas potências vencedoras da 2ª guerra mundial. São patentes, a título de esclarecimento, em que pese a legitimidade e importância de tal Organização, algumas omissões da Declaração Universal.

As principais omissões da Declaração diziam respeito aos direitos das minorias, ao direito de resistir à opressão, e aos direitos das pessoas residentes em território dependentes (dois terços da população do mundo viviam então em territórios sob regime colonial).¹⁷⁹

A argumentação doutrinária contrária à confecção de um único instrumento insistia nas características diferentes dessas categorias de direitos. Elas podem ser apresentadas no seguinte esquema:

Direitos Civis e Políticos seriam jurisdicionados (positivados nas jurisdições nacionais), portanto, exigíveis em juízo; de realização imediata; dependentes apenas de abstenção ou “prestação negativa”, pelo Estado; passíveis de monitoramento.

Por outro lado, os direitos econômicos, sociais e Culturais seriam: não jurisdicionados (não podem ser objeto de ação judicial); de realização progressiva (conforme os meios à disposição do Estado); dependentes da prestação positiva pelo Estado (políticas públicas adequadas, voltadas para seu atendimento); de difícil monitoramento, sobretudo em sua dimensão individual.

repouso, ao lazer e às férias periódicas remuneradas; o direito a um padrão de vida adequado à saúde e ao bem-estar próprio de da família, que inclui alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, serviços sociais indispensáveis e segurança em caso de desemprego, doença, invalidez e outros casos fora do respectivo controle, assim como a assistência especial à maternidade e à infância; o direito à instrução gratuita, pelo menos nos graus elementares; o direito à participação livre na vida cultural da comunidade.

¹⁷⁹ Destaque-se o caso dos direitos das minorias, que foram surpreendentemente evitados por uma organização que nascia como herdeira da Liga das Nações – pois fatalmente introduziriam na Declaração a noção complicadora de direitos humanos coletivos, rejeitada pela doutrina liberal clássica e até hoje objeto de questionamentos em alguns setores. Estes direitos fundamentais, somente foram reconhecidos de forma clara no Artigo 27 do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, e objeto de uma declaração consensual específica na presente década: a Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas, de 1992.

Afirmava-se assim, em termos ainda mais simples, que os direitos civis e políticos seriam realizados “contra o Estado” e os direitos econômicos, sociais e culturais seriam realizados “pelo Estado”. Ora, tratando-se de Estados democráticos de Direito, é absurdo afirmar que os direitos civis e políticos se realizam “contra o Estado”, mesmo sendo inegável que as duas categorias de direitos têm natureza distintas. E essa diferenciação, afinal prevaleceu.¹⁸⁰

O Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos (e seus protocolos facultativos), é um tratado que confere o caráter de obrigação legal internacional para os Estados-partes, aos direitos humanos chamados “de primeira geração” - aqueles que historicamente foram reconhecidos mais cedo como direitos humanos, pelos filósofos do Iluminismo e nas declarações norte-americanas de 1776 e francesa de 1789. Este pacto descreve, aprofunda, modifica e amplia o conjunto de direitos do indivíduo consagrados na Declaração Universal.

No que se refere ainda aos direitos civis e políticos, destacam-se os direitos nomeados inderrogáveis. A partir do art. 4º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, não são suscetíveis de derrogação: o direito à vida (Artigo 6º), a proibição da tortura (Artigo 7º), a proibição da escravidão (Artigo 8º, parágrafos 1º e 2º), a proibição da prisão por dívida contratual (Artigo 11), a irretroatividade das leis penais (Artigo 15), o direito ao reconhecimento jurídico da pessoa (Artigo 16) e as liberdades de pensamento, consciência e religião (Artigo 18).

Convém ressaltar que a proteção contra a privação arbitrária da vida (no sentido dos direitos civis), conforme determinado no artigo 6º do Pacto de direitos civis e políticos, tem fundamental importância para o controle das práticas ilegais dos operadores Estatais (com destaque para as polícias). Este é o entendimento de Fausto Focar:

¹⁸⁰ Neste sentido, ilustrativo é o caso dos Estados Unidos, membro de maior peso político dentro da ONU, que somente aderiu ao Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos em 1993 e ainda recusa a aderir ao Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O caso Brasileiro, tampouco, é exemplar. O Brasil aderiu, sem reservas, ao Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais juntamente com o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, apenas em 24 de janeiro de 1992. De conformidade com o disposto no parágrafo 2º de seu Artigo 27, a entrada em vigor para o país na esfera internacional ocorreu em 24 de abril de 1992, simultaneamente com seu homólogo sobre direitos civis e políticos. No âmbito interno a promulgação foi feita pelo Decreto 592, de 6 de julho do mesmo ano.

Os Estados partes devem tomar medidas não apenas para prevenir e punir a privação da vida por atos criminosos, mas devem também prevenir as execuções arbitrárias por suas próprias forças de segurança. A privação da vida por autoridades do Estado é uma questão da mais alta gravidade. Portanto, a lei deve estritamente controlar e limitar as circunstâncias nas quais uma pessoa pode ser privada da vida por tais autoridades.¹⁸¹

Quanto ao Pacto dos direitos econômicos, sociais e culturais, diferentemente do de direitos civis e políticos (cuja implementação se torna obrigação imediata, sem condicionantes, para os Estados-partes, em favor de todos os indivíduos que se encontrem em sua jurisdição), os Estados que o ratificam assumem o compromisso de assegurar progressivamente, “até o máximo de seus recursos disponíveis”, com esforços próprios ou com cooperação internacional, o pleno exercício, sem discriminações, dos direitos nele reconhecidos, podendo os países em desenvolvimento “determinar em que medida garantirão os direitos econômicos [...] àqueles que não sejam seus nacionais” (Artigo 2º e parágrafos).¹⁸²

No tocante ao direito à vida, cumpre destacar o artigo 11º deste último Pacto, que diz respeito ao direito a condições adequadas de vida para os indivíduos e suas famílias, que incluem alimentação, vestuário e moradia, assim como o “direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome”. Tais direitos, que requerem ações nacionais e cooperação internacional livremente consentida, têm sido objeto de acirradas disputas internacionais.

O Artigo 12º, concernente ao direito à saúde física e mental, não é menos polêmico. Obriga os Estados a garantir serviços de saúde pública, com referências à redução da mortalidade infantil, à melhoria da higiene do trabalho e do meio ambiente, à profilaxia e controle de doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras. O Artigo 13º trata ainda do direito à educação, que deve habilitar as pessoas a desempenhar papel útil numa sociedade livre, promover a compreensão e a tolerância e favorecer “as atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz”. O ensino primário deve ser

¹⁸¹ POCAR, Fausto. *Apud*. PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Direitos Humanos: Contra o Poder*. In. Juízes para a Democracia, p.11.

¹⁸² Ver. ALVES, José Augusto Lindgreen (coord. Hélio Bicudo). *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*.; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*.

obrigatório e gratuito, sendo o ensino secundário e superior acessível a todos. Determina o artigo 14º que os Estados que ainda não o tenham feito comprometem-se a elaborar e adotar, num prazo de dois anos, um plano destinado a realizar, progressivamente, a aplicação do ensino primário e gratuito para todos.

Uma vez confirmado ser o direito à educação um direito social, o único dispositivo que trata dos direitos culturais é o artigo 15º, que assegura a cada indivíduo os direitos à participação na vida cultural comunitária, aos benefícios do progresso científico e suas aplicações e à “proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor”.

1.3.4. O Estado Constitucional de Direito.

A outra categoria essencial para toda essa reflexão, que inevitavelmente se torna, já de certa forma crítica, é a do “Estado Constitucional de Direito”.

O Estado Constitucional de Direito, inicia-se em sua modalidade Liberal, passando pela modalidade Social, para por fim atingir sua “maturidade”, na modalidade “Social e Democrática”. Fala-se, também, em “Estado Constitucional Social, Democrático e Ambiental de Direito” ou simplesmente “Estado Ambiental de Direito”.¹⁸³

Assim como os Direitos Humanos, também o Estado Constitucional de Direito evolui historicamente. Também sua configuração mais recente não elimina as garantias e direitos conquistados em configurações anteriores. Desta forma o Estado Social e Democrático não implica na negação aos valores, direitos e garantias liberais¹⁸⁴.

O Estado subordinado ao direito teria então as seguintes características: 1 – Estado de direito; 2- Estado constitucional; 3- Estado democrático; 4- Estado social; 5- Estado ambiental (comprometido com a sustentabilidade ambiental). Entra em jogo, portanto, o argumento da justificação que pode ser melhor simbolizada por legitimação.

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p. 21; Ver tb. LEITE, José Rubens Morato. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*.

¹⁸⁴ Uma forma diferente e informal de apresentar esta idéia, em analogia ao mundo dos computadores, é a seguinte: O Estado Constitucional de Direito seria o equivalente ao chamado *Hardware*, ao passo que os Direitos Fundamentais (um dos elementos constitutivos e condições do Estado de Direito) seria o equivalente ao chamado *Software*. Ou seja, sem os programas (software) de nada adianta ter o melhor e mais moderno computador (hardware) e vice-versa.

Assim, para José Gomes Canotilho, o “governo que se aceita” ou “está justificado” será apenas “o *governo subordinado a leis* transportadoras de princípios e regras do direito, de natureza duradoura e vinculativa, explicitados na constituição.” Para tanto os *Tribunais* têm função central, pois exercem a “*justiça em nome do povo*” o que implica que os juízes sejam considerados agentes do povo, “nos quais ele deposita a confiança da preservação dos princípios de justiça radicados na consciência jurídica geral e consagrados na lei constitucional superior.”¹⁸⁵

Dando seqüência à abordagem seguida até este momento, passamos a analisar mais detalhadamente o percurso do Estado Constitucional de Direito no decorrer da modernidade.

Logo no seu início, no marco das revoluções burguesas (e para efeito de sistema positivista romano-germânico, a revolução francesa é a maior referência), o critério liberal-formal vem acompanhado do caráter democrático e participativo (também formal), buscando legitimar-se perante o povo, agora já entendido como *soberano, Poder Constituinte Originário* (que por diversas razões não veio exercer diretamente seu poder) ou ainda *cidadãos* (e não mais súditos) do Estado.

O constitucionalista português, José Gomes Canotilho, nos revela, contudo, que apesar dos diversos mecanismos formais e processuais inerentes ao liberalismo, ainda faltava, naquele momento uma verdadeira legitimação democrática do poder:

[...] As idéias do ‘governo das leis e não dos homens’, de ‘Estado submetido ao direito’, de ‘constituição como vinculação jurídica do poder’, foram como vimos, tendencialmente realizadas por instituições como as de *rule of law, due process of law, Rechtsstaat, príncipe de la légalité*. No entanto, alguma coisa faltava ao Estado de direito constitucional – a *legitimação democrática do poder*.¹⁸⁶

¹⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.25-6.

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.28. Esta caracterização do Estado de direito levou a diversos debates. Nos EUA há uma dicotomia entre constitucionalistas (a favor do Estado juridicamente limitado e regido por leis) e democratas (Estado constitucional dinamizado pela maioria democrática). Na Alemanha surgem divisões entre *Demokratie* e *Rechtsstaat*. Na França, Benjamin Constant tornou ainda mais célebre a distinção entre *liberdade dos antigos* (participação na cidade) e *liberdade dos modernos* (distanciamento perante o poder). (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.28).

Associado ao critério de participação como legitimação do poder, apresenta-se uma outra dualidade (sustentada por alguns autores). É a dualidade entre Direito e Democracia, que envolve por assim dizer uma outra diferenciação: *liberdade negativa* (liberal) e *liberdade positiva* (democrática). A primeira seria característica do Estado de Direito em seu sentido mais formalista. A segunda exigiria um Estado Democrático de Direito em que participação política dos cidadãos fosse a tônica. É esta liberdade democrática que legitima o poder. Essa aparente dicotomia não é assunto novo. Desde as primeiras *pólis* gregas e os debates clássicos a respeito da melhor forma de governo (Platão; Aristóteles) até os dias atuais (Constant; Habermas; Rawls; Dworkin), este debate com suas variações permanece vivo.

Eis que pondera José Joaquim Gomes Canotilho:

A idéia de que a liberdade negativa tem precedência sobre a participação política (liberdade positiva) é um dos princípios básicos do liberalismo político clássico. As liberdades políticas teriam uma importância intrínseca menor do que a liberdade pessoal e de consciência. Não admitirá pois, - como salienta um influente cultor da filosofia política (John Rawls) - , que 'se alguém for forçado a escolher entre as liberdades políticas e as restantes liberdades, o governo do bom soberano que reconhecesse estas últimas e que garantisse o domínio da lei seria preferível'. A segurança da propriedade e dos direitos liberais representaria neste contexto a essência do constitucionalismo. O 'homem civil' precederia o 'homem político', o 'burguês estaria antes do cidadão'. O 'homem privado' que preza a sua liberdade em face do poder terá mais liberdade do que o 'cidadão público' que cultiva a liberdade política.¹⁸⁷

Mas permanece a pergunta que não quer calar: Como falar em liberdade sem se falar em *legitimidade e legitimação* do poder?

Como visto, o elemento democrático visava inicialmente limitar, "travar" e controlar o poder. Mas também, ao mesmo tempo, veio dar legitimação a este mesmo poder. Cumpre diferenciar, por fim, os dois elementos fundamentais do Estado Constitucional de Direito. Um primeiro fundamento é justamente a democracia como critério de legitimação do poder; o segundo fundamento é o princípio da soberania popular como legitimação do exercício do poder político no Estado democrático.

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.29.

Assim, por fim, é que podemos falar em Estado de direito democrático; ou na fórmula mais abrangente, *Estado Constitucional Democrático de Direito*: o princípio da soberania popular estabelece o vínculo estrutural entre o “Estado de Direito” e o “Estado democrático”.¹⁸⁸

Como conclusão a este tema José Gomes Canotilho afirma o seguinte:

A articulação das dimensões de Estado de direito e de Estado democrático no moderno *Estado constitucional democrático de direito* permite-nos concluir que, no fundo, a proclamada tensão entre ‘constitucionalistas’ e ‘democratas’, entre Estado de direito e democracia, é um dos mitos do pensamento político moderno. Saber se o ‘governo de leis’ é melhor do que o ‘governo de homens’, ou vice-versa, é, pois, uma questão mal posta: o governo dos homens é sempre um governo *sob* leis e *através* de leis. É, basicamente, um governo de mulheres e de homens segundo a lei constitucional, ela própria imperativamente informada pelos princípios jurídicos radicados na consciência jurídica geral. (grifo nosso).¹⁸⁹

Atualmente, muitos dos limites ao exercício do poder pelo Estado decorrem de regras e princípios jurídicos internacionais, que são recebidos e incorporados no direito interno. A abertura ao direito internacional também é uma das características do Estado de direito. No caso brasileiro, por exemplo, tem-se o parágrafo segundo do artigo quinto da Constituição. Este dispositivo consagra a idéia de constituição como sistema aberto de regras e princípios.

Para o tema que interessa mais de perto a esta tese, direito e biotecnologia, este debate é muito importante. Cumpre, citar importantes normas internacionais a respeito dos direitos humanos, com destaque para o período compreendido entre a Declaração

¹⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.29-30. Sobre isto ver: HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia – entre faticidade e validade*. V.2. Este autor ao analisar os *paradigmas do direito*, assim se posiciona em relação ao Estado de Bem-Estar Social: “[...] A vinculação social da propriedade definida por lei, e a intervenção do juiz no conteúdo e na efetivação do contrato, visam compensar as simetrias nas posições do poder econômico. Segundo o princípio da igualdade de chances para o exercício das liberdades jurídicas, este fim se justifica por dois caminhos: criticamente, em relação a um modelo social rejeitado (fracasso do mercado) e, construtivamente, em relação a um novo modelo, que é o do Estado de Bem-Estar Social. Essa nova compreensão, que serve de pano de fundo, engloba dois aspectos: de um lado, surge a imagem de uma sociedade cada vez mais complexa, compostas de esferas de ação funcionais, as quais forçam os atores individuais a assumir posição marginal de ‘clientes’, entregando-os às contingências de operações sistêmicas independentes; de outro lado existe a expectativa de que essas contingências venham a ser controladas normativamente através das operações reguladoras de um Estado social que intervém de modo preventivo ou reativo”.

¹⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.32.

Universal dos Direitos Humanos (1948) e a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (1997).

Neste diapasão há que se concordar com o referido por José Gomes Canotilho, de que o Estado constitucional democrático de direito é um ponto de partida e nunca um ponto de chegada. “Como ponto de partida constitui uma *tecnologia jurídico-política* razoável para estruturar uma ordem de segurança e paz jurídicas”.¹⁹⁰ Para este autor, em meio a tantos desafios político-jurídicos dos tempos presentes – globalização, internacionalização, integração supra-estatal, novas tecnologias (biotecnologia, informática) – o Estado de direito democrático – constitucional tornou-se “um paradigma de organização e legitimação de uma *ordem política*”.¹⁹¹

Em se tratando de globalização, podemos também fazer menção à “globalização dos direitos humanos”, que tem lugar, sobretudo após a segunda guerra mundial, vindo culminar com a já citada Conferência de Viena (consagração dos ideários de universalidade e indivisibilidade dos Direitos Humanos).¹⁹²

¹⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.35.

¹⁹¹ Segundo o autor: “[...] A ‘decisão’ plasmada na constituição de se estruturar um esquema fundador e organizatório da comunidade política segundo os cânones do Estado de direito democrático significa, pelo menos, a *rejeição* de tipos de Estado estruturalmente totalitários, autoritários e autocráticos.” In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p.35.

¹⁹² Sobre isto é o artigo de Flávia Piovesan, “Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização” (In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. N. 37, out-nov de 2001, p. 109-128). Pautada por autores como Hannah Arendt, Celso Lafer e Norberto Bobbio, a autora faz uma análise interessante da relação dos direitos humanos com a globalização econômica. Destaca a importância da Conferência de Viena (1993), como confirmação dos ideários da Declaração Universal de 1948, mas não deixa de assinalar os efeitos lesivos da lógica neoliberal de mercado, o que demonstra seu real comprometimento com a temática dos direitos humanos: “O forte padrão de exclusão socioeconômica constitui um grave comprometimento às noções de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. O alcance universal dos direitos humanos é mitigado pelo largo exército de excluídos, que se tornam supérfluos em face do paradigma econômico vigente, vivendo mais no ‘Estado de natureza’ que propriamente no ‘Estado Democrático de Direito’. Por sua vez, o caráter indivisível destes direitos é também mitigado pelo esvaziamento dos direitos sociais fundamentais, especialmente em virtude da tendência de flexibilização de direitos sociais básicos, que integram o conteúdo de direitos humanos fundamentais. A garantia dos direitos sociais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde e à educação), que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como um entrave ao funcionamento do mercado e um obstáculo à livre circulação do capital e à competitividade internacional [...]”. (In. “Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização”, p. 125).

1.3.5. Os desafios à realização dos Direitos Humanos ante a globalização econômica.

Uma das maiores ameaças à realização do conjunto dos direitos humanos é, sem dúvida, a presente lógica de globalização econômica neoliberal, a que Boaventura de Souza chama de *Capitalismo desorganizado*¹⁹³. Os direitos econômicos, sociais e culturais, são os primeiros a serem afetados. O culto absoluto ao mercado ignora por princípio, conforme os ensinamentos de seus principais teóricos, os direitos econômicos e sociais, encarados como empecilhos ao bom funcionamento da economia¹⁹⁴.

Apresenta-se aqui um verdadeiro “divisor de águas” e rumos da humanidade. Por um lado à lógica jurídica moderna, que embora viciada, como visto, por uma ótica liberal individualista (em suas origens) vem consagrar em importantes documentos o direito à vida e demais direitos humanos/fundamentais, por outro lado, coloca-se a lógica cega e excludente do neoliberalismo, em seus moldes mais radicais (que assustariam até mesmo a Hayek).

Trata-se, esta lógica, de um dos maiores inimigos históricos da vida de todos os seres humanos indistintamente. Desconsidera, este “modelo”, proposital e cabalmente, a chamada “quarta liberdade” de Franklin D. Roosevelt – de se viver a salvo da necessidade – entronizada no Preâmbulo da Declaração Universal no mesmo nível das demais. Desconsidera também a recente reafirmação, consensual e inequívoca, pela Conferência de Viena de 1993 de que “todos os direitos humanos são universais,

¹⁹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice – O Social e o político na pós-modernidade*. Ainda em matéria de globalização, ver, do mesmo autor, *Globalização – Fatalidade ou Utopia?* (Porto: Afrontamento, 2001). Vale citar um breve trecho do autor: “[...] Defendi atrás que o período atual é um período de transição a que chamei o período do sistema mundial em transição. Combina características próprias do sistema mundial moderno com outras que apontam para outras realidades sistêmicas ou extra-sistêmicas. Não se trata de uma mera justaposição de características modernas e emergentes já que a combinação entre elas altera a lógica interna de umas e outras. O sistema mundial em transição é muito complexo porque constituído por três grandes constelações de práticas – práticas interestatais, práticas capitalistas globais e práticas sociais e culturais transnacionais – profundamente entrelaçadas segundo dinâmicas indeterminadas. Trata-se, pois, de um período de grande abertura e indefinição, um período de bifurcação cujas transformações futuras são imperscrutáveis. A própria natureza do sistema mundial em transição é problemática e a ordem possível é a ordem da desordem.” (grifo nosso). (In. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Globalização – Fatalidade ou Utopia?*, p. 94).

¹⁹⁴ É o que dizia, por exemplo, desde 1944, Friedrich Hayek em *O Caminho da Servidão*, e o dizem até hoje seus associados antikeynesianos na Sociedade do Mont Pélérin do final dos anos 40 (Ver. ANDERSON, Perry. *Balanço do Neoliberalismo*. In: SADER, Emir e GENTILI, Pablo (orgs). *Pós-neoliberalismo – As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9-10).

indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados” (Artigo 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena Sobre Direitos Humanos).¹⁹⁵

Embora o constitucionalista José Gomes Canotilho possa ser considerado um alauto da modernidade, nem por isso reduz-se, a sua perspectiva, ao positivismo jurídico mais estreito. Considera, por certo, este autor, os eminentes desafios ao direito constitucional e à ciência política, que se anunciam em nossos dias.

Terão chegado também ao campo do direito público, e, sobretudo, ao direito constitucional, novos “paradigmas”, novas “modas” e novos “saberes”? [...] salientar-se-á que as inquietações de um jurista constitucional obrigam a uma *abertura aos novos motes* do direito e da política e à *disputabilidade intersubjetiva* desses novos motes. Em crise estão muitos dos “vocábulo designantes” – “Constituição”, “Estado”, “Lei”, “Democracia”, “Direitos Humanos”, “Soberania”, “Nação”- que acompanham desde o início, a viagem do constitucionalismo.¹⁹⁶

Neste sentido, Canotilho aclara alguns conceitos, que, a seu ver, embora não sejam objeto do direito constitucional, merecem referência:

A utilização do termo “pós-moderno”, começa nas querelas literárias da década de 30, nos Estados Unidos, transita para a história (A. Toynbee), prossegue na arquitetura (Ch. Jencks), é absorvido pelos sociólogos da “pós-história” (A. Gehlen) e da sociedade pós-industrial (H. Freyer, Daniel Bell), e culmina num poderoso movimento filosófico-cultural em que desempenham papel fundamental autores franceses como Michel Foucault, Gilles Deleuze,

¹⁹⁵ A Conferência de Viena, realizada em Viena em Junho de 1993, é um momento histórico para os direitos humanos e de grande interesse para o presente trabalho. Foi realizada um ano depois da RIO-92 (Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e o Desenvolvimento) e repercutiu decisivamente nas deliberações e nos resultados de todas as demais grandes conferências da década de 90: a do Cairo (sobre População e Desenvolvimento, em setembro de 1994); a Cúpula Mundial Sobre o Desenvolvimento Social (em Copenhague, em março de 1995); a Conferência de Beijing - Pequim (sobre a Mulher, em setembro de 1995); e a HABITAT-II de Istambul (sobre os Assentamentos Humanos, em junho de 1996). Há que se destacar fundamentalmente os cinco pontos afirmados na Declaração e Programa de Ação de Viena: 1- a reafirmação, pelo conjunto de todos os Estados independentes do planeta, de que a universalidade dos direitos humanos “não admite dúvidas” (Artigo 1º); 2- a reiteração de todos os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados (Artigo 5º); 3- o reconhecimento de que as particularidades históricas, culturais e religiosas devem ser levadas em consideração desde que não firam os direitos universais (também Artigo 5º); 4- o estabelecimento da vinculação entre a democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos direitos humanos como “conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente” (Artigo 8º); 5- a confirmação de que o desenvolvimento é um direito, que tem como sujeito central a pessoa humana (Artigo 10).

¹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 11.

Jean Baudrillard, Jacques Derrida, Jean François Lyotard, Michel Serres. [...] Na doutrina portuguesa consultem-se sobretudo os trabalhos de Boaventura de Sousa Santos: *O Social e o político na transição Pós-Moderna* (1988); *Introdução à uma ciência pós-moderna* (1989).¹⁹⁷

A modernidade permitiu inegáveis desenvolvimentos e verdadeiras revoluções nos rumos da humanidade, criando formas inéditas de exploração e dominação de alguns poucos seres humanos sobre muitos outros. Isto é claramente percebido no contexto latino americano. Como afirma Fábio Konder Comparato: “É ponto pacífico, para todos os conhecedores da história latino-americana, que os direitos humanos nunca fizeram parte do nosso patrimônio cultural, mas sempre existiram como um elemento estranho, senão estrangeiro, na vida de nossas instituições sociais”. E este mesmo autor se pergunta: “Quais as razões determinantes dessa estraneidade e como enfrentá-la?”¹⁹⁸

Tudo demonstra, que há na América Latina um “refluxo social”: a partir da situação histórica de grave exclusão e falta de perspectivas de atendimento das necessidades existentes (ineficácia dos aparelhos institucionais estatais, no sentido de acolher as reivindicações e direitos provenientes das populações excluídas), os sujeitos coletivos têm se organizado, frente à legalidade estatal, identificando e lutando pela satisfação de suas necessidades mais fundamentais. Neste sentido, a partir desta “práxis” libertária, tem se originado uma nova concepção dos direitos humanos e, especialmente do que chamamos, de “Direito à vida”¹⁹⁹.

Denota-se, no Brasil e na América Latina como um todo, que a temática dos direitos humanos tem ultrapassado historicamente, em que pese às reações muitas vezes

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 11-12. Interesse observar ainda, que Canotilho, baseado em autores como Rawls (projeto quadro de “estruturas básicas da justiça”) e Habermas (racionalidade comunicativa seletiva), entende que “o Estado não desaparecerá totalmente do discurso político-constitucional: ele constitui a *forma de racionalização e generalização do político nas sociedades modernas*, sendo nesta perspectiva que se devem interpretar muitas das referências [...] à categoria política do Estado.” (In. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 14-15). A respeito do Estado Constitucional em nossos dias, afirma ainda este autor, que “o Estado deve entender-se como *conceito historicamente concreto* e como *modelo de domínio político* típico da modernidade. [...] Se pretendessemos caracterizar esta categoria política da modernidade, dir-se-ia que o Estado é um *sistema processual e dinâmico* e não uma essência imutável ou um tipo de domínio político fenomenologicamente originário e metaconstitucional.” (In. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 43).

¹⁹⁸ COMPARATO, *Para viver a democracia*, p.38.

¹⁹⁹ Neste sentido, podemos fazer uma inferência com relação à bioética. Para alguns autores (como Volnei Garrafa, Leo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine), corretos a nosso ver, a bioética em contextos como o brasileiro e latino-americano em geral, deve ser uma bioética voltada às questões de pobreza e exclusão social.

violentas das elites dirigentes, a ótica positivista estatal dos mesmos. A partir da consciência das necessidades humanas e conseqüente incremento cultural pode-se fundamentar uma nova visão dos direitos humanos. De certa forma, tudo isto, ainda que não muito claramente, vai de encontro ao que Boaventura de Sousa Santos propõe como uma refundação paradigmática: sairmos do paradigma moderno tradicional para o paradigma de “conhecimento prudente para uma vida decente”.

Esclarece este último autor, que os desafios atuais, de transformação na modernidade, só podem ser compreendidos uma vez que haja também um entendimento a respeito de como o paradigma moderno historicamente se organizou. Em outras palavras: só é possível a crítica verdadeira, se ela provir das profundezas do próprio modelo de sociedade correspondente. Para tanto, propomos a análise do contexto científico moderno, de onde se origina a atual revolução biotecnológica (segundo capítulo) e, em seguida, das alternativas éticas e bioéticas a estas transformações (terceiro capítulo).

CAPÍTULO 2. O AVANÇO DA CIÊNCIA E A REVOLUÇÃO BIOTECNOLÓGICA: O SURGIMENTO DE UM NOVO MODELO DE SOCIEDADE.

2.1. A REVOLUÇÃO BIOTECNOLÓGICA – O Século da Biotecnologia

Há somente uma vida e uma única matéria viva; entretanto ela pode manifestar-se de diferentes maneiras, com grande variedade de estruturas e funções. Somos todos, ‘folhas recentes de uma mesma árvore da vida’ e, embora esta vida se tenha adaptado a novas funções e condições, utiliza os mesmos velhos princípios o tempo todo. (Albert Szent - Giorgyi).

2.1.1. A Revolução tecnológica das ciências biológicas.

Quando nos voltamos ao assunto “ciência”²⁰⁰ e nos deportamos do concretismo da vida presente, para a investigação das origens, criação e evolução da humanidade, nos

²⁰⁰ Para uma melhor compreensão da inter-relação entre os conceitos “ciência”, “tecnologia” e “sociedade”, consultamos o texto de Renato Dagnino, *Enfoques sobre a relação Ciência, Tecnologia e Sociedade: Neutralidade e Determinismo*. Disponível em www.campus-oei.org/salactsi/dagnino3.htm. É interessante frisar, neste momento, a explicação que o autor dá a respeito da prevalência do paradigma “big science”, que seria originário do pós-2ª guerra mundial. Este modelo de ciência viria a ser implantado, quase como único sistema de investigação possível e tem importantes influências sobre nossos dias: “Instituições supranacionais, como a OECD no âmbito respectivo, e a UNESCO com especial ênfase nos países do Terceiro Mundo, encarregaram-se de propugnar sua adoção (do modelo big science) generalizada plantando a semente ideal do ‘progresso científico’ no solo fertilizado pelos anseios de modernização e desenvolvimento desses países. Emular aquelas experiências bem sucedidas através de um modelo institucional que trazia embutido um padrão então incontestável de modernidade científica passou a ser a tarefa que galvanizou os atores sociais – comunidade científica, burocracia civil e militar e setores da burguesia industrial – responsáveis pela criação dos ‘conselhos nacionais de pesquisa’ latino-americanos.” (In. *Enfoques sobre a relação Ciência, Tecnologia e Sociedade: Neutralidade e Determinismo*, p. 37). Ainda com relação à ciência citamos mais uma vez, Edgar Morin, e sua obra *Ciência com Consciência*, onde suscita o aspecto de complexidade envolvido na ciência contemporânea: “[...] O progresso das certezas científicas, produz, portanto, o progresso da incerteza, uma ‘incerteza boa’, entretanto, que nos liberta de uma ilusão ingênua e nos desperta de um sonho lendário: é uma ignorância que se reconhece como ignorância. E, assim, tanto as ignorâncias como os conhecimentos provenientes do progresso científico trazem um esclarecimento insubstituível aos problemas fundamentais ditos filosóficos”. (In. MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 4ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 24). Cite-se também um comentário deste autor, relacionando a técnica como a barbárie dos tempos atuais: “A ciência não é apenas elucidadora, é também cega sobre seu próprio devir e contém seus frutos, como a árvore bíblica do conhecimento, ao mesmo tempo o bem e o mal. A técnica, juntamente com a civilização, traz uma nova barbárie, anônima e manipuladora. A palavra razão significa não somente a racionalidade crítica, mas também o delírio lógico da racionalização, cego aos seres concretos e à complexidade do real. O que

assuntos referentes à vida, manutenção da vida, da saúde e suas implicações, vimos que o homem conseguiu transpor barreiras imensuráveis. Desde os primórdios, o que sempre motivou o ser humano na busca pela compreensão dos processos biológicos, inerentes às características das espécies e sua evolução, foi a incansável procura de respostas às questões desta natureza, usando a observação como principal veículo de conhecimento. Como ainda acontece, estas observações continuam seguidas de suposições, diferenciando-se daquela época, no sentido da não disposição de dados mais específicos que viessem, de alguma forma, comprovar os experimentos realizados, mas mesmo diante destas limitações, falava-se e acreditava-se na possível transmissão de características dos pais aos seus descendentes.²⁰¹

Com o aperfeiçoamento dos microscópios, células reprodutivas puderam ser vistas: os espermatozóides (gameta masculino), no ano de 1679, os óvulos (gameta feminino), em 1827 e, em 1843, constatou-se a fusão entre eles. Foi na segunda metade do século XIX, com o surgimento e desenvolvimento dos estudos sobre os genes²⁰², que se originou o ramo *Genética*²⁰³, conforme cunhada por Gregor Johann Mendel. Este cientista, através de suas experiências, conseguiu demonstrar que do conhecimento da genealogia de um casal é possível prever a sua descendência. Este fato, baseia-se nos experimentos realizados na busca de linhagem híbrida de plantas, num estudo publicado no ano de 1866, onde Mendel descreveu as características hereditárias da ervilha comum. Não recebeu o autor, nesta ocasião, a atenção que merecia. Somente em 1900, com a passagem de três longas décadas e com a morte de Mendel, foi que este estudo teve seu devido reconhecimento.²⁰⁴ Vários cientistas verificaram que os resultados descritos por Mendel eram significativos, e válidos para uma grande parcela de seres vivos. Assim, a

tomávamos por avanços da civilização, são ao mesmo tempo avanços da barbárie.”(grifo nosso). (In. MORIN, Edgar. *Terra Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 96).

²⁰¹ DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. São Paulo: Edipro, 1999. p.102.

²⁰² Entende-se por gene, “o segmento de DNA que produz uma cadeia polipeptídica que inclui regiões flanqueadoras que antecedem e que seguem a região quantificadora, bem como sequências que não são traduzidas (*introns*) e que se intercalam com segmentos codificadores individuais (*exons*).” (In. BORGES-OZÓRIO, Maria Regina & ROBINSON, Wanyce Miriam. *Genética Humana*. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 2001).

²⁰³ Entende-se por *genética*, o ramo de conhecimento especializado que estuda as leis da hereditariedade, ou seja, procura verificar e analisar como as informações contidas nos genes responsáveis pelas características dos organismos, passam dos pais para os filhos. CF. LINHARES, Sérgio. GEWANDSZNAJDER, Fernando. *Biologia Hoje: genética, evolução, ecologia*. 5.ed. São Paulo: Ática, 1995. p.9.

²⁰⁴ Gregor Johann Mendel (1822-1884) é reconhecido até os dias de hoje como o “pai da Genética”.

comunidade científica mobilizou-se e inúmeros cientistas passaram a dedicar-se ao estudo da genética, analisando suas implicações e aplicações na vida vegetal, animal e humana.

A melhor compreensão dos conceitos de “gene” e “DNA” no decorrer do século XX, prepararam o caminho para a revolução biotecnológica por nós vivida atualmente. Um marco neste sentido foi o início e “sucesso”²⁰⁵ do Projeto Genoma Humano – PGH.

O DNA – ácido dexoxiribonucleio é um composto nucléico, extremamente importante, pois é o responsável pela transmissão de características hereditárias.

Embora o DNA, como molécula, já tivesse sido “descoberto” no final do século XIX, a compreensão de sua estrutura em dupla hélice, atribuída a James Watson (que mais tarde viria a dirigir o Projeto Genoma Humano) e Francis Crick, é tida como uma das grandes descobertas científicas do século XX²⁰⁶.

Os ácidos nucléicos podem ser definidos como sendo polinucleotídeos, ou seja, composto por vários nucleotídeos, que são moléculas orgânicas complexas, que por sua vez constituem-se pela união de outras três moléculas: pentose, base nitrogenada e ácido fosfórico. De acordo com Tom Wilkie:

O DNA não se constitui por “espirais em si mesmas, mas laços cruzados que mantêm juntos os dois filamentos. Esses laços se enroscam no interior da hélice dupla, como os degraus de uma escada em espiral. São formados de quatro substâncias químicas diferentes – as bases (bases hidrogenadas) adenina (A), guanina (G), citosina (C) e timina (T). A, G, C e T são o alfabeto genético, e é a seqüência dessa letras, e não a forma da molécula, que importa na determinação de nossa herança genética: no final, o que contava era a figura contida no jogo de armar.”²⁰⁷

A designação *Gene*, por sua vez é o nome proposto para cada unidade de informação hereditária, composta pelo ácido desoxiribonucléico (DNA), material constitutivo dos cromossomos (estruturas cuneiformes situadas no núcleo de uma célula),

²⁰⁵ Seqüenciamento do genoma humano em 2001. Para uma primeira abordagem de tema, consultamos a obra, bastante didática, de PEREIRA, Lygia da Veiga. *Seqüenciaram o Genoma Humano, E agora?* São Paulo: Moderna, 2001.

²⁰⁶ Frise-se os dados empíricos que deram suporte ao modelo de dupla hélice (imagens de refração de raio X) foram obtidos pela pesquisadora Rosa Lind Franklin, injustamente esquecida quando da divulgação da obra de Watson e Crick.

²⁰⁷ WILKIE, Tom. *Projeto Genoma Humano - um conhecimento perigoso*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p.42.

veículos da herança biológica, que armazenam e transmitem os caracteres hereditários de cada indivíduo ou espécie.²⁰⁸

Os genes, que são formados pelo DNA, têm por função, especificar a ordem em que os aminoácidos são ligados uns aos outros, de modo a originar uma proteína.

[...] uma vez formada, a cadeia (de aminoácidos) se dobra espontaneamente numa forma muito precisa – uma forma determinada pela ordem dos aminoácidos. Somente nessa configuração é que a proteína pode desempenhar suas funções no corpo. Há assim profunda correspondência entre a composição de um gene e a da proteína que ele codifica: os genes empregam a linguagem das bases; as proteínas, a dos aminoácidos; e as células vivas são capazes de traduzir uma na outra.²⁰⁹ (grifo nosso).

Principalmente com o início do Projeto Genoma Humano - PGH, buscou-se falar da existência de uma área específica das biociências: a *Genômica*. Atualmente, após um aprofundamento das pesquisas e a compreensão da importância que têm as combinações protéicas, fala-se, também, do nascimento de uma nova área, a *Proteômica*. É o incrível mundo das biociências que não cessa de avançar.

Os conceitos de DNA e de Gene, bem como, outros conceitos específicos das biociências justificam uma explanação extensa que não priorizamos neste momento.²¹⁰

Atualmente, estas pesquisas se desenvolvem de tal maneira, que o estudo da genética humana exige atualização constante. Avançou-se de tal sorte, que as pesquisas pretendidas ao entendimento e análise do comportamento dos genes²¹¹ em um determinado organismo, passaram para sua manipulação e possíveis implicações na reestruturação e reformulação da vida e da natureza, a ponto de podermos atingir o conhecimento das estruturas moleculares que propiciam a vida biológica – o DNA / Ácido Desoxirribonucléico – sua seqüência e combinação; de maneira a ser possível falar na mesclagem destas microscópicas moléculas oriundas de espécies diferentes (como, por

²⁰⁸ Cf. RIDLEY, Matt. *O que nos faz humanos*.

²⁰⁹ WILKIE, Tom. *Projeto Genoma Humano - um conhecimento perigoso*, p.42.

²¹⁰ Para aprofundar este tema sugerimos consultar algumas obras recentes, entre outros: DAVIES, Kevin. *Decifrando o genoma – A corrida para desvendar o DNA humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001; KELLER, Evelyn Fox. *O Século do Gene*. Belo Horizonte: Crisálida/Sociedade Brasileira de Genética, 2002; LEWOTIN, Richard. *A Tripla Hélice – gene, organismo e ambiente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

²¹¹ MALUF, Edison. *Manipulação Genética e o Direito Penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p.17-18.

exemplo: nas pesquisas voltadas à criação de animais transgênicos), na tentativa de criar um organismo mais resistente a intempéries e oscilações ou na busca de retardar ou impedir o desenvolvimento de doenças. Esta técnica, permite, também, extrapolar os interesses em compreender os mecanismos naturais da vida e o que poderia estar intrínseco a ela, principalmente quando falamos na tentativa de fabricar órgãos humanos desenvolvidos em laboratório e na possível clonagem humana. Coloca-se, desta maneira, um ponto de interrogação, em muitas das idéias e conceitos válidos, sustentados em relação à vida e à morte.

Tamanho progresso biológico foi alcançado, como dito anteriormente, graças às observações realizadas pelo homem desde o início de sua civilização, tanto na busca incansável de uma melhor condição de vida, como na busca de soluções para os problemas que, até então, não possuíam respostas científicas.

E nesse incansável interesse em compreender os mecanismos da vida e da natureza, palavras como manipulação genética, terapia gênica, clonagem, eugenia, organismos transgênicos, aconselhamento genético, fertilização *in vitro*, entre outras, lançam-se atualmente no meio científico.

De acordo com Wim Degrave, biólogo molecular e pesquisador da Fundação Oswaldo Cruz, a ciência baseia-se principalmente em: 1) construir um modelo consistente, abrangente e unificado do Universo e da sua evolução, a partir de fenômenos observados ou postulados; 2) verificar o(s) modelo(s) utilizado(s), a partir da simulação da “realidade”, para ao final, buscar a construção de previsões precisas sobre fenômenos futuros, a transformação do conhecimento em progresso tecnológico e a melhoria na qualidade de vida do ser humano.²¹²

Neste sentido podemos entender que os termos “ciência” e “tecnologia” estão intimamente interligados. Pode-se dizer que as atuais biotecnologias representam a consagração, de proporções inéditas, da ciência e de seu discurso especializado / *expert*, e constituindo-se, até mesmo, como um referencial regulatório de nossos dias.

A respeito da ascensão do “discurso científico expert”, lembramos o risco já mencionado no primeiro capítulo, de a ciência/biotecnologia, combinada com a lógica

²¹² WIM, Degrave. *O poder e as responsabilidades do conhecimento científico*. In: CARNEIRO, Fernanda. EMERICK, Maria Celeste. *Limites: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e o uso do genoma humano*. Rio Janeiro: FIOCRUZ, 2000. p.65.

econômica (global), tornar-se uma referência regulativa quase inquestionável e até dogmática de nossos tempos. Parece ser a tendência de alguns importantes cientistas, como James Watson²¹³ (propositor da estrutura de dupla hélice do DNA e um dos primeiros líderes da criação do PGH), bem como do polêmico Craig Venter.

Vejamos algumas posições interessantes do senhor James Watson:

Termos como inviolabilidade me fazem lembrar os direitos dos animais. Quem deu direitos a um cachorro? Essa palavra direito está ficando muito perigosa. Temos direitos das mulheres, direitos das crianças; é um nunca acabar. Depois há o direito de uma salamandra e os direitos de uma rã. A coisa foi levada ao absurdo.

Gostaria de parar de dizer direitos ou inviolabilidade. Em vez disso, dizer que os seres humanos têm necessidades, e que deveríamos tentar, como espécie social, ser sensíveis às necessidades humanas – como alimento, ou educação ou saúde – e é dessa maneira que deveríamos trabalhar. Tentar dar a isso mais sentido do que merece, de uma maneira quase mística, é para Steven Spielberg ou alguém desse gênero. Não passa de pura aura, lá no céu – é merda.²¹⁴

Interessa observar, por outro lado, que mesmo no âmbito das ciências naturais, faz-se presente também a perspectiva crítica e aberta. Felizmente, podemos citar aqui, pensadores atuais como Richard Lewontin e Salvador Luria (este, por ironia, foi orientador de doutorado de James Watson). Certamente existem muitos outros autores. No entanto, acreditamos que a contextualização de autores influentes, e de posições tão distintas, como James Watson e Richard Lewontin atende a nossos objetivos.

Salvador Luria mostrou-se bastante preocupado com as conseqüências, e possível mau uso das informações genéticas do PGH:

Será que o programa nazista de erradicar os genes dos judeus ou alguns outros genes ‘inferiores’ pelo assassinato em massa vai ser transformado num programa mais bondoso e mais gentil de ‘aperfeiçoar’ os indivíduos

²¹³ Este pesquisador destaca-se desde sua juventude, tanto por seu talento (tinha 22 anos ao propor, juntamente com Francis Crick a dupla hélice do DNA) como por seu temperamento difícil e competitivo.

²¹⁴ Esta citação é de uma conferência reproduzida em John Stock e Gregory Campbell (orgs.). *Engineering the Human Germline: An Exploration of the Science and Ethics of Altering the Genes We Pass to Our Children* (Nova York: Oxford University Press, 2000), p. 85; *Apud*. FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*, p. 115.

humanos, ‘corrigindo’ os seus genomas em conformidade, talvez, com um genótipo ideal, ‘branco, judaico-cristão, economicamente bem-sucedido?’²¹⁵

Constatamos, então, que além de ter impactos sobre o mundo regulatório, representado neste trabalho pelos direitos humanos e pela bioética, o avanço da ciência/biotecnologia, também constitui um desafio para a sociologia e ciências humanas em seu conjunto, pois representa a possibilidade de uma nova socialização, de um novo paradigma societal.²¹⁶

Faz-se oportuno *salientar*, que a ciência vive uma situação que pode ser considerada delicada, pautada entre o ímpeto de aumentar o conhecimento, e a expectativa de transformar esse conhecimento em aplicações práticas e úteis para toda a sociedade.²¹⁷

De outro lado, o desenvolvimento das ciências biológicas (principalmente nas áreas da bioquímica e da genética), não seria possível se a tecnologia de ponta não estivesse presente na vida dos cientistas e pesquisadores. O advento da informática, com o surgimento dos computadores, softwares, programações cada vez mais velozes na transmissão de dados, conjugados com o avanço conseqüentemente concedido nas redes de telecomunicações, encurtando as distâncias e as barreiras na comunicação, interligando mundos ditos atualmente como globalizados, fez com que genes e computadores formassem uma dupla perfeitamente simbiótica.

Em seu livro, *O Século da Biotecnologia*, Jeremy Rifkin, conota como “ferramentas”, a combinação dos genes com os *softwares*; e a vida, como um “trabalho de arte”. O *software* e a rede genética, representam, juntos, as “ferramentas de fabricação de imagem” fundamentais, permitindo-nos, a utilização de técnicas mais sofisticadas, em prol da transformação da vida em “trabalhos de arte”. É compreensível que possamos preferir pensar nas novas tecnologias como ferramentas de artistas, mais que ferramentas de engenharia, e em nós mesmos como trabalho de arte no processo, mais que máquinas

²¹⁵ LURIA, Salvador. *Apud*. DAVIES, Kevin. *Decifrando o Genoma*, p. 53. A crítica de Luria é pesada e nos faz lembrar do filme “Gattaca”. É salutar, sem dúvida, um questionamento como este, somente de um cientista esclarecido como Salvador Luria.

²¹⁶ Este é um dos aspectos destacados em nossa tese, que será melhor discutido no capítulo quarto.

²¹⁷ Cf. WIM, Degrave. *O poder e as responsabilidades do conhecimento científico*. In: CARNEIRO, Fernanda. EMERICK, Maria Celeste. *Limites: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e o uso do genoma humano*. p.65.

sendo afinadas. “Alterar códigos genéticos parece mais íntimo e nobre, menos frio e desumano, se for pensado como um exercício artístico”.²¹⁸ Sobre isto, também se manifesta Laymert Garcia dos Santos:

[...] é preciso lembrar que até mesmo em termos conceituais vai ficar mais difícil fazer a distinção, à medida que a fusão da informática com a biologia for se consolidando. Basta lembrar como a bioinformática considera o ser vivo – por um lado, enquanto texto, informação digital; por outro, enquanto vida, informação genética, como se o ser vivo fosse uma linguagem que se expressa tanto no plano abstrato, plano dos signos, quanto no plano concreto, plano da matéria viva.²¹⁹

Perante tantas inovações e transformações oriundas do desenvolvimento científico e tecnológico, Adriana Diaféria chama-nos a atenção para o atual significado e papel da ciência na vida moderna, bem como, para a importância da conscientização da humanidade frente a esta nova realidade, afirmando o seguinte:

[...] se a ciência hoje é uma manifestação sociocultural, que influencia nossa vida social, que modifica nossos sistemas de valores, não é somente por causa das novas representações que nos propõe à realidade, como a clonagem e seus reflexos, mas, principalmente porque gerou muitas práticas, técnicas e máquinas que transformaram nossa maneira de viver. E se toda mudança acarreta muitas conseqüências, em todos os níveis do conhecimento e da existência humana, toda humanidade precisa estar participando conscientemente desta nova etapa de sua própria evolução.²²⁰

Constatamos, de tudo isto, que, de fato, as revoluções na genética e na informática “estão chegando juntas na forma de uma verdadeira falange científica, tecnológica e comercial”²²¹, e implicam, sem dúvida em alterações na realidade, bem

²¹⁸ RIFKLIN, Jeremy. *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. São Paulo: Makron Book, 1999. p.236.

²¹⁹ SANTOS, Laymert Garcia dos. *Invenção, descoberta e dignidade humana*. In: CARNEIRO, Fernanda. EMERICK, Maria Celeste. *Limites: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e o uso do genoma humano*. Rio Janeiro: FIOCRUZ, 2000. p.61.

²²⁰ DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. p.141.

²²¹ RIFKLIN, Jeremy. *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. p.XVIII-XIX.

como, no que se denomina “condição humana”²²², tanto das presentes como das futuras gerações.

2.1.2. A Ciência do século XXI.

A ciência do século XXI traz consigo as perspectivas, tendências, conquistas e promessas do que chamam alguns autores de “O século da biotecnologia”²²³ ou também, de “Admirável mundo novo”.²²⁴

²²² O potencial de alteração da “condição humana”, colocado pela biotecnologia é algo que tem preocupado cientistas e pesquisadores de diversas áreas. Sobre isto já se pronunciara a filósofa Hanna Arendt, em sua obra *Homens em tempos sombrios*: “Somente quando o homem deixa de agir como indivíduo que se interessa apenas por sua própria sobrevivência; e passa a ser um ‘membro da espécie’ ou *Gattungswesen*, como diz Marx; somente quando a reprodução da vida individual é absorvida pelo processo vital da espécie humana, pode o processo vital coletivo de uma ‘humanidade socializada’ atender à sua própria necessidade, isto é, seguir o seu curso automático de fertilidade, no duplo sentido da multiplicação de vidas e da crescente abundância de bens que elas exigem.” (In. ARENDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 128). Ainda com relação aos riscos de alteração da “condição humana”, se manifesta Jurgen Mittelstrass: “[...] Modern biology – keywords are *human genetics and genetic engineering* – makes it clear that our scientific knowledge puts us increasingly in a position not only to know our (biological) nature, but also to change it. The old Renaissance notion that man, unlike any other being, must determine his essence himself – what was meant was his cultural essence – no longer stops at his biological essence”. (In. MITTELSTRASS, Jürgen. “The impact of the New Biology on Ethics”. In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 16, January- June 2002, p. 26-27). Tudo isto demonstra como a biotecnologia tem se apresentado como uma forma revolucionária de secularização, no atual contexto da modernidade.

²²³ O economista Jeremy Rifkin é autor de quatorze livros que tratam a respeito dos impactos das mudanças científicas e tecnológicas na economia, na força de trabalho, na sociedade e no meio ambiente. Dentre eles escreveu: *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*, livro que chama-nos à atenção para a mais significativa mudança social que está ocorrendo, onde a humanidade se encontra em meio a uma grande transição da Era da Tecnologia e suas indústrias, para a Era da Biotecnologia, na qual: o “Século da biotecnologia promete uma torrente de plantas e animais geneticamente construídos para alimentar um mundo faminto”. Cf. RIFKLIN, Jeremy. *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. p.XIII-XIX.

²²⁴ Em seu livro de ficção intitulado de “Admirável mundo novo”, Aldous Huxley preconizava as possíveis transformações que o mundo sofreria com o desenvolvimento tecnológico e biológico.

No entender do jurista Edison Maluf, Aldous Huxley “previa, em 1932, na sua 1ª edição, uma sociedade utópica que, num prazo de 600 anos, seria admirada como os animais em um zoológico, na qual crianças seriam concebidas e gestadas em laboratórios, em linhas de produção artificiais, com um controle total sobre o desenvolvimento dos embriões pelos cientistas do Estado. Porém, quando escreveu a 2ª edição, em 1946, não mais 600 anos à frente, mas em 100 anos teríamos uma sociedade igual àquela sua sociedade utópica”. (In. MALUF, Edison. *Manipulação Genética e o Direito Penal*. p.03; *Apud*. GOMES, Geraldo. *Engenharia genética: deontologia e clonagem*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p.5).

Nesta época, seu livro era considerado pelos críticos como uma utopia, chegando a ser proibida sua venda no Brasil. Hoje, sua obra é referenciada em várias outras obras, como um claro indicativo, de que sua “fantasia”, não estava tão intrinsecamente atrelada aos contos de ficção, podendo também significar um mundo real e não imaginário. (alguns autores que citam esta obra de Huxley são Francis Fukuyama-EUA e Alberto da Silva Franco-BRA), entre muitos outros.

Esta “nova ciência” poderá revolucionar consideravelmente a vida das pessoas. Alguns de seus reflexos já podem ser sentidos, não somente no meio científico, mas também na sociedade, nos interesses governamentais, econômicos, jurídicos, entre outros. Como resultado, estamos pouco a pouco reformulando e alterando conceitos, revisando comportamentos, preocupando-nos com o Estado e com meios cabíveis de legitimar uma matéria que, em termos legais, nasce com grandes lacunas, e que em curtos lapsos temporais, torna-se “ultrapassada”, frente ao desenfreado ritmo de desenvolvimento atingido pela ciência biológica e biomédica. Diante deste “Admirável mundo novo”, que se prenuncia, as futuras gerações estão destinadas a um padrão de vida e comportamento completamente diferentes dos atuais, principalmente se levarmos em conta as conquistas, já comprovadas e as que certamente surgirão com o passar do tempo.²²⁵

Preocupado com o desenfreado e surpreendente, mas ao mesmo tempo assustador avanço biotecnológico da atual e da futura humanidade, Jeremy Rifkin faz a seguinte reflexão:

[...] em pouco mais de uma geração, nossa definição de vida e o significado da existência estarão radicalmente alterados. Concepções há muito consolidadas sobre a natureza, incluindo nossa própria natureza, deverão ser repensadas. Muitas práticas antigas referentes à sexualidade, reprodução, nascimento e parentesco serão parcialmente abandonadas. Idéias sobre igualdade e democracia também serão redefinidas, bem como nossa visão do que significam “livre-arbítrio” e progresso.²²⁶

Perante tantas novidades e dos inúmeros possíveis benefícios, não ficamos livres dos reflexos negativos da biotecnologia. Talvez possamos ficar mais expostos e vulneráveis a riscos ambientais e humanitários de amplitude gigantesca, e cujo efeito devastador poderá acabar com espécies e até mesmo com a humanidade. Por outro lado, somos convidados a conhecer o surgimento de mais um novo mundo, onde a possibilidade de criação artificial e a propagação de plantas e animais clonados,

²²⁵ Podemos citar como exemplos de um futuro não muito longínquo: a hibridização/purificação da espécie humana junto à espécie animal (os chamados “bebês de projeto” ou “designed babies” representam esta idéia), a clonagem humana e a “duplicação” de células substituindo a “reprodução” até então realizada pelas vias naturais de concepção.

²²⁶ Cf. RIFKLIN, Jeremy. *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. p.1.

quiméricos e transgênicos podem significar o fim do selvagem na substituição por um universo, por um “mundo bio-industrial”.²²⁷

Outras inovações também despontam, como, por exemplo, o surgimento de uma civilização eugênica, centrada na produção de bebês “personalizados” (projetados) e/ou, no uso de informações genéticas detalhadas que propiciem uma previsão biológica, capacitando as pessoas a preverem e planejarem suas vidas de forma antes impossível de se conceber. Em contrapartida, algumas destas inovações podem acabar gerando maiores discriminações ao ser humano, quando usadas por escolas, empresas, agências governamentais, no intuito de selecionar e qualificar indivíduos, considerados aptos ou não a certos atributos, como: capacidade de exercer cargos de confiança, traços educacionais, expectativas profissionais, instados única e somente nas características genotípicas “arquitetadas” de cada pessoa.²²⁸

Mudanças consideráveis nas noções de igualdade e socialização, estão prestes a ser difundidas. Isto já pode ser percebido com base na utilização de biotecnologias existentes, aplicadas a neurofármacos, como o Prozac e o Ritalin.²²⁹

Através de uma nova ótica e compreensão da revolução biotecnológica na qual estamos inseridos, Jeremy Rifkin apresenta-nos aquilo que conceitua como a “matriz operacional” do novo século, subdividida em seus sete fios operacionais, visando compor o século biotecnológico, na criação de uma estrutura para a nova era econômica. Estes “fios operacionais” configuram as grandes tendências e inovações contidas na ciência do século XXI. São eles: 1) capacidade de isolar, identificar e recombinar genes (na tentativa de criação de um reservatório de genes, apontando-os como recurso primário e bruto concebido para a futura atividade econômica deste século); 2) concessão de patentes de

²²⁷ Cf. RIFKLIN, Jeremy. *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. p.3.

²²⁸ Entende-se por genótipo, “a composição alélica específica de uma célula, seja de toda a célula ou, mais comumente, de um determinado gene ou grupo de genes.” Entende-se por fenótipo, “as manifestações detectáveis de um genótipo específico”, sejam elas anatômicas, fisiológicas ou bioquímicas. (Cf. GRIFFITHS, A. J; MILLER, J. H; SUZUKI, D. T; LEWONTIN, R.C; GELBART, W. M. *Introdução à Genética*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998).

²²⁹ O Prozac (anti-depressivo da moda) e o Ritalin (para acalmar e concentrar adultos e crianças “hiperativas”) despertam para o impacto de biotecnologias que venham permitir terapias genéticas em uma sociedade onde “saúde” tem se tornado objeto de desejo e consumo e “bem estar”. O expoente na utilização de medicamentos que “alteram” a natureza humana é a sociedade norte-americana. Novas “doenças” têm sido criadas, dizem alguns, muitas vezes influenciadas por Lobbies da poderosa indústria farmacêutica-biotecnológica global. Ver neste sentido o livro de Francis Fukuyama, *Nosso Futuro Pós-Humano*.

genes, de linhas de células, de tecidos geneticamente desenvolvidos, órgãos e organismos, bem como os processos usados para alterá-los (servindo como incentivo comercial na exploração de novos recursos genéticos e tecnológicos); 3) concepção de uma gênese laboratorial globalizada; 4) aparecimento de uma civilização comercialmente eugênica (que parte do mapeamento e seqüenciamento dos genes que compõem o genoma humano, da terapia somática de genes, entre outros, preparando a humanidade para uma significativa alteração da espécie humana); 5) estudos cada vez mais específicos e dirigidos sobre a base genética do comportamento humano culminando em uma nova sociologia direcionada à natureza em relação aos assuntos inerentes a alimentação, favorecendo o aparecimento e desenvolvimento de novas biotecnologias; 6) o computador como sinônimo de banco de dados genéticos, perfazendo uma poderosa realidade tecnológica e, finalmente, o sétimo fio, 7), que prega o surgimento de uma nova cosmologia, de um novo universo, baseado nas novas idéias sobre a natureza, cominados com os novos princípios operacionais tecnológicos e econômicos.²³⁰

Este autor continua sua reflexão, enfatizando que:

[...] o século biotecnológico traz uma nova base de recursos, um novo grupo de tecnologias transformadoras, novas formas de proteção comercial para estimular o comércio, um mercado global para ressemear a Terra com uma segunda Gênese artificial, uma ciência eugênica emergente, uma nova sociologia de apoio, uma nova ferramenta de comunicação para organizar e administrar a atividade econômica em nível genético e uma nova narrativa cosmológica para acompanhar a jornada. Juntos, genes, biotecnologias, patentes de vida, a indústria global de ciência da vida, a seleção de genes humanos e cirurgia, as novas correntes culturais, computadores e as revisadas teorias da evolução estão começando a refazer nosso mundo.²³¹

Muitas outras inovações poderão ocorrer, além destas aqui citadas. A velocidade das descobertas e desenvolvimentos é fenomenal. Estima-se que o conhecimento biológico dobra a cada cinco anos e no campo da genética, as informações chegam a dobrar a cada vinte e quatro meses. A eficiência e a velocidade são tidas como os parâmetros principais na construção da futura engenharia genética. Fruto do caráter

²³⁰ Cf. RIFKLIN, Jeremy. *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. p.9-10.

²³¹ Cf. RIFKLIN, Jeremy. *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. p.10.

emergente da atual sociedade busca-se um mundo, uma natureza, que não precise caminhar e se desenvolver de acordo com os devidos padrões normais, mas sim, que cresça em ritmo acelerado na intenção de assegurar um padrão de vida satisfatório para uma população que cresce desordenada e rapidamente.²³²

Com base no exposto, procuramos citar algumas das tendências a que estaremos vinculados com a propagação da ciência do século XXI, verificando que estamos entrando numa nova era, na qual, a crescente digitalização dos circuitos de produção, circulação e consumo favorecem a reprogramação do trabalho e a decifração do código genético, juntamente com os avanços da biotecnologia, permitem, cada vez mais, a recombinação da vida, inclusive a vida humana, uma vez que somos instados a reconstruir um novo mundo sobre bases inéditas.²³³

Podemos verificar, através da veiculação de informações fornecidas pelos meios comunicação de massa, que notícias como a clonagem de animais e a propagação dos estudos e experimentos com sucesso de plantas e animais transgênicos, fazem parte de uma nova realidade que começa a reestruturar e moldar o nosso mundo. Sobre isso alertou Hans Jonas: “O abismo que se abre entre a força do saber prévio e a força das ações gera um problema ético novo. O reconhecimento da ignorância será pois, o reverso do dever de saber e, deste modo, será uma parte da ética; esta tem que dar instruções à cada vez mais necessária autovigilância de nosso desmensurado poder.”²³⁴ (grifo nosso).

2.1.3. O domínio, o alcance e as responsabilidades do conhecimento científico.

Quando procuramos falar da influência e das responsabilidades do conhecimento científico, voltados a uma abordagem geral da temática que envolve os assuntos relacionados à manipulação genética e clonagem, deparamo-nos com uma série de situações em que a sociedade do século XXI estará exposta.

²³² Cf. RIFKLIN, Jeremy. *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. p.13.

²³³ Cf. SANTOS, Laymert Garcia dos. *Invenção, descoberta e dignidade humana*. In: CARNEIRO, Fernanda. EMERICK, Maria Celeste. *Limites: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e o uso do genoma humano*. p55.

²³⁴ JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad*. p.34.

Movidos pela crescente e interminável paixão pelo conhecimento, devemos ter alguma idéia ou parecer, a respeito do que realmente estamos fazendo com nós mesmos, com o próximo, com a sociedade e, até mesmo, com a humanidade, a fim de darmos algum sentido às nossas relações evitando fatos indesejáveis, de maneira que os eventuais desacordos sejam pensados e encarados com profundidade e seriedade. Alberto Silva Franco, mostra-nos que as pesquisas realizadas no campo da biologia, mediante a utilização de técnicas cada vez mais sofisticadas, “revolveram e puseram a nú o corpo e a psique do ser humano”. O autor afirma que “o ritmo acelerado e sem restrições do progresso, no que tange às ciências da matéria, irá colocar o ser humano em face de suas próprias origens e diante da possibilidade, cada vez mais concreta e próxima, de controlá-las”.²³⁵

Nesta mesma direção, Jeremy Rifkin, sustenta que estamos prestes a reduzir a vida a um material químico manipulável, e aduz:

[...] As novas tecnologias genéticas nos permitem combinar material genético, além das fronteiras naturais, reduzindo a vida a um material químico manipulável. Essa nova forma radical de manipulação biológica muda nosso conceito de natureza e nossa relação com ela. Começamos a ver a vida da perspectiva de um químico. O organismo e as espécies não mais comandam nossa atenção ou respeito. Nosso interesse agora focaliza, cada vez mais, os milhares de fios químicos da informação genética que compõem as estruturas das coisas vivas [...] Pela primeira vez na história, tornamo-nos os engenheiros da própria vida. Começamos a reprogramar os códigos genéticos das coisas vivas para adaptá-las às nossas necessidades e desejos econômicos e culturais.²³⁶

Com vistas a um futuro controle e manutenção da própria vida, somos levados incessantemente a questionar os reais poderes e responsabilidades do conhecimento científico e, principalmente da sociedade de que fazemos parte, no sentido de estarmos preparados ou não para uma mudança tão significativa e repentina de conceitos e parâmetros sociais. Ao sermos comparados a um material químico manipulável, em um primeiro momento, pode-se ter a sensação de estarmos tratando do surgimento de mais

²³⁵ FRANCO, Alberto Silva. Genética Humana e Direito. In: *Bioética* – Revista do Conselho Federal de Medicina. V.4, n.1, 1996. p.22.

²³⁶ Cf. RIFKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. p.15.

um novo arquétipo futurista do que algo realmente possível de acontecer. Mas se levarmos em consideração as façanhas tecnológicas atuais e o desenvolvimento desenfreado da ciência biológica, bioquímica, biomédica e biomolecular, não estamos muito afastados desta designação.

Neste contexto os exemplos se multiplicam. Podemos citar alguns: a faculdade extraordinária e sem precedentes na história da humanidade, de fecundar um óvulo fora do útero materno; a criação e preservação de gametas; a manipulação de genes; a manipulação do genoma de um óvulo humano fecundado; a clonagem, entre outros.

Estes dados e seus pressupostos acabaram gerando uma torrente de novos desafios e também reivindicações, não menos desmesuradas, às quais, sábios, filósofos, médicos e juristas são chamados a tomar parte, assim como o próprio Estado.²³⁷

Preocupado com o papel e com a contribuição do Estado frente a uma política social que trate com primazia as questões da ciência, da tecnologia e do conhecimento científico, Marcos Roberto Pereira alerta-nos para outros problemas que, de certa maneira, coadunam com a realidade apresentada pelo avanço científico e com o despreparo da sociedade quanto aos assuntos desta natureza. Afirma este autor:

[...] quando se pensa sobre uma política de ciência e tecnologia para o Estado, as questões se complexificam, pois a moderna ciência se torna cada vez mais cara; as desigualdades e necessidades sociais se agravam; ao mesmo tempo nenhuma sociedade contemporânea pode se igualar às demais sem um acentuado suporte científico-tecnológico; ademais o planejamento não poderia ficar atrelado a interesses imediatos, partidários ou corporativistas, enfim as estruturas não se ajustam às novas realidades e necessidades.²³⁸

Este autor faz menção às palavras do Papa João Paulo II²³⁹, no que respeita ao quanto o homem contemporâneo está se tornando dependente de sua inteligência e

²³⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito, a ciência e as leis bioéticas*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.109.

²³⁸ PEREIRA, Marcos Roberto. *A possibilidade e a necessidade de resgate da perspectiva ético-científica*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.204.

²³⁹ SARTORI, Frei Luís Maria A. (org.) *Encíclicas do Papa João Paulo II* (Encíclica “Redemptor Hominis”, 04.03.1979). São Paulo: LTr, 1999, p.31-34; *Apud*: PEREIRA, Marcos Roberto. *A possibilidade e a necessidade de resgate da perspectiva ético-científica*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.197.

vontade, devendo-se, portanto, acompanhar e avaliar seriamente a evolução do progresso moderno.

Não é sem razão, que o Papa João Paulo II, adverte que o homem contemporâneo encontra-se ameaçado pelo resultado do trabalho da sua inteligência e das tendências da sua vontade, devendo-se, portanto, acompanhar atentamente o progresso moderno, asseverando que:

[...] existe já um real e perceptível perigo de que, enquanto progride enormemente o domínio do homem sobre o mundo das coisas, ele perca os fios essenciais deste seu domínio e, de diversas maneiras, submeta a elas a sua humanidade, e ele próprio se torne objeto de multifôrme manipulação, se bem que muitas vezes não diretamente perceptível.²⁴⁰

Há quem diga, que a ciência avançou tão celeremente que, paradoxalmente a confiança em seu poder e em sua eficácia vem sendo substituída, nos dias atuais, por sentimentos de medo e desconfiança. Neste sentido, Tereza Rodrigues Vieira nos diz que a “pessoa humana é singular”, adverte-nos quanto ao uso indiscriminado das técnicas de manipulação genética e reprodução²⁴¹, chamando-nos a atenção para a possível extinção da variabilidade genética existente, e explicando que: “não se deve conter a pesquisa científica, todavia, é preciso identificar as práticas que deverão ser proibidas devido a seus potenciais perigos e exibir as vantagens e benefícios dessas técnicas para a humanidade. A solução está no equilíbrio”.²⁴²

E a busca deste equilíbrio, frente ao nível de desenvolvimento científico atingido, sobretudo nas pesquisas que envolvem o genoma humano, nunca se fez tão necessária. Como, também faz-se necessária, uma forma de controle participativo e eficaz, mas que, obviamente, não venha a prejudicar ou obstruir a evolução científica nestes e nos demais campos de pesquisa. Ou seja, devemos estar presentes nesta monitoração do pensamento

²⁴⁰ Cf. PEREIRA, Marcos Roberto. *A possibilidade e a necessidade de resgate da perspectiva ético-científica*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. p.197.

²⁴¹ A isto tem-se chamado “medicalização da reprodução”.

²⁴² VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999. p.38.

e evolução científicos, não de forma isolada, mas sim imbuídos de um suporte ao mesmo tempo ético, jurídico, político, filosófico, econômico e social.²⁴³

Um aspecto importante para realização deste equilíbrio é o entendimento público sobre genética. Neste sentido alerta Vivian Leyser da Rosa:

[...] enquanto os cientistas do projeto genoma humano debatem os detalhes desses avanços e se envolvem em disputas, freqüentemente acintosas e competitivas, sobre suas autorias intelectuais, o público leigo em ciência – aqui entendido como o diversificado coletivo de cidadãos que não têm treinamento científico normal – enfrenta crescentes problemas para fazer sentido e juízo sobre os significados da verdadeira avalanche de informações sobre genética, à qual está constantemente exposto. Mas ainda, passa a questionar as efetivas implicações destes novos conhecimentos da ciência para suas vidas pessoais e para a sociedade em geral.²⁴⁴

Como esclarece Eduardo de Oliveira Leite, a evolução fantástica de novas tecnologias demonstrou a inadequação de certos conceitos civilistas inadaptáveis a realidades nascidas do desenvolvimento das ciências. Sustenta o autor que uma das maiores conseqüências dos avanços biomédicos, é o de ter gerado a fragilização do ser humano. Surge cada vez mais, um número maior de questões às quais os princípios tradicionais do Direito não conseguem responder: “o embrião humano se encontra suficientemente protegido sem risco de se anular a dignidade humana? Ao corpo humano é possível reconhecer um estatuto diferente do da pessoa? Que relação o indivíduo mantém com o seu genoma?”²⁴⁵

Assim, a ciência caminha para uma fragilização cada vez maior do ser humano e dos princípios do Direito e conseqüentemente do Estado. Estamos caminhando para uma época onde as questões são muitas e na maioria das vezes, não há respostas.

Leva-se, desta forma, a responsabilidade dos cientistas e o poder da ciência a apreciação da opinião pública, onde acabam sendo criados organismos e instituições que contribuem coercitivamente com o Direito, com a sociedade e com a humanidade.

²⁴³ Cf. PEREIRA, Marcos Roberto. *A possibilidade e a necessidade de resgate da perspectiva ético-científica*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. p.208.

²⁴⁴ ROSA, Vivian Leyser da. *Projeto genoma humano e o entendimento público da genética*. In: SILVA, Reinaldo Pereira e. *Bioética e Direitos Humanos*. p.237.

²⁴⁵ Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito, a ciência e as leis bioéticas*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. p.118.

Os riscos e, mais amplamente, as expectativas sociais vinculadas à utilização de tecnologias, fizeram ressaltar a responsabilidade dos cientistas, tudo levando a crer que uma informação rigorosa e permanente da opinião pública torne possíveis os debates, criando-se organismos pluridisciplinares de orientação (comitês de ética, por exemplo) e de decisão (conselhos interdisciplinares, tribunais nacionais e internacionais) nos quais tomarão assento, lado a lado, leigos e especialistas, todos associados, como verdadeiros parceiros do Direito.²⁴⁶

Desta maneira, na medida que o destino da raça humana encontra-se em verdadeira discussão, o debate público acaba ganhando um destaque primordial, pois, via discussão, acaba exercendo um controle, uma verdadeira monitoração. Esta “monitoração”, pode não ser muito efetiva, em um primeiro momento, mas é educativa e informativa, a respeito da eventual liberdade da indústria, da ciência e da tecnologia e seus objetivos comerciais. Cabe ressaltar que a divulgação das pesquisas científicas, bem como, de seus resultados, nem sempre é realizada de maneira idônea e transparente.

E quando falamos nos objetivos comerciais dos avanços científicos e tecnológicos deste novo século, não podemos deixar de citar a participação da indústria e dos setores da economia, que, cada vez mais, se voltam para o desenvolvimento biológico, a fim de monopolizarem pesquisas científicas voltadas ao genoma humano e clonagem, criando uma verdadeira vertente de bioindústrias. A responsabilidade do conhecimento científico, neste caso, volta-se preponderantemente a estas bioindústrias e seus técnicos, interessados, na maior parte das vezes, principalmente no lucro e ascensão do que no bem estar humano e social.²⁴⁷

²⁴⁶ Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito, a ciência e as leis bioéticas*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. p.106.

²⁴⁷ Sobre este aspecto, Wim Degraeve referencia: “O desenvolvimento científico transportou-se para a indústria. A sociedade passa a ter pouquíssimo controle sobre os produtos e os processos que estão sendo realizados, pois o desenvolvimento científico passa a ser controlado virtual e unicamente por grandes indústrias, sem entendimento, discussão, adaptação e absorção mais igualitária das aplicações da Ciência. Se antes, o acompanhamento da sociedade e a absorção do conhecimento iam sendo feitos num ritmo e de forma mais participativas, agora mudou o caráter dessa produção”. Cf. WIM, Degraeve. *O poder e as responsabilidades do conhecimento científico*. p.69.

2.1.4. Um breve relato histórico acerca da biotecnologia.

Acrescentar: em termos empíricos a biotecnologia já está presente em processos de fermentação conhecidos desde os Egípcios. (pode ser feita uma nota de rodapé)

Santiago Grisollia apresenta um roteiro didático da evolução histórica da biotecnologia. Seu desenvolvimento, que até o século XX foi, de modo geral, bastante empírico, podendo ser entendido em cinco períodos históricos²⁴⁸:

1- O primeiro período, referente ao século XIX, traz como principal destaque a figura de Pasteur e a seleção dos organismos de origem microbiana, especialmente para os processos de fermentação (largamente utilizada);

2- O segundo período compreendido entre os anos de 1940 e 1950 (concomitante à 2ª Guerra Mundial), caracterizou-se pelos esforços centrados na produção de antibióticos, com destaque para o trabalho de Chain Florey, como continuação do descobrimento da penicilina por Fleming;

3- O terceiro período, relativo aos anos cinquenta, foi marcado pelos avanços da bioquímica, ressaltando-se, neste momento, a compreensão do metabolismo intermediário;

4- O quarto período, relativo aos anos sessenta, caracterizou-se pelos avanços da genética molecular;

5- O quinto e último período teve início nos anos 70 e apresentou grande interesse para esta pesquisa; marcado, principalmente pelo descobrimento das enzimas de restrição, por Arder, Smith e Nathans, e pelo descobrimento de ligases para unir fragmentos de DNA.

As descobertas relatadas acima, no início do quinto período, levaram a uma revolução na pesquisa biotecnológica. Pouco tempo depois, a recombinação molecular de DNA de organismos, foi iniciada por Paul Berg e seus colaboradores. Sua descoberta foi seguida muito rapidamente pela de Cohen e Boyer com sistemas de *E. Coli*, que

²⁴⁸ Cf. GRISOLÍA, Santiago. *A Biotecnologia no terceiro milênio*. In. CASABONA, Carlos María Romeo (org.) *Biotecnologia, Direito e Bioética*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.18.

utilizavam DNA recombinante, produzindo proteínas com aplicações terapêuticas e que poderiam ter valor comercial.

Todo o decorrente desenvolvimento destas tecnologias trouxe, desde aquela época, até os dias atuais, grandes discussões e polêmicas, centradas especialmente em relação à utilização de animais e plantas transgênicos e a chamada terapia gênica humana. Este último aspecto é de salutar interesse, por sua especial implicação no sistema de Direitos Humanos.

2.1.5. A Biotecnologia e a Manipulação Genética

Quando busca-se falar e estudar os aspectos da biotecnologia e da manipulação genética atual, pretende-se explorar esta temática, direcionando-a para as inovações e implicações relacionadas com as pesquisas em seres humanos, tanto de cunho individual, quanto coletivo.

Em meio à emergente evolução científica, a biotecnologia aplicada à reformulação da vida é a que mais chama a atenção, por tratar-se de uma eficaz e ao mesmo tempo revolucionária possibilidade de se alterar o conjunto genético das espécies, inclusive a do homem. Conhecida como o “conjunto de técnicas em que se usam as propriedades do material biológico para finalidades bastante diversificadas”, a biotecnologia surge como uma das grandes inovações científicas, trazendo consigo aspectos positivos e negativos²⁴⁹.

Ao estudarmos o tema da biotecnologia, cumpre em primeiro r, trazer uma definição do que seja esta nova área do conhecimento. Uma primeira definição, bastante sucinta é de biotecnologia como “o desenvolvimento e uso de tecnologias baseadas no

²⁴⁹ Assevera Christine Deane que: “[...] as crenças fundamentais em Deus e na natureza do universo têm um efeito profundo nas opiniões das pessoas sobre a biotecnologia. Há numerosos exemplos históricos de conhecimentos científicos que constituíam um desafio ao então considerado certo ou natural, como a forma da terra ou o movimento dos planetas ao redor do sol. É possível que, desmistificando muitos fenômenos naturais, perceba-se na ciência uma ameaça para as crenças tradicionais da sociedade. Os estudos mostram que as pessoas que mantêm marcadas crenças cristãs e desaprovam a teoria da evolução e a cosmologia moderna tendem mais a voltar-se contra a biotecnologia”. DEANE, Christine. *A percepção social da biotecnologia*. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectivas em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.281.

conhecimento de matéria viva para obter melhores produtos para uso humano”.²⁵⁰ Isaiás Zarazaga Burillo traz uma definição mais ampla ao proclamar:

Deve-se entender a biotecnologia [...] como o conjunto de técnicas que permitem isolar células (animais ou vegetais, ou microorganismos), possibilitando sua utilização para obtenção de produtos ou para a catalisação de reações químicas [...] Podemos conceber a biotecnologia como toda a metodologia que utilize técnicas de manejo de organismos vivos ou algumas de suas partes, com a finalidade de obter bens e serviços que satisfaçam as mais diversas necessidades humanas.²⁵¹

No entendimento de Maria Helena Diniz:

A biotecnologia é a ciência da engenharia genética que visa o uso de sistemas e organismos biológicos para aplicações medicinais, científicas, industriais, agrícolas e ambientais. Através dela os organismos vivos passaram a ser manipulados geneticamente, possibilitando-se a criação de organismos transgênicos ou geneticamente modificados.²⁵²

Há que se trazer também o conceito adotado pela Agenda 21²⁵³, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992²⁵⁴. Em seu capítulo 16, a Agenda 21, assim conceitua biotecnologia:

²⁵⁰ GRISOLÍA, Santiago. *Biotecnologia no terceiro milênio*, p. 18.

²⁵¹ BURILLO, Isaiás Zarazaga. *Biotecnologia genética na agricultura e na pecuária*. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectivas em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.227.

²⁵² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.364.

²⁵³ Ao fazer uma análise da atuação da Organização das Nações Unidas em matéria de biotecnologia, José Roberto Pérez Salom destaca o capítulo 16 da Agenda 21, intitulado “A gestão ecologicamente racional da biotecnologia”, que versa sobre a biossegurança e constitui ponto de apoio para diversos setores nacionais e internacionais. Para o autor, “las disposiciones sobre la seguridad de la biotecnología del Programa 21 contienen meras indicaciones genéricas. En todo caso, el Programa es una referencia faliosa y ha subrayado acertadamente los aspectos básicos de la bioseguridad que deben ser abordados necesariamente, incidiendo especialmente en la urgencia y la necesidad de aprobar una regulación internacional.” (In. PÉREZ SALOM, José Roberto. “La Regulación internacional de la seguridad de la biotecnología”. In. *Anuario de Derecho Internacional, XIV*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1998, p. 736-7).

²⁵⁴ A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como RIO-92, tinha como tema central o Desenvolvimento Sustentável. Desta oportunidade resultaram dois tratados internacionais: a Convenção sobre Alteração Climática e Convenção sobre Diversidade Biológica; e três documentos internacionais: Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Declaração de Princípios sobre o Manejo das Florestas, e a Agenda 21. Esta última, é aqui referenciada por tratar de temas como a biotecnologia e também de questões como a governabilidade global. A Agenda 21 trouxe a temática ambiental para o centro de qualquer debate sobre política e governabilidade nos dias atuais.

Um conjunto de técnicas que possibilitam a realização pelo homem de mudanças específicas no ácido desoxirribonucleio (DNA), ou material genético, em plantas, animais e sistemas microbianos, conducentes a produtos e tecnologias úteis.²⁵⁵

Em grande desenvolvimento, desde a década de setenta, a biotecnologia é uma área de conhecimento que, a partir da viabilidade de manipulação da molécula de DNA e da alta precisão nas pesquisas científicas, trouxe um aprofundamento dos conhecimentos já adquiridos nas áreas da bioquímica, da engenharia genética, da biologia molecular, da microbiologia e da engenharia bioquímica, sendo que, “de todas as atividades biotecnológicas a que mais têm se destacado, nos últimos tempos, é a engenharia genética”.²⁵⁶

Apesar de não ser considerada uma ciência, por ser fruto do desenvolvimento da biotecnologia, a engenharia genética pode ser apresentada como um conjunto de técnicas de laboratório (desenvolvidas, principalmente a partir da década de 1970), que veio, além do isolamento e modificação dos genes, possibilitar a manipulação e enxerto dos mesmos, em células diferentes das que lhe deram origem. Desenvolve, desta forma, a chamada tecnologia do DNA recombinante.²⁵⁷ Assim, a engenharia genética no entendimento de Suzuki e Knudtson, “consiste no emprego de técnicas científicas dirigidas à modificação da constituição genética de organismos, mediante manipulação de genes”.²⁵⁸

²⁵⁵ Agenda 21, 1992.

²⁵⁶ Cf. DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. p.114-117.

²⁵⁷ A técnica do DNA recombinante pode implicar na alteração, reprodução ou seleção do patrimônio genético de um ser vivo e no caso de um ser humano pode ocorrer nas células somáticas ou germinais (tratamento gênico ou terapia gênica). Cf. DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. p.116. A lei brasileira de “biossegurança” (Lei n. 8.974/95) também traz alguns conceitos tais como *ácido desoxirribonucleio* (ADN) e *ácido ribonucleico* (ARN) e define-os como “material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência” (artigo 3º, inciso II); outro conceito é o de *moléculas de ADN/ARN recombinante*, que são definidos como aquelas moléculas “manipuladas fora das células vivas, mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda, as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação. Consideram-se, ainda, os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural.” (artigo 3º, inciso III).

²⁵⁸ SUZUKI & KNUDTSON. *Genética – conflictos etre la ingeniería genética y los valores humanos*. Madrid: Tecnos, 1991. p.103; *Apud*: DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.362.

Celso Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues denotam a engenharia genética como sendo:

[...] a engenharia genética, mais conhecida como ‘tecnologia do DNA recombinante’, é um conjunto de técnicas e atividades que permite aos cientistas identificar, isolar e multiplicar genes dos mais diversos organismos. Refere-se, pois, à tecnologia usada em nível laboratorial, por via da qual o pesquisador ou cientista está capacitado a modificar o genoma (base hereditária) de uma célula viva, de modo que possa produzir, com extremos níveis de eficiência, uma enormidade de produtos químicos, ou até mesmo novos seres (OGM), cujo impacto pode surtir efeitos em todas as áreas da sociedade.²⁵⁹

Surge então, uma recombinação genética criadora de diversas possibilidades, permitindo, até mesmo, a obtenção de um novo tipo biológico.²⁶⁰ A informação de que o setor de maior crescimento científico na atualidade é o da biotecnologia evidencia, sob uma ótica otimista, um bom sinal, de que os avanços significativos em prol da saúde humana podem ser conquistados com o desenvolvimento destas pesquisas. Este avanço veio a se acelerar, sobretudo, a partir do reconhecimento de patentes em processos relacionados à biotecnologia.²⁶¹

²⁵⁹ Designa-se OGM: Organismo Geneticamente Modificado. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental e Patrimônio Genético*. Belo Horizonte: Del Rei Editora, 1996. p.151. Ainda no que se refere à engenharia genética, Maria Helena Diniz entende que “na engenharia genética estão incluídas as noções de manipulação genética, reprodução assistida, diagnose genética, terapia gênica e clonagem, pois tende à modificação do patrimônio genético hereditário do ser humano. Isso é assim porque a engenharia genética compreende a totalidade das técnicas dirigidas a alterar ou modificar a carga hereditária com o escopo de superar moléstias genéticas (terapia gênica) ou de produzir modificações com finalidade experimental para obter a concepção de um indivíduo com caracteres inexistentes na espécie (manipulação genética).” (In. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. p.364).

²⁶⁰ Podemos citar como exemplos, deste novo perfil biológico: os organismos transgênicos (seres compostos de genes manipulados, vindos de células diferentes da sua espécie); as novas formas de controle e verificação de doenças genéticas realizadas, com base no chamado aconselhamento genético; as novas formas de terapia genética, que envolvem a manipulação de genes, corrigindo ou prevenindo seus graves defeitos, possibilitados, tanto em tratamento de células na linha germinal (manipulando basicamente células reprodutivas, alterando definitivamente o material genético frente às futuras gerações) ou na linha somática (manipulando células de diferentes tecidos, não reprodutivos, provocando uma alteração no DNA patológico do portador, sem resultar conseqüências a futuras gerações); o debate eugênico ganha maior força e atenção, pois, caminha-se para uma humanidade cada vez mais instada nos moldes do patrimônio genético do indivíduo e suas possíveis combinações na busca de uma ‘purificação’ da espécie, do que em seus reais benefícios para com o próximo, isso sem falarmos na clonagem de animais, cada vez mais difundida e realizada, causando questionamentos e especulações sobre a possível clonagem de seres humanos. Cf. DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. p.118-138.

²⁶¹ Trata-se de questão polêmica que será melhor contextualizada no decorrer da tese.

De qualquer forma esta situação tende a provocar alguma resposta ou posicionamento da sociedade, e o surgimento da bioética talvez seja uma das reações, levando a um subseqüente surgimento do biodireito. Neste sentido, Christine Deane aponta:

A sociedade não se beneficiará plenamente da biotecnologia sem um amplo respaldo social. As opiniões sobre a biotecnologia são muito voláteis, variam com o contexto e são influenciadas pela percepção dos riscos e das vantagens de sua aplicação. O desenvolvimento de uma comunicação eficaz entre a comunidade científica e a sociedade é crucial para haver compreensão e apoio. Para isso, pode ser útil a institucionalização de comunicações e consultas formais com a sociedade, ao lado de enfoques de caráter mais geral, como o de os cientistas receberem formação em matéria de comunicação social. A confiança e credibilidade na fonte de informação são cruciais no momento de divulgar as vantagens, garantir que os riscos tenham sido cuidadosamente avaliados e explicar as garantias de controle público de usos indevidos.²⁶²

Consoante ao posicionamento de Edison Maluf, tanto a biotecnologia como a bioengenharia, em detrimento ao desenvolvimento científico/tecnológico já alcançado e, portanto previsível, apresentam dois componentes, a saber:

O primeiro é uma questão do âmbito científico, relacionado à disseminação do conhecimento, normas de segurança e os assuntos a elas relacionados, em que o Estado tem necessariamente de intervir, através de normas legais, estabelecidas. O segundo é de natureza ética: os limites aceitáveis na manipulação genética, nos quais extrapola a competência do Estado, pois envolve questões muitas vezes ambíguas, com visões pessoais inteiramente conflitantes [...].²⁶³

E como já era de se esperar, as implicações da biotecnologia, com o advento da manipulação genética, remetem-nos a uma série de questionamentos e de preocupações. Dentre eles pode-se elencar:

²⁶² Cf. DEANE, Christine. *A percepção social da biotecnologia*. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectivas em Direito Comparado*. p.283.

²⁶³ Cf. MALUF, Edison. *Manipulação Genética e o Direito Penal*. p.81.

Haveria nessas técnicas verdadeira melhoria na qualidade de vida no momento presente? Garantiriam elas uma existência realmente digna às futuras gerações? O ser humano, ao empregar a biotecnologia, não estaria assumindo um risco à sua saúde e sobrevivência? Seriam tais técnicas biotecnológicas responsáveis pela preservação da vida para o futuro da humanidade? Estar-se-ia respeitando a dignidade humana ao fazer experimentações com material genético humano? Não violariam elas o direito de todo homem de ser único e irrepetível se a clonagem de ser humano tornar-se uma realidade? Como garantir a preservação da privacidade de um patrimônio genético se ele for violado? Como admitir juridicamente uma seleção hipotética de pessoas, fazendo com que tenham alto nível intelectual, sejam dotadas de grande força física ou tenham determinada contextura física? Tais avanços biotecnológicos não nos levariam a um perigoso e arriscado caminho sem retorno?²⁶⁴

Ao encontro destes questionamentos, faz-se urgente a tomada de medidas, inclusive as de cunho legislativo, que visem orientar “os cientistas em seu trabalho na seara da biotecnologia para salvaguardar a sobrevivência da espécie humana e o respeito da dignidade do ser humano, evitando sua *coisificação*”, pois, as questões supracitadas, condizentes aos avanços biotecnológicos, dirigem-se principalmente aos valores fundamentais do homem²⁶⁵. Do mesmo modo, “a biotecnologia poderá lesar alguém ou alterar sua qualidade de ser único e irrepetível e até mesmo modificar seu patrimônio genético, transformando sua identidade e a das gerações presentes e futuras”.²⁶⁶

Vale a pena ressaltar, brevemente, o preceito constitucional auferido por Maria Helena Diniz, no tocante às preocupações advindas da manipulação genética e da

²⁶⁴ ESER, Albin. *Genética, gen-ética, derecho genético – reflexiones político-jurídicas sobre la actuación en la herencia humana*. La Ley, ano VII, n. 1.937, 1986; *Apud*: DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.365.

²⁶⁵ Assim, por exemplo o direito de privacidade, diretamente relacionado ao direito de liberdade (um dos fundamentos dos direitos humanos), sofre impacto direto ante o avanço das pesquisas de biotecnologia. Alguns temas polêmicos como o mapeamento genético, a identificação pelo DNA, entre outros, a que podem vir somar-se também recentes avanços da informática. O desenvolvimento da biotecnologia, também aqui, parece criar uma ambigüidade: “[...] Se podría decir, por tanto, que la investigación genética incrementa nuestra información y que, en consecuencia, aumenta la posibilidad de ejercer nuestra autonomía de una forma exitosa. Pero, al mismo tiempo, esa información en manos de terceros vuelve a los hombres y mujeres seres transparentes, casi sin secretos, y, en ese sentido, vulnerables ante los demás. Y ello afecta negativamente, por cierto, también nuestra autonomía y el ejercicio de nuestros derechos”. (In. SEÑA, Jorge F Malem. “Privacidad y Mapa Genético” *In. Revista de la Facultad*. – Universidad Nacional de Córdoba – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. v.2. n. 2., ano 1994, p. 62).

²⁶⁶ MARTINEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. Boletim do IBCCrim, 6:62; *Apud*: DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.365.

biotecnologia frente ao Direito Positivo Brasileiro e seus princípios, alertando-nos sobre os desígnios maléficis de tais técnicas, quando diz:

Tal é a gravidade do assunto que a Constituição, no art. 225, §1º, incumbiu o Poder Público de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e de fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético. [...] O respeito que o ser humano deve a si mesmo é a verdadeira medida da atuação do direito para assegurar a adequação da conduta dos cientistas às pautas axiológicas que realizem e concretizem o fundamento constitucional da dignidade humana, pois, se assim não fosse, transformar-se-ia o homem de sujeito em objeto, de fim em meio, assegurando-se sua destruição e não sua sobrevivência. Convém uma tomada de consciência no que atina à biotecnologia, por manipular a própria vida, para evitar que situações de alto risco sejam geradas em laboratórios, como, por exemplo, o aparecimento de um novo vírus que dizime o gênero humano ou de uma praga incomum que o prive de sua alimentação básica.²⁶⁷

E continua sua reflexão dizendo:

Para o controle das atividades voltadas à engenharia genética, além dos Comitês de Bioética, imprescindível é a criação não só de instituições que supervisionem o emprego de tais técnicas, concedendo ou suspendendo licença para sua implementação conforme o risco apresentado, pois não podem vulnerar bens valiosos para a comunidade, mas também de normas destinadas à proteção jurídica de gametas e embriões humanos, penalizando-se os desvios não desejáveis, bem como sua comercialização, e ao reconhecimento do direito de todo ser humano de ter um patrimônio genético não manipulado artificialmente, preservando sua vida privada e dignidade. Somente assim poder-se-á proteger o ser humano dos perigos potenciais da manipulação genética e de experimentação, ou seja, de técnicas de engenharia genética que recaiam sobre o ADN humano, compreendendo tanto a análise molecular do genoma quanto a utilização de genes humanos e a manipulação de células humanas, de substâncias embrionárias ou de seres humanos.²⁶⁸

Acreditamos que as indagações e os dilemas levantados pela manipulação genética e pela biotecnologia alcançam uma vertente muito maior e mais específica, indo além das aqui citadas. Vale ressaltar o entendimento de Christine Deane ao explicar que “[...] para criar uma opinião sobre qualquer aspecto da biotecnologia, é necessário ter

²⁶⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. p.365-366.

²⁶⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. p.368.

uma compreensão básica das técnicas utilizadas e conhecer as suas vantagens e riscos. Fazer com que uma pessoa se dê conta do caráter fundamental da tecnologia pode mudar sua perspectiva”.²⁶⁹ E é neste contexto, que passamos à abordagem das aplicações práticas, contemporâneas, da biotecnologia.

2.2. ALGUMAS APLICAÇÕES E EFEITOS DA BIOTECNOLOGIA: REPRODUÇÃO ASSISTIDA, ENGENHARIA, TERAPIA E MANIPULAÇÃO GENÉTICA.

Uma vez contextualizados os conceitos de ciência e biotecnologia, passamos a apreciar as implicações práticas possíveis destes conhecimentos. Destacamos a biotecnologia aplicada a seres humanos. Aqui diversos problemas e pontos polêmicos chamam-nos a atenção. Enfatizamos alguns aspectos da engenharia e da terapia genética, que por meio da biotecnologia, implicam questões de relevância para o mundo bioético e jurídico, como a clonagem e a manipulação genética de células germinativas humanas. Destacamos aqui, portanto, as chamadas *Técnicas de Reprodução Assistida* – TRA, entre as quais, alguns autores incluem a clonagem humana (por enquanto como uma possibilidade), e a engenharia genética e suas aplicações por meio da terapia e manipulação genética. Tudo isto traz à vista, a tradicional dicotomia *natureza – criação*, bem como, obriga-nos a re-contextualizar expressões como “natureza humana”²⁷⁰, “dignidade humana” e direitos humanos”.

²⁶⁹ Vale ressaltar o entendimento de Christine Deane quando nos explica que: “[...] para criar uma opinião sobre qualquer aspecto da biotecnologia, é necessário ter uma compreensão básica das técnicas utilizadas e conhecer as suas vantagens e riscos. Fazer com que uma pessoa se dê conta do caráter fundamental da tecnologia pode mudar sua perspectiva”. Cf. DEANE, Christine. *A percepção social da biotecnologia*, p.280.

²⁷⁰ A expressão “natureza humana” é objeto de estudo de Edgar Morin, em sua obra *Paradigma Perdido: A Natureza Humana*. De acordo com o autor, esta expressão enseja uma análise complexa e interdisciplinar, envolvendo diversas esferas de manifestação. No entanto, as posturas científicas e metodológicas de cunho cartesiano e classificatório têm prevalecido: “Ainda que objeto de ciência e dependente dos métodos próprios às outras ciências, o homem permanece insular e a *filiação* que o liga a uma classe e uma ordem naturais – mamíferos, primatas – nunca é concebida como *afiliação*. Pelo contrário, o antropologismo define o homem como oposto de animal; a cultura como oposto de natureza; o reino humano, síntese de ordem e de liberdade, opõe-se tanto às desordens naturais (‘lei da selva’, pulsões não controladas), como aos mecanismos cegos do instinto; a sociedade humana, maravilha de organização, define-se por oposição aos ajuntamentos gregários, às hordas e aos bandos.” (In. *Paradigma Perdido*, p. 18). De certa forma, o

2.2.1. As Técnicas de Reprodução Assistida – TRA

Em um primeiro momento podemos dividir estas técnicas conforme seu grau de complexidade. Podem ser de baixa complexidade como o coito programado e a inseminação intra-uterina (IIU). Estas têm a vantagem de ser de menor custo e risco e não precisam ocorrer em centros de reprodução assistida. Dentre as técnicas de alta complexidade, pode-se citar a fertilização *in vitro* convencional (FIV) e a injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI) – *intracytoplasmatic sperm injection*.

As técnicas de reprodução assistida têm suscitado polêmicas por diversas razões, dentre as quais passamos a analisar algumas. De início, colocam em xeque ou relativizam algumas certezas em relação a gênero e família. A própria necessidade de um casal para gerar um filho é relativizada. Atualmente temos a possibilidade da clonagem e fala-se também na geração de um filho fora do útero materno. Estas duas últimas possibilidades, ainda não vêm sendo realizadas, mas poderiam representar um impacto sem precedentes sobre o próprio conceito de natureza humana.

A reprodução assistida (e conseqüente surgimento de inúmeras clínicas de reprodução assistida), também é “acusada” de intervir em demasiado na saúde da mulher, levando a um processo de medicalização da reprodução humana: experiências têm sido feitas em mulheres, sob o título de “tratamentos” médicos.²⁷¹

avanço atual da biotecnologia vem trazer tudo isto à tona, revelando as “indiossincrasias” existentes. Isto não foi possível com a ciência biológica até os anos 50 do século XX. Esta estava por demais cingida ao “biologismo”, isto é “a uma concepção da vida fechada sobre o organismo, como a antropologia se cingia ao *antropologismo*, isto é, a uma concepção insular do homem. Cada uma delas parecia referir-se a uma substância própria, original. A vida parecia ignorar a matéria físico-química, a sociedade, os fenômenos superiores. O homem parecia ignorar a vida. Portanto, o mundo parecia constituído por três estratos sobrepostos, mas não comunicantes: *homem-cultura; vida-natureza; física-química*.” (In. *Paradigma Perdido*, p. 18). Ainda em relação à biologia e mais precisamente à “revolução biotecnológica” o autor considera que “a ‘revolução biotecnológica’ apenas começou. O velho paradigma reduziu-se a migalhas, mas o novo ainda não está constituído. Mas a noção de vida modificou-se: está ligada, implícita ou explicitamente, às idéias de auto-organização e de complexidade. [...] Mesmo incompleta, a nova teoria biológica modifica a noção de vida. A nova teoria ecológica, por muito embrionária que seja, modifica a noção de natureza. A ecologia é uma ciência natural fundada por Haeckel em 1873, que se propõe estudar as relações entre os organismos e o meio em que vivem.” (In. *Paradigma Perdido*, p. 23-24)

²⁷¹ Sobre este tema ver. STRATHERN, Marilyn. *After Nature – English Kinship in the late twentieth century*. Nova York: Cambridge University Press, 1992. Esta autora é uma referência importante em matéria de direitos reprodutivos e antropologia de gênero. Importa observar, para nossa tese, sua preocupação com as implicações e riscos advindos das novas técnicas “reprodutivas” apresentadas pela biotecnologia: “In certain parts of our imaginings, at least, the individual has already become something

Atualmente, no Brasil, o tema da reprodução assistida é tratado pela Resolução de número 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. O Código de ética médica (1988) trata superficialmente do tema, em somente quatro artigos. A abordagem sobre como o mundo jurídico – bioético, o mundo “biojurídico” vem tratando desta temática é objeto do terceiro capítulo.

Colocadas estas primeiras questões podemos enumerar as Técnicas de Reprodução Assistida: 1- Inseminação de embriões; 2- FIVETE- Fertilização *in vitro* e transferência de embriões; 3- GIFT – Gamete Intrafallopian Transfer (Transferência Intratubária de Gametas); 4- ICSI- Intracytoplasmatic Sperm Injection (Injeção intracitoplasmática do Espermatozóide); 5- Transferência de Citoplasma; 6- Fecundação sem espermatozóide.

A clonagem humana não é incluída na lista da maior parte dos autores, por não ser ainda, ao menos pelo que se sabe, tecnicamente viável em relação a seres humanos. Mas poderia ser acrescentada, em potencial, como um sexto item na listagem acima.

Com o avanço da ciência, a medicalização e “biotecnologização” da vida humana, como têm sustentado os bioeticistas, representa o risco de uma nova espécie de eugenia (mais sofisticada e adaptada à lógica de concorrência e consumo que vivemos atualmente). As novas técnicas de reprodução permitem a realização de desejos sexistas, racistas e eugênicos e, também, uma maior diferenciação entre classes sociais (entre os que podem e os que não podem pagar).²⁷²

else; it has ceased, so to speak, to be reproduced. I have dwelt on the particular fantasies of reproductive engineering that not just the English but also others with access to Western technology have thought up for the future. They persistently include that of cloning, of being able to produce *individuality without diversity*, endless replicas of unique forms. Yet it is merely to extrapolate from present medical practice to imagine the joining of human and animal parts, of producing beasts that are neither one nor the other, that is, *diversity without individuality*. The old assumption, the more individuals are produced the more diversity, will not work. I have suggested that these dreams/nightmares are already visualised in an area currently given highest moral value: the capacity to exercise choice.” E continua alertando a autora: “This, we might say, is the demise of the reproductive model of the modern epoch which was, if the reader recalls, a model not just of the procreation of persons but for conceptualising the future. The individuality at issue was the special individuality of parts elicited by merographic connection. Parts have ceased to be merographically connected.” (In. STRATHERN, Marilyn. *After Nature – English Kinship in the late twentieth century*, p. 192-193).

²⁷² “O recorte de classe é o sustentáculo de tais desejos, cujas decorrências são: a exploração de classe (mulheres/casais ricos custeiam o “tratamento” das pobres e assim se livram de parte da super-hormonização e obtêm óvulos); o tráfico e a comercialização de embriões, sêmen, óvulos (há vários *sites* que comercializam óvulos); a industrialização e a venda de óvulos obtidos do tecido ovárico de mulheres ainda vivas, de cadáveres de mulheres e de fetos abortados. À medida que as tecnologias conceptivas se expandem, sua concepção industrial também cresce: os óvulos tornam-se matéria prima e são tirados do

Este dilema está intimamente ligado ao fortalecimento, no atual estágio da modernidade, do princípio regulatório de mercado. Podemos observar isto em relação à indústria de medicamentos. O tema chama a atenção, especialmente, em países como os Estados Unidos, onde a medicalização da população rege-se por normas de mercado. Observamos atualmente o crescente consumo de “medicamentos”, como o *Prozac* e o *Ritalin*.²⁷³ São medicamentos cujo consumo acelerado é estimulado pelos grandes conglomerados econômicos farmacêuticos, que os produzem. Neste aspecto então, nada melhor do que, “medicalizar comportamentos”, criar “doenças novas”, que antes não existiam, e que requerem estes novos medicamentos avançados biotecnologicamente. Percebemos que, por trás da discussão sobre o direito de se reproduzir (que tem levado à revolução das Técnicas de Reprodução Assistida, e com elas a Clonagem Humana), do direito de não sofrer, de não ficar deprimido, de não ficar “hiper-ativo”, entre outros “novos direitos-necessidades médicas”, existe uma racionalidade “perversa”, de mercado. É inegável que os setores de alimentos e medicamentos, são entendidos, são classificados pela população, como as necessidades mais básicas. Cria-se assim, a nosso ver de forma perversa, um mercado definido, cativo e em expansão para a manutenção da “racionalidade” de consumo global.

A teoria das necessidades, de base marxista, elenca uma série de necessidades humanas, para ao final criticar as chamadas “necessidades alienadas” ou necessidades humanas “artificiais”. São as necessidades criadas pelo capitalismo e caracterizam-se por uma perversidade, ou por um aspecto “alienante”, na medida em que sua satisfação implica na negação das demais necessidades para um amplo contingente de indivíduos. Teóricos importantes como Agnes Heller e Joaquim Herrera Flores fizeram críticas interessantes ao capitalismo global, a partir desta “teoria das necessidades”.²⁷⁴ Nesta direção então, podemos problematizar, se as novas terapias genéticas e “serviços biotecnológicos”, a julgar pela forma como vêm sendo apresentadas (bens de consumo), não acabariam por se tornar uma nova modalidade de “necessidades alienadas”.

ovário de uma mulher para serem implantados no útero de outra. Estas mulheres são consideradas procriadoras, como animais de procriação, vendidas como tais.” (In. PESSINI, Léo & BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais de Bioética*. 3.ed. São Paulo: Loyola, 1996, p190.

²⁷³ Sobre isto ver recente trabalho de Francis Fukuyama, *Nosso Futuro Pós-Humano*.

²⁷⁴ Sobre isto ver HELLER, Agnes. *Teoria de las necesidades en Marx*. Barcelona: Península, 1985 e FLORES, Joaquim Herrera. *Los Derechos Humanos desde la Escuela de Budapest*. Madrid: Tecnos, 1989.

Os dois aspectos relacionados à biotecnologia, mais destacados nesta tese pelo seu efeito sobre o paradigma da modernidade e os direitos humanos, são as técnicas de reprodução assistida (especialmente a clonagem humana) e a chamada Engenharia genética e sua correspondente médica, a Terapia Genética, combinada com as possibilidades potenciais de manipulação da linhagem germinativa.

2.2.2. A Terapia gênica ou genética

Uma boa definição de terapia gênica é dada por Carlos María Romeu Casabona:

[...] cura ou prevenção de doenças ou defeitos graves devido a causas genéticas que atuam diretamente nos genes, mediante diversos procedimentos teóricos: a adição, a modificação, substituição ou supressão de genes; mas as intervenções são realizadas, no momento, por meio da introdução no organismo do paciente, de células geneticamente modificadas, manipuladas com o fim de substituição da função das defeituosas, de forma que se recorre hoje às técnicas terapêuticas chamadas como ‘*ex vivo*’ e ‘*in vitro*’.²⁷⁵

O Comitê Internacional de Bioética da Unesco, em 1994, definiu a terapia gênica humana, como sendo “a alteração deliberada de material de células vivas para prevenir ou tratar enfermidades”. A terapia gênica, em sentido estrito, volta-se apenas para enfermidades monogênicas, para as quais, não há outro tratamento, implicando, desta forma, em uma vida sentenciada à dor e ao sofrimento.²⁷⁶ (ACRESCENTAR EXEMPLOS!)

Percebe-se que terapia gênica, talvez até mais do que as técnicas de reprodução assistida vem suscitando intensos debates éticos e jurídicos. A engenharia genética, da qual se serve, abrirá ao mesmo tempo as portas para a seleção ou aperfeiçoamento de determinados caracteres do ser humano que podem ser considerados “desejáveis”; isto é, a chamada eugenia positiva. É certo que esta é ainda uma perspectiva distante, pois as

²⁷⁵ Esta terapia trata de defeitos genéticos de diversos tipos, como: “hereditários, que são transmitidos pelos genes dos pais; não hereditários, quando se produzem anomalias por erros imprevistos na formação de células sexuais; e congênitos quando ocorrem no desenvolvimento embrionário por diversas mutações”. CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p.150.

²⁷⁶ GRISOLÍA, Santiago. *A Biotecnologia no terceiro milênio*, p.19.

intervenções em linha germinal não estão totalmente ao alcance dos investigadores, ressalvado o que se possa derivar das experiências realizadas com ratos ou outros modelos animais, sendo que em linha somática, são ainda muito limitadas.²⁷⁷

A preocupação a respeito dessa futurível terapia em linha germinal ou intervenção perfectível, firma-se, ademais, no fato de que as modificações genéticas seriam transmitidas às gerações sucessivas da estirpe tratada. Tal inquietude não se suscita com a intervenção gênica – terapêutica ou aperfeiçoadora – na linha somática, pois as modificações genéticas só deveriam, em princípio afetar o paciente tratado, não envolvendo suas células reprodutivas; não obstante, não se conhecem ainda, de modo suficiente, efeitos colaterais, como poderiam ser mutações gênicas imprevisíveis inclusive as das células germinais. Daí a necessidade de que se valore a terapia gênica com certa prudência e que se chame à atenção para a cautela que deveria presidir qualquer atuação nessa matéria. (Já há registro de “falhas” e “acidentes” em protocolos experimentais e Terapias Gênicas).

Uma vez diferenciadas as intervenções em linha germinal (intervenção perfectível) e as intervenções gênicas terapêuticas ou aperfeiçoadoras, na linha somática, pode-se abordar a valoração jurídica nestas duas modalidades.

No que respeita à terapia gênica em linha somática pode-se afirmar que não afeta o padrão genético da pessoa submetida à terapia, pois as células somáticas não transmitirão as modificações sofridas à descendência (papel dos gametas). No entanto, como salienta Carlos Casabona, as conseqüências e efeitos não são completamente conhecidos, podendo até mesmo haver mutações genéticas não previsíveis, e que afetem as células germinais. Contudo, defende-se o uso destas técnicas em caso de doenças graves em pessoas já nascidas ou no “nascituro” implantado no ventre materno.²⁷⁸

Outro tem sido o posicionamento em relação à *terapia gênica em linha germinal*. Cumpre lembrar, que neste caso, trata-se da capacidade reprodutora de indivíduos que apresentam anomalias em suas células reprodutoras ou que as manifestam imediatamente depois de sua união. Este tipo de terapia gênica apresenta problema éticos e jurídicos mais graves, pois, “apesar de certamente poder contribuir no futuro para erradicação de

²⁷⁷ Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*, p.150.

²⁷⁸ Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*, p.155.

defeitos genéticos nas estirpes submetidas a esta terapia, tem ela também efeito de modificação definitiva do componente genético manipulado e de transmissão às gerações sucessivas, cuja transcendência para a espécie humana não se conhece ainda com precisão”²⁷⁹, impossibilitando o controle em relação a eventuais efeitos negativos. Estes temores levaram a proposição por alguns especialistas e autoridades de uma proibição absoluta desta modalidade terapêutica, ou uma moratória até que se tenha informações sobre suas possibilidades terapêuticas, suas indicações e efeitos para o patrimônio genético.²⁸⁰

A inseminação artificial, a fecundação *in vitro* e a engenharia genética são estágios conseqüentes de uma revolução biológica cujo produto final poderá, se nenhuma providência for adequadamente adotada, ser a *ectogênese*, ou seja, ou que atualmente é definido como o hipotético desenvolvimento do embrião em sede extracorpórea (útero artificial)²⁸¹. As tecnologias para a reprodução humana tornam-se cada vez mais ultrapassadas em menos tempo.

²⁷⁹ CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*, p.153-4.

²⁸⁰ Esta parece ser a opinião do jurista espanhol, que assim se pronuncia: “Tendo em vista a situação atual, parece mais prudente apoiar a tese da moratória, no que se refere exclusivamente à terapia em linha germinal, sem que, por ora, pareça oportuna a criminalização dessas condutas, que deveriam permanecer no âmbito do ilícito administrativo e no da tomada de decisões sobre restrições, na concessão de fundos públicos de apoio a estas atividades, e na investigação das que sejam tributárias, sem prejuízo de admitir, como alternativa, que prévia aprovação do comitê de especialistas possa no futuro ser efetuada com os referidos fins terapêuticos, em cada caso concreto, e prévia ponderação das garantias que se ofereçam de evitação de mutações ou aberrações não desejáveis. [...] assim como foram tomadas medidas para controlar e limitar a biotecnologia aplicada em laboratório sobre microorganismos com o fim de evitar sua liberação descontrolada no meio ambiente, em vista dos perigos que poderiam ser gerados para este e para o próprio ser humano, parece lógico e mais justificado ainda que sejam adotadas também medidas limitativas em relação à intervenção no genoma humano. No entanto, devem ser, na atualidade, favorecidas social e legalmente – dentro do marco apropriado- as investigações no sentido de conhecer melhor esta modalidade de terapia, suas conseqüências e efeitos potencialmente prejudiciais ainda desconhecidos, assim como os procedimentos e técnicas de controle e evitação dessas conseqüências e efeitos”. (grifo nosso). (In. CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*, p.152).

²⁸¹ Sobre isto também se pronuncia a civilista Maria Helena Diniz. A autora, em recente artigo, menciona diversos aspectos polêmicos da FIVET (Fecundação *in vitro* com transferência do embrião). Um destes pontos, é justamente os riscos implícitos nesta técnica (Fivete) de haver uma eugenia positiva, buscando-se o embrião considerado geneticamente “superior” e excluindo o “inferior”. Isto pode levar ao que Jacques Testart chama de “liberalismo biológico” e Ronald Dworkin de “eugenia liberal”. Pois bem, para Maria Helena Diniz, contudo, esta possibilidade deve ser rechaçada: “É preciso, portanto, que haja lei proibindo: a) alterações nos caracteres genéticos do embrião, mediante intervenção no seu genoma; b) destruição do embrião humano rejeitado por quem o encomendou por apresentar algum defeito; c) experiências eugenésicas para a criação de uma super-raça, tendo em vista seus caracteres biológicos.” (In. DINIZ, Maria Helena. “A Ectogênese e seus problemas jurídicos”. In. *Prática Jurídica*, ano III, n. 30, set. 2004, p. 27-28).

E se vier a ser atingida a fase última – o filho de proveta fabricado, em série, em laboratório – o homem ficará reduzido à condição de mero instrumento de um Estado totalitário, pleno e eficiente, no qual terá ‘uma existência absolutamente programada, minuciosamente pormenorizada, que eliminará valores extraordinariamente importantes da pessoa, como a capacidade de improvisação, de admirar-se, de poder enfrentar o inesperado, de viver com espontaneidade, de manter-se receptivo ao novo’.²⁸²

Neste sentido, por exemplo, é aceita por muitos países, a seleção de sexo para a prevenção de enfermidades. Neste tipo de procedimento não há alteração do genoma humano, tratando-se de *eugenia negativa* e não *eugenia positiva*.

A história da humanidade conheceu uma permanente preocupação com melhora do ser humano – em particular da descendência - principalmente de suas características biológicas, mas também de suas potencialidades psíquicas e mentais. Embora de forma rudimentar, desde os princípios da humanidade, o ser humano teve consciência de que alguns traços biológicos são herdados de pais para filhos, e de alguma maneira isso se refletiu nas normas de diversas culturas.²⁸³

Com os avanços da biologia humana e animal em relação aos mecanismos da reprodução e da herança biológica permitiram que os propósitos seletivos pudessem ser apoiados em bases científicas – embora em algumas ocasiões não suficientemente avaliadas e, inclusive errôneas, assim em seus recursos e técnicas disponíveis para tais objetivos. Por eugenia entende-se os procedimentos capazes de melhorar a espécie humana. Como é sabido, foi Francis Galton quem utilizou o termo (*eugenics*), no Reino Unido, em fins do século XIX, e a definiu como a “a ciência que trata de todos os fatores que melhoram as qualidades próprias da raça, incluídas as que a desenvolvem de forma perfeita”.²⁸⁴

²⁸² FRANCO, Alberto Silva. “Genética Humana e Direito”, In. *Bioética – Revista do Conselho Federal de Medicina*. V. 4, n.1, 1996, p.18.

²⁸³ A proibição bíblica do incesto poderia ser assim explicada, ao menos em parte. Vale citar também algumas crenças ancestrais refletidas em mitologia e mais tarde no Direito Romano, como a da que a mulher podia conceber de animal (*monstrum*), daí a exigir-se que o nascido tivesse forma humana. Isto perdura ainda em algumas legislações modernas: o Código Civil Espanhol ressalta que “para os efeitos civis apenas se reputará nascido o feto que tiver figura humana e viver vinte e quatro horas inteiramente desprendido do seio materno” (art. 30).

²⁸⁴ Em sua concepção Galton propugnava o recurso a todos os fatores sociais utilizáveis que pudessem melhorar as qualidades raciais, tanto físicas, como mentais das gerações vindouras. In: GALTON, Francis. *Inquiry into human faculty*, Londres, 1883; *Apud*. CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*, p.170. No entendimento do autor “[...] A eugenia foi se enroscando deste modo de um pretenso

A eugenia pode ser dividida em dois tipos: positiva e negativa.

Por eugenia positiva entende-se a que consiste em favorecer a transmissão de caracteres considerados desejáveis, o que já se tentou por em prática, porém se grande sucesso em virtude da poucas possibilidades então existentes: fomentar matrimônios de casais selecionados, ou mais recentemente, coletando gametas (sêmen) de pessoas com traços físicos ou intelectuais considerados excelentes.²⁸⁵

A eugenia negativa, por outro lado, busca evitar a transmissão de caracteres considerados não desejáveis, valendo-se de procedimentos muito mais eficazes, como a inseminação artificial, a contracepção, e em alguns casos, o aborto e a morte do recém nascido.

Para compreender o atual significado de eugenia não se pode olvidar do pensamento de Darwin. Suas teorias sobre a percepção dos seres vivos influenciou profundamente no campo das ciências sociais, e indiretamente no das ciências jurídicas.

[...] o darwinismo social foi uma transposição do darwinismo estrito – biológico - para o âmbito social, desenvolvido por Herbert Spencer com o fim de explicar a evolução das sociedades humanas a partir daquela ótica: a luta pela sobrevivência dos mais capazes, seleção, etc., e terminaria por importar-se ao neolamarckismo (seguido principalmente na França), que parte da idéia de que os caracteres adquiridos são também hereditários, idéia que não foi alheia ao próprio Darwin. O darwinismo social sofreu, paradoxalmente, manifestações diversas, que foram, essencialmente, uma conservadora e outra reformista, com uma forma diferente de entender a evolução da sociedade humana: a seleção e a sobrevivência dos mais aptos (?), e o progresso do ser humano através daquelas sociedades que se sustentaram na cooperação e ajuda entre os indivíduos, respectivamente. Mas o impulso definitivo até a eugenia foi dado, como dizíamos, por Galton, que a estruturou e reforçou com a aplicação de métodos científicos, fundamentalmente o estatístico e matemático, e insistiu na importância da herança nos componentes mentais e morais dos indivíduos e da eugenia – positiva – para sua eliminação.²⁸⁶

Todo este complexo de idéias e projeções, deu lugar aos movimentos eugênicos

suporte científico e, com isso, de uma maior credibilidade intelectual e autoridade moral, o que não impediu, por outro lado, que tenha sido contestada nos momentos históricos de maior esplendor, ao menos frente a algumas de suas práticas mais radicais.” (Casabona, *Do Gene ao Direito*, p.170).

²⁸⁵ Isto tem ocorrido com maior frequência nos Estados Unidos, onde já se colocou à venda amostras de sêmen (congelado) de homens laureados com o prêmio Nobel. Percebe-se que as características genéticas do ser humano estão passando a ser um objeto de consumo.

²⁸⁶ CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*, p.171.

da primeira metade do século passado, e sua penetração no mundo jurídico através do darwinismo social e legal. A questão promoveu intensa ação legislativa e jurisprudencial em diversos países. Nos EUA, um influente grupo de intelectuais e políticos estava preocupado com a deterioração da “qualidade” biológica da população frente a qual deveria prevalecer o interesse da espécie. Este movimento foi favorecido por diversos fatores, como a recusa social a certos setores da população, marginais e delinquentes, deficientes mentais, pacientes de doenças psiquiátricas e a importante imigração que estava sofrendo o país.²⁸⁷ Neste sentido também citamos a Finlândia, país em que até a década de 1970, fazia-se a esterilização de mulheres com deficiência mental ou pacientes de doenças psiquiátricas.

2.2.3. A Clonagem Humana

A clonagem, assim como a manipulação de células tronco, é uma espécie de ícone desta tese. Embora para muitos cientistas a clonagem ainda não possa ser considerada praticamente, ela sintetiza muitos dos medos, inseguranças e apegos ideológicos e teológicos que a biotecnologia revela. Diversas são as abordagens possíveis. A clonagem humana, o desejo humano (vaidade ou não) de se auto-copiar ou de se reproduzir (como forma de se admirar e “se recriar”) não é um tema novo. Citamos exemplos clássicos interessantes: *Frankenstein* (Mary Shelley), *Fausto* (Goethe), Filme *Inteligência Artificial* (Steven Spielberg), *O Retrato de Dorian Gray* (Oscar Wilde), e até mesmo, *O Clone* (de Glória Perez).

De certa forma a possibilidade (ou realidade) da clonagem humana mantém atual o mito de Prometeu. Continuamos transgredindo os limites éticos e religiosos de nosso

²⁸⁷ Sobre isto tiveram grande efeito Charles Davenport e o *Eugenics Record Office*, em Cold Spring Harbor, Long Island, promovido e dirigido por ele. “Apesar de terem dado passos em favor de medidas de eugenia positiva (fomentando matrimônios de casais de ‘qualidade’ biológica e moral), chegaram, no âmbito legislativo, a tomar formas de eugenia negativa, através das leis de esterilização, que foram promulgadas por trinta estados da União, além de outras relativas a internações de isolamento, limitações matrimoniais e restrições à imigração. [...] Várias dessas leis foram objeto de recursos de inconstitucionalidade (o que revela a discrepância existente neste tipo de processo legislativo) e algumas anuladas por tal motivo, o que não impediu a sua substituição por outras revisadas.” In. CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*, p.172.

tempo. Seria a clonagem também necessária como condição de harmonia e felicidade em nossos dias?

Como quase tudo que diz respeito à revolução biotecnológica, as descobertas em matéria de clonagem humana são muito recentes²⁸⁸. Neste sentido o anúncio da empresa Advanced Cell Technology (ACT) de que haviam clonado um embrião humano gerou muita polêmica e diversos questionamentos (quando?). Ser contra ou a favor? Por que e para quê parar? É notória a nossa lentidão para responder aos questionamentos éticos, em face à rapidez com que avança a ciência e a biotecnologia. Podemos comparar “didaticamente” com a diferença entre PA (progressão aritmética) e PG (progressão geométrica). A ciência / biotecnologia, como visto neste capítulo, avança de forma comparada à progressão geométrica.²⁸⁹ Outra terminologia também pode ser aqui aplicada: a dicotomia ética de responsabilidade / ética de convicção Weberiana.²⁹⁰

É em temas como clonagem humana e terapia de células germinativas, que o embate ético-tecnológico vai se dar de forma mais clara. Aí também estão envolvidos fatores de ordem ética²⁹¹, econômica²⁹², religiosa²⁹³, ideológico-políticos²⁹⁴, entre outros.

²⁸⁸ Um exemplo disso é o assunto, não muitas vezes mencionado, da chamada “assinatura eletrônica biométrica”. Trata-se das assinaturas eletrônicas, nas contrações realizadas em meios eletrônicos, através de sistemas biométricos, justamente como forma de adaptação ao capitalismo intenso de nossos dias. Falamos dos computadores, celulares, cartões de crédito, PDAs, Handhelds, etc). Pois bem, conforme relata Mauricio Matte, a assinatura eletrônica é diferente da assinatura digital. A primeira é feita por meio de cifras codificadas, de forma que somente a pessoa que possua a *chave* correta, possa abrir (decodificar) o documento – arquivo. Mas eis que se vislumbra um problema: “Quando o sistema eletrônico de certificação de autoria de documento ou algo que o valha for construído para o emprego de características biométricas fisiológicas (íris, DNA, digital), imaginando possibilidade futurista que se consiga em alguns anos realizar clonagem humana com perfeição próxima aos cem por cento, o que hoje não é possível, cremos que ficará prejudicada tal técnica no que tange às características fisiológicas.” (In. MATTE, Mauricio. “Assinatura Eletrônica Biométrica- Reflexões sobre os impactos da clonagem humana.” *In. Revista de Direito Privado*. N. 8, outubro-dezembro de 2001, p. 187).

²⁸⁹ Outra terminologia também pode ser aqui aplicada: a dicotomia ética de responsabilidade / ética de convicção Weberiana.

²⁹⁰ WEBER, Max. *Ciência e Política*.

²⁹¹ A dimensão ética, no nosso caso, bioética, é a que mais destacamos neste trabalho (e por isso tem um capítulo específico). Neste momento podemos destacar a bioética como um espaço de reação à incerteza trazida pela biotecnologia. A partir de valores como dignidade humana e de princípios como a precaução a bioética vai tentar se opor à lógica científica, que se pretende universal, do “tudo que puder ser feito, vai ser feito [...]”. Contra esta idéia da sociedade de risco a bioética tenta utilizar-se do biodireito e de instituições regulatórias.

²⁹² Falamos de questões como a corrida pelo patenteamento de descobertas (isto foi muito nítido na “corrida” entre a Celera Genomics – privada, e consórcio público – PGH, rumo ao seqüenciamento do genoma humano), o apelo do mercado de capitais, das bolsas (a empresa ACT, não tinha de fato concluído suas experiências, mas ao anunciar, suas ações se valorizaram). Fala-se em ciência de marketing muito mais do que marketing da ciência.

Com base na idéia de limites bioéticos à biotecnologia podemos nos questionar: se a ciência aceita esses limites? Se o mercado (em sua dimensão regulatória global) aceita moratórias relacionadas à biotecnologia? Se não, de que instrumentos dispomos para sancioná-lo? Se o cientista sacrifica sua vaidade (mais íntima) em nome de uma causa social ou da humildade de seus próprios temores? Se a megalomania dos ricos e poderosos aceita despir-se de seus projetos de eternidade?²⁹⁵

Pois bem, feita esta breve contextualização, passamos a analisar a clonagem em seu aspecto científico.

Em primeiro lugar devemos fazer alguns esclarecimentos. A clonagem utiliza-se da técnica do DNA recombinante. Sobre esta tecnologia, podemos dizer em linhas gerais, que é uma forma de acrescentar a um organismo genes oriundos de outro organismo. Isto é, fazer algo que o organismo receptor não é capaz de fazer. Um exemplo de combinação de DNA de espécies diferentes é o caso da inserção de um gene humano no DNA de um microorganismo, obrigando-o a funcionar como uma “fábrica” produtora de proteínas humanas. Isto foi feito para produzir a *insulina recombinante*.

Tal realização só é possível a partir de um conjunto de técnicas de biologia molecular, genética microbiana e bioquímica. Percebemos uma certa interdisciplinaridade no próprio meio das ciências naturais.

O termo “clone” é utilizado para identificar indivíduos geneticamente idênticos. Deriva do grego *klon* que significa broto de um vegetal. A clonagem é, ainda, uma forma de reprodução assexuada, que existe naturalmente nas plantas e organismos unicelulares. Baseia-se em um único patrimônio genético. É o caso natural, dos gêmeos univitelinos ou

²⁹³ O papa João Paulo II condenou enfaticamente a clonagem de seres humanos, e nem mesmo a atenuação das declarações da ACT, dizendo que suas experiências se destinam, não à clonagem, mas ao tratamento de doenças como o mal de Parkinson e a diabetes, abrandaram a posição de repúdio convicto e de condenação peremptória, adotada pela Igreja Católica. Segundo a Pontifícia Comissão para a Vida, os embriões já são vidas humanas com os direitos próprios de todo ser humano e, clonados ou não, não podem ser sacrificados na busca das células-tronco. (Cf. Francis Fukuyama. *Nosso Futuro Pós Humano*).

²⁹⁴ Temas como clonagem humana, terapia genética, e pesquisas com células-tronco vem dividindo as posturas ideológicas tradicionais (esquerda e direita) de forma inusitada e inesperada. Membros do Partido Republicano (EUA), sendo favoráveis à pesquisa com células-tronco e clonagem terapêutica, e membros do partido democrata, sendo contrários. Também na ordem política, a revolução biotecnológica e suas implicações práticas tem feito “estragos”.

²⁹⁵ Um exemplo é o principal investidor da ACT, o milionário Miller Quarles, que propala aos quatro ventos que quer ser o primeiro ser humano a chegar aos 200 anos de idade!

monozigóticos (muito utilizados em pesquisas para investigar o índice de “hereditariedade” das características humanas).²⁹⁶

A clonagem em laboratório pode ser de dois tipos: 1- separando as células de um embrião em seu estágio inicial de multiplicação celular, ou 2- substituindo o núcleo de um óvulo por outro proveniente de uma célula de indivíduo já existente.

O primeiro tipo é semelhante ao que ocorre naturalmente com os gêmeos monozigóticos, tem-se dois organismos idênticos, porém diferentes de qualquer outro já existente. O segundo tipo reproduz de forma assexuada um indivíduo igual a outro pré-existente, é feito por meio da substituição do material nuclear, técnica conhecida por duplicação. Foi este segundo, o procedimento que originou a ovelha Dolly. Trata-se de um feito revolucionário (embora já fosse esperado, dado o avanço da biotecnologia)²⁹⁷. Em que pese seu sucesso inicial, o nascimento de Dolly provocou muitas controvérsias. As polêmicas se acentuaram quando foi anunciado que a ovelha sofria, com pouca idade, de problemas de artrite e pulmão. Isto se deve possivelmente ao fato de que a célula a partir da qual Dolly foi criada, ou clonada, era de um animal adulto e como tal, sujeito a estes problemas de saúde. Revelou-se assim que, embora possamos tecnicamente fazer a clonagem até mesmo de humanos (como alardeiam personagens importantes de nossos dias como o professor italiano Severino Antinori e o líder da seita dos Raelianos), ainda não detemos o controle para aplicação desta técnica de forma segura.

Em torno da problemática inserida a respeito das vantagens, desvantagens, benefícios, malefícios e dos reais alcances do poder e da responsabilidade científica, quando voltados às técnicas de manipulação genética e reprodução humana, constatamos

²⁹⁶ Conforme relata detalhadamente Matt Ridley em sua obra *O que nos faz humanos*. As pesquisas com gêmeos univitelinos, foram muito utilizadas pelos cientistas, desejosos de demonstrar a prevalência do caráter hereditário em relação ao cultural e comportamental (criacional), para determinar as características do indivíduo. Richard Lewontin, por sua vez, vem se colocar contrariamente à pretensa objetividade dos dados decorrentes das pesquisas com gêmeos univitelinos. Este autor vai tentar questionar (e tem sucesso a nosso ver) a legitimidade e validade destas pesquisas. Assim, por exemplo, Lewontin mostra que numa das pesquisas mais famosas com gêmeos, os dados foram simplesmente forjados. Em outra, os gêmeos em questão, embora criados separadamente, viviam na mesma cidade e freqüentavam a mesma escola. Revela, que os dados obtidos, no intuito de demonstrar a prevalência e o alto grau de hereditariedade das características de um ser humano, se mostraram bastante suspeitos e viciados ideologicamente. (Sobre isto ver: LEWONTIN, Richard. *A Doutrina do DNA - Biologia como doutrina*).

²⁹⁷ Este processo, conceitualmente simples, empiricamente é muito difícil e delicado. A equipe do professor Ian Wilmut (cientista escocês responsável pelo surgimento de Dolly) utilizou 834 núcleos de células de animais adultos e de fetos. Foram feitas 276 tentativas. De todos os 156 óvulos implantados, somente 21 se desenvolveram e apenas oito animais nasceram. Destes, apenas um único (Dolly) era oriundo de um núcleo de uma célula de um animal adulto.

que, cada vez mais, tornam-se polêmicos os assuntos desta natureza, principalmente se analisados sob a égide jurídica. Assim sendo, neste emaranhado de novas descobertas e situações, não podemos deixar de falar da importância do debate ético, do surgimento da bioética e do biodireito.²⁹⁸

Dito isto, podemos agora passar a analisar a Bioética e sua influência sobre o discurso dos Direitos Humanos dentro do paradigma do Direito Moderno contemporâneo.

²⁹⁸ No contexto de fechamento deste capítulo podemos fazer uma referência a uma importante doutrinadora brasileira em matéria de biodireito, Regina Lúcia Fiuza Sauwen, que faz uma reflexão relacionando justamente biotecnologia, bioética e biodireito: “Diante do avanço a biotecnologia, o sistema jurídico – a quem cabe grande parte da tarefa de preservar a dignidade humana – utilizando a bioética (isto é, a interdisciplinaridade), deve estar atento para: * defender a pessoa humana diante das ameaças de reificação advindas da possibilidade de clonagem, eugenismo, venda de órgãos, dos vários usos do útero de aluguel, da gravidez masculina, do útero artificial, etc; * defender a pessoa diante do cientista inescrupuloso, financiado por grandes laboratórios de genética; * defender a pessoa diante da ignorância e do autoritarismo ideológico, em última análise, dos governantes, capazes de impor normas que venham a satisfazer interesses dúbios de grandes empresas transnacionais. Em suma, à bioética cabe a tarefa de manter acesa a chama da crítica permanente, convocando profissionais de todas as áreas para que envolvam a discussão; do biodireito cobra-se a humildade em se dar, não como uma área isolada e auto-suficiente, mas conectada com as outras áreas do conhecimento humano e com o mundo em geral.” (In. SAUWEN, Regina Lúcia Fiuza. “Da Persona ao Clone – a visão do Biodireito”. In. Revista Brasileira de Direito Comparado (publicação semestral do Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro), Rio de Janeiro, 1999, 341-342).

CAPÍTULO 3. BIOTECNOLOGIA X BIOÉTICA: UMA APROXIMAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS.

3.1. O CONTEXTO DE SURGIMENTO DA BIOÉTICA.

O crescente avanço da ciência, com destaque para a biotecnologia, tem trazido a tona um assincronismo com o avanço do direito. O jurista Alberto da Silva Franco assinala que o Direito tem reagido ante tal desafio, com uma postura de indiferença e auto-suficiência.²⁹⁹ Sobre este aspecto, Maria Celeste Santos manifesta-se:

As respostas do Direito muitas vezes consistiram em assumir as relações sociais emergentes, positivando, reconhecendo judicialmente tais relações; ou bem aplicando à nova situação *princípios gerais do direito* (artigos 4º e 5º da *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*) e seus próprios recursos de criação e interpretação normativa. Ou, também, adiantando-se às concepções sociais introduzindo novos *princípios axiológicos* (ainda que excepcionalmente) e reforçando os *princípios fundamentais* do homem, como são os de *respeito a autonomia individual* e o da *dignidade da pessoa*.³⁰⁰

O Direito, sem embargo, nem sempre está em condições de oferecer respostas adequadas e válidas para realidades ou fenômenos novos, como está ocorrendo, em certa medida, com as Ciências Biomédicas. É então quando a relação entre Ética, Direito e Medicina, se faz mais presente.³⁰¹

Desta diferenciação, ou deste “vazio”, entre avanço científico e direito, tem surgido importantes aportes éticos e filosóficos. Assim, antes de estudar a bioética cumpre aprofundar o conceito de ética e as diferenciações entre ética e moral. Esta diferenciação é importante para compreender o problema das lacunas jurídicas, a serem tratadas a seguir.

Embora, neste trabalho, dediquemo-nos mais aos aspectos da biotecnologia (e da bioética) diretamente relacionados ao ser humano, há que se mencionar, em uma

²⁹⁹ FRANCO, Alberto Silva. “Genética Humana e Direito”, *In. Revista Bioética*. 4 (1), 1996, p.17-29.

³⁰⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *O Equilíbrio de um Pêndulo. Bioética e a Lei: Implicações Médico - Legais*. São Paulo: Ícone, 1998, p.24.

³⁰¹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *O Equilíbrio de um Pêndulo. Bioética e a Lei: Implicações Médico - Legais*. p.24.

perspectiva aberta, que o debate ambiental, também tem grandes implicações em nossa tese. É no âmbito do direito ambiental (por nós entendido como inter-relacionado com os direitos humanos, de “3ª e 4ª dimensões”), que originariamente surgiram conceitos como responsabilidade intergeracional, e a discussão a respeito das éticas “antropocêntrica” ou “biocêntrica”. Neste sentido destacam-se, em âmbito brasileiro, autores como José Rubens Morato Leite e Patrick Ayala, aos quais fazemos referência:

Postula-se um antropocentrismo alargado, impondo-se uma verdadeira comunhão e solidariedade de interesses entre o homem e a natureza, como condição imprescindível a assegurar o futuro de ambos. No sistema jurídico brasileiro prevalece a adoção do antropocentrismo alargado, pois protege-se o meio ambiente no que concerne à capacidade de aproveitamento deste para o uso do homem, mas também no que diz respeito ao bem ambiental, autonomamente, para manter o equilíbrio ecológico e sua capacidade funcional.³⁰²

Estes autores propugnam ainda, neste rumo, por uma *atuação perspectiva* do operador do direito, pautada pelo cuidado com o futuro, o que exige uma “abertura permanente deste espaço de comunicação dialógica entre os textos normativos e os fundamentos éticos da ecologia, estruturados a partir do cuidado e da responsabilidade, valores cada vez mais importantes a partir do desencantamento do homem frente aos desenvolvimentos tecnológicos.”³⁰³

Os termos ética e moral, não são exatamente sinônimos. Por *moral*, pode-se entender, um sistema de normas de conduta, que visam regular a ação humana (do latim *mor*, *moris*, que também expressa costume, modo de vida). O termo *ética*, por sua vez, é de origem grega, *ethos*, e designa lugar onde se habita, morada (lugar privilegiado que tem o homem, e que o distingue e qualifica).

A categoria “ética” pode ser entendida, por fim, como um *conjunto de argumentações*, que dão fundamento às normas morais, a fim de justificar a validade e o caráter obrigatório destas. Percebe-se que a moral está mais próxima do Direito. Em

³⁰² MORATO LEITE, José Rubens & AYALA, Patryck de Araújo. *A transdisciplinaridade e a ética no Direito Ambiental*. In. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Bioética e Direitos Humanos*, Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 39.

³⁰³ MORATO LEITE, José Rubens & AYALA, Patryck de Araújo. *A transdisciplinaridade e a ética no Direito Ambiental*, p.40.

última instância a ética é a *ciência do dever moral*, e está sujeita às leis da cultura e da moral.³⁰⁴

A discussão da bioética é pertinente neste trabalho pois coloca-se como elemento central entre a revolução biotecnológica em curso, seus efeitos sociais e seus impactos no plano jurídico. Poder-se-ia afirmar que a discussão bioética constitui a ponte entre a biotecnologia (fato) e sua incorporação no plano jurídico.

3.1.1. O advento da bioética.

Pretendemos demonstrar, neste tópico, a íntima relação entre bioética, direito ambiental e direitos humanos.³⁰⁵ A categoria “bioética” pode ser definida como um ramo da ética aplicada, que reúne um conjunto de conceitos, princípios e teorias, com a função de dar legitimidade às ações humanas que podem ter efeito sobre os fenômenos vitais.³⁰⁶ Esta definição destaca a idéia de que todo ato humano, que de alguma forma altere reversivelmente, ou não, a vida, necessita de razões éticas que legitimem sua conduta. As questões objeto da abordagem bioética, podem ser divididas em dois grandes grupos: questões bioéticas persistentes e questões bioéticas emergentes.

³⁰⁴ Cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *O Equilíbrio de um Pêndulo*. p.30.

³⁰⁵ Sobre isso ver as obras de Reinaldo Pereira e Silva: *Biodireito: A Nova fronteira dos Direitos Humanos; Bioética e Direitos Humanos e Reflexões Éticas Sobre o Estatuto da Vida: Uma Abordagem Político-Jurídica da Concepção Humana*; e MORATO LEITE, José Rubens & AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004; *A transdisciplinaridade e a ética no Direito Ambiental*. In. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Bioética e Direitos Humanos*, Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 9-41. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo-SP, 2003.

³⁰⁶ O debate bioético é um dos mais destacados no âmbito da filosofia contemporânea. Abordar a bioética em profundidade exigiria uma outra tese e escapa aos nossos propósitos aqui. Cumpre referenciar, contudo, um trabalho importante, em doutrina brasileira. Trata-se da obra de Fátima de Oliveira, *Bioética – uma face da cidadania*. (São Paulo: Moderna, 1997). Esta autora traz uma apresentação didática dos diversos paradigmas da bioética (que seriam em dez, de acordo com sua análise), sustentando justamente o pluralismo bioético vigente. Conclui Fátima de Oliveira, que “A bioética enquanto disciplina (para alguns já é uma ciência e para muitos, apenas uma ética prática) possui um ‘defeito de origem’ – humanismo ‘acima de tudo’ -, a ponto de não incorporar e nem ter ainda compreendido a necessidade de interpenetrar metodologicamente as variáveis sexo/gênero, raça/etnicidade e classe social; ela também ‘trabalha’ com um método de análise constituído por um ‘ser-humano’ que, como vimos, beira as raias do abstrato. [...] Isto explica por que são tão endeusados, e às vezes compreendidos de uma forma hierarquizada, os princípios da autonomia, da não-maledicência, da beneficência e da justiça. Para muitos a alteridade não é um princípio, talvez um critério para ser usado de forma subjetiva...”. (grifo nosso). (In. *Bioética – uma face da cidadania*, p. 105).

As primeiras (questões bioéticas persistentes) são aquelas que tradicionalmente envolvem a ética médica, como: relação médico-paciente; aplicação prática do princípio da beneficência, entre outros.

As segundas (questões bioéticas emergentes), indetificadas com os avanços no campo biotecnológico (como clonagem, engenharia genética, projeto genoma humano, entre outros), ultrapassam o campo tradicionalmente reservado para a ética médica, incluindo também preocupações com o sistema político-jurídico da sociedade e com temas diversos, como os seguintes: a ecologia; o direito das futuras gerações; a demografia; os direitos sociais (como assistência à saúde, preventiva e curativa); os direitos individuais (que incluem o direito de dispor do próprio corpo, implicando questões como aborto³⁰⁷, eutanásia e transplantes); a reprodução humana por métodos artificiais, ou consentimento do paciente para o tratamento médico a ele prescrito. Esta denominação a respeito de questões bioéticas persistentes e emergentes foi inicialmente proposta por Giovanni Berlinguer³⁰⁸. No Brasil é retomada por autores como Volnei Garrafa, Sérgio Ibiapina Costa e Gabriel Oselka, sobretudo para contextualizar o estudo da bioética na realidade brasileira. Estes autores esclarecem:

Apesar de algumas situações bioéticas persistentes, como o aborto e a eutanásia, continuarem dividindo o planeta com posições opostas e aparentemente inconciliáveis, e em que pese a fecundação assistida ter

³⁰⁷ O tema do aborto é recorrente, por representar um dos grandes problemas da bioética contemporânea. Débora Diniz e Marcos de Almeida, apresentam um estudo bastante didático sobre este assunto, diferenciando os diversos tipos de abortos existentes (*Interrupção eugênica da gestação- IEG; interrupção terapêutica da gestação- ITG; interrupção seletiva da gestação- ISG ; e interrupção voluntária da gestação – IVG*). Destacamos, no entanto uma breve consideração dos autores a respeito das polêmicas e controvérsias nesta matéria. Para estes, os argumentos e literaturas a respeito do aborto, sobretudo quando se discute o início do “direito à vida”, mistura “argumentos científicos e crenças morais com a mesma facilidade com que se combinam ingredientes em uma receita de bolo. E esta é uma prática comum tanto entre proponentes quanto oponentes da questão. A dosagem de delírio varia na intensidade da paixão.” (grifo nosso). (In. DINIZ, Débora & ALMEIDA, Marcos de. *Bioética e Aborto*. In. COSTA, Sérgio. I. *et al.* (org.). *Iniciação à Bioética*, p.128).

³⁰⁸ Este autor, professor titular da Universidade La Sapienza, de Roma – Itália, oferece uma análise crítica e também sensata a respeito dos desafios contemporâneos da bioética. neste sentido, contextualiza a temática com a eminente lógica de mercado e finanças globais. Para o autor “não se pode parar nem o mundo, nem as ciências, nem as tecnologias médicas. O problema é o equilíbrio.” E esclarece: “A tensão maior é no campo onde há um impacto sobre a população: a prevenção e o atendimento médico primário. A medicina tem colocado à margem a saúde pública e a atenção médica preventiva. Nem uma nem outra têm o encanto e a capacidade de atrair fundos para pesquisa, prêmios Nobel, nem podem garantir ganhos para a indústria médico-científica.” (grifo nosso). (In. BERLINGUER, Giovanni. *Equidade, qualidade e bem-estar futuro*. In. GARRAFA, Volnei & COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs). *A Bioética no século XXI*, p. 46.

ocupado os principais espaços da mídia na década passada no que se refere às situações emergentes de limites ou fronteiras do desenvolvimento, dois assuntos passaram a receber atenções redobradas dentro do contexto histórico atual – apesar de uma delas ser originária das épocas bíblicas e outra mais recente. Esses assuntos são, respectivamente, a saúde pública e coletiva, pelo lado dos velhos problemas que – se o atual estado de coisas permanecer inalterado – não serão resolvidos tão cedo de modo satisfatório pela inteligência humana; e a engenharia genética (incluindo o Projeto Genoma Humano), pelo lado das “novidades”.³⁰⁹

A reflexão a respeito da vinculação entre bioética e direitos humanos é de grande importância, para que se possa introduzir o debate entre avanço científico e direito.

Sobre isto enfatiza Mauro Prudente:

Com o avanço dos temas bioéticos, criou-se a exigência de uma reflexão sobre tais assuntos, pois é necessário criar um consenso social mínimo sobre esses tipos de questões, porque elas afetam, de forma indiscriminada, a todos os indivíduos. Ainda que estejamos conscientes do fato de que os valores que as pessoas professam são distintos e, às vezes, incompatíveis, faz-se necessário estabelecer uma série de procedimentos que recebam a aprovação – no mínimo, majoritária da sociedade – por meio dos quais sejam dirimidos os conflitos éticos no domínio bioético. Neste processo cabe à bioética: a) esclarecer os termos da discussão (em função do caráter sistemático do tratamento dado ao seu objeto, que é a vida); b) mostrar as prováveis conseqüências resultantes de determinadas escolhas sociais. Essas escolhas, ainda que orientadas eticamente, são políticas e, como tal, possuem uma lógica distinta da que preside o raciocínio ético. Cabe, portanto, ao legislador ao produzir a norma que – direta ou indiretamente – afeta a vida e ao magistrado, que interpreta e aplica a norma jurídica, buscar a sintonia com os novos valores, que informam as condutas na área da bioética.³¹⁰

³⁰⁹ GARRAFA, Volnei ; COSTA, Sérgio Ibiapina F; OSELKA, Gabriel. *A Bioética no século XXI*. In. GARRAFA, Volnei & COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs). *A Bioética no século XXI*. Brasília: UNB , 2000, p. 13-14. Esclarece ainda Volnei Garrafa, que “as situações persistentes são “relacionadas principalmente com a falta de universalidade no acesso das pessoas aos bens de consumo sanitário e à utilização equânime desses benefícios por todos os cidadãos indistintamente.” É clara a preocupação desta autor com o ressurgimento, agora ainda mais forte, de velhos preconceitos discriminatórios: “Como impedir, por exemplo, que os acontecimentos recentemente alcançados sobre as probabilidades de uma pessoa vir a desenvolver determinada doença no futuro, devida a uma falha em seu código genético (como nos casos da doença de Huntington), não sejam transformados em novas formas de discriminação por parte das companhias seguradoras responsáveis pelos chamados ‘planos de saúde’?” (In. GARRAFA, Volnei. *Bioética e Ciência – Até onde avançar sem agredir*. In. COSTA, Sérgio. I. et al. (org.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p.100.

³¹⁰ PRUDENTE, Mauro Godoy. *Bioética: Conceitos Fundamentais*. Porto Alegre: Ed. do Autor, 2000, p.39.

Criada para disciplinar a combinação do conhecimento biológico (“bio”), com o conhecimento de valores humanos (“ethike”), a bioética surge como uma nova ética científica. O termo “bioética” foi cunhado pelo médico oncologista norte-americano, Van Renssaler Potter, em 1970, e desenvolvido no seu livro *Bioethics- Bridge to the future*. O autor visava chamar a atenção para a degradação causada pelo homem contra a natureza, e propor uma nova relação baseada em valores mais adequados do que em *instintos*.

Além desta referência inicial, citamos também, a fundação do Kennedy Institute for Study of Human Reproduction and Bioethics, da Georgetown University of Washington (D.C), que passou a designar bioética, como a ética aplicada a um novo campo de estudo, a saber: a reflexão sobre as questões morais que se colocam no plano da medicina e da biologia, bem como, dos avanços da ciência referentes à genética, reprodução humana artificial e transplantes entre humanos.³¹¹

A bioética é marcada, portanto, pela sua interdisciplinaridade, mantendo diálogo com outras ciências, como as ciências sociais, especialmente com o direito.

O avanço dos direitos civis; a tendência cada vez mais individualista dos sistemas jurídicos modernos (a ponto de autores como Alain Renaut – *El Futuro de la ética*, dentre outros autores, temerem um processo acelerado de atomização social, decorrente da ausência de valores comuns que sejam compartilhados por toda a sociedade); o surgimento de novos temas como a *morte digna*; a discriminação do aborto; a recusa do paciente em receber tratamento; todos relacionados com decisões políticas que têm profundos reflexos jurídicos e, portanto, legais, não podem mais receber, de parte da sociedade, um tratamento baseado na emoção ou na tradição.³¹²

A narração do pensamento ético do final do século vinte caracterizou-se principalmente pelo crescente interesse na solução dos problemas individuais e coletivos que preocupavam os indivíduos e a humanidade com o decorrer do tempo. Tratavam-se de assuntos significativos e intimamente relacionados com a conduta “certa” ou “errada”,

³¹¹ A Bioética como é conhecida atualmente nasceu nos Estados Unidos entre as décadas de 1960 e 1970, a partir de uma série de fatores históricos e culturais que chamaram a atenção para a ética aplicada. Vale citar: - o surgimento dos transplantes entre os seres humanos, com o coração em 1967; - a questão do aborto, Europa e Estados Unidos; - o avanço dos direitos civis (como autonomia, intimidade, direito das minorias...); - o avanço dos direitos sociais; - a discussões de questões como a morte e o morrer; - o avanço na juridicização de novos direitos. (Cf. PRUDENTE, Mauro Godoy. *Bioética : Conceitos Fundamentais*. p.40).

³¹² PRUDENTE, Mauro Godoy. *Bioética: Conceitos Fundamentais*. p.41.

com os atos “bons” ou “maus” dali oriundos – fazendo com que esta se tornasse a tarefa fundamental da ética.

De forma geral, pode-se dizer que a ética se ocupa com os aspectos corretos ou incorretos do agir humano. Quando se fala, por exemplo, em manipulação ou engenharia genética, fecundação *in vitro*, clonagem, estamos tratando da ética aplicada, das questões práticas, ou seja, da Bioética.

Estas novas reflexões condizentes à ética aplicada encontram, em seu campo de atuação, uma nova consciência relacionada aos direitos individuais e sociais, no tocante aos avanços científicos e tecnológicos atuais, podendo ser considerada um dos aspectos filosóficos mais importantes dos últimos tempos³¹³. Este é o diferencial relativo ao pensamento ético do século vinte e um. Em outras palavras, a bioética é uma nova forma da ética aplicada, que busca caracterizar a sociedade, a cultura, os comportamentos e os valores morais da civilização contemporânea.

Para Volnei Garrafa, um dos mais destacados estudiosos de bioética no Brasil, a expressão “Bioética”, muitas vezes, é utilizada de forma errônea em nosso país. O autor assenta que:

a Bioética não chegou pautada em proibições, limites ou vetos; e muito menos na necessidade imperiosa que alguns vêem de que tudo seja regulamentado, codificado, legalizado. Pelo contrário, baseada no respeito ao pluralismo moral, para ela, o que vale é o desejo livre, soberano e consciente dos indivíduos e das sociedades humanas, desde que as decisões não invadam a liberdade e os direitos de outros indivíduos e outras sociedades.³¹⁴

³¹³ Conforme Pessini & Barchifontaine: “[...] a bioética moderna mostrou à medicina a utilidade do pensamento filosófico a respeito de problemas éticos. A filosofia não olhou mais de forma impassível e arrogante o confuso mundo das decisões na área médica. Ela entrou nesse mundo e se empenhou por elaborar a lógica dos julgamentos morais. Suas teorias a respeito da natureza, da moralidade e argumentação moral foram revivificadas. Ao mesmo tempo, a filosofia se deu conta de que não tem as respostas para as questões levantadas pelos médicos e pacientes. Antes, ela começou a dialogar com eles em dimensões maiores do que eles viam como sendo seus problemas. Ajudou a colocá-los num contexto de necessidades pessoais, preferências e direitos, bem como de carências sociais e possibilidades. Isto se transformou num programa para elaborar em detalhes as implicações de ser ‘o paciente como pessoa’, muito oportuno quando o paciente se tornou um ‘órgão’, um ‘número’ ou simplesmente um ‘consumidor’”. PESSINI, Léo & BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais de Bioética*. 3.ed., Loyola, 1996. p. 30-31.

³¹⁴ In: GARRAFA, Volnei. Transgênicos, ética e controle social. *O mundo da saúde*. São Paulo, V.23, n.5, set./out. 1999. p.287.

Nesse contexto, a Bioética nasce e se desenvolve, de acordo com alguns dos seguintes referentes: 1) através dos grandes avanços da biologia molecular e da biotecnologia aplicados à medicina ocorridos nos últimos anos; 2) através das denúncias relativas aos abusos efetuados em decorrência da experimentação biomédica em seres humanos; 3) do pluralismo moral dominante nos países de cultura ocidental; 4) na proximidade da reflexão filosófica moral relacionada aos problemas com a vida humana, sua qualidade, início e fim; 5) das declarações dos institutos religiosos sobre assuntos referentes a este tema; 6) das intervenções dos poderes legislativo e executivo, em relação às questões oriundas a proteção da vida, reprodução, morte e os direitos dos cidadãos sobre estes bens natos; 7) do posicionamento das entidades internacionais, entre outros.

Segundo este juízo, e de acordo com o entendimento de Joaquim Clotet, surge assim,

[...] um novo interesse multidisciplinar pelo debate e pelo diálogo público sobre os modos de agir corretos ou incorretos de médicos, pesquisadores, usuários das novas técnicas biomédicas e farmacológicas, pacientes e demais pessoas envolvidas com os problemas da medicina e da saúde [...] legisladores, eticistas e cientistas entraram em cena. Aqueles que em anos idos seriam considerados alheios ao mundo da ciência e da medicina hoje sentam ao lado dos cientistas, aconselham o tipo de conduta a seguir e colaboram na elaboração de normas e princípios que pautam o fazer dos profissionais da medicina [...].³¹⁵

Em suma, o termo Bioética³¹⁶ está voltado à reflexão ética situada no fenômeno vida³¹⁷, e seu verdadeiro papel tem sido fortalecido com o avanço e o progresso da

³¹⁵ CLOTET, Joaquim. *Bioética como Ética Aplicada e Genética*. In: *Revista Bioética*. São Paulo, n. 2. 1997. p.15.

³¹⁶ Bioética no entendimento de Eduardo de Oliveira Leite é uma disciplina que “examina e discute os aspectos éticos relacionados com o desenvolvimento e as aplicações da biologia e da medicina, indicando os caminhos e os modos de respeitar o valor da pessoa humana”. LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito, a ciência e as leis bioéticas*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.100.

³¹⁷ Nesta direção, ponderam Leo Pessini e Christian de Paul Barchifontaine: “Fica claro que a pessoa é o tema central da bioética. Se tivermos um bom entendimento da pessoa, teremos encontrado o caminho de uma resposta aceitável para muitos problemas. Entretanto, a filosofia e a antropologia divergem sobre o conceito de pessoa. E, dependendo da definição que se lhe dá, os problemas da bioética recebem respostas muito diferentes. Por exemplo, se aceitamos que a pessoa se define pelo exercício efetivo da razão, então uma criança não é uma pessoa; outra tese poderia sustentar que desde o encontro dos cromossomos masculino e feminino, a personalidade está plenamente presente, com todos os direitos de uma pessoa

biologia molecular e da genética.³¹⁸ As discussões exaustivas e a tolerância, quando exercidas com responsabilidade, são meios utilizados pela Bioética para “possibilitar a construção de convívio pacífico entre indivíduos e coletividades de visões e posturas morais diferentes”.³¹⁹

Desenvolvida com arrimos fundamentais, refletidos primordialmente em fatos e preceitos, a Bioética apresenta-nos a inter-relação social, nem sempre harmoniosa, entre: o médico (princípio da beneficência e da não-maleficência), o paciente (princípio da autonomia) e a sociedade (princípio da justiça), exigindo constantemente critérios de decisão ou discussão (princípio da alteridade).³²⁰

Assim, a Bioética apresenta-se como uma nova disciplina do saber, que surge da necessidade de manifestar as novas relações humanas originadas das tecnologias de reprodução emergentes, e da possível criação da vida, buscando respostas aos dilemas e reflexões relativas a figura do ser humano neste novo século.

adulta. É evidente que essas teses adquirem um sentido muito conflitante quando se trata da discussão sobre o aborto.” (In. *Problemas atuais de Bioética*, p. 67).

³¹⁸ Neste sentido, faz-se oportuno dizer que um dos compromissos da ciência é “gestar o futuro, antecipando-se a ele por meio de descobertas que venham realmente proporcionar benefícios e segurança à espécie humana. A mutabilidade da sociedade e do mundo é uma certeza; a dúvida reside em estabelecer o “limite” ou “ponto” concreto até onde (e em que momento) os avanços da ciência devam acontecer”. Sendo conveniente recordar que “a ética sobrevive sem a ciência e a técnica; sua existência não depende delas. A ciência e a técnica, no entanto, não podem prescindir a ética, sob pena de transformarem-se em armas desastrosas para o futuro da humanidade nas mãos de minorias poderosas e/ou mal-intencionadas [...] além de sua importância qualitativa [...] a ética serve como instrumento preventivo e prudencial contra abusos atuais e futuros que venham a trazer lucros abusivos para poucos, em detrimento do alijamento e sofrimento da maioria da sociedade”. Cf. GARRAFA, Volnei. Transgênicos, ética e controle social. *O mundo da saúde*. p.288-289.

³¹⁹ Cf. GARRAFA, Volnei. Transgênicos, ética e controle social. *O mundo da saúde*. p.287.

³²⁰ Em resumo: a) o princípio da beneficência – *bonum facere*, ou seja, fazer o bem ao paciente, é o preceito mais antigo da ética médica, sendo que: fazer o bem, não causar dano, cuidar da saúde, favorecer a qualidade de vida, são as máximas deste princípio; b) o princípio da autonomia – ou de autodeterminar-se, relaciona-se à vontade racional humana de fazer leis para uso próprio; é a emancipação da razão humana, é a capacidade de se auto-governar. Condiz nas relações existentes entre o paciente e o médico. Baseia-se na dignidade da pessoa humana; c) o princípio da justiça – obriga a garantia de distribuição justa, igualitária e universal dos benefícios provenientes da saúde pública, é a saúde colocada como direito de todos indiscriminadamente; d) o princípio da alteridade – critério fundamental da bioética, no qual, “toda pessoa é o fundamento de toda a reflexão e de toda a bioética”. Rapidamente expostos estes princípios apresentamos uma idéia geral do firmamento básico bioético, nem sempre adequados quando relacionados com a realidade de países de Terceiro Mundo. Cf. DIAFÉRRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. São Paulo: Edipro, 1999. De acordo com PESSINI & BARCHIFONTAINE (*Problemas Atuais de Bioética*), a estes quatro princípios originais consagrados da bioética podem ser acrescidos, didaticamente, mais dois, entendidos como de origem Latina. Trata-se do princípio da proporcionalidade e o princípio da defesa da vida física. O primeiro visa equilibrar riscos e benefícios de tal modo que as ações tenham a maior benefício às pessoas diretamente envolvidas. O segundo está ligado ao direito à qualidade de vida e à saúde.

Em caráter didático e introdutório a este debate, uma vez apresentados os princípios da bioética, pode-se também investigar, os campos possíveis de atuação da bioética, especialmente a bioética médica (diretamente relacionada com a questão da biotecnologia aplicada a seres humanos).³²¹ Veremos, como a discussão travada no segundo capítulo (A Revolução Biotecnológica), tem direta relação com as áreas de maior interesse da bioética. A bioética médica, por certo, teria algumas questões mais candentes, dentre as quais elencamos algumas:

- Consentimento informado³²²;
- Reprodução humana medicamente assistida;
- Transplante de tecido fetal³²³;
- Terapia gênica, geneterapia ou terapia genética³²⁴;
- Interrupção da gestação nas malformações fetais graves e incompatíveis com a vida³²⁵;

³²¹ Fazemos aqui uma “delimitação” que não se pretende reducionista ou determinista. Ocorre que os campos possíveis de aplicação da bioética, bem como de aplicação da biotecnologia são muito extensos. No que respeita os direitos humanos (ápice de racionalidade do Direito Moderno) optamos por fazer um recorte teórico neste momento.

³²² Decorre justamente da aplicação do princípio da autonomia.

³²³ Comum em doenças genéticas. Trata-se, a nosso ver, de técnica que será suplantada tecnologicamente pelas técnicas advindas da engenharia e manipulação genética.

³²⁴ Neste sentido ver. FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*.

³²⁵ A interrupção de gestação também tem gerado grandes polêmicas bioéticas. Os atuais conhecimentos de medicina (ultra-sonografia fetal morfológica, diagnóstico pré-natal, genética médica e biologia molecular) estão permitindo diagnósticos com margem de erro cada vez menores (1/1000). A biologia molecular permite diagnosticar, com antecedência, a imensa maioria dos “erros inatos” de metabolismo, das hemoglobinopatias (em que se incluem doenças como a talassemia e anemia falciforme) e das infecções congênicas (rubéola, toxoplasmose e citomegalice). A genética médica, por sua vez pode, a partir de meras células do líquido amniótico detectar anomalias graves nos cromossomos. Este conhecimento e esta capacidade de diagnóstico da ciência tem gerado grandes polêmicas atualmente. É o caso, por exemplo, do que vem ocorrendo atualmente no Brasil (com a recente permissão do poder judiciário, para a interrupção da gravidez em caso de acefalia comprovada) a respeito de qual deve ser o posicionamento do Direito e dos operadores do direito em relação à permissão legal para o aborto em caso de diagnóstico médico de anencefalia, entre outros casos complexos. Parte dos juristas entendem que no caso dever-se-ia permitir à mãe abortar. Por outro lado, operadores do direito mais ligados a tendências religiosas e/ou conservadoras se opõem a esta possibilidade por ser contrária à dignidade humana, uma vez que o feto – o nascituro, pelo direito positivo, ou por direito divino, também tem o direito fundamental e indisponível à vida. Embora seja um tema que desperte acesas polêmicas, a nosso ver o debate *biociência x biodireito* não se resume em questões bioéticas de ordem puramente individualista. A centrar sua análise sobre este aspecto específico, o “mundo jurídico”, corre o risco de não perceber que a origem de todas estas polêmicas é de ordem coletiva, social e paradigmática. Isto não retira, é claro, a importância de questões privadas / individuais. Destacamos, neste sentido, recente decisão (em liminar) do Supremo Tribunal Federal Brasileiro (Arguição de descumprimento de preceito fundamental, nº54-8, Rel. Min. Marco Aurélio), a respeito de interrupção de gravidez, em caso de anencefalia do feto. Neste sentido, consultar, *site* do STF: www.stf.gov.br. Em relação a esta recente decisão – junho de 2004, vale citar trecho do voto do Min. Joaquim Barbosa, em

- Prolongamento artificial da vida (em pacientes irrecuperáveis, em UTIs);
- Direito dos pacientes terminais (morte com dignidade e sem sofrimento junto a familiares);
 - Eutanásia (do grego *Eu-* bem e *thánatos* – morte: é a abreviação da vida sem dor e sem sofrimento de um paciente reconhecidamente incurável)³²⁶;
 - Morte encefálica (é uma das grandes preocupações das emergências e UTIs e está diretamente relacionada ao tema dos transplantes);
 - Transplante de órgãos (aqui se faz presente os princípios da autonomia, beneficência, da justiça e da proporcionalidade);
 - Engenharia genética, bio-engenharia ou manipulação genética (é a intervenção humana nos mecanismos de síntese e linguagem da vida);
 - Experimentação em pacientes;
 - Projeto Genoma Humano (mapear e seqüenciar o genoma da espécie *homo sapiens*);

respeito ao HC 84.025-6, diretamente relacionado a este caso: “[...] é importante frisar, não se discute nos presentes autos a ampla possibilidade de se interromper a gravidez. A questão aqui é bem diferente, pois se refere a interrupção de uma gravidez que está fadada ao fracasso, pois seu resultado, ainda que venham a ser envidados todos os esforços possíveis, será, invariavelmente, a morte do feto. [...] neste momento, a tarefa desta corte é justamente esta: é preciso fornecer uma resposta rápida e precisa para essa mãe, afim de que, a par de todo seu sofrimento pessoal, não tenha ela de se preocupar com a possível criminalidade de sua conduta”.

Lembramos, ainda, que a atuação do poder judiciário foi controversa, uma vez que, diversos foram os posicionamentos neste caso. O acórdão do STF é de 26 de junho de 2004 e o nascimento da criança em questão ocorreu em 28 de fevereiro de 2004. Até a data de entrega desta tese, a polêmica em torno do posicionamento do STF, continuava. A liminar foi cassada em decisão colegiada, do citado tribunal, em 20/10/2004.

Ainda em matéria de “abortamento” e “interrupção de gravidez” ver artigo de Thomaz Rafael Gollop. Este autor traz algumas informações esclarecedoras. Primeiramente sustenta que não se pode taxar de “elitista” o diagnóstico intra-uterino de anomalias fetais, que pode ser realizado, em 50% dos casos, por meio de ultrassonografia, tecnologia disponível em serviços de saúde do Estado brasileiro. Com base em dados do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana da USP, em 23 anos, menciona este autor que “em 98% dos casos de síndrome de Down os casais optam pelo abortamento, independentemente do que diz a lei. Vários casais são encaminhados pelo risco genético e já têm o abortamento em mente na hipótese de alguma anomalia ser identificada no rastreamento pré-natal.” O autor, por fim, conclui que “a realidade legal vigente no momento (no Brasil), na qual se *podem* obter alvarás judiciais para permitir a interrupção de uma gravidez conturbada por acometimento grave do feto, proporciona conseqüências positivas. A paciente pode ser internada em um hospital da rede pública ou privada, utilizar seguro de saúde, evitar o sentimento de estar incorrendo em crime e ter uma assistência médica e psicológica adequada, apenas para citar algumas dessas conseqüências.” (In. GOLLOP, Thomaz Rafael. *Abortamento*. In. GARRAFA, Volnei ; COSTA, Sérgio Ibiapina F; OSELKA, Gabriel. (orgs.) *A Bioética no século XXI*, p. 80).

³²⁶ Com raras exceções (alguns países europeus e Estados Federais Norte Americanos) a eutanásia não tem amparo legal. Prevalece a prática da Distanásia: morte lenta, ansiosa, com sofrimento, que pode ser as vezes atenuado pela caridade e humanidade de muitos médicos.

- Clonagem (processo de reprodução assexuada);
- Esterilização humana;
- Xenotransplante.

Esta lista supra apresentada não exclui, por certo, outros temas ou novos temas sobre os quais se debruça a bioética. Dentre os tópicos mencionados destacamos alguns que nos despertam maior interesse nesta tese: Reprodução humana medicamente assistida, Terapia gênica, Engenharia genética (ou bio-engenharia, ou manipulação genética); Projeto Genoma Humano e Clonagem.

A Reprodução humana assistida é uma das questões de maior relevância no presente trabalho, por estar diretamente ligada à revolução biotecnológica, à engenharia genética e à clonagem (entendidos, ao nosso ver, como os temas mais polêmicos neste debate contemporâneo sobre os direitos humanos). A reprodução humana assistida, como já visto, consiste basicamente em: inseminação artificial (homóloga ou heteróloga), fecundação *in vitro*, e mãe substituta ou “de aluguel”.

A Terapia gênica refere-se ao tratamento de doenças genéticas (ou não genéticas) através da introdução, em células específicas do paciente, de cópias de genes com objetivos terapêuticos. Em lugar do uso de drogas ou cirurgias, utiliza-se os genes para tratamento de doenças. Esta é uma das possibilidades da biotecnologia de maior impacto sobre o mundo contemporâneo. Implica, inclusive, na possibilidade de alteração do conceito de “natureza humana”.

A engenharia genética (devidamente analisada no segundo capítulo), suscita a interdisciplinaridade das “ciências naturais”, desde sua origem. A partir de conhecimentos da física, da química e da biologia, como, também, das técnicas de biotecnologia, pode-se manipular o DNA e assim criar, reformar, reconstruir, reproduzir novas formas de vida. Inúmeras são suas aplicações médicas, podendo-se citar como exemplo, o controle genético do câncer e da AIDS (imunização intracelular), as vacinas, entre outros.³²⁷

O Projeto Genoma Humano (PGH) também é aqui destacado, por ser um dos marcos mais significativos da revolução biotecnológica de nossos dias. Foi proposto em

³²⁷ De certa forma, a engenharia genética perpassa todos os temas polêmicos envolvidos em matéria de biotecnologia. Um exemplo, é a discussão atual a respeito da utilização das células tronco embrionárias, para fins de pesquisa, produção de tecidos humanos, bem como, de clonagem “terapêutica”.

1990, por iniciativa de um esforço conjunto de alguns Estados-Nacionais, no intuito de mapear e seqüenciar o genoma do *homo sapiens*. Trata-se de uma pesquisa sem precedentes na história no ser humano, enquanto espécie (se é que se pode dizê-lo). A conclusão da primeira etapa (seqüenciamento), se deu em 2001, três anos antes do previsto³²⁸. Atualmente teme-se a possibilidade dos genes humanos serem patenteados (biopatentes e biomarcas)³²⁹. A bioética, coloca-se como uma tentativa de “freio” a tudo isto. Há que se destacar, para efeitos de patenteamento, neste caso, a diferença entre descobrimento (não - patenteável) e invenção (patenteável). E nesse sentido é a crítica de Salvador Dário Bergel:

So pretexto de existir dificultades en la caracterización, la oficinas de patentes acuerdan derechos sobre simples descubrimientos, con lo cual no sólo se premia a quien no es ‘inventor’, sino que se permite el otorgamiento de derechos monopólicos sobre materia no comprendida en la descripción. Si a esto agregamos la creciente tendencia a admitir descripciones en términos amplios y abarcativos que apuntan a crear una mayor confusión en beneficio

³²⁸ A aceleração deste projeto se deve em boa parte pelo surgimento de uma pesquisa semelhante sob os auspícios da iniciativa privada. Trata-se do grupo Celera Genomics, capitaniado por Greg Veinter. De certa forma, esta competição acirradíssima, impôs um novo ritmo ao projeto genoma humano. Temos acompanhado mais recentemente o grande interesse da iniciativa privada por esta nova área de pesquisa. Como é sabido, as implicações econômicas e financeiras da biotecnologia parecem não conhecer limites (ao menos no horizonte visível). Trata-se de um campo de incrível fertilidade para a expansão do capitalismo, agora transnacional/global e tecnologicamente aparado. Empresas que exploram setores como agricultura e medicamentos apóiam-se na certeza de lucros certos, uma vez que todos temos necessidades básicas de nos alimentar e de cuidar de nossa saúde...

³²⁹ “Entre las implicaciones éticas, jurídicas y sociales surgida con el desarrollo científico del Proyecto Genoma Humano, la cuestión de la patenteabilidad de los genes humanos ha sido, y lo sigue siendo, motivo de controversia. Por un lado, parece que la mayoría de la comunidad científica y otros estamentos sociales consideran que los genes humanos no son patenteables, argumentando que son ‘patrimonio de la naturaleza humana’; por otro lado, sin embargo, la presión económica es cada vez más fuerte y reclama los legítimos beneficios como estímulo y consolidación de la investigación.” (In. LACADENA, Juan- Ramón. “Un comentario genético sobre la patenteabilidad de las invenciones biotecnológicas en la adaptación de la Ley española de Patentes al marco europeo.” In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 16, January- June 2002, p. 214-215).

Ainda sobre este tema, vale citar a pesada crítica feita por Miguel Sánchez Padron, denominando de “reificação” e “proprietarismo”, os efeitos criados pela privatização e patenteamento em biotecnologia. Conclui este autor o seguinte: “Patenting in biotechnology is but a logical consequence of a globalization process driven by liberalisation and privatisation. The means whereby the basic *raw material*, is privatised and thus open to be commoditised. The claim that ‘until the inventor achieved the isolation of a gene the gene was available in the form of the original [organism] and in this respect nothing has changed’ and that chilling amounts of money are needed to do it, does not justify the exploration of the raw material *as such* and much less to leave the potential evolution of that common heritage under the *sole rule* of commercial interests.” (In. PADRÓN, Miguel Sánchez. “The institutional choice in biotechnology: patents and ethics”. In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 16, January- June 2002, p. 238).

del titular, podremos advertir que el panorama de la propiedad industrial en biotecnología no es alentador.³³⁰

A clonagem, também estudada no segundo capítulo, é apresentada como um processo de reprodução assexuada. Poderia ser considerada (em potencial, pelo que se sabe até o momento) como uma revolucionária técnica de reprodução “medicamente” assistida. Trata-se de uma técnica, através da qual, se produz cópias de genes ou de um organismo. O clone pode ser considerado, um gene, uma célula, ou um organismo obtido através da clonagem. Em 1993 (18 de Outubro)³³¹ Jerry Hall e Robert Stillman, da Universidade de George Washington (EUA) comunicaram ao mundo a clonagem de embriões humanos. A surpresa e indignação do meio científico, não foi tanto em relação a este fato técnico, em si, mas sim, pela constatação da situação de impotência da sociedade para controlar o trabalho destes cientistas (considerados novos “deuses”).

A respeito destas novidades biotecnológicas, sobretudo a engenharia genética e os testes preditivos (que já são uma realidade possível), tem-se questionado, em que medida tais procedimentos implicam uma limitação ao princípio de igualdade, ou à *equidade*. Autores como Volnei Garrafa, entre outros, sustentam que “a equidade, ou seja, o reconhecimento de necessidades diferentes, de sujeitos, também diferentes, para atingir direitos iguais, é o caminho da ética prática em face da realização dos direitos humanos universais, entre eles o direito à vida, representado neste contexto pela possibilidade de acesso à saúde.”³³²

Volnei Garrafa apresenta , a nosso ver, uma postura sensata em relação à esta temática.³³³ Em se tratando de algumas doenças diretamente relacionadas com mutações genéticas, como a betatalassemia (um tipo de anemia hereditária incidente em certas

³³⁰ BERGEL, Salvador Darío. “Patenteamento de material genético humano: implicaciones éticas y jurídicas.” In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 15, July-December 2001. p. 43. Alerta ainda este autor que “de nada vale que se publicado y difundido el mapa del genoma, si la posterior utilización por la comunidad científica de información de él derivada puede verse interferida por el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre genes o secuencias de genes.” E recorda que, “para la Declaración Universal de la Unesco sobre el genoma humano, éste es en un sentido simbólico ‘patrimonio de la humanidad’.” (In. “Patenteamento de material genético humano: implicaciones éticas y jurídicas”, p. 45).

³³¹ In: *The New York Times*. Scientist clones human embryos, and creates an ethical challenge, 1/11/93.

³³² GARRAFA, V; OSELKA, G; DINIZ, D. “Saúde pública, bioética e equidade”. In. *Bioética* (CFM), n. 5, 1997, p. 27-33.

³³³ GARRAFA, Volnei ; COSTA, Sérgio Ibiapina F; OSELKA, Gabriel. *A Bioética no século XXI*, p. 17-18.

populações mediterrâneas), a anemia falciforme (incidente sobretudo em populações negras), a doença de Tay-Sachs (causadora de graves distúrbios neurológicos, sobretudo entre os judeus nos EUA e Israel), bem como a doença ou coréia de Huntington, a postura adotada é a de que os testes genéticos preditivos podem trazer resultados positivos. Esclarece contudo, este autor, que são poucas e bem específicas, as doenças diretamente relacionadas a aspectos genéticos.³³⁴

Como procuramos demonstrar, no segundo capítulo, muitas das “anormalidades” em seres humanos decorrem de uma interação entre os genes e o meio ambiente. Ou seja, existe um perigo, claro, de se atribuir todas as “anormalidades”, por sua vez, estabelecidas social e culturalmente, à tão somente “defeitos” genéticos. Isto pode levar a novos tipos de preconceitos³³⁵. É o que também adverte Volnei Garrafa:

O perigo que ronda todo esse contexto é a transformação de um “risco genético” na própria doença, alterando perigosamente os conceitos de “normal” e de “patológico”, tão bem já esclarecidos por Ganguilhem, com suas conseqüências indesejáveis de toda ordem, especialmente sociais. A maioria das chamadas “doenças genéticas” são conhecidas por terem parte de suas causas relacionadas com o meio ambiente, desde cânceres e diabetes, até afecções cardíacas e anemias. De modo geral, o termo “doença genética” vem se constituindo nos meios médicos internacionais, nos últimos anos, numa escolha que superestima o fator genético e subestima as implicações dependentes do comportamento e do meio ambiente. (grifo nosso).³³⁶

³³⁴ Esta parece ser também a linha seguida por John Harris, que se assim se posiciona: “The bottom line seems to be this: genetic testing cannot increase incidence of disease. If anything it will reduce it, since, predictive tests for many condition only reveal an increased susceptibility. Preventative strategies are often available to those forewarned to postpone or prevent onset. Thus testing will adversely affect insurance companies *if and only if* adverse selection occurs. In the absence of adverse selection tests will reduce risk and hence the exposure of the insurance industry”. E continua o autor, para concluir que “it would not be unreasonable to insist that the insurance industry provide evidence of adverse selection and of the likely scale of consequent losses before being permitted to impose losses on citizens.” (In. HARRIS, John. “Ethical Issues in genetic testing for insurance”. In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 15, July-December 2001. p. 31).

³³⁵ Esta parece ser também a problematização apresentada por Richard Lewontin em suas obras, citadas neste trabalho.

³³⁶ GARRAFA, Volnei ; COSTA, Sérgio Ibiapina F; OSELKA, Gabriel. *A Bioética no século XXI*, p. 18. Este autor traz alguns dados concretos: “Nesse sentido, um exemplo paradigmático é, portanto, exatamente aquele do uso cada dia maior dos testes genéticos na vida quotidiana das pessoas. Questões como o aborto passam a ser colocadas não somente nos casos de malformações, mas também de anomalias cromossômicas. Para os adultos, surge a questão da notificação do defeito (ou “doença”) genética. A notificação deve ser feita somente ao indivíduo portador de genes “ruins”, ou também à sua mulher, aos seus irmãos e demais parentes? Principalmente nos EUA, as conseqüências resultantes são da maior seriedade social, pois empregadores e empresas seguradoras, como já foi dito, e também escolas e mesmo cortes de justiça, buscam respostas de alta eficácia, com custos mais baixos e menores riscos. Para tanto

Temos assim, como poderíamos chamar, neste momento, um processo de “biologização” de diversas dimensões da realidade. Falamos de uma “biologização” da ciência, da moral, do direito, da sociologia e até mesmo da política. Ainda em relação a isto, adverte mais uma vez Volnei Garrafa:

Dessa forma, os testes preditivos passam a ir além dos procedimentos médicos, criando verdadeiras categorias sociais, empurrando o indivíduo para quadros estatísticos. Os problemas sociais são reduzidos às suas dimensões biológicas. As doenças mentais, a homossexualidade, o gênio violento ou o próprio sucesso no trabalho são atribuídos à genética. As dificuldades escolares, antes explicadas pelas desigualdades culturais e nutricionais – são hoje imputadas a desordens psíquicas de origem genética, excluindo quase que completamente os fatores sociais a elas relacionados. Após testes pré-natais, companhias seguradoras ameaçam não cobrir as despesas médicas de uma criança cuja mãe teria sido alertada que um dia esta criança seria vítima de um problema genético. Entre números, estatísticas e exames, os empregadores já se valem de testes para previsões orçamentárias a longo prazo. O indivíduo-cidadão passa a ser desconsiderado e criam-se “categorias de indivíduos”, os pacientes/ coletivos da nova medicina. Mesmo na ausência de sintomas, o risco genético é endeusado como a própria doença. Assim, já existem registros de recusas para a concessão de empregos em tais ou quais casos, para a obtenção de carteira de motorista ou para inscrição no seguro-saúde, como dito anteriormente.³³⁷

Tudo isto deixa claro o nível de complexidade dos desafios contemporâneos colocados à bioética.

3.1.2. Ética, biotecnologia e genética.

Através do termo bioética, tenta-se direcionar os questionamentos éticos aos assuntos que visam tratar do fenômeno vida. Verifica-se, com isto, que existem diversas formas e modos de vida diferentes, principalmente se levarmos em consideração os ditames éticos a eles relacionados, de maneira que a ética ambiental (com seus deveres

utilizam cada vez mais a técnica dos testes”. (In. GARRAFA, Volnei ; COSTA, Sérgio Ibiapina F; OSELKA, Gabriel. *A Bioética no século XXI*, p. 20)

³³⁷ GARRAFA, Volnei ; COSTA, Sérgio Ibiapina F; OSELKA, Gabriel. *A Bioética no século XXI*, p. 20-21.

para com os animais)³³⁸, a ética do desenvolvimento e a ética da vida humana (relacionadas com o uso adequado e o abuso das diversas biotecnologias aplicadas à medicina), são exemplos dessa diversificação. É esse último, contudo, o significado que tem primazia na prática. Com os avanços da biologia molecular, da engenharia e da manipulação genética, a humanidade tem avistado novos questionamentos de cunho ético nunca antes imaginados.

Estes questionamentos repercutem, por exemplo, quando consideramos as seguintes indagações³³⁹: a) em que medida o bem da humanidade é melhor atingido com novas formas de vida por meio da engenharia genética?; b) como avaliar os resultados da experimentação genética, sabendo que alguns dos seus efeitos só serão manifestados nas gerações futuras?; c) quais os critérios utilizados no momento de fixar os riscos e benefícios da experimentação genética?; d) quais os critérios de justiça que deverão ser estabelecidos e como deverão ser vistos os empreendimentos de grande custo como a terapia gênica, quando é sabido e referenciado que grande parte da população não tem garantidas as suas necessidades de saúde mais elementares e essenciais?; e) quais as doenças genéticas que deveriam ser submetidas a diagnóstico pré-natal visando à interrupção da gravidez?; f) quais os limites da pesquisa e/ou aplicação de alterações genômicas de células germinativas?; g) quais as fronteiras da eugenia?; h) até que ponto a sensibilidade ética tem conseguido atingir seu enfoque global – a dimensão ética começa quando entra em cena o outro?; i) como deverão ser tratadas as questões relativas ao direito ao respeito pela corporalidade do outro?; enfim, inúmeros são os questionamentos que evidenciam uma relação direta entre a genética e a ética.

³³⁸ Em relação à “ética dos animais”, destaca-se Peter Singer. (*Ética Prática*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998). Este autor, um dos precursores da bioética, também escreve a respeito da ética voltada aos animais. Neste sentido pondera pela defesa do princípio da igualdade, também para os animais: “O argumento para estender o princípio da igualdade além da nossa própria espécie é simples, tão simples que não requer mais do que uma clara compreensão da natureza do princípio da igual consideração de interesses. Como já vimos, esse princípio implica que a nossa preocupação com os outros não deve depender de como são, ou das aptidões que possuem (muito embora o que essa preocupação exige precisamente que façamos possa variar, conforme as características dos que são afetados por nossas ações). É com base nisso que podemos afirmar que o fato de algumas pessoas não serem membros de nossa raça não nos dá o direito de explorá-las e, da mesma forma, que o fato de algumas pessoas serem menos inteligentes que outras não significa que os seus interesses possam ser colocados em segundo plano. O princípio, contudo, também implica o fato de que os seres não pertencem à nossa espécie não nos dá o direito de explorá-los, nem significa que, por serem os outros animais menos inteligentes do que nós, possamos deixar de levar em conta os seus interesses.” (In. *Ética Prática*, p. 66).

³³⁹ Cf. CLOTET, Joaquim. Bioética como Ética Aplicada e Genética. In: *Revista Bioética*, p.15-16

Como explica-nos Joaquim Clotet: “não se trata de dar respostas últimas e definitivas a esses questionamentos, o que é uma ambição do ser humano, mas sim, de dar respostas provisórias que podem ao menos servir de subsídios para soluções mais significativas e precisas que poderão surgir nas décadas dos descobrimentos científicos que estão por vir”.³⁴⁰

Devido a estas preocupações, várias entidades, nacionais e internacionais, vieram a explorar ainda mais estes temas. Diversos documentos internacionais, por hora ainda sem poder normativo-coercitivo, têm sido produzidos (em sua maior parte na qualidade de declarações e recomendações), como por exemplo: o Código de Nuremberg /1947; Relatório de Belmont /1978; Declaração de Valência /1990; Declaração de Bilbao /1993 e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO /1997.³⁴¹

De maneira geral, podemos afirmar, que a engenharia genética humana atual, acaba contribuindo a favor de uma análise mais profunda e ampla dos princípios gerais da ética por nós já conhecidos. Adriana Diaféria entende:

[...] que a questão *engenharia genética* extrapola as áreas específicas da medicina e da ética, por atingir também áreas do direito, da política, das ciências humanas e da religião. A dinâmica do processo, da tecnociência atropelou a reflexão ética, as instituições do saber e as instâncias legisladoras [...].³⁴²

Temos a consciência, que os problemas éticos relativos e inerentes ao grande desenvolvimento da genética estão apenas no início. A análise, estudo, reflexão, tratamento e solução, eticamente plausíveis, destes temas, é uma exigência emergente, que significa um desafio à humanidade. Devendo ser tratada com interesse, seriedade e responsabilidade por todos os indivíduos, indiscriminadamente. Este é o contexto em os termos “tolerância” e “pluralismo” mais se destacam.³⁴³ O desafio iminente, sugere a

³⁴⁰ Cf. CLOTET, Joaquim. Bioética como Ética Aplicada e Genética. In: *Revista Bioética*. p.16.

³⁴¹ DIEDRICH, Gislayne Fátima. *Genoma Humano: Direito Internacional e Legislação Brasileira*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.217-225.

³⁴² Cf. DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. p.99.

³⁴³ Um dos aspectos que tornam difícil este pluralismo é a presença de setores religiosos, marcadamente dogmáticos, no debate da bioética. Sobre isto também se pronuncia Volnei Garrafa: “Diversos setores da

necessidade de uma melhor re-contextualização dos já citados “direitos de quarta dimensão”, com a complexidade e diversidade de interesses e valores existentes na sociedade global contemporânea.

3.1.3. O Pluralismo ético.

Como visto anteriormente, a Bioética, em que pese alguns dogmatismos, tem se desenvolvido a partir de diversas contribuições diferentes³⁴⁴. Neste sentido, a característica plural vem à tona. Em decorrência do pluralismo ético moderno contemporâneo, apresentam-se dificuldades de se estabelecer normas jurídicas, objetivas, de bioética. Para H. Tristan Engelhardt Jr³⁴⁵, “o pensamento ético tradicional ainda não se apercebeu das profundas mudanças nos códigos de valores em nossa sociedade”. Para este autor, a “moralidade secular” atual (conceito utilizado por ele, para designar a fragmentação das perspectivas éticas modernas), é fruto de perdas de fé e mudanças na ética e na convicção ocidental, o que tem ocorrido, a partir da heresia de Martinho Lutero. “Já não se podia aspirar a um ponto de vista moral único, baseado na fé;

sociedade, principalmente aqueles religiosos e mais dogmáticos, têm traçado uma visão perturbadora, pessimista e apocalíptica da relação entre a ciência e a vida humana neste final de século. Um dos documentos mais respeitáveis surgidos nos últimos anos e que contempla a discussão bioética – a Encíclica *Evangelium Vitae*, do Papa João Paulo II – desenvolve esta linha de pensamento.” Este autor esclarece ainda que atualmente têm aflorado dois tipos radicalmente diversos de “bioética” (a que denomina “endeusamento” versus “demonização” da ciência): “De um lado, existe uma radical *bioética racional e justificativa* através da qual ‘tudo aquilo que pode ser feito, deve ser feito’. No extremo oposto, cresce uma *tendência conservadora* baseada no medo de que nosso futuro seja invadido por tecnologias ameaçadoras, levando seus defensores à procura de um culpado, erroneamente identificado na matriz das novas técnicas, na própria ciência.” (In. GARRAFA, Volnei. *Bioética e Ciência – Até onde avançar sem agredir*, p. 104-5).

³⁴⁴ Uma das contribuições vem sem dúvida da religião. No caso brasileiro e latino, em geral esta influência se dá por vias do cristianismo, mais precisamente, por meio da Igreja Católica. Em que pese aspectos muitas vezes dogmáticos, cumpre lembrar que, em alguns períodos históricos, a Igreja Católica optou, sim, em favor de imensos setores social e economicamente excluídos. Neste sentido parece ser o “alerta” de Márcio Fabri dos Anjos: “Por outro lado, quem se importa com os pobres, os mais fracos e necessitados? A superação das desigualdades sociais poderia talvez ser resolvida pela supressão de um lado dos desiguais. Não faltam propostas mais ou menos explícitas neste sentido. Por isso, uma das contribuições mais vigorosas da Teologia para a bioética é certamente o desenvolvimento de uma mística pela qual o semelhante é visto com amor. Então, as desigualdades se tornam um clamor. A Bioética recupera sua capacidade de indignação diante dos contrastes que estamos habituados a ver sem solução. O amor, que a impulsiona, busca eficácia de transformação social. E a Bioética se faz com razão e coração.” (In. ANJOS, Márcio Fabri dos. *Bioética nas desigualdades sociais*. In. GARRAFA, Volnei ; COSTA, Sérgio Ibiapina F; OSELKA, Gabriel. (orgs.) *A Bioética no século XXI*, p. 63).

³⁴⁵ ENGELHARDT, Jr. H. Tristan. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998. Este autor, médico e bioeticista de Houston/EUA, propõem que a Bioética funciona como uma lógica do pluralismo, como um instrumento para a negociação pacífica das instituições morais.

governado por uma única autoridade moral-religiosa suprema, a Igreja”³⁴⁶. O *Iluminismo* e posteriormente o *Romantismo*, tentaram substituir a moralidade religiosa, por uma moralidade ancorada na *Razão*.

Podemos perceber, no atual estágio da modernidade, que o projeto moderno de uniformização e padronização moral da sociedade, por meio do argumento racional, não logrou sucesso. A filosofia moderna não foi capaz de colmatar as lacunas deixadas pelo colapso da hegemonia do pensamento cristão ocidental. Ao contrário de uma filosofia única universal, acabou criando uma série de filosofias e éticas concorrentes. Assim a característica de nosso tempo é a diversidade moral.

Parece que tal pluralismo moral é de fato irreversível nada mais restando do que aceitar a convivência pacífica dos diferentes grupos ou comunidades morais, orientando-se sob o princípio da tolerância. A mesma tolerância que outrora serviu de instrumento para celebrar a paz entre crentes de distintas denominações (ordens) religiosas, é agora chamada para celebrar a convivência entre distintas comunidades morais.³⁴⁷

Tristram Engelhardt criou dois conceitos a respeito desta temática:

Estranhos morais são pessoas que não compartilham premissas ou regras morais de evidência e inferência suficientes para resolver as controvérsias morais por meio de uma sadia argumentação racional, ou não têm um compromisso comum com os indivíduos e instituições dotados de autoridade para resolvê-las [...]. Amigos morais são aqueles que compartilham uma moralidade essencial, de maneira que podem resolver as controvérsias morais por meio de um argumento moral sadio recorrendo a uma autoridade com reconhecida jurisdição. (grifo nosso).³⁴⁸

Embora tenha se constituído em quase um ícone do pluralismo bioético, Tristan Engelhardt, também recebe críticas consistentes, que merecem ser analisadas³⁴⁹. Uma delas provém de Camilo Tale:

³⁴⁶ ENGELHARDT, Jr. H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*, p. 31-2.

³⁴⁷ ENGELHARDT, Jr. H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*, p.32.

³⁴⁸ ENGELHARDT, Jr. H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*, p.32.

³⁴⁹ Citamos também uma interessante reflexão feita por Débora Diniz, referenciada por Volnei Garrafa, ao prefaciar a edição brasileira, *Fundamentos de Bioética*, de Engelhardt: “A pluralidade existe, é boa e deve ser presevada. O conflito, no entanto, surge ao aparecerem as diferenças. O que o gera é a intolerância diante da diferença. Ou, nas palavras de Engelhardt, o que gera o conflito é a intolerância diante do

Si es imposible estatuir algo que sea aceptado por todos, como reconoce Engelhardt, entonces necesariamente se han de imponer reglas que unos aprueban y otros no. Así, por ej. O bien la ley debe permitir que los padres eliminen a sus hijos antes del nacimiento, o bien la ley debe prohibir y castigar esa acción. Hay quienes aprueban y defienden lo primero y quienes aprueban y defienden lo segundo. Qué acuerdo puede lograrse al respecto? Es forzoso que, cualquiera de estas alternativas dicotómicas que se siga, será consentida con respecto a las ideas de unos y será impuesta con respecto a las ideas de los otros.³⁵⁰

Um dos marcos históricos da bioética, talvez o maior deles, delineia-se no fim da primeira metade do século XX, quando veio ao conhecimento global, as intervenções desumanas de “médicos e pesquisadores” alemães durante o regime nazista³⁵¹. O

exercício da liberdade; no seu entendimento, a solução para o conflito é simples: a possibilidade de manutenção da diferença por meio da tolerância e da liberdade. Sua preocupação não está no resultado do conflito, mas naquilo que o gera. Este modelo de pluralidade/conflito/tolerância/liberdade não consegue esconder as raízes anarquistas do autor; e é exatamente neste ponto que ele mais provoca repulsas. Com um coerência lógica impecável (tal qual um bom positivista), afirma, por exemplo [...], que a compra e venda de órgãos é legítima. O exercício da liberdade justifica comportamentos considerados estranhos para um padrão comportamental posto como referência moral. Apesar de este ser um dos momentos mais sublimes da argumentação de Engelhardt, é também o mais frágil, pois não consegue lidar com os jogos de poder que limitam o exercício do valor ‘liberdade’. A liberdade não é um dom inerente aos seres humanos nem estes sabem utilizá-la para além dos constrangimentos sociais. Engelhardt parece ignorar propositadamente Foucault. Mais ainda, Nietzsche. Esta idéia de liberdade isenta dos limites sociais para exercê-la é impossível de ser transposta para o mundo real; no entanto, enquanto modelo lógico para apreensão do mundo real, é genial. Seu objetivo silencioso durante grande parte da argumentação constitui uma idéia profundamente original de liberdade. Em alguma medida, é prudente salientar, o modelo teórico que adotou o defende da crítica sobre a fragilidade de sua transposição para o mundo concreto, uma vez que ele não fala do indivíduo (ao menos neste livro), mas de liberdade da/na diferença, diferença esta basicamente sustentada por indivíduos inseridos dentro de grupos sociais, como no exemplo clássico dos Testemunhas de Jeová, que não aceitam transfusões sanguíneas.” (In. ENGELHARDT, Jr. H. T. *Fundamentos da Bioética*, p. 9-10).

³⁵⁰ In. TALE, Camilo. *Examen de los principios de la bioética contemporánea predominante*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina - Sapientia, 1998, p. 437. Este mesmo autor critica ainda a idéia de “ética mínima” defendida por Engelhardt (“the minimum notion of ethics as a means for peaceable negotiating moral disputes”). Para Camilo Tale, há um caráter preconceituoso “nesta tesitura, pues asume sin fundamento la premisa de que debe permitirse la libertad de las acciones y prohibirse sólo ciertos extremos, por lo cual queda descalificada a la hora de desarrollar una disciplina de conocimiento y de buscar con seriedad las elecciones éticamente debidas” (In. TALE, Camilo. *Examen de los principios de la bioética contemporánea predominante*, p. 438).

³⁵¹ Em que pese a avaliação moral e bioética, podemos constatar aqui também a presença da secularização moderna. De fato, Hitler causou escândalos, porque levou às últimas conseqüências o processo de secularização e perda de sentido, decorrente da ciência moderna. Diversos experimentos e “pesquisas” foram feitas sob o regime nazista, incluindo também os seres humanos (no caso, julgados, “inferiores”).

juízo de Nuremberg, “revelou ao mundo os abusos realizados em nome da ciência e da tecnologia contra a humanidade nos campos de concentração de prisioneiros”.³⁵²

Contudo, apesar do alerta dado pelos abusos do regime nazista, em nome da ciência e da tecnologia, o ritmo do desenvolvimento científico só acelerou.

Para Reinaldo Pereira e Silva, o avanço tecnocientífico “continua favorecendo uma desarmonia ainda maior entre os seus novos implementos e os interesses do homem em situação de vulnerabilidade”. Para este autor “os novos problemas éticos do século XX surgem a partir do momento em que a medicina, então centrada no cuidado para com o paciente, se envolve visceralmente com a tecnologia biomédica, isto é, com a cura a qualquer preço, enquanto conhecimento aplicado”.³⁵³

Para Jean Bernard, um dos principais estudiosos de bioética, duas revoluções são as reais responsáveis pelo advento da abordagem bioética: *a revolução biológica* que assegura ao homem (ou está em vias de lhe assegurar) o domínio sobre a reprodução, sobre a hereditariedade e sobre o sistema nervoso, e a *revolução terapêutica*, que diz respeito à aplicação dos novos implementos tecnocientíficos nas esferas da prevenção, do tratamento e da pesquisa clínica.³⁵⁴

Ainda no que respeita a um necessário pluralismo bioético podemos destacar o posicionamento da Associação Internacional de Bioética (IAB- *International Association of Bioethics*), criada em 1992, em Amsterdã, por iniciativa de Peter Singer e Daniel Wikler. Esta entidade, que visa propiciar o avanço da bioética em todo o mundo, conglomerando diversos países, adota uma postura marcadamente pluralista e tolerante. Apesar de ser composta, majoritariamente, por países ocidentais (inclusive os EUA), “a IAB não endossa nenhuma posição específica na área da Bioética, mas visa tão-somente promover a total troca de opiniões sob todas as perspectivas. Não há posição oficial da IAG em relação a nenhum assunto, exceto a tolerância diante da diversidade.”³⁵⁵

³⁵² Assim, em termos positivistas – dogmáticos, pode-se “falar que a protobioética tem como marco a promulgação do Código de Nuremberg (1947)”. (In. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Reflexões éticas sobre o estatuto da vida*. p.196).

³⁵³ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Reflexões éticas sobre o estatuto da vida*. p.195.

³⁵⁴ Cf. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Reflexões éticas sobre o estatuto da vida*. p.196. Sobre isto ver Jean Bernard. (*De la biologie à l'éthique*). Da biologia à ética. Trad. De Regina Castilho. Campinas: Psy II, 1994, p.29.

³⁵⁵ Estas são palavras de Alastair V. Campbell, professor de ética na Medicina da Universidade de Bristol e presidente da IAB (*International Association of Bioethics*). In. *Uma visão internacional da bioética*. In. GARRAFA, Volnei ; COSTA, Sérgio Ibiapina F; OSELKA, Gabriel (orgs.). *A Bioética no século XXI*,

3.2. UMA APROXIMAÇÃO BIOÉTICA - DIREITOS HUMANOS

3.2.1. Bioética e Direito: a questão da lacuna jurídica.

É aceito no meio jurídico o entendimento de que é justamente a existência de lacuna jurídica (ausência de norma específica para determinado caso) que possibilita a demonstração da completude do ordenamento jurídico em seu conjunto. Isto, porque é justamente diante uma ausência normativa, que se dá à aplicação dos princípios gerais do direito e da analogia, perfazendo-se a chamada “colmatação” do sistema jurídico, que desta forma está sempre completo, ainda que ausentes as normas específicas.³⁵⁶

A polêmica que se apresenta é que os avanços da biotecnologia, expressados, sobretudo, pelas novas tecnologias reprodutivas, têm levado ao colapso de princípios e axiomas jurídicos tidos como inquestionáveis, tais como a regra *mater semper certa est*, a *presunção de paternidade do marido*, a *presunção de direito sobre a duração da gravidez* (de 180 a 300 dias), o princípio da inalienabilidade do estado civil, a consangüinidade do parentesco e das ordens genealógicas, entre muitos outros.

Maria Celeste Santos alerta para os problemas suscitados pela engenharia genética³⁵⁷:

a) Questiona-se o direito do homem para mudar a natureza. Que efeitos produzirão estes novos seres transgênicos, vegetais ou animais?;

p.26. Imbuído de um ideal de tolerância, pluralismo e respeito à diversidade ou aos “estranhos morais” (como diria Engelhardt), Alastair Campbell enumera ainda dois problemas com os quais se depararia esta visão mais ampla de bioética. O primeiro problema diz respeito ao dogmatismo e à intolerância política e religiosa. O segundo problema refere-se ao que ele denomina de “neocolonialismo” da bioética. O primeiro problema, de cunho mundial, perpassa os diversos “fundamentalismos” existentes, desde o islâmico até o cristão. O autor conclui, otimisticamente que “apesar de diversos tipos de intolerância poderem vir a ser um problema, até agora isso ainda não demonstrou ser um empecilho para a livre troca de idéias sobre bioética”. Em relação ao segundo problema, que parece também, atualmente superado, o autor refere-se ao predomínio havido até recentemente da visão Norte americana de bioética, de cunho principialista, sobre as demais bioéticas existentes no mundo. (In. CAMPBELL, Alastair. *Uma visão internacional da bioética*, p. 33-34).

³⁵⁶ Por completude, adotamos o entendimento de Norberto Bobbio, como sendo a propriedade pela qual um ordenamento tem uma norma para regular qualquer caso. Completude seria a ausência de lacunas. (Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Pólis, 1989, p.115).

³⁵⁷ Cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *O Equilíbrio de um Pêndulo*. p.29.

b) Também podemos interrogar sobre o direito do homem a perturbar e modificar o meio ambiente, e para criar artificialmente “parques jurássicos” que terminem por ameaçar sua própria existência;

c) Pode-se indagar a respeito da propriedade sobre tecidos, células e órgãos de um indivíduo e de um direito de participar das utilidades produzidas pela comercialização de produtos farmacêuticos obtidos pela manipulação genética de células que foram extraídas como parte de tratamentos terapêuticos;

d) Discute-se questões mais polêmicas ainda, como a possibilidade de modificar o código genético completo do ser humano. Alega-se ser aceitável no caso de correção de defeito ou anormalidade genética. Mas quem determina as anormalidades nesta matéria? O limite entre finalidade terapêutica e eugenia pode ser de difícil precisão;

e) Talvez o núcleo do problema moral e jurídico dos avanços médicos e científicos, seja o desafio apresentado pelas técnicas de reprodução assistida, como a engenharia genética, que incluem a manipulação de embriões.

Desta forma, antes de falarmos propriamente de positivismo jurídico e ordenamento jurídico estatal, fica clara a pertinência da bioética, no propósito de restaurar a importância axiológica dos princípios de direito.

Entendemos que para uma boa aplicação do direito positivo, dois aspectos são essenciais: a fundamentação filosófica - ética e a fundamentação sociológica - política. Em relação aos desafios societários trazidos pela biotecnologia ao direito moderno, a bioética tem grande relevância quanto ao primeiro fundamento e as ciências sociais quanto ao segundo fundamento.

3.2.2. A discussão bioética e sua influência no Direito

Atualmente, diante da evolução da medicina e das ciências biomédicas, bem como, conseqüentemente, o surgimento da Bioética, faz-se necessária e fundamental a presença do Direito. No Brasil, no dizer de Renato Sérgio Balão Cordeiro, “somos

consumidores de inovações biotecnológicas, equipamentos e produtos e percebemos uma defasagem enorme da reflexão ética sobre estes processos e produtos”.³⁵⁸

Podemos dizer que o desenvolvimento de uma bioética, e sua tutela jurídica, exige de nós, profissionais e estudiosos, pesquisadores e alunos, uma discussão histórica do poder da ciência numa economia de mercado (que tende ao crescimento), de maneira a resgatar a noção de dignidade humana e permitir que a sociedade torne-se parceira crítica de todas estas questões.³⁵⁹

Diante da “aparente” imobilidade de nosso ordenamento jurídico, frente a uma visão mais crítica e participativa aos assuntos desta natureza³⁶⁰, torna-se primordial a relação existente entre a Bioética e o Direito³⁶¹, podendo este último, utilizar-se dos princípios bioéticos, a fim de entender e procurar melhor responder às inúmeras indagações resultantes do desenvolvimento tecnológico e biológico. Face a isto, destacam-se as questões que envolvem, de maneira definitiva, a violabilidade do patrimônio genético humano, fruto da manipulação de células germinais, que podem vir a alterar espécies inteiras e até mesmo toda a humanidade.³⁶²

Segundo Eduardo de Oliveira Leite: “as questões relativas à bioética vêm, naturalmente, eivadas de complexidade porque, ao contrário de outras áreas do

³⁵⁸ CORDEIRO, Renato Sérgio Balão. A responsabilidade institucional. *A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – Fundação Oswaldo Cruz, 1999, p.13; *Apud*: LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito, a ciência e as leis bioéticas*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.99.

³⁵⁹ Cf. CORDEIRO, Renato Sérgio Balão. A responsabilidade institucional. *A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – Fundação Oswaldo Cruz, 1999, p.13; *Apud*: LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito, a ciência e as leis bioéticas*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. p.99.

³⁶⁰ Importante lembrarmos que o Novo Código Civil Brasileiro – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, não tratou de assuntos importantes como, por exemplo, a inseminação artificial, eugenia e clonagem.

³⁶¹ Sobre este tema, consultamos autores como: SILVA, Reinaldo Pereria e *Biodireito: Um nova fronteira para os direitos humanos*; FABRIZ, Dauri César. *Bioética e Direitos Fundamentais*; BARRETO, Vicente. *Bioética, Biodireito e Direitos Humanos*; Consultamos também, NOSTRE, Guilherme Alfredo de Moraes. *Bioética e Biodireito – Aspectos jurídico-penais da manipulação de embriões, do aborto e da eutanásia*. Dissertação de Mestrado em Direito, USP, São Paulo, 2001; MATEO, Ramón Martín. *Bioética y Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

³⁶² Neste sentido, Adriana Diaféria apresenta-nos uma visão negativa, ao dizer que: “Hoje em dia a genética molecular moderna ou engenharia genética, ramo da biotecnologia, nos propõe meios de agir sobre o patrimônio hereditário a fim de enriquecê-lo com características novas, para criar um “*super-homem*” genético (seria o tratamento em células germinais humanas, que possuem os genes responsáveis pelo conteúdo hereditário do indivíduo). E isso seria um processo de seleção às avessas que traria problemas gravíssimos para as gerações futuras”(grifo nosso). Cf. DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. p.68.

conhecimento, que podem se esgotar em uma visão reducionista, são também questões científicas, filosóficas, econômicas e jurídicas. A interdisciplinaridade é a tônica”.³⁶³

O ser humano, considerado como pessoa ou como coletividade, tornou-se objeto de manipulação e passou a ser projeto e não sujeito de direito. Todo este desenvolvimento, a que nos referimos anteriormente, tornou frágeis e de certa forma, fora de contexto, todas as antropologias, que sempre serviram de parâmetro às reflexões preliminares da Ética e do Direito. Mas o ser humano, “independente do estágio de evolução científica que se encontre, continua sendo ser humano, na sua mais integral e perfeita constituição”, portanto, todos os “atos praticados sobre o ser humano, quer embrionário, quer adulto, não podem ser considerados, em níveis distintos, como pretendem certos segmentos científicos, ou com total liberdade, e sem nenhum controle”.³⁶⁴ Concluindo, Eduardo de Oliveira Leite acrescenta:

A existência e o papel desempenhado pelos comitês de ética já demonstrou que o Direito não pode se impor por si mesmo; ou seja, a legitimidade jurídica é mediatizada pelo debate com os cientistas. O direito se constrói em relação a suas descobertas, mas também a partir dos riscos que as novas técnicas criam para a condição humana. É da interferência dos dois mundos, o científico de um lado (leia-se, biomédico) e o jurídico do outro, que, através de um processo lento, demorado e cauteloso, vão se determinando condutas, posturas e eventuais sanções aceitas por toda a comunidade humana. Relativamente aos riscos científicos oriundos das novas descobertas e das novas tecnologias, a experiência tem demonstrado que as normas da bioética são, primeiro, normas deontológicas, ou éticas – produzidas pelas organizações representativas dos cientistas e dos médicos – para, somente num segundo momento, ingressarem no terreno jurídico, na esfera da norma de cogência. A autonomia jurídica que sempre caracterizou a construção do Direito vê-se, pela primeira vez na história da humanidade, transferida para uma posição secundária, situação inédita a qual jamais algum jurista poderia supor a ocorrência. (grifo nosso).³⁶⁵

³⁶³ Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito, a ciência e as leis bioéticas*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. p.116.

³⁶⁴ De acordo com Eduardo de Oliveira Leite a legitimidade da Ciência apóia-se sobre fundamentos que lhe são próprios e que decorrem essencialmente da qualidade da pesquisa. “A liberdade da pesquisa é, por vezes, considerada, notadamente nos países anglo-saxões, como um princípio tão fundamental que justificaria uma autonomia total da ciência no seio da sociedade (e que explica, atualmente, a não submissão da Inglaterra às regras mundiais que proíbem a clonagem humana)”. Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito, a ciência e as leis bioéticas*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. p.105.

³⁶⁵ O Direito, como ciência jurídica que é, encontra-se inserido “no processo das ciências em geral, vivendo as contradições de uma dogmática ora mais positivista, endossando uma estrutura de domínio econômico

O discurso bioético não se refere diretamente à questão das normas. Refere-se, sim, como reflexão, a algumas indagações como as seguintes: “como assegurar o domínio social da produção, difusão e utilização das novas tecnologias de vida? [...] que nova concepção de homem se deverá consagrar socialmente?”.³⁶⁶

A interdisciplinaridade do tema, centra-se no fato, de que não resta dúvida que foi o desenvolvimento explosivo da biotecnologia na área biomédica, o causador da renovação do pensamento ético das questões daí oriundas, pois, médicos, juristas, filósofos, estudantes, leigos e demais profissionais integrantes da sociedade, foram compelidos a sentarem juntos a fim de discutirem uma possível tomada de decisão centrada em prol da coletividade.³⁶⁷ Vários dos conflitos atualmente vividos, decorrem da averiguação relativa ao aperfeiçoamento de novas tecnologias, ao serviço da vida ou da saúde, que colocaram em cheque “as referências e medidas habituais e os fundamentos da moral e da deontologia que figuravam nos códigos jurídicos que regulavam a conduta humana”.³⁶⁸

Uma perspectiva interessante da relação bioética - biodireito, é apresentada por Bruno Torquato de Oliveira Naves. Este autor procura relacionar os termos “zetética” e “dogmática” com o debate biojurídico. Acaba por concluir que, embora dotado de dogmaticidade, o Direito, especialmente, o Biodireito, contém valores sociais em suas

exploratório, ora mais jusnaturalista, prestigiando valores fundamentais, todavia o Direito – e, conseqüentemente, os operadores do Direito - têm uma vantagem sobre as demais ciências – é dotado de caráter normativo e, portando, coercitivo, tendo em seu dispor, no Brasil, uma Constituição que fixou o princípio da dignidade da pessoa humana como anteparo das investidas “técnicas” dos economistas, médicos, biólogos, físicos, sociólogos e até mesmo de juristas que atinjam, o supra-princípio absoluto, que é a dignidade humana”. Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito, a ciência e as leis bioéticas*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. p.117-118.

³⁶⁶ Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito, a ciência e as leis bioéticas*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. p.109.

³⁶⁷ No dizer de Volnei Garrafa: “A modernidade da Bioética está, exatamente, em libertar-se dos paternalismos que se confundem com beneficência. Historicamente, a humanidade vem carregando o peso do maniqueísmo entre o “certo” e o “errado”, entre o “bem” e o “mal”, entre o “justo” e o “injusto”. Para a Bioética laica, o que é bem, certo ou justo para uma comunidade moral não é bem, certo ou justo para outra, já que suas moralidades (*mores*: costumes) podem ser diversas. Dessa maneira, em vez de pautar-se em proibições, vetos, limitações, normatizações ou mesmo em mandamentos, ela atua afirmativamente, positivamente. Para ela, portanto, a essência é a liberdade, porém, com compromisso, com responsabilidade”. Cf. GARRAFA, Volnei. *Transgênicos, ética e controle social. O mundo da saúde*. p.286 – 289.

³⁶⁸ Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito, a ciência e as leis bioéticas*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. p.104.

normas. Para o autor, a diferença entre Biodireito e Bioética, não está nas diferenças de conteúdo, mas sim no método de abordagem do problema.³⁶⁹

3.3. DIREITO, BIOTECNOLOGIA E SOCIEDADE

O recente mapeamento e seqüenciamento do genoma humano³⁷⁰, e conseqüentemente, a possível identificação das funções de cada um dos genes que compõe nosso organismo³⁷¹, elevou consideravelmente, a sua utilização terapêutica no mercado mundial, e veio a exigir uma efetiva participação dos juristas no sentido de atentar para a regulamentação do acesso e uso dos mesmos.³⁷²

³⁶⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Introdução ao Biodireito: Da zetética à dogmática*. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima.(coord.) *Biodireito*, p. 136. O autor chega à conclusão de que “não adianta legislação rígida, com pretensões de abarcar tudo, pois a justiça requer opções, cuja flexibilidade é atingida por cláusulas gerais e princípios, que permitem liberdade, mas não arbitrariedade”. E ainda que, “Apesar do método mais restrito de investigação, a dogmática moderna está em reconstrução. A crise do positivismo permitiu questionamentos acerca de verdades pré-concebidas e alterou a lente observadora, focando-se primeiro no caso concreto e utilizando-se de princípios construídos na situação fática. [...] Os princípios amoldam-se mais facilmente que as regras ao caso concreto, dando maior espaço à justiça, na medida em que cada caso é único e irrepetível e, portanto, requer solução única.” (In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Introdução ao Biodireito: Da zetética à dogmática*, p. 138-139).

³⁷⁰ A divulgação, recentemente, em vários canais de comunicação dos primeiros resultados do Projeto Genoma Humano, após muitos anos de estudo e altos investimentos, envolvendo países como EUA, França, Reino Unido, Japão, entre outros, passou a preocupar governos e grande parte da sociedade, pois se o processo for mal direcionado poderá afetar, até irremediavelmente, o patrimônio genético da humanidade.

³⁷¹ De acordo com Maria Helena Diniz, o Projeto Genoma “visa o conhecimento de todo o código genético humano e de suas alterações, que são as causas de 4 mil moléstias hereditárias. Para tanto tem procurado identificar os 100.000 (mais tarde estimados em torno de 40.000) genes existentes nos 46 cromossomos componentes do genoma humano. Por exemplo, já se identificou o gene capaz de fazer com que células cancerosas se desprendam do tumor e se instalem em outras partes do organismo, tornando possível deter a metástase e retardar a morte do paciente, e também se descobriu que o gene controlador da insulina está localizado no cromossomo 11, conseguindo-se determinar as seqüências erradas que geram a diabetes hereditária”. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. p.362.

³⁷² O Projeto Genoma Humano, devido sua própria natureza e pela razão de ser a herança da humanidade, acaba envolvendo diversas questões ético-jurídicas, nas quais podemos citar: a) o respeito ao Direito à dignidade humana, pois todos têm Direito ao reconhecimento de sua dignidade, independente de quais sejam os seus caracteres genéticos; b) a preservação da privacidade da informação genética, pois os resultados dos testes genéticos de uma pessoa não poderão ser comunicados a ninguém sem o seu consentimento, salvo a familiares com elevado risco genético; c) a proteção aos princípios da autodeterminação e da intimidade da pessoa examinada, pois testes genéticos deverão ser voluntários, após um prévio e esclarecido aconselhamento sobre suas conveniências e os seus percentuais riscos. Desta forma, para salvaguardar a intimidade da pessoa, a análise completa do genoma somente poderá dar-se com o expresse e prévio consentimento informado de pessoa maior e capaz; d) a segurança e a eficácia da medicina genética, visto que o projeto de um mapa genético somente poderá ser efetivado por um especialista/médico, sendo vedadas a transmissão, a recopilação, o armazenamento e a valoração dos dados genéticos por parte de organismos estatais ou privados; e) a questão da justiça no uso da informação

Inicialmente projetado para durar quinze anos, o Projeto Genoma Humano é um empreendimento internacional público, iniciado no ano de 1990, com o objetivo de identificar, fazer o mapeamento de todos os genes e determinar as seqüências das três bilhões de bases que compõem o DNA humano.³⁷³

Diante da complexidade, do ineditismo e da escassez de dados, as informações relativas ao genoma humano, acabam elevando seu “valor científico e de mercado, tornando cada vez mais complexas as relações entre seus fornecedores e usuários, e entre as sociedades detentoras de tecnologias e aquelas tecnologicamente dependentes, apenas fornecedoras de material pesquisado”.³⁷⁴

O jurista Carlos María Romeo Casabona, apresenta-nos de forma clara seu posicionamento otimista a respeito do conhecimento do genoma humano e suas aplicações, ao considerar o seguinte:

O conhecimento do genoma humano e as aplicações, que derivem do referido conhecimento para o benefício da humanidade, repercutirão em todos os seres humanos, dado que o genoma é uma constante comum a todos nós, o que originará vínculos mais estreitos e um fortalecimento de nossa consciência e sentimento de participar da espécie humana, como consequência desse desafio científico, do qual ninguém ficará alheio. Esta observação significa dizer que o apelo aos valores de solidariedade e responsabilidade dos indivíduos deverão ser incrementados e será desejável o seu fortalecimento. No entanto, os avanços científicos e tecnológicos estabeleceram firmemente apenas a análise de seu contraste com os direitos humanos, revendo a

genética visando garantir e proteger os Direitos de todos, inclusive de populações vulneráveis, como crianças, deficientes físicos e mentais, índios, etc; f) o respeito ao princípio da igualdade, permitindo o acesso não diferenciado aos testes genéticos, sem distinção relativa a nacionalidade, a etnia, a raça ou classe socioeconômica; g) a garantia do princípio da qualidade, assegurando que testes genéticos sejam realizados em laboratórios capacitados com adequado monitoramento profissional e ético, no intuito de haver uma produção de conhecimento que favoreça seus bons efeitos eliminando os nocivos; h) a idéia de que a informação adquirida sobre o genoma humano é de propriedade comum, sendo vedado seu uso em atividades comerciais, entre outros. Cf. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. p.370-376.

³⁷³ Em 26.06.2000 foi anunciada a finalização do mapeamento do genoma humano, consistente na ordenação dos fragmentos do DNA de forma a corresponderem às suas respectivas posições nos cromossomos. Estima-se serem necessários mais cinco anos para a identificação de todos os seus genes e de mais de um século para o conhecimento das funções de cada gene e da estrutura de cada proteína que os genes codificam. Cf. DIEDRICH, Gislayne Fátima. *Genoma humano: direito internacional e legislação brasileira*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. p.216.

³⁷⁴ GEDIEL, José Antônio Peres. *Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: Revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*. In: CARNEIRO, Fernanda. EMERICK, Maria Celeste. *Limites: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e o uso do genoma humano*. Rio Janeiro: FIOCRUZ, 2000. p.159.

incolumidade destes e fornecendo critérios para assegurar sua proteção ante possíveis resquícios de vulnerabilidade. No momento atual e, em relação às intervenções na genética humana, abre-se uma perspectiva diferente, relativa a construção e reconhecimento de deveres humanos, e como tais, exigíveis juridicamente.³⁷⁵

As propostas jurídicas mais recentes, “começam a trabalhar com categorias que contemplam, concomitantemente, interesses individuais, coletivos e comunitários, não-estatais, como é o caso da Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos (UNESCO, 1997)”.³⁷⁶

A esse respeito, pondera José Antônio Peres Gediél:

Nesse panorama, o rápido aparecimento e trânsito jurídico desses dados e informações têm provocado amplo debate jurídico doutrinário, cujas premissas apontam para superação das categorias que orientam qualquer uma dessas três esferas jurídicas regulatórias (nacional, pública e privada, internacional e comunitária). O norte dessa reconstrução teórica e instrumental aponta, sobretudo, para a redefinição do regime de titularidade dos sujeitos sobre as coisas, para o estabelecimento de limites à autonomia corporal, para a revitalização de formas da contratualidade moderna e, também, para o reconhecimento da pluralidade de fontes dos instrumentos jurídicos, tomando, sempre, como ponto de partida a noção jurídica de dignidade humana estampada nos textos das Declarações Universais de Direitos e das Constituições de países do Ocidente.³⁷⁷

³⁷⁵ E continua sua reflexão dizendo: “Em outras palavras, junto com a titularidade de direitos humanos diante do Estado e dos demais, teríamos outros “deveres humanos” para com os membros da comunidade derivados dessa solidariedade e “co-responsabilidade” coletiva; deveres, por conseguinte, não concebidos como o correlato dos diversos direitos humanos hoje reconhecidos nos textos jurídicos internacionais ou nacionais, mas sim de estrutura independente e autônoma em sua origem e projeção. Perspectiva que certamente não é nova (pense-se, por exemplo, nas legislações internas, que punem algumas formas de não prestação de auxílio, por desvalorar-se juridicamente como comportamento não solidário), mas o seria, caso se pretendesse situá-los no mesmo nível conceitual e jurídico que os direitos humanos já consagrados. Implicaria tal enfoque uma via indireta de restrição não desejável dos direitos humanos? Ir-se-ia talvez longe demais? Devem permanecer como deveres morais cujo inegável valor obrigaria seu fomento pelas instâncias públicas ou privadas adequadas? Estas são perguntas que devem ficar abertas à reflexão”. CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p.246-247.

³⁷⁶ Cf. GEDIÉL, José Antônio Peres. *Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: Revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*. In: CARNEIRO, Fernanda. EMERICK, Maria Celeste. *Limites: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e o uso do genoma humano*. p.159.

³⁷⁷ Cf. GEDIÉL, José Antônio Peres. *Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: Revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*. In: CARNEIRO, Fernanda. EMERICK, Maria Celeste. *Limites: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e o uso do genoma humano*. p.159.

Nesse contexto, sustenta-se que as novas normas regulatórias de aplicações da biotecnologia, implicam uma revisão principiológica do direito contemporâneo.³⁷⁸ Com base nesta perspectiva, adentramos na abordagem do Direito à proteção do patrimônio genético humano e seus fundamentos.

3.3.1. Investigação e experimentação em genética.

Conforme visto anteriormente, são várias as problematizações trazidas pela biotecnologia, dentre as quais a clonagem de seres humanos, pesquisas com células tronco, bancos e engenharia de tecidos, biopatentes, questões relacionadas à boa prática médico-clínica e por fim os *testes genéticos*.

Destacamos aqui as polêmicas relacionadas aos testes genéticos, por serem eles uma espécie de “divisor de águas”. Pode ser entendido com uma das “frentes de batalha”, entre os diferentes atores sociais, no que respeita ao nosso dilema *direitos humanos / biotecnologia*.

Desde a Declaração do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (UNESCO – 1997), tem havido muita discussão a respeito da titularidade do genoma individual: Seria uma herança comum, um patrimônio de interesse difuso e uso comum de toda a humanidade? O uso de informações especiais, sobre especificidades genéticas de determinadas populações e indivíduos, seria um atentado à solidariedade humana? Estas informações, poderiam ainda, ser obtidas com fins comerciais? A resposta a esta última pergunta, tem sido respondida afirmativamente, na prática, por grandes empresas e conglomerados econômicos, do novo e promissor ramo do mercado: as empresas de biotecnologia (sobretudo as farmacêuticas, de alimentos e insumos agrícolas).

A questão dos *testes genéticos*, além de ser polêmica por si mesma, abre para outras questões não menos problemáticas. Podemos citar os chamados *testes preditivos* (onde se destaca o diagnóstico genético pré-implantatório - DGPI, possível em procedimentos de reprodução assistida - fertilização *in vitro*). Estes testes preditivos, podem levar ao surgimento de novas drogas e medicamentos, e eventualmente alterar o

³⁷⁸ Cf. GEDIEL, José Antônio Peres. *Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: Revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*. p.160.

próprio estilo de vida da comunidade humana. Fala-se, também, de uma nova modalidade de discriminação social possível, a discriminação genética, uma vez que as informações dos *testes genéticos* caíam em mãos de seguradoras de saúde e de empregadores.

Um outro lado da questão, é o *direito à produção de conhecimento e investigação científica*, que se apresenta como outro interesse evidentemente digno de proteção, mas contraposto, em algumas ocasiões, a outros valores, individuais, coletivos e difusos.

Com efeito, a investigação científica tem por suporte irrenunciável a liberdade de investigação, concebida como direito à criação e à produção científicas, com a qual se atende, de forma primária, aos interesses do pesquisador ou cientista e também aos coletivos de promover o progresso científico, em razão dos benefícios gerais que podem proporcionar à sociedade.

Daí surge outra conseqüência que deve ser igualmente garantida e protegida: a difusão e circulação da informação e do conhecimento científico.³⁷⁹

No que se refere ao direito de aquisição do conhecimento, podem ser enumeradas, de acordo com Carlos Casabona³⁸⁰, três posições básicas: 1- A obtenção de informação, de conhecimento científico, não deve estar sujeita a nenhum tipo de limitação, posto que o conhecimento enquanto tal, não é prejudicial, mas sim a utilização posterior que dele se faça; 2- A investigação dirigida diretamente à aquisição de determinados conhecimentos, valendo-se deles posteriormente, em prejuízo de indivíduos ou da sociedade, pode ser contrária à ética e por isso estaria justificada sua proibição; 3- A terceira posição sustenta que a aquisição do conhecimento, enquanto tal, não deve sofrer nenhum tipo de limitações, sem prejuízo das limitações que correspondam à sua posterior utilização ou aplicação.

O jurista espanhol adere a esta terceira posição, acrescentando que: “é legítima a proibição de determinados procedimentos ou métodos de obtenção do conhecimento científico, na medida em que envolvam seres humanos (incluído o conceito), outros componentes biológicos humanos ou outros bens dignos de proteção (p.ex. os

³⁷⁹ Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *Questions de droit de l'homme dans la recherche en génétique médicale. In: Conseil de l'Europe " Ethique et génétique humaine" Les éditions du Conseil de l'Europe. Strasbourg, 1994. p.183 e ss.*

³⁸⁰ Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito. p.232-4.*

animais)”.³⁸¹

No tocante a investigações científicas no âmbito biomédico, declara o Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, que: “a investigação científica no âmbito da biologia e da medicina desenvolver-se-á livremente, com atenção ao estabelecido no presente Convênio e nas demais disposições jurídicas que asseguram a proteção do ser humano” (art. 15). Admite este documento a realização de provas genéticas com fins científicos relacionados à saúde: “as análises preditivas de doenças genéticas ou capazes de identificar uma pessoa como portadora de um gene responsável por uma doença ou uma predisposição ou suscetibilidade genética a uma doença, poderão unicamente ser executados com fins médicos ou de investigação médica, e acompanhados de um aconselhamento genético apropriado” (art. 12).³⁸²

³⁸¹ Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*. p.234. Para Casabona, “no que se refere à investigação sobre o genoma humano dentro do marco do Projeto Genoma Humano e outros programas de investigação semelhantes, isto é, relacionados à conformação da cartografia genética humana, não há especiais problemas jurídicos em jogo. A identificação das seqüências de ADN, sua localização e o descobrimento de suas funções respectivas, configuram-se como atividades científicas de aquisição de conhecimentos sobre as quais o Direito, em princípio, não deve intervir, a não ser, em todo o caso e sempre que necessário, para apresentar os instrumentos jurídicos que a propiciem e fomentem, dentro do marco de liberdade de investigação e de promoção dos avanços científicos”. Contudo, “a utilização de determinados materiais biológicos para realizar essas pesquisas, o recurso a embriões e fetos humanos, estabelece também a necessidade de regulamentações jurídicas.”(In. *Do Gene ao Direito*. p.235-6).

³⁸² Sobre o uso de embriões (*in vitro* ou *in útero* antes da nidação), vale citar o posicionamento do Conselho da Europa, em duas importantes recomendações: Recomendação 1046 (1986), relativa à utilização de embriões e fetos humanos com fins diagnósticos, terapêuticos, industriais e comerciais, que remete à anterior recomendação 934 (1982) sobre engenharia genética.

Na recomendação 1046 (1986) convida os governos dos Estados-membros a limitar a utilização industrial de embriões e fetos humanos, assim como seus produtos e tecidos, para fins estritamente terapêuticos; a proibir a criação de embriões humanos por fecundação *in vitro* com fins de investigação, estejam eles vivos ou mortos; a proibir as manipulações ou desvios não desejáveis. Entre estas manipulações a recomendação inclui criação de seres humanos idênticos por clonagem ou outros meios; a implantação de um embrião humano no útero de outra espécie ou a operação inversa; a fusão de um gameta humano como outro de diferente espécie e a fusão de embriões ou de qualquer outra operação que possa dar lugar a uma quimera; a ectogênese, ou produção de um ser humano individualizado ou autônomo fora do útero de uma mulher, isto é, em laboratório; a criação de crianças a partir de pessoas do mesmo sexo; a eleição do sexo por manipulação genética com fins não terapêuticos; a criação de gêmeos idênticos; a investigação em embriões humanos viáveis; a experimentação em embriões vivos, viáveis ou não; a manutenção de embriões *in vitro* além de catorze dias depois da fecundação (descontando o tempo de seu eventual congelamento).

3.3.2. Clonagem Humana, células tronco e direito.

O mundo tem assistido à revolução científica causada pelo desenvolvimento de técnicas de clonagem e manipulação genética.³⁸³ Na última década (1990-2000) a clonagem da ovelha Dolly, feita por Ian Wilmut³⁸⁴ e sua equipe, é um dos principais assuntos, sendo considerada por alguns como a maior descoberta da ciência no século.³⁸⁵

Como esclarece Teresa Vieira, na clonagem ocorre à transferência do material genético sem que haja interferência, gerando indivíduos idênticos, sendo esta a sua finalidade, enquanto as técnicas de engenharia genética, modificam a identidade genética, atuando de forma direta na estrutura cromossômica, com alteração dos genes. A produção de clones refere-se à cópia de moléculas de DNA.³⁸⁶

Como já foi tratado no segundo capítulo, o vocábulo “clonagem”, deriva do grego *klon*, que designa estaca. Desta forma, o galho enxertado no tronco receptor dá origem a uma planta geneticamente idêntica àquela da qual se tomou o enxerto. Os indivíduos resultantes de clonagem têm, geralmente o mesmo “genótipo”, isto é, o mesmo patrimônio genético. Diz-se “geralmente”, porque durante a reprodução assexuada, pode ocorrer alguma alteração do material genético (mutação), gerando um ser com material genético diferente do existente no original. Não havendo mutação, os clones são geneticamente idênticos. A clonagem pode ser considerada, em alguns casos, o único meio de fazer a multiplicação de um planta, como é o caso da bananeira, ocorrendo geralmente com a parreira e a cana de açúcar.

Segundo alguns autores como Jacques Testart, a partição artificial do zigoto ou das primeiras células decorrentes de sua clivagem, mediante micro-manipuladores, não se inscreve no contexto da clonagem, uma vez que o número de indivíduos obtidos por essa técnica é quase sempre limitado a dois.

³⁸³ O fato novo desse desenvolvimento, que até a década de sessenta se considerava impossível, é que através da reprodução assexuada é possível obter-se seres sexuais idênticos, utilizando-se a técnica da clonagem, por meio da engenharia genética e das várias possibilidades criadas pela biotecnologia.

³⁸⁴ Wilmut tentou clonar 277 células comuns em embriões, os quais foram implantados no útero de outras ovelhas. De 577 tentativas nasceram sete filhotes, o que demonstra uma falta de aperfeiçoamento da técnica (VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. p.25).

³⁸⁵ Em Julho de 1997, apenas seis meses após a clonagem da ovelha Dolly, veio ao mundo a ovelha Polly, também clonada, mas cujas células receberam genes humanos. Tais eventos acenderam o debate em torno da clonagem humana.

³⁸⁶ Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*, p.25.

Para os efeitos deste trabalho, contudo, adota-se uma compreensão mais ampla do conceito de clonagem humana, que englobaria: 1 – a partição do zigoto ou das primeiras células decorrentes de sua clivagem (células totipotentes), técnica também conhecida como “cisão gemelar” (*embryo –splitting*); e 2 - a reprogramação de células somáticas de indivíduos adultos (células especializadas), técnica conhecida como “transferência de núcleo” (*núcleo transfer*).³⁸⁷

Na cisão gemelar, tanto os genes nucleares, quanto os genes mitocondriais, são idênticos nos descendentes e no organismo-mãe; na transferência de núcleo, apenas os genes nucleares dos descendentes, são idênticos aos do organismo mãe, havendo diferença quanto aos genes mitocondriais.³⁸⁸

Ambas as formas de clonagem são bem recentes. A primeira foi anunciada em 18 de outubro de 1993. A segunda restou empregada em seres humanos em 1998. Em nenhuma das duas (a que se deu ampla divulgação), a prole veio à luz.

A discussão específica da clonagem remete à questão central da bioética, bem como do “biodireito”, qual seja: a discussão sobre a alternativa entre a *disponibilidade arbitrária* de um lado e a *indisponibilidade objetiva* de outro, da vida do ser humano. Isto implica na seguinte dualidade: ou demonstra-se que a vida do homem é um bem relativo e, portanto, instrumentalizável (ao menos em alguns casos), ou deve-se admitir que a vida do ser humano tem uma dignidade intrínseca, que deve ser respeitada como um fim em si mesmo.³⁸⁹

Destacamos aqui, a primeira alternativa, que poderia ser chamada pela expressão “ética da disponibilidade humana”.³⁹⁰ Trata-se de postura sustentada por aqueles que entendem que a natureza humana (frequentemente também negada em uma perspectiva

³⁸⁷ Cf. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Reflexões éticas sobre o estatuto da vida*. p.83.

³⁸⁸ Sobre isso ver, também, SILVA, Reinaldo Pereira e. *Reflexões éticas sobre o estatuto da vida*.

³⁸⁹ Cf. PALAZZANI, Laura. “La Clonazione sull’uomo: una recente questione bioetica e biogiuridica”. In. ESPOSITO, Maria Gabriella. *Diritto e Vita- La Lezione di Capograssi*. Giuffrè Editore: Università degli studi di Lecce, 1999, p.460-7.

³⁹⁰ A segunda alternativa, por si, menos complexa, parte de pressupostos principiológicos pré-determinados. É o que se tem chamado “bioética principialista”, de fundamentação majoritariamente religiosa. Destaca-se nesta perspectiva o professor Reinaldo Pereira e Silva, a que referenciamos: “[...] Se o direito existe para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e se todo indivíduo humano é pessoa, conforme as diretrizes bioéticas assinaladas, inadmissível é o uso da expressão biodireito senão para a tutela integral da vida, desde a concepção, ainda que extra-uterina, até a fase adulta. Caos assim não seja, o que muito se lastima, o uso da expressão ‘biodireito’ não passará de um modismo, um rótulo para mais uma variante do pensamento fraco.” (In. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: A Nova Fronteira dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2003, 124).

historicista), seja irrelevante para a moral e para o direito. Ou seja, não existe nenhum valor reconhecido no homem, que implique na sua liberdade de ação; ao contrário, é o próprio homem, que confere ordem e senso à realidade. Nesta perspectiva, o valor da vida é relativo, subordinado ao arbítrio humano. Assim, a clonagem mostra-se lícita. Face à vontade e ao poder humano ampliado pela técnica, nenhuma racionalidade poderá impor limite. O único freio pode ser a “prudência” originária do medo e das precauções em relação a possíveis conseqüências, que certas decisões atuais podem ter sobre as gerações futuras.³⁹¹

A idéia de livre disposição da vida humana própria e alheia representa a ilusão de onipotência do homem em relação à sua própria vida. Esta vida, mesmo produzida através da clonagem é em todo e qualquer caso “dada” por outros, isto é, o homem não cria a si mesmo. A impossibilidade e irrealismo da autopoiese coloca-se como argumento forte pela indisponibilidade da vida humana. Se não se pode dar a vida a si mesmo, não se pode, tampouco, dispor livremente dela.

Esta perspectiva sustenta que a vida humana não é um objeto, uma matéria inanimada construtível (na qual, o homem seria o construtor). O homem “encontra” a vida ou a “recebe” originalmente da natureza podendo modificá-la ou aperfeiçoá-la parcialmente, mas não pode nunca projetá-la integralmente. Trata-se aqui de uma visão de alteridade, referenciada nas palavras da autora, Laura Palazzani:

[...] Ma se l’uomo riceve la vita dagli altri, si trova ineludibilmente a coesistere, ossia ad esistere ‘com’ gli altri: la sua liberta non può prescindere dal riconoscimento della liberta dell’altro. L’autonomia non può essere assoluta, sciolta da qualsiasi vincolo: la liberta há almeno un reale, e cioè il rispetto della liberta simmetrica dell’altro. E, la composibilitá delle liberta

³⁹¹ Neste sentido, destacamos mais uma vez, Hans Jonas. O Filósofo sustenta que, a partir do aumento de poder da técnica moderna e das ações humanas daí decorrentes, passa a haver uma “tremenda vulnerabilidade da natureza”. Uma vulnerabilidade, segundo o autor, que “não se suspeitava antes de que se fizesse reconhecida nos danos causados.” Surge assim, com a ecologia, um novo tipo de preocupação com o meio ambiente: “[...] La naturaleza, en cuanto responsabilidad humana, es sin duda un *novum* sobre el cual la teoría ética tiene que reflexionar.” E conclui, por fim, este autor: “En la medida en que es el destino del *hombre*, en su dependencia del estado de naturaleza, el referente último que hace del interés en la conservación de ésta un interés *moral*, también aquí ha de conservarse la orientación antropocéntrica de toda la ética clásica. No obstante, la diferencia sigue siendo grande. La limitación a la proximidad espacial y a la contemporaneidad ha desaparecido arrastada por el ensanchamiento espacial y la dilatación temporal de las series causales que la praxis técnica pone en marcha incluso para fines cercanos.” (In. *El Principio de la responsabilidad*, p. 32-33). Diferentemente da ética tradicional, na ética de responsabilidade os efeitos se somam, são acumulativos.

degli uomini (única condizione, strutturale, per la convivenza sociale), si riferisce non solo ai soggetti ‘non ancora’ o ‘non più’ in grado di esercitare la libertà, in quanto aventi la stessa natura ontológica. In tal senso l’altro non può mai essere un mezo, ma sempre e comunque un fine, che oblige al rispetto dell’altrui libertà.³⁹²

Um outro aspecto suscitado em relação à não licitude da clonagem refere-se à não terapeutidade do ato³⁹³: *Não se clona um ser humano para curá-lo*. A clonagem não é uma descoberta curativa; mais apropriado seria chamá-la de produtiva. Clonar quer dizer “produzir” um ser humano a partir de um organismo existente, de maneira artificial. Assim, no entender de Laura Palazzani, a clonagem “proceduraliza” e “despersonaliza” o nascimento do homem, ainda mais do que as técnicas de reprodução assistida extracorpóreas. Trata-se, na verdade, de um tipo de gênese monosexual do ser humano: produz-se uma vida em laboratório, sem até mesmo o uso dos gametas masculinos e femininos (deslocando o patrimônio genético de uma única célula somática para a célula ovo desnuclearizada).

Alguns questionamentos jurídicos, fazem-se necessários, diante de tudo que foi anteriormente exposto:

1) Para efeitos de direito de família, são várias as alterações. Como ficaria a relação de paternidade? Poder-se-ia inventar um novo termo de referência para a relação entre “clonador” e “clone”, que pode ser entre dois ou muito mais indivíduos (dependendo do número de cópias produzidas). Um outro aspecto interessante é que as mulheres (diferentemente dos homens que ainda necessitam da célula ovo feminina) poderão “auto-reproduzir-se”, o que poderia levar, supostamente, à extinção da figura masculina.

2) Sobre os direitos do “clone”, indaga-se a respeito da restrição da liberdade, uma vez que seu patrimônio genético não provém da combinação genética inédita e

³⁹² PALAZZANI, Laura. “La Clonazione sull’uomo: una recente questione bioetica e biogiuridica”, p.463.

³⁹³ Este também é um dos temas sensíveis no que tange à biotecnologia contemporânea. Juntamente com a questão da pesquisa e utilização de células-tronco (*stem cells*) o debate da clonagem (terapêutica ou reprodutiva) tem dividido a opinião pública. De um lado setores da Igreja Católica (embora haja outros setores, a Igreja Católica vem se destacando neste sentido) se posicionam no sentido de que o embrião humano (desde a fecundação) já é um “ser humano” dotado de dignidade e faz juz aos direitos de personalidade como qualquer criança ou adulto. Neste sentido colocam num mesmo cenário as técnicas de *pesquisa com células-tronco e clonagem reprodutiva*. Para estes setores mais “conservadores” (e também bastante coerentes com suas premissas) há uma possibilidade de se produzirem células tronco a partir de outras origens, que não os embriões. É o caso das células-tronco da placenta e da medula óssea.

imprevisível dos cromossomos paternos e maternos. Em que pese o fato de que a identidade do sujeito não é unicamente genética, sendo também biográfica (fruto da relação com o ambiente e demais seres humanos), seu patrimônio genético é inteiramente previsto pelo gerador da célula somática. Assim, nos dizeres de D'AGOSTINO, “*a la persona che nascerà si sottrae il diritto di essere valutata e accettata per come essa è in se stessa e le viene imposta un'unità di misura della sua identità che è fuori di lei*”.³⁹⁴

3) Um outro aspecto que também merece consideração sobre a clonagem é a possibilidade de desrespeito à unicidade original e à singularidade irrepitível do ser humano. Especula-se a respeito da possibilidade de uma espécie de produção serial de indivíduos humanos tipos como “excelentes”, ou que tenham características genéticas merecedoras de serem repetidas. Abre-se, assim, novamente o risco de instrumentalização e do eugenismo. Quais os critérios desejados de um “ser humano perfeito”? Por que não produzir cópias de indivíduos para executar certas tarefas especiais ou serviços considerados desumanos ou socialmente desagradáveis? Por que não congelá-los, para usar como “reserva” de órgãos e tecidos para transplante (sendo também comercializáveis)?

4) Há que se fazer referência também, como faz Laura Palazzani, à diferença entre a clonagem em seres humanos e a de animais. Nesta última também há uma reserva prudente, especialmente, em relação ao risco de alteração do equilíbrio do ecossistema e extinção da biodiversidade, mas a aplicação da clonagem sobre o homem suscita aspectos diversos da clonagem animal:

[...]l'uomo há la capacita (attuale o in potenza, nel senso aristotelico di possibilita intrinseca e attiva, teleologicamente orientata) di ricordare il passato e di prevedere il futuro, di cogliere il senso della gioia e della sofferenza, di relazionarsi con l'altro da sé constituendo la propria identità: l'animale vive nell'istintività e nell'istantaneità percettiva, non può dire di se stesso 'io'.³⁹⁵

³⁹⁴ D'AGOSTINO, F. *I figli della clonazione*, Liberal, abril, 1997, p. 47; *Apud.* PALAZZANI, Laura. “La Clonazione sull'uomo: una recente questione bioetica e biogiuridica”, p.465.

³⁹⁵ PALAZZANI, Laura. “La Clonazione sull'uomo: una recente questione bioetica e biogiuridica”, p.467

Para finalizar, pode-se elencar algumas considerações/questionamentos³⁹⁶, suscitados pela autora italiana que menciona, em face dos diversos aspectos envolvidos na clonagem humana, a respeito da emergência de novos direitos, visando reconhecer “a justa expectativa objetiva do homem em função da coexistência humana”. Estes novos direitos poderiam ser: o direito à integridade física e à não manipulabilidade do patrimônio genético, o direito a não ser geneticamente predeterminado (uma espécie de direito de ter um próprio genoma irrepeditivo); o direito à própria identidade e também à diferença (isto é, à biodiversidade); o direito de ser concebido heterossexualmente, em uma família com duas figuras genitoras.

Um dos aspectos mais polêmicos a respeito da clonagem é ainda sobre a utilização desta técnica para se duplicar embriões, em laboratório, com vistas a “produzir” maior número de células tronco embrionárias. Tem havido um acalorado debate relacionado a estas duas questões: *clonagem e células-tronco embrionárias*.³⁹⁷

Pesquisadores e bioeticistas têm se posicionado, de forma diferente, com relação às chamadas “clonagem reprodutiva” e da “clonagem terapêutica”, sendo muitas vezes permissivos em relação a esta última. Isto porque haveria uma incrível capacidade terapêutica no uso desta técnica. Este parece ser o entendimento de Stella Maris Martínez:

Si todo se desarrolla tal y como los investigadores pronostican, em el futuro se podría contar con cualquier tejido humano de reemplazo, genéticamente compatible. Ello permitirá revertir cuadros tan deletéreos como la enfermedad de Parkinson, el mal de Alzheimer, la esclerosis múltiple, la diabetes, los

³⁹⁶ Cf. PALAZZONI, Laura. "La Clonazione sull'uomo: una recente questione bioetica e biogiuridica", p. 467.

³⁹⁷ Este debate se acentuou, recentemente (colocando-se na ordem do dia na mídia nacional e internacional), conforme a apresentação dos benefícios da engenharia genética em relação aos males potencialmente curáveis a partir das células tronco. Destacam os cientistas a prevalência das células tronco embrionárias, que além de serem de mais fácil obtenção, poderiam ter sua utilização com efeitos mais amplos do que outros tipos de células tronco (como as extraídas da medula óssea, ou do líquido amniótico, por exemplo). Uma autora-pesquisadora, que se destaca, no Brasil, é Mayana Zatz, que tem se pronunciado em diversos periódicos e revistas especializadas. Esta pesquisadora é contra a clonagem reprodutiva, mas é favorável à clonagem terapêutica. Alerta, contudo, que, por razões práticas, a esperança para a terapia celular vem da utilização de células-tronco de outras fontes, que não, o embrião humano. Os argumentos desta autora são enfáticos: “De fato, as 63 academias de ciência do mundo que se posicionaram contra a clonagem reprodutiva defendem as pesquisas com células embrionárias para fins terapêuticos. Em relação aos que acham que a clonagem terapêutica pode abrir caminho para clonagem reprodutiva devemos lembrar que existe uma diferença intransponível entre os dois procedimentos: a implantação ou não em um útero humano. **Basta proibir a implantação no útero**”. (ZATZ, Mayana. “Clonagem, células-tronco e bancos de cordão umbilical”, In. *Clonagem/Artigos*. 2004, p. 26.

accidentes cerebro-vasculares, el infarto de miocardio, la osteoartritis, dolencias vinculadas con la sangre, los huesos y la médula ósea, quemaduras graves y lesiones de la médula espinal. En igual medida hará factibles los tratamientos para pacientes con cáncer que han perdido células y tejido por radiación o quimioterapia.³⁹⁸

Este posicionamento revela a polêmica, cada vez mais frequente no meio científico, envolvendo a inter-relação da técnica de clonagem com as pesquisas de células-tronco embrionárias. Para melhor situar esta questão passamos ao próximo tópico.

3.3.3. As células-tronco e sua utilização.

A expressão “células-tronco” decorre do termo inglês *stem cells*, que designa as células estaminais ou células progenitoras. Estas células possuem duas propriedades marcantes: 1- A auto-conservação ilimitada: o poder de reproduzir-se muito tempo sem diferenciar-se e, 2- A capacidade de produzir células tronco de transição, com capacidade proliferadora limitada, das quais surge uma variedade de linhas celulares altamente especializadas (células nervosas, musculares, hepáticas, entre outras). Em outros termos, “células-tronco são aquelas capazes de multiplicar-se indefinidamente, dando origem, a linhas de novas células-tronco e/ou, a linhas de células especializadas.”³⁹⁹

Sobre esta temática se pronuncia Reinaldo Pereira e Silva (fazendo uma leitura do italiano Renato Dulbeco):

No passado pensava-se que as células-tronco somente podiam ser obtidas no estágio embrionário do desenvolvimento humano (estágio totipotente); porém, há tempo, é sabido que alguns órgãos contêm células capazes de dar lugar a todos ou, ao menos, a diversos tipos celulares do órgão onde se encontram (células pluripotentes). Isto era conhecido, por primeiro, na medula óssea que possui células-tronco capazes de produzir todas as células do sangue, os glóbulos vermelhos e muitos tipos de glóbulos brancos, inclusive as células do sistema imunológico. Depois descobriu-se que os músculos possuem células-tronco ajustadas para reconstruí-los. E, o mais surpreendente, foi reconhecer que também no cérebro há células-tronco

³⁹⁸ MARTÍNEZ, Stella Maris. “Derecho a la vida vs. Derecho a una determinada calidad de vida. Reflexiones sobre la clonación humana.” In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 18, 2003. p. 96-97.

³⁹⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e. *A inumanidade da clonagem humana*. p.4.

capazes de gerar diversos tipos de células nervosas. É verdade que a maioria das células-tronco adultas somente dão origem a células do órgão de onde são retiradas. Entretanto, num estudo publicado na edição de agosto de 2001 da revista científica *Nature Cell Biology*, pesquisadores da universidade de McGill (Canadá) noticiam que células-tronco localizadas na pele de camundongos adultos deram origem a células nervosas, musculares e adiposas, o que põe em xeque a distinção entre totipotência e pluripotência.⁴⁰⁰

Uma das grandes preocupações dos ambientalistas é que o uso de algumas dessas técnicas pode ser perigoso, havendo inclusive o risco de produzir uma nova espécie.

A questão não é tão simples. Quais as implicações e conseqüências em torno da clonagem humana? Se é possível clonar animais, por que não seres humanos?

Como foi visto anteriormente neste trabalho, o homem está criando a possibilidade de controlar geneticamente sua própria natureza, não apenas mediante uso da eugenia negativa ou positiva (seleção genética, preventiva ou melhorativa, dos caracteres existentes), mas também, por meio da fixação de caracteres pré determinados. Assim, enquanto a eugenia aceita a imprevisibilidade das combinações cromossômicas casuais na cadeia hereditária, a clonagem possibilitaria prever com exatidão o resultado genético que se pretende obter, subtraindo a casualidade da natureza (até mesmo em nível genético).

A diferenciação entre o procedimento das células-tronco e o procedimento da clonagem (ainda que terapêutica) tem grande importância prática e teórica. Muitos dos mais recentes procedimentos terapêuticos podem ser implementados com base nas células-tronco, não havendo necessidade de células totipotentes resultantes da clonagem humana (terapêutica).

Neste sentido é o parecer do *Rapporto Dulbecco*, resultante de um trabalho realizado por uma comissão italiana de 25 especialistas, instaurada pelo ministro da saúde, Umberto Veronesi. Este relatório informa que as células-tronco não são obtidas apenas em embriões e fetos, podendo ser obtidas também em organismos adultos e no cordão umbilical.

Diferentemente dos especialistas italianos, bem como do *Grupo de ética na*

⁴⁰⁰ SILVA, Reinaldo Pereira e. *A inumanidade da clonagem humana*. p.4-5.

ciência e novas tecnologias da Comissão Européia⁴⁰¹, a postura de Estados como o Reino Unido⁴⁰² e os Estados Unidos⁴⁰³ é de abertura, em relação à pesquisa da clonagem humana, admitida com finalidades terapêuticas. Neste sentido argumenta Reinaldo Pereira e Silva:

Difunde-se na mídia que, mediante a chamada clonagem humana terapêutica, serão produzidos células e tecidos para sucessivos empregos nas medicinas experimental e clínica (medicina regenerativa), sobretudo na área dos transplantes. Fala-se da produção de linhas celulares totipotentes a partir das células da massa interna dos blastocistos (células-tronco), provenientes de concepções de seres humanos clonados. A opinião pública, por motivos de comunicação e pela vontade de ganhar mais facilmente seu consenso, é induzida a acreditar que se podem produzir células e tecidos pela clonagem de outras células, sem considerar que tal procedimento implica, necessariamente, a geração de seres humanos, ainda que até o estágio de

⁴⁰¹ Trata-se de órgão consultivo da Comissão Européia. Este conselho assim se pronunciou com relação aos métodos alternativos para criação de embriões com vistas a pesquisas com células – tronco: “The group considers that the creation of embryos for the sole purpose of research raises serious concerns since it represents a further step in the instrumentalisation of human life [...] The group deems the creation of embryos with gametes donated for the purpose of stem cell procurement ethically unacceptable, when spare embryos represent a ready alternative source.” (THE EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES TO THE EUROPEAN COMMISSION. “Adoption of an Opinion on Ethical Aspects of Human Stem Cell Research and Use”. In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 15, July-December 2001. p. 225).

⁴⁰² A normativa do Reino Unido sobre o tema é o Human Fertilisation and Embriology (HFE) Act 1990. Tal documento tem profunda inspiração no chamado “relatório Warnock”, onde sustenta-se a possibilidade de criação embriões para pesquisa até o décimo quarto dia após a fecundação. Instala-se a polêmica, sobretudo após o nascimento da ovelha Dolly em 1997. Ora, indaga-se, então, se a clonagem terapêutica pode ser incluída como categoria de pesquisa permitida pelo HFE act 1990. Esclarece Aurora Plomer, que atualmente, após emendar ao HFE Act 1990, a pesquisa com células-tronco embrionárias é permitida nos seguintes casos: “(a) increasing knowledge about the development of embryos; (b) increasing knowledge about serious disease, or ; (c) enabling such knowledge to be applied in developing treatments for serious disease.” (In. PLOMER, Aurora. “Stem Cell research in the UK: from Parliament to the Courts”. In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 16, January- June 2002, p. 186).

⁴⁰³ O caso dos Estados Unidos nos interessa, em especial, justamente por sua ambigüidade. A postura do governo de George Bush, em relação à pesquisa com células tronco embrionárias, já existentes, é, no mínimo, contraditória, como esclarecem Don Chalmers e Dianne Nicol : “The third category (cell lines already in existence) exemplifies the ambivalent approach in the US. In August 2001 President Bush announced that federal funding could be used for research involving embryonic stem cells, but only to the extent that it make use of cell lines in existence at that time. Interestingly, this limitation only applies to publicly funded research and not to private research. Hence, the private sector can press on and create new cell lines but public researchers are left to work with cell lines that may have accumulated harmful genetic mutations and that may have been cultured in impure conditions. Whilst these cell lines may provide usefull research tools, it is unlikely that they could ever be used therapeutically”. (grifo nosso). (In. CHALMERS, Don & NICOL, Dianne. “Embryonic stem cell research: can the law balance ethical, scientific and economic values?” In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 18, 2003. p. 48).

blastocisto, tendo por fim o descarte após o uso.⁴⁰⁴

Alguns autores entendem por fim, que devem ser incentivados estudos sobre as células-tronco adultas, no que respeita às pesquisas envolvendo seres humanos. De acordo com Ricardo Ribeiro dos Santos (FIOCRUZ), a técnica que recorre a células-tronco da medula óssea do próprio paciente, para regenerar o tecido do coração afetado pela doença de Chagas, além de não apresentar o risco de rejeição “é uma opção mais sensata do que o uso de células-tronco de embriões”.⁴⁰⁵

[...] Sem aprofundar as investigações acerca da viabilidade dos xenotransplantes, cujo êxito representaria uma alternativa ao uso das células-tronco, embrionárias ou adultas, em muitas áreas da medicina regenerativa, deve-se frisar, quanto ao tema deste estudo, que, não obstante os empresários do setor tecnocientífico entendam que os estudos sobre as células-tronco adultas necessitam de um tempo muito mais longo para apresentar resultados, nada, muito menos o tempo, justifica o sacrifício de seres humanos no âmbito da chamada clonagem terapêutica.⁴⁰⁶

Deste questionamento inicial surgem diversos outros com implicações éticas e jurídicas, como por exemplo: Sendo possível a clonagem humana, a que servirá este ser? Para ser um banco de órgãos? Poderá ser patenteado por alguma empresa? Pessoas clonadas herdarão características intelectuais e emocionais das matrizes? A proibição deste tipo de experimento não seria um retrocesso, como ocorreu com a ciência no fim da Idade Média?

O fato é que inúmeras pesquisas e descobertas recentes vêm sendo feitas. Na

⁴⁰⁴ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p.331.

⁴⁰⁵ LOPES, Reinaldo José. *Célula-tronco pode ser alternativa para tratar coração de chagásicos*. Folha de São Paulo, 03/01/02; *Apud*. SILVA, Reinaldo Pereira e. *A inumanidade da clonagem humana*. p.8. Este autor esclarece o procedimento para terapias a partir de células tronco: “Com efeito, o acesso às células-tronco embrionárias, que é o ponto de partida para a preparação de linhas celulares diferenciadas, implica: a) a geração de embriões para este específico fim e/ou a utilização dos embriões excedentes da fertilização *in vitro* ou criopreservados; b) o desenvolvimento destes embriões até o estágio de blastocisto; c) a destruição dos embriões mediante a extração das células do embrioplasto (massa celular interna); d) a cultura dessas células num ambiente apropriado, sobre uma camada nutriente de fibroblastos embrionários de ratos irradiados e, e) a repetida subcultura das decorrentes colônias de células até a formação de linhas capazes de se multiplicarem indefinidamente, conservando as características de células-tronco.” In. SILVA, Reinaldo Pereira e. *A inumanidade da clonagem humana*. p.7

⁴⁰⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. *A inumanidade da clonagem humana*. p.8.

mesma época da clonagem de Dolly e Polly por pesquisadores Escoceses, pesquisas semelhantes vinham sendo feitas no Japão, Estados Unidos, Itália, e mais recentemente também pelo Brasil.

No que se refere à clonagem humana, já se chegou à clonagem de embriões humanos com tentativa de aumentar as possibilidades de fertilização *in vitro*, visto que segundo pesquisas, 15 % da população humana é estéril.⁴⁰⁷

Com base nestes fatos, resta claro que a clonagem e a engenharia genética de seres humanos (ressaltando seu aspecto enquanto espécie), são uma clara tendência. Por outro lado, os riscos e as implicações ético-jurídicas daí decorrentes, ainda não foram muito aprofundadas.

A clonagem, em si, pode apresentar aspectos positivos e negativos, sendo temida (assim com a manipulação genética) por muitos, pois poderia ser usada para promover a cópia de alguns indivíduos e raças em detrimento de outras. Neste sentido assevera a jurista Teresa Vieira:

A clonagem humana com o intuito de montar banco de células utilizáveis na medicina vai contra o princípio ético da dignidade humana, elaborado pelo filósofo alemão Emmanuel Kant. Segundo tal princípio um indivíduo nunca deve ser pensado como um meio, sempre como um fim, o que não ocorreria quando se criasse a vida apenas para armazenar material terapêutico.⁴⁰⁸

O jurista espanhol Carlos Casabona, um dos mais destacados estudiosos de “biodireito” da atualidade, apresenta seu entendimento sobre a clonagem:

A clonagem, enquanto tal, como procedimento de suporte das técnicas de reprodução assistida (p. ex., para obtenção de mais embriões pré-implantatários quando é difícil obter óvulos da paciente; ou, com a separação de uma ou várias células do zigoto – totipotente - para efetuar um diagnóstico genético), não é em si mesma repelível, posto que não implica necessariamente manipulações genéticas, sem prejuízo dos problemas que

⁴⁰⁷ A clonagem humana foi noticiada em 1993 pelos pesquisadores Robert Stillmann e Jerry Hall, da Universidade George Washington, EUA, na matéria *Scientist clones human embryos and creates na ethical challenge*. (Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. p.28).

⁴⁰⁸ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. p.30. Para a autora não estamos longe disso: “Em Outubro de 1997, cientistas da Universidade de Bath, no Reino Unido, noticiaram a produção de embriões de rã sem cabeça. Segundo eles, tal técnica pode vir a ser utilizada para desenvolver órgãos humanos em um embrião produzido num útero artificial”.(In. *Bioética e Direito*. p.30).

apresenta quando formulada como mero suporte da investigação ou da experimentação. Ao contrário, seria rechaçável no caso da manipulação do ADN com fins seletivos para dar lugar em continuação a seres idênticos, e também, se sés reservam *in vitro* embriões congelados para posterior implantação depois do nascimento do primeiro indivíduo surgido deste conjunto de clones, tenha morrido ou não. Por este motivo, dever-se-ia ponderar globalmente o custo-benefício de permitir tal procedimento, inclusive, como auxiliar das técnicas de reprodução assistida, pelos riscos de desvios graves que pode ocasionar. Considere-se, de outra parte, que a diversidade genética pode contribuir para preservar decisivamente a espécie humana diante de doenças infecciosas ou agentes externos de outro tipo aos quais uma determinada configuração genética poderia ser vulnerável.⁴⁰⁹

Há que se citar, também, os aspectos positivos de tal técnica. A clonagem poderia prestar serviços à humanidade, como ampliar a produtividade de animais, oferecer cura para diversas doenças.⁴¹⁰

Walter Pinto Júnior, cita três situações em que a clonagem seria vantajosa:

- 1) um caso de um casal que não pode mais reproduzir e, além disso, perdeu três filhos em um acidente, por exemplo. Assim, depois de passar por um comitê de ética, poderia ser feito um clone do homem ou da mulher, e o casal teria a criança;
- 2) Um outro exemplo são casos de pessoas que têm doenças degenerativas como a Coréia de Huntington. A doença faz com que essa pessoa perca os movimento e tenha problemas neurológicos. Se a mulher é portadora dessa doença, então poderíamos fazer um clone dele usando o óvulo dela. Assim, a criança não teria a doença. A reprodução com clones poderia até eliminara a doença do mundo, já que a transmissão é genética [...];
- 3) Casais de lésbicas que não querem dispor do sêmen de um homem poderiam fazer clones de si mesmas. Ou mulheres que não querem casar, mas querem ter clones delas. Desde que haja uma avaliação psicológica dessas pessoas, por que não?⁴¹¹

Este também parece ser o parecer de Mayana Zatz:

⁴⁰⁹ CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*. p.229. Neste sentido é pertinente a proibição estabelecida pela lei espanhola de n. 35/1988, sobre a criação de seres humanos idênticos por clonagem (art. 20.2.b.I), proibição que também foi prevista no Código Penal Espanhol de 1995 (art. 161.2).

⁴¹⁰ Ao copiar a medula espinhal (órgão responsável pela fabricação de sangue), a réplica da medula introduzida no paciente poderá purificar a circulação e exterminar o câncer. Também a cópia de células sadias da pele poder auxiliar os que sofrem de queimaduras; a clonagem de neurônios novos pode contribuir para a capacidade mental dos portadores do mal de Alzheimer.

⁴¹¹ PINTO JR. Walter. *Eu clonaria humanos, diz professor da Unicamp*. In. *Jornal Folha de São Paulo*, edição de 26.01.1998.

[...] Em resumo, é justo deixar morrer uma criança ou um jovem afetado por uma doença neuromuscular letal para preservar um embrião cujo destino é o lixo? Um embrião que mesmo que fosse implantado em um útero teria um potencial baixíssimo de gerar um indivíduo? Ao usar células-tronco embrionárias para regenerar tecidos em uma pessoa condenada a uma doença letal, não estamos na realidade criando vida? Isso não é comparável ao que se faz hoje em transplante quando se retira os órgãos de uma pessoa com morte cerebral (mas que poderia permanecer em vida vegetativa)?⁴¹²

Jean Baudrillard, discorrendo a respeito da clonagem, argumenta:

[...] Cegamente, sonhamos em sobrepujar a morte por meio da imortalidade, quando o tempo todo a imortalidade é o mais terrível dos destinos possíveis. Codificado na vida mais primitiva de nossas células, este destino está agora reaparecendo em nossas vidas, por assim dizer, com o advento da clonagem [...].⁴¹³

Há os que entendem a clonagem, como um empreendimento inumano, uma vez que a negação da possibilidade de nascer e morrer, torna-se a busca artificial pela mera repetição de seres idênticos. Neste caso haveria um evidente retrocesso na geração de seres humanos: da procriação, para a reprodução pura e simples. De acordo com Reinaldo Pereira e Silva:

[...] mesmo quando a clonagem humana é empregada não tendo por fim o nascimento dos descendentes gerados, a inumanidade de tal empreendimento é manifesta no propósito de, sob o manto de Esculápio, desqualificar a humanidade dessa descendência identificando-os como seres desumanos. Em relação ao indivíduo humano clonado, também aqui se pode falar em imortalidade patológica, haja vista a intencionalidade instrumental na geração de descendentes geneticamente idênticos.⁴¹⁴

⁴¹² ZATZ, Mayana. “Clonagem, células-tronco e bancos de cordão umbilical”, p.26. A autora é uma das mais adoradas defensoras da liberação de pesquisas com células tronco embrionárias no Brasil. Proclama, que “a maioria dos países da Comunidade Européia, o Canadá, a Austrália, o Japão, a China, a Coréia e Israel aprovaram pesquisas com células embrionárias de embriões até 14 dias. Essa é também a posição das academias de ciência de 63 países, inclusive o Brasil. É fundamental que a nossa legislação também aprove estas pesquisas porque elas poderão salvar inúmeras vidas!” (In: “Clonagem, células-tronco e bancos de cordão umbilical”, p.26).

⁴¹³ BAUDRILLARD, Jean. *A Ilusão Vital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p.12.

⁴¹⁴ SILVA, Reinaldo Pereira e. *A inumanidade da clonagem humana*. Mimeo, 2002. p.1.

Haveria, também, outras perspectivas possíveis. Pode-se evocar, sem com isso aderir a este discurso, algumas “vantagens” da clonagem humana, tanto terapêutica, como reprodutiva. Neste sentido é o entendimento de Marcelo de Faria Câmara:

Em contraposição, o estatuto acerca da clonagem com fins terapêuticos poderia prosseguir. É claro que isto envolve também uma complexa discussão sobre o status do embrião, mas, neste caso, penso que os benefícios superariam as implicações éticas da destruição de embriões de apenas 4 dias para a retirada de células-tronco com o objetivo de produção de tecidos para transplantes. Talvez, de imediato, uma saída seria o uso de embriões congelados que não mais vão ser usados por seus “donos”.⁴¹⁵

Este autor é enfático em sua posição, que pode ser considerada polêmica:

Dessa forma, deve o Direito, mais do que qualquer outro setor da sociedade, tratar da repercussão que a clonagem vai causar nas várias áreas de atividade humana, principalmente a jurídica. O direito precisa tentar andar junto com a ciência. Este sim é o maior desafio do Direito neste milênio, acompanhar as descobertas científicas e suas conseqüências em nossas vidas e, desta forma, garantir um mínimo de segurança jurídica a toda sociedade. (grifo nosso).⁴¹⁶

Assim como em matéria moral ou bioética, aqui também, apresentam-se inúmeras possibilidades. Costuma-se falar em exemplos, a fim de “justificar” a clonagem humana, como a mulher que ficou estéril e deseja ter filhos; a filha de um casal que tem leucemia e não encontra doador para fazer transplante de medula óssea, entre outros casos, mais ou menos dramáticos. Uma motivação, ainda, para a adoção da clonagem, pode ser de ordem religiosa, como é o caso, já citado, da seita dos Raelianos⁴¹⁷. Por diversas razões, como visto, a técnica da clonagem, representa muito mais, do que mais um procedimento biotecnológico. Procuramos apresentar, portanto, um olhar mais amplo do tema.

⁴¹⁵ CÂMARA, Marcelo de Faria. *Clonagem de seres humanos: considerações gerais*. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima.(coord.) *Biodireito*, p. 385.

⁴¹⁶ CÂMARA, Marcelo de Faria. *Clonagem de seres humanos: considerações gerais*, p. 385

⁴¹⁷ “No dia 14 de fevereiro de 2002, o líder de uma seita canadense afirmou que vai conseguir clonar um ser humano dentro de dois anos. Claud Voirlhon, 55 anos, ex-repórter esportivo conhecido agora como chefe Rael, afirmou que seu programa de clonagem humana voltou a funcionar, depois de ter sido paralisado por pressões do governo norte-americano.” (In: CÂMARA, Marcelo de Faria. *Clonagem de seres humanos: considerações gerais*, p. 382-3).

3.4. O ESFORÇO DO DIREITO MODERNO: NOVAS NORMATIZAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA - A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DO GENOMA HUMANO: Um Novo Cenário.

Cada homem é um ser único, insubstituível, diferente de todos os outros homens. Deve ser respeitado, protegido desde o nascimento até a morte e para além da morte. Deve ser respeitado na sua totalidade, dentro de sua unidade de pessoa e também em cada uma das células, cuja diversidade adicionada contribui para essa unidade. Nem essa pessoa, nem cada uma das células podem ser objeto de comércio. Qualquer comércio do ser humano é condenado pela moral e pela lei. (Jean Bernard – Academia Francesa de Ciências)

3.4.1. Alguns pressupostos da proteção jurídica do genoma humano.

As ações que podem ser realizadas no genoma humano, ou seja, as manipulações genéticas e a engenharia genética em particular, ressaltam que tais condutas, ainda que recaiam sobre os indivíduos concretos, a eles transcendem, por afetarem, também, a própria espécie humana, em sua integridade, identidade, inalterabilidade e diversidade.⁴¹⁸ Por isso despertam temores, e reações, ante a possibilidade, da eugenia positiva ou melhora de certos traços genéticos, das manipulações genéticas com propósitos raciais ou racistas, e as que degradam de algum modo a espécie humana, por exemplo, ao misturá-la geneticamente com animais.

A pergunta que se faz, é se há realmente, bens coletivos novos, além dos individuais, dignos de proteção pelo Direito, e condutas merecedoras de penas por atentarem gravemente contra os referidos bens. Pode-se pensar, em determinados bens que afetem de modo genérico à humanidade⁴¹⁹, assim como, o considerado em relação ao

⁴¹⁸ Estes são os princípios que motivaram a maior parte de declarações e tratados internacionais em matéria de biodireito.

⁴¹⁹ A idéia de “patrimônio da humanidade”, conforme consagrada pela Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (UNESCO), com relação ao genoma humano, tem origens anteriores. A idéia já foi utilizada também em referência ao estatuto jurídico do mar. Tal expressão adquiriu, com base em tratados e documentos internacionais sobre direitos humanos, uma relevância inquestionável. Segundo Felipe Paolillo, quatro elementos (sem exclusão de outros possíveis) caracterizam o conceito: 1- inapropriação pelos Estados; 2- elaboração e aplicação de um regime internacional de regulação e controle; 3- usos pacíficos, isto é, procrição de toda utilização bélica; 4- utilização em benefício da humanidade. (Cf. PAOLILLO, Felipe. *Natureza Jurídica do Princípio: “Patrimônio Comum da Humanidade”*; Apud. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *O Equilíbrio de um Pêndulo. Bioética e a Lei: Implicações Médico-Legais*. São Paulo: Ícone, 1998, p. 65).

direito das populações em geral e aos delitos de genocídio. Este é o entendimento do Conselho da Europa e da UNESCO, nos documentos internacionais que elaboraram sobre este tema, uma vez que fazem alusão explícita à espécie humana, como carente de proteção em relação às intervenções no genoma humano.⁴²⁰

Estas decisões protetoras, em algumas ocasiões, podem apresentar-se como um instrumento para tutelar ao mesmo tempo, valores democráticos e pluralistas e impedir o domínio de uns seres humanos sobre outros. Sabe-se que a indiferença, a homogeneidade e a docilidade dos cidadãos sempre foi a tentação do Estado totalitário.

Um dos pontos mais polêmicos em torno da proteção jurídica da biotecnologia é justamente o direito de patentes. O que se percebe é que apesar da coincidência do posicionamento de diversas normativas (p.ex. do Conselho da Europa, da UNESCO, e de diversos Estados) constata-se ainda a necessidade de se chegar a um acordo supranacional.

Isto se denota com algumas substanciais diferenças entre a legislação Norte Americana e Francesa, por exemplo:

Nos EEUU ocorreram dois importantes eventos em 1995: o primeiro deles foi a obtenção por parte dos Institutos Nacionais de Saúde (NIH) de uma ampla patente que cobre todas as manipulações ‘ex vivo’, conforme as quais, células humanas que funcionam mal são modificadas geneticamente com o fim de produzir níveis terapêuticos de proteínas fora do corpo para serem substituídas através de sua reimplantação no corpo do paciente (a chamada terapia gênica na linha somática ‘ex vivo’). Esta patente baseou-se no primeiro ensaio sobre terapia gênica humana, levada a cabo em 1990, que afetava o tratamento de uma menina com a enfermidade do sangue conhecida como deficiência da adenosina deaminasa (ADA). A patente não cobre a

⁴²⁰ Com estes bens genéricos, seria protegida a inalterabilidade de determinadas características da espécie humana, assim como sua pluralidade e variedade genética (e mesmo a sobrevivência da espécie em casos mais graves), diante de pretensões eugênicas, ou de outro tipo, por meio da biotecnologia ou da engenharia genética. O Conselho da Europa em seu Convênio sobre *Direitos Humanos e Biomedicina* declara: “Convencidos da necessidade de respeitar o ser humano, não apenas como indivíduo, mas também na sua pertença à espécie humana, reconhecendo a importância de garantir sua dignidade” (preâmbulo). E a UNESCO, em sua Declaração Universal sobre o *Genoma Humano e os Direitos Humanos* de 11 de Novembro de 1997, proclama que “O genoma humano é a base fundamental de todos os membros da família humana e do reconhecimento de sua dignidade e diversidade intrínsecas. Em sentido simbólico o genoma humano é patrimônio da humanidade” (art.1º.); “Nenhuma investigação relativa ao genoma humano, nem suas aplicações, em particular, nas esferas da biologia, da genética e da medicina poderão ter primazia sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, dos grupos humanos” (art. 10º.) (grifo nosso). Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*. p.224.

técnica alternativa de manipulação 'in vivo'. Como consequência dessa decisão, os proprietários da patente (Genetic Therapy Inc., GTI) obtiveram uma licença exclusiva sobre a tecnologia implicada, obrigando aos que quisessem comercializar uma terapia gênica 'ex vivo' a negociar com eles a obtenção de uma sublicença. Mesmo tendo-se apresentado alguns recursos contra essa decisão do Departamento de Patentes norte-americano, reconhece-se de forma geral que esta patente foi a primeira evidência palpável de uma nova política por parte de dito departamento, conforme a qual os avaliadores da patente já não requerem uma prova ampla sobre a utilidade de uma invenção prévia ao reconhecimento da patente.

O segundo acontecimento foi à aprovação de uma Lei para modificar o Título 35 do United States Code, relativa às patentes sobre procedimentos biotecnológicos. Nela são estabelecidas as condições para a patenteabilidade de tais procedimentos, em particular, sobre sua obviedade e sobre a informação que deve apresentar a respeito na solicitude da patente.⁴²¹

Na França, por outro lado, o legislador nega a possibilidade de patente relacionada ao corpo humano, seus elementos e produtos, bem como conhecimento da estrutura parcial ou total de um gene humano. “Esta última proibição refere-se tão somente à possibilidade de patentear seqüências de ADN, que foram durante os últimos anos, o assunto que provocou maior discussão entre os investigadores, mas em sentido estrito não se opõe ao fato de que possam ser patenteados procedimentos de terapia gênica.”⁴²²

De tudo isto, é possível ponderar, que a patente seria aceitável no que se refere à terapia gênica na linha somática, uma vez que nem a patente ou a atividade terapêutica em si, implicam uma violação da ordem pública e dos bons costumes. No tocante aos procedimentos de terapia gênica na linha germinal, os pronunciamentos internacionais foram contrários à permissão desta forma de terapia.

3.4.2. Bens jurídicos implicados pelas intervenções no genoma humano.

A tarefa que nos propomos neste item é, em linhas gerais, a de detectar quais são os bens jurídicos implicados pelas intervenções no genoma humano, e que tipo de proteção recebem do ordenamento jurídico, com o fim de poder assinalar quais são as

⁴²¹ CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*. p. 284.

⁴²² CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*. p. 284.

carências, como também, decidir, quais instrumentos jurídicos deve-se recorrer para garantir sua adequada proteção. Tais bens jurídicos, a seguir mencionados, constituem interesses ou valores individuais, coletivos e difusos. Nesta acepção, este capítulo, está diretamente relacionado com o primeiro, que trata da evolução histórica, do contexto, e das “dimensões” de direitos humanos.

As correntes humanistas das últimas décadas, deram especial atenção ao reconhecimento da dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade, como valores individuais do ser humano de primeira grandeza⁴²³, valores que, freqüentemente aparecem como pano de fundo em numerosos aspectos concernentes à genética humana. Tais valores, convertidos em direitos, exercem uma função de projeção sobre os demais direitos fundamentais e liberdades públicas.

Paralelamente, anuncia-se o princípio da igualdade perante a lei e, sobretudo, sua derivação de não discriminação (por razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra circunstância pessoal ou social). Sobressai, este princípio, em vista do potencial discriminatório, que podem propiciar algumas aplicações decorrentes do conhecimento do genoma humano.

Grande parte dos bens jurídicos de titularidade individual, que estavam implicados pelas ações no genoma humano, encontraram um reconhecimento expresso, por meio das constituições modernas e das declarações e tratados internacionais, relativos aos direitos humanos; o próprio Direito Penal⁴²⁴ conferiu-lhes tradicionalmente uma especial

⁴²³ Um das questões suscitadas ao longo deste trabalho é o fato de que as novas biotecnologias podem levar a uma “relativização” ou a uma “ressignificação” de conceitos fundamentais do direito moderno (natureza e dignidade humana). Este tema foi abordado no segundo capítulo, quando tratamos das possibilidades concretas da biotecnologia. No quarto capítulo, outros referentes serão incorporados à discussão. Por hora, lembramos que o edifício jurídico dos “valores e bens protegidos”, constitui, por assim dizer, uma outra forma de relacionar-se com a mesma realidade. Em outras palavras: positivizar e reconhecer formalmente os valores e interesses do “biodireito”, não deve significar que tais direitos são absolutos, inquestionáveis e podem ser impostos coercitivamente (tal como parece ser a opinião de muitos estudiosos e doutrinadores). Sobre esta problemática têm se posicionado diferentes filósofos e teóricos contemporâneos. Destacamos Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, Peter Sloterdijk e Francis Fukuyama.

⁴²⁴ Sobre a tutela penal do patrimônio genético, ver SANT’ANNA, Aline Albuquerque. *A Nova Genética e a Tutela Penal da Integridade Física*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. A autora critica imprecisões da atual Lei de Biossegurança vigente, que “estabeleceu atividades criminalizadas e não condutas”, podendo ter finalidade diversa daquela a que se destina: “Uma lei que se destina a criminalizar condutas análogas a práticas de cientistas deve ser muito mais precisa do que a maioria, correspondendo sempre à condutano sentido ôntico – ontológico, ou seja, aquela praticada pelos cientistas no mundo material. [...] A lei de Biossegurança também apresenta designações imprecisas, tais como ‘defeito genético’ e ‘princípios da beneficência e da autonomia’, constituindo-se, em seu artigo 13, incisos I, II e III, em tipos abertos e

proteção. Assim acontece com a vida humana, com a integridade pessoal (física e mental), com a liberdade de decisão ou autodeterminação, e com a intimidade, bens jurídicos de “primeira dimensão”, que gozam de proteção penal direta, frente a quase todas as mais importantes formas de agressão aos mesmos.⁴²⁵

No entanto, outros bens jurídicos, experimentaram uma certa “flutuação”, quanto à sua proteção, mas, nos últimos anos, a ênfase vem sendo posta na necessidade de intensificar aquela, em vista de novas formas de agressão impensáveis anteriormente, ou que pareciam sem importância, como é o caso da vida e da integridade corporal e psíquica (futura) do concebido.⁴²⁶

Assim, junto aos bens jurídicos individuais, colocam-se outros, de caráter coletivo, ou difuso – direitos de “terceira e quarta dimensões”, que afetam diversos aspectos da espécie humana, transcendendo, portanto, os interesses individuais concretos envolvidos. Podem ser enumerados, de acordo com Carlos Casabona, da seguinte forma: 1 - a inalterabilidade e intangibilidade do patrimônio genético não patológico do ser humano, para garantir a integridade e diversidade da espécie humana; 2 - a identidade e irrepetibilidade característica de todo ser humano, como garantia da individualidade e a condição de ser único e distinto dos demais; 3 - a dupla dotação genética, da linha genética masculina e feminina; 4 - a sobrevivência da espécie humana.⁴²⁷

judiciais, contrariando a orientação democrática presente na utilização de tipos fechados e legais.” (In. *Nova Genética e a Tutela Penal da Integridade Física*, p. 150-151).

⁴²⁵ Como foi visto no decorrer desta tese, as consequências morais e jurídicas do avanço da biotecnologia são incontáveis. Analisamos, superficialmente, os desafios colocados ao ramo do direito que cuida da propriedade intelectual e patentes. Percebe-se que atualmente há uma pressão muito forte com relação à privatização e patenteamento das descobertas genéticas, o que leva direta ou indiretamente a uma relativização do próprio corpo humano (origem dos direitos humanos, por assim dizer, com os primeiros instrumentos de tutela da liberdade, como o *habeas corpus*). Pois bem, neste sentido vale citar a seguinte reflexão: “[...] Il est sans doute vrai que toute matière biologique, humaine ou non, est comme dit Yves Simon la ‘marque d’un voyage’ dans chaque ‘recoin de l’univers’, que qu’exprimait Pierre Teilhard de Chardin em des termes de métaphysicien: ‘Ma matière [mon corps] ce n’est pas une partie de l’univers que je posséderais totaliter; c’est la totalité de l’Univers possédée par moi partialiter’. Quelle tâche pour le droit que de permettre l’utilisation de ces ‘parcelles d’univers’ sans s’aliéner ou se les aliéner!” (In. GALLOUX, Jean Christophe. “La Protection Juridique de la matière biologique en droit français” *In. Revue Internationale de droit comparé*. C.N.R.S/ Centre français de droit comparé. N. 2. Avril-Juin 1998, p. 512).

⁴²⁶ Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*. p.287.

⁴²⁷ Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*. p.226-230. Este autor analisa cada um dos pressupostos e suas consequências jurídicas: 1 - A inalterabilidade e intangibilidade do patrimônio genético não patológico do ser humano (herança genética), para garantir a integridade e diversidade da espécie humana daria lugar às seguintes proibições: o intercâmbio genético (formação de híbridos); a fecundação inter-espécie ou transferência de embriões inter-espécie (de animal para ser humano e vice-

3.4.3. Bens de Interesse Difuso / Interesse Fático e Jurídico.

Em vista dos princípios formadores do Direito à proteção do patrimônio genético humano, direito esse das presentes e futuras gerações⁴²⁸, e, partindo da perspectiva da proteção desse bem, no que diz respeito ao *gênero humano*, pode-se sustentar que sua natureza jurídica é a de um “interesse difuso”.⁴²⁹

versa) com qualquer fim e com qualquer grau de desenvolvimento temporal, salvo certas provas diagnósticas controladas em seu desenvolvimento temporal; a fusão de pré-embriões humanos entre si ou inter-espécies (quimeras) com qualquer fim e em qualquer grau de desenvolvimento; outras ações dirigidas a modificar o patrimônio genético humano não patológico. (vale diferenciar o patológico e o simplesmente anômalo, diferente ou infrequente ou desvio irrelevante dos padrões de saúde); 2 - A identidade e irrepetibilidade do ser humano, como direito à individualidade e à condição de ser único, aceitando a complexidade e variabilidade da natureza humana: a criação de seres idênticos por clonagem ou outros procedimentos genéticos com qualquer finalidade (seleção da raça, criação de seres humanos “especializados” ou homúnculos); 3 - Privação da dupla dotação genética, e com isso da linha genética masculina e feminina, ao que se pode acrescer potenciais riscos para a saúde genética do procriado: a partenogênese, ou obtenção de um ser humano de um só gameta (óvulo); a obtenção de embriões mediante gametas de pessoas de mesmo sexo (que dariam lugar a zigotos com cromossomos XX em uniões de gametas femininos e a zigotos XY em uniões de gametas masculinos). De um ponto de vista diferente, a ectogênese, o desenvolvimento de um indivíduo em laboratório, embora hoje pareça de impossível efetivação; 4 - Proteção da sobrevivência da espécie humana: a criação de armas biológicas ou outras mediante técnicas de engenharia genética sobre o ser humano. Para Casabona “estas considerações servem-nos ao mesmo tempo para recordar a importância de se chegar ao máximo consenso da comunidade internacional, com o fim de estabelecer critérios uniformes assumidos por todas as nações e evitar, deste modo, que a permissividade ou negligência de alguns Estados dê lugar aos ‘paraísos genéticos’ e satisfazer assim um duplo objetivo: evitar as experimentações e aplicações aberrantes recusadas por outros Estados e impedir que se gere na comunidade científica uma desigualdade de recursos e possibilidades investigadoras.” (In. CASABONA, Carlos María Romeo. *Do Gene ao Direito*. p.230.)

⁴²⁸ A noção de interesses intergeracionais deu origem a uma verdadeira “revolução paradigmática” no Direito. Destacamos neste sentido o surgimento e desenvolvimento do Direito Ambiental, sobretudo após a consagração de importantes Conferências Internacionais da ONU como a de *Meio Ambiente* (Estocolmo – 1972) e a de *Meio Ambiente e Desenvolvimento* (Rio de Janeiro – 1972). O Direito Ambiental assim como os Direitos Humanos, são especialidades do direito de cunho universalista e portanto bastante principiológico. Destacamos, em matéria ambiental, portanto, o *Princípio da Prevenção* e com ele a noção de *Responsabilidade Intergeracional*. Este tema também têm despertado interesse de importantes pensadores. Destacamos o filósofo alemão Hans Jonas, sobretudo em sua obra *El Principio de Responsabilidad – Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, onde propõe uma nova utopia de responsabilidade, em contraponto ao “utopismo biotecnológico” irrefreado de nossos dias.

Neste sentido consultamos a dissertação de mestrado de Patryck de Araújo Ayala (sob orientação de José Rubens Morato Leite), intitulada *Direito e Incerteza: a proteção jurídica das futuras gerações no Estado de Direito Ambiental*, bem como o livro escrito por estes dois autores: LEITE, José Rubens Morato & AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*.

⁴²⁹ Interesse difuso pode ser entendido como todo interesse que pertence a um número indeterminado de pessoas, sendo considerado como transindividual (ou metaindividual), de natureza indivisível e ligado a seus titulares por uma circunstância de fato. O interesse difuso é insuscetível de partição em quotas atribuíveis a pessoas ou grupos pré-determinados, o que decorre do fato de que os interesses difusos apresentam estrutura peculiaríssima, visto que, como não têm seus contornos definidos em normas (como direitos subjetivos), nem estão aglutinados em grupos bem definidos (como os interesses coletivos), sua

O termo “interesse”, pode ser definido, como toda vantagem de natureza econômica ou moral, que possibilita a ocorrência de uma relação entre um determinado bem e uma pessoa. Os interesses podem ser divididos em duas grandes categorias: interesse fático e interesse jurídico. No primeiro, a relação entre o bem e a pessoa decorre de uma valoração discricionária, que possibilita uma vantagem concreta. Ele sempre existiu e sempre existirá independentemente de sua natureza ou âmbito de incidência. Algumas formas destes interesses são: interesse individual, interesse social, interesse público, interesse geral, interesse coletivo, interesse difuso. Quanto ao segundo tipo, o interesse jurídico, trata-se daquele, que tem seu conteúdo valorativo determinado por uma norma jurídica. Ou seja, a positivação de um determinado interesse, limita a liberdade de valoração para o campo ético-valorativo. Ao ser um interesse fático, reconhecido pelas normas jurídicas, ganha força coercitiva em função de se estabelecer um comportamento comum na sociedade. Neste sentido conclui Adriana Diaféria:

[...] Assim, uma vez que tendo sido reconhecido pelo Poder Público o interesse no progresso científico e tecnológico de um número indeterminado de pessoas, todo e qualquer objeto dos resultados desse progresso científico e tecnológico não podem ser passíveis de individualização porque possuem natureza de interesse difuso.(grifo nosso).⁴³⁰

E ainda, em relação ao controle jurisdicional por parte de órgãos públicos:

Neste sentido e buscando uma proposta para reflexão sobre formas de controle do acesso e do uso da informação genética humana, a noção de interesse difuso cria a oportunidade de se estabelecer um controle social para preservação da dignidade da pessoa humana, através de órgãos públicos competentes, mediante a instrumentalização de procedimentos previstos constitucionalmente para tutela jurídica desses interesses.(grifo nosso).⁴³¹

existência não é afetada, nem alterada, pelo fato de virem a ser exercitados ou não. MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

No Brasil, os interesses difusos encontram-se devidamente resguardados na Constituição Federal, de acordo com o artigo 129, III, o qual determina as funções institucionais do Ministério Público, ou seja, a promoção de inquérito civil público e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

⁴³⁰ Cf. DIAFÉRIA, Adriana. *Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesse difuso*. p.176.

⁴³¹ Cf. DIAFÉRIA, Adriana. *Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesse difuso*. p.176.

Os grandes investimentos econômicos, que impulsionaram o desenvolvimento de tecnologias específicas para a realização das pesquisas científicas no campo da genética humana, provocam a necessidade de uma profunda reflexão sobre o processo de “coisificação (reificação) e apropriação privada de elementos do corpo humano” não restritos à sua “disposição onerosa ou apropriação derivada” (comercialização).⁴³²

O direito à proteção do patrimônio genético, conforme exposto anteriormente, já se apresenta inserido na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 225, § 1º, inciso II, impondo ao legislador, o estabelecimento da proteção do meio ambiente, em face das possibilidades de manipulação do patrimônio genético⁴³³ no País⁴³⁴. Biologicamente falando, a informação genética, pode ser entendida como a somatória dos caracteres de um organismo, que se manifestam através das características fenotípicas e genotípicas nele pertencentes.⁴³⁵

⁴³² GEDIEL, José Antônio Peres. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*. In: FACHIN, L. E. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Renovar: 1998. p.58-85.

⁴³³ Para o bioquímico Albert L. Lehninger, patrimônio genético é o conjunto de elementos que formam o ácido desoxirribonucléico – DNA – que é o possuidor da informação genética que caracteriza um indivíduo. LEHNINGER, Albert L. *Fundamentos de Bioquímica*. Sarvier: São Paulo, 1977. p.375.

⁴³⁴ A proteção do patrimônio genético humano está diretamente relacionado ao princípio da proteção da integridade de espécie humana (amplamente consagrado em diversos documentos internacionais). Este princípio proíbe a manipulação genética com vistas a alterar as características hereditárias dos descendentes ou, sem fins terapêuticos. No Brasil, com já mencionado este princípio encontra-se recepcionado pelo artigo 225, parágrafo 1º, inciso II: “[...] parágrafo 1º: Incumbe ao Poder Público: [...] II preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Este dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei de Biossegurança (Lei 8974 de 1995), que dispõe em seu art. 13º: “[...] art. 13º. Constituem crimes: I - a manipulação genética de células germinais humanas; II – a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como: o princípio da autonomia e o princípio de *beneficência*, e com a aprovação prévia da CTNBio. Pena – detenção de três meses a um ano.”

⁴³⁵ O fenótipo corresponde a todas as informações que caracterizam as expressões externas de um organismo, ou seja, suas características físicas, como: cor da pele, estatura, a forma dos cabelos, cor de olhos, sexo, etc. Estas informações são influenciadas pelos genótipos e, também, pela influência das condições ambientais. Porém, as alterações ambientais do fenótipo não refletem em alterações no genótipo, mas, sim, na resposta do organismo ao seu ambiente e nas atitudes comportamentais do ser vivo diante desta influência. O ambiente, portanto, fornece a ‘arena’ na qual o genótipo age e, conseqüentemente, o fenótipo representa a expressão final da interação do genótipo com o ambiente. A análise dos conceitos de genótipo e fenótipo trazem à tona o debate no seio das ciências naturais em torno do dilema *natureza / criação*. Trata-se de um dilema histórico, por assim dizer, da biologia. Alguns pesquisadores fecham questão no sentido de que as características aparentes do indivíduo (o seu fenótipo) se deve quase exclusivamente ao seu genótipo, ou seja, são características hereditariamente herdadas (este é o pensamento daqueles que defendem que a mapeamento do genoma humano (PGH) “explica” tudo sobre o ser humano. Por outro lado, sustentam alguns que a realidade não é bem essa. Sem dúvida a hereditariedade é um fator

Ao serem analisadas situações relacionadas ao ser humano, devemos levar em consideração o caráter racional deste, o que o distingue dos demais seres vivos. Em relação a este aspecto (racionalidade do ser humano) e sua relação com a natureza, vale citar Jacques Monod:

[...] Fora da espécie humana, não encontramos, em parte alguma no reino animal, organizações sociais altamente diferenciadas, exceto em alguns insetos: formigas, cupins ou abelhas. Nos insetos sociais, a estabilidade das instituições não deve quase nada a uma herança cultural, mas tudo à herança transmissão genética. O comportamento social é inteiramente inato, automático. No homem, as instituições sociais, puramente culturais, jamais poderão atingir tal estabilidade. Aliás, quem desejaria isto? A invenção dos mitos e das religiões, a construção de vastos sistemas filosóficos, são o preço que o homem teve de pagar para sobreviver enquanto animal social, sem se dobrar a um puro automatismo. Mas a herança puramente cultural não seria bastante segura, bastante poderosa por si só, para escorar as estruturas sociais. A essa herança era necessário um suporte genético, que fizesse dela um alimento exigido pelo espírito. (grifo nosso).⁴³⁶

Em vista de tudo isto, o ser humano, recebe tratamento jurídico diferenciado, não mais vinculado ao direito tradicional. Ante o surgimento de novos pressupostos e princípios surgidos com a evolução da sociedade, formam-se os recentemente chamados direitos de terceira dimensão, ou ainda, Direitos de Fraternidade ou Solidariedade, conforme analisados no primeiro capítulo. Estes direitos, têm por primeiro destinatário, o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta.⁴³⁷

Como dissemos anteriormente, a complexidade do tema está justamente na dificuldade de se dimensionar a interface de interesses decorrentes da manipulação genética: o direito individual de dispor do patrimônio genético e o direito difuso do gênero humano de ter preservada sua dignidade e de receber os benefícios dessas novas

importante mas não o único de nossa natureza e portanto o mapeamento do genoma humano é uma conquista importante mas não pode ter pretensões de concluir este dilema. Notamos que , em que pese os grandes avanços da ciência na área da genética, também na ciências naturais existem “dilemas abertos” e ideologias. (Sobre isto. Ver. LEWONTIN, Richard. *A Tripla Hélice e A Doutrina do DNA*.)

⁴³⁶ MONOD, Jacques. *O acaso e a necessidade*. p.185/186; Apud: DIAFÉRIA, Adriana. *Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesse difuso*. p.181.

⁴³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*.

descobertas biotecnológicas.⁴³⁸

3.4.4. Princípios do Direito à Proteção do Patrimônio Genético Humano

Diante de todas as considerações levantadas anteriormente, faz-se necessário, para que possamos analisar este novo ramo da Ciência do Direito, de uma maneira mais específica, o estudo de algumas noções constitucionais, a fim de conhecer e entender os princípios formadores do Direito à Proteção do Patrimônio Genético Humano, perante o ordenamento jurídico nacional e internacional. Oportuno salientar, que a existência desta principiologia é de fundamental importância para que ocorra a consagração deste Direito, tendo em vista que os fenômenos sociais se modificam de acordo com as condições sociais. Assim como se alteram os fenômenos sociais no decorrer do tempo e do espaço, também as regras jurídicas se modificam, para atender às novas necessidades sociais.⁴³⁹

Os princípios podem ser entendidos como as idéias centrais que estabelecem a lógica, a harmonia, a racionalidade e coerência de um determinado sistema jurídico. Representam condição essencial para a aplicabilidade do Direito, não só pela importância de sua influência no momento de interpretação do Direito, como, também, pela sua função ordenadora, que auxilia na compreensão das normas, para a extração de soluções coerentes com todo o ordenamento jurídico.

Assim sendo, os princípios condizentes ao Direito à proteção do patrimônio genético humano, encontram-se, atualmente formalizados, em diversos e importantes documentos, declarações, normatizações e diretrizes, tanto nacionais (podemos citar como exemplos: a CRFB, com seu artigo 225; a Lei 8.974, de 05/01/95 – que trata do uso

⁴³⁸ Sob o ponto de vista jurídico-processual-estatal, vislumbra-se, neste caso, um “conflito de princípios fundamentais”. Mais do que um conflito entre regras (resolve-se de forma mais simples pelos critérios kelsenianos de validade: superioridade, temporalidade e especificidade), o conflito de princípios (representantes de interesses difusos no nosso caso) requerem o chamado “método de ponderação” de princípios e interesses. Falamos da teoria da argumentação jurídica, referenciada neste trabalho a partir da obra de autores como Robert Alexy (Alemanha), Ronald Dworkin (Estados Unidos), José Gomes Canotilho (Portugal) e Paulo Bonavides (Brasil). Embora este não seja o foco central deste trabalho, trata-se de tema interessante no âmbito (disciplinar) do direito.

⁴³⁹ Ressalta-se de acordo com Adriana Diaféria, que “sempre haverá uma parte imutável, que será a mesma no transcorrer dos tempos, onde os princípios são elevados. Por exemplo, a vida é um princípio geral do Direito, desde o mais remoto passado. É parte fixa do Direito, assim como é parte fixa da moral. É o fundamento que nos motiva a criarmos novos mecanismos de proteção nos momentos em que novas realidades nos revelam essa necessidade”. Cf. DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. p.53-54.

das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados; as Instruções Normativas CTNBio 08/97 e 09/97 do Brasil – que tratam da manipulação genética e da clonagem em seres humanos) como internacionais (por exemplo: Código de Nuremberg de 1947; Diretrizes para Novas Terapêuticas e Pesquisa em Seres Humanos – Reichsunderschreiben, Alemanha-1931; Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem, elaborado pelo Comitê Internacional de Bioética (IBC) da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura) adotada em 1997; Declaração Ibero-Americana sobre Ética e Genética / Declaração de Manzanillo de 1996 revisada em Buenos Aires em 1998). As Declarações internacionais são consideradas importantes, em conformidade com a conclusão de Valery Mirra:

[...] embora elas não estejam ainda incluídas entre as fontes tradicionais do Direito Internacional e não tenham aquela imperatividade jurídica própria dos tratados e convenções internacionais, ainda assim, devem ser reconhecidas como instrumentos dotados de relevância jurídica. Na realidade, as Declarações Internacionais constituem, atualmente, importante método de crystalização de novos conceitos e princípios gerais e, uma vez adotadas, passam a influenciar toda a formulação subsequente do direito, seja no plano internacional, seja no plano da ordem jurídica interna.(grifo nosso).⁴⁴⁰

Frente à análise dos documentos existentes relacionados com o Direito à proteção do patrimônio genético humano, podemos identificar e elencar, didaticamente, os seguintes princípios⁴⁴¹: 1. *Princípio da Integridade* - objetiva garantir a integridade do patrimônio genético, direcionando as manipulações em genes humanos, no sentido de não existir interferência do patrimônio genético, quando voltado a alterações de certas características fenotípicas, diante da utilização de genes de outras espécies nos experimentos; 2. *Princípio da Diversidade* - objetiva garantir a variedade da espécie humana, em detrimento do papel fundamental da diversidade em nosso meio ambiente, substanciando o respeito à diversificação dos indivíduos na cadeia biológica; 3. *Princípio do Respeito à Dignidade Humana* - com base no DNA (Ácido Desoxirribonucléico) o ser

⁴⁴⁰ VALERY, Mirra Álvaro Luiz. *Princípios fundamentais do Direito Ambiental*. In: Revista de Direito Ambiental, n. 2, p.53

⁴⁴¹ Os princípios aqui resumidamente apresentados, foram extraídos do texto de DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. p.59-62.

humano poderá ser identificado em todas as suas características, tanto fenotípicas como genotípicas, passando a ser este, o referencial de ligação do indivíduo com a sociedade em geral; 4. *Princípio da Não Disponibilidade Econômica* - este princípio visa a não disponibilidade econômica do patrimônio genético humano em seu estado natural, com intuito de ganhos financeiros; 5. *Princípio da Avaliação Prévia ou Princípio da Precaução* - diz respeito à prévia avaliação dos potenciais riscos e benefícios que podem ser corridos, frente à realização de pesquisas, tratamentos ou diagnósticos baseados no patrimônio genético humano, verificando-se principalmente às exigências legais vigentes em âmbito nacional; 6. *Princípio do Consentimento Informado* - este princípio torna obrigatória a manifestação da vontade, livre e espontânea da pessoa envolvida com pesquisa ou tratamentos genéticos; 7. *Princípio da Informação* - o indivíduo detentor do material genético a ser manipulado, deve receber todas as orientações e informações necessárias a respeito dos resultados esperados, afim de que compreenda e tenha consciência das conseqüências advindas da realização da manipulação; 8. *Princípio da Confidencialidade* - todas as informações prestadas e passadas após a manipulação genética são consideradas estritamente confidenciais, pertencendo este conhecimento somente a pessoa detentora do material genético manipulado; 9. *Princípio da Prudência* - todas as entidades que estiverem envolvidas direta ou indiretamente com a pesquisa, deverão agir com extrema prudência, afim de que seja preservado o princípio da dignidade da pessoa humana; 10. *Princípio da Responsabilidade* - as entidades de pesquisa que agirão sobre o genoma humano, bem como os patrocinadores e os Comitês de Revisão Ética e Científica assumirão todos os riscos decorrentes de suas atividades e resultados obtidos no patrimônio genético humano, independente de qualquer circunstância, em detrimento aos danos ocasionáveis para toda a espécie humana; 11. *Princípio da Vulnerabilidade* - o princípio da vulnerabilidade diz respeito ao estado da pessoa envolvida, quando por qualquer motivo, tenha sua capacidade de autodeterminação diminuída, no sentido de obter consentimento para realização da pesquisa; 12. *Princípio da Necessidade* - neste princípio deve ser respeitada a real necessidade do experimento científico em material genético humano, tanto no sentido de aumento do conhecimento humano, quanto para proporcionar mais saúde e qualidade de vida; 13. *Princípio da Igualdade* - visa garantir todos os direitos referentes ao acesso aos

testes, exames e procedimentos genéticos, independente da origem geográfica, raça, etnia e classe econômica do indivíduo e, por último, 14. O *Princípio da Qualidade* - assegura que as atividades realizadas no material genético humano terão especificidade e sensibilidade adequadas e serão efetuadas em laboratórios capacitados com acompanhamento de uma equipe de cientistas e de uma comissão técnica.

Diante desta sucinta exposição dos princípios relativos ao Direito à proteção do patrimônio genético humano, passa-se a uma análise e estudo da Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, marco importante a ser considerado, ao se tratar dos assuntos relativos à manipulação genética do genoma humano, em meio ao cenário mundial.

3.4.5. A declaração Universal dos Genoma Humano e dos Direitos Humanos – análise de alguns aspectos.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (UNESCO, 1997), merece maiores considerações, sobretudo por sua importância e inovação no mundo jurídico. Dotada de elevado teor universal e humanista, esta declaração constitui um marco para o direito moderno, inovando também em relação às demais declarações internacionais de cunho universalista.

Diante dos rápidos progressos da ciência e da técnica (técnica que envolve não só os avanços na área da biologia, mas também, os progressos na informática e a crescente digitalização de ambos), trazendo consigo suas promessas e seus riscos, a UNESCO – (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), procurou mostrar que normas são necessárias quando tratamos deste assunto, vindo a proclamar, através de uma declaração solene, a necessidade de se proteger o genoma humano, em prol das futuras gerações e, ao mesmo tempo, proteger o Direito à dignidade dos seres humanos, a liberdade de pesquisa, as condições para o exercício da atividade científica, bem como, a necessidade da solidariedade e cooperação internacional. Sobre este tema, José Antônio Peres Gediel, acrescenta:

[...] a Declaração Universal Genoma Humano e Direitos Humanos contempla, com exemplar riqueza, as dimensões regulatórias que compõe o modelo jurídico ocidental moderno, renovando e pondo em destaque a função ou dimensão comunitária do Direito atual, mais, nem por isso, prescinde de aprofundamento de sua análise conceitual e de acompanhamento de sua aplicação às situações concretas advindas do uso e do acesso ao genoma humano.⁴⁴²

Pode-se verificar, que o próprio título da Declaração a identifica e caracteriza, como universal e humanista, pois que está endereçada a toda humanidade, destacando-se na sobreposição à particularidade dos ordenamentos jurídicos nacionais, atingindo, assim, uma visão social mundial e universal. Neste sentido, pode-se dizer, que “a visão universalista da Declaração apresenta, sem dúvida, traços inovadores e peculiares em relação às demais Declarações universais de Direito, pois não se apóia apenas na noção filosófica abstrata da igualdade entre todos os homens (fundada na presença da racionalidade e da autonomia humanas), mas se apóia, também, na identidade biológica traçada a partir do genoma”.⁴⁴³

Assim, o artigo 1º da Declaração, ao apresentar a definição jurídica do genoma humano o confirma como unidade fundamental biológica da espécie, sem afastar a dimensão da teoria dos valores morais do ser humano⁴⁴⁴, quando estabelece: “O genoma humano subjaz à utilidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes”. Num sentido simbólico, é a herança da humanidade.⁴⁴⁵

⁴⁴² GEDIEL, José Antônio Peres. *Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: Revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*. p.160.

⁴⁴³ GEDIEL, José Antônio Peres. *Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: Revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*. p.160-161.

⁴⁴⁴ José Antônio Pires Gediél assevera que, nessa mesma perspectiva, em seu artigo 2º, a Declaração “contempla valores e princípios presentes em outras Declarações de Direitos e em ordenamentos jurídicos nacionais, especialmente, o respeito à dignidade da pessoa, levando em consideração as diferenças individuais e coletivas e a preservação da biodiversidade. Esses valores e princípios adquirem significativo valor hermenêutico e normativo e seu conteúdo só se concretiza na atualidade, diante das descobertas e inventos tecnológicos, pois os ideais universais, embora se apresentem sob formas conceituais e abstratas, admitem leituras particularizadas, com base na realidade das sociedades contemporâneas. O Homem, como fonte elementar do genoma é requalificado na comunidade humana e, em razão disso, passa a ter ampliada sua proteção à luz dos direitos humanos. A dimensão biológica do sujeito é ressaltada, mas deve ser compreendida no contexto social, de modo a evitar a redução do homem às suas características biológicas”. (In. GEDIEL, José Antônio Peres. *Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: Revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*. p.161).

⁴⁴⁵ DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. p.255.

A finalidade maior da Declaração, está centrada no estabelecimento de parâmetros que visem à regulamentação jurídica internacional, comunitária e estatal, referente ao estabelecimento de regras que fixem a titularidade do genoma e a estabilização do seu uso e acesso. No intuito de atingir este objetivo, o artigo 2º da Declaração, qualifica o genoma humano como objeto de relações jurídicas intersubjetivas, ressaltando que em virtude de sua natureza especial, acaba colocando-o entre os bens situados fora do comércio. Assim, o genoma humano torna-se um bem jurídico não apropriável individualmente, posto que apenas em sentido simbólico é uma coisa, herança ou patrimônio comum da humanidade.⁴⁴⁶

Desse modo, José Antônio Peres Gediél, anuncia que:

[...] ao tratarem dos elementos do corpo humano, a Declaração e outros textos jurídicos inclusive os brasileiros, como a Resolução CNS196/96, ampliam a noção da autonomia privada do sujeito admitindo-a em relação ao corpo e seus elementos, inclusive, o genoma. Essa ampliação da autonomia privada vai se expressar sob a forma jurídica de consentimento informado, que, em certa medida, traduz uma forma jurídica para apaziguar a nossa consciência ocidental diante dos riscos de desmaterialização e de extinção da própria humanidade.⁴⁴⁷

O artigo 4º da Declaração, estatui expressamente que “O genoma humano em seu estado natural não deve dar lugar a ganhos financeiros”. Este artigo revela-nos, que a classificação jurídica do genoma como “patrimônio simbólico ou herança da humanidade”, por si só, não o exime do jogo do mercado, exigindo, desta maneira, que

⁴⁴⁶ O reconhecimento da vulnerabilidade humana diante dos impactos da ciência leva a Declaração a reafirmar, na modernidade tardia, o axioma iluminista que proclamava ser o Homem a fonte e o fim de todo o Direito. (Cf. GEDIÉL, José Antônio Peres. *Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: Revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*. p.161).

⁴⁴⁷ E continua: “Segundo esse modelo jurídico, a função regulatória das relações privadas opera com as noções de sujeito de direito, individualmente considerado, ao qual se atribui uma vontade livre e esclarecida. Sob essa ótica o genoma deixa de ser contemplado apenas como um patrimônio simbólico da humanidade para ser regulado como um bem jurídico que, embora não seja possível de transmissão onerosa, integra a esfera jurídica titular, sujeito de direito, individualmente considerado e prescinde da autorização desse sujeito para ser transmitido com efeitos jurídicos a outro. Nesse mesmo plano de desenvolvimento de sua função regulatória, a Declaração prevê a justa separação por danos decorrentes de intervenções que afetem o genoma e pressupõe, também, que qualquer intervenção sobre esse bem essencial dos indivíduos deva vir precedida do consentimento informado, cuja ausência, por si só, causa um dano (moral) suscetível de reparação independente dos danos físico-biológicos (materiais) sofridos em decorrência da intervenção”. (In. GEDIÉL, José Antônio Peres. *Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: Revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*, p.162-163).

neste artigo, por intermédio da função jurídica regulatória da Declaração, sejam atribuídos uma outra classificação, concernente ao genoma, que leve em consideração sua “virtualidade econômica e sua titularidade jurídica”.⁴⁴⁸

Novamente, pode-se vislumbrar, o encontro/choque do paradigma científico tecnológico, com o ético jurídico. A ciência, cada vez mais sustentada pelos interesses do mercado, está transformando a natureza, o corpo humano, e as informações genéticas, em objetos de pesquisa e de relações jurídicas. Por outro lado, vale afirmar, a definição do genoma humano, como herança simbólica ou patrimônio comum da humanidade, abre inegavelmente uma brecha, e impulsiona a revisão crítica de categorias do direito sobre as coisas (públicas, privadas ou comunitárias, materiais ou imateriais).

De qualquer maneira, os questionamentos a respeito da eficácia da vedação à transmissão onerosa de elementos do corpo humano com efeitos jurídicos permanecem, uma vez que essa vedação atinge uma das pontas do processo, pois se dirige ao sujeito da pesquisa e ao doador, mas não regula as outras pontas do processo mais identificadas com a lógica do mercado. A ciência, de forma cada vez mais crescente, é sustentada pelos interesses do mercado e está transformando, a passos rápidos, a natureza, o meio ambiente, o corpo humano e as informações genéticas em objetos de pesquisa e de relações jurídicas, as quais “se desenvolvem em sociedades em que a gratuidade e a

⁴⁴⁸ A esse respeito, pondera José Antônio Peres Gediél: “[...] Vale dizer, se o genoma não é transferível, onerosamente, em seu estado natural pelo sujeito pesquisado, pressupõe-se que o é, após a superação do seu estado natural, em virtude de intervenções da biotecnologia por outros sujeitos. Para a teoria jurídica liberal clássica as coisas são bens irrestritamente apropriáveis pelos sujeitos. Mas nem todos os bens com valor jurídico das coisas. É essa racionalidade que se faz presente e organiza o tratamento jurídico do genoma no artigo 4º, pois, na qualidade do bem o genoma vem adjetivado por meio da expressão estado natural, diferenciando-se das coisas, mas, se lhe for agregado o trabalho humano a atividade científica, sofre uma alteração na sua qualificação jurídica e passa a ser coisa, objeto de relações jurídicas onerosas. Podemos dizer que para o Direito expresso no texto da Declaração, o genoma, objeto de relações jurídicas, tem duas naturezas, uma natureza natural, para reforçar o sentido da palavra, e uma natureza artificial. O processo do trabalho científico, além de transformar o estado natural, promove uma desmaterialização da coisa, agrega-lhe um grande valor de mercado e, por isso, o Direito realiza tal distinção de modo que possa figurar como objeto de relações jurídicas onerosas. O caráter gratuito ou não-oneroso dessa autorização, visando a intervenção de terceiros sobre o genoma humano em seu estado natural, não se estende, portanto, aos sujeitos que o detiverem após a intervenção científica eis que o genoma apenas no seu estado natural repousa sobre o corpo ou organismo do sujeito titular (bem corpóreo), mas é a informação genética (bem incorpóreo) que lhe atribui valor prático e econômico. Assim a vedação à transmissão onerosa é dirigida somente ao titular originário do genoma, silenciando a Declaração a respeito da onerosidade da transmissão dos dados e informações genéticas, já decifradas com as respectivas funções e aplicações”. (GEDIÉL, José Antônio Peres. *Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: Revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*. p.163).

doação não constituem a normalidade das relações sociais, e, por isso, exigem vedações jurídicas excepcionando determinados bens da esfera de circulação onerosa”.⁴⁴⁹

Oportuno acrescentar, ainda, as palavras de José Antônio Peres Gediel, ao chamar-nos atenção, referente à devida postura que devemos ter diante de uma análise crítica da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem:

[...] para compreender a Declaração de forma crítica caberá, em primeiro plano, analisar os grandes grupos de posições políticas e teóricas que determinaram a formulação de instrumentos jurídicos internacionais sobre o genoma humano. Há que se examinar, também, a inserção de tais posições em um contexto político demarcado por grupos de países exportadores e importadores de biotecnologia. Há que se considerar, ainda, a posição de países que são, primordialmente, fornecedores de material genético básico para a pesquisa, como o Brasil, e de países como o Canadá, que desfrutam de posições especiais no contexto científico-econômico mundializado. [...] a leitura do texto da Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos permite, de um lado, vislumbrar tênues pontos de ruptura com a racionalidade das categorias jurídicas predominantes na modernidade e, de outro, apenas sinais de renovação do Direito clássico permitindo, por vezes, identificar a pura e simples manutenção da racionalidade dessas categorias.⁴⁵⁰

Através da perspectiva da espécie, verifica-se que a Declaração aponta os aspectos inerentes à diversidade humana, no sentido de que estes devem prevalecer sobre as características, aplicações e intervenções genéticas (art.1º, 2º e 18). Verifica-se, também, que a Declaração reconhece a liberdade de investigação científica (art.12); as pesquisas direcionadas à prevenção de doenças genéticas (art.17), e recusa a prática da clonagem reprodutiva de seres humanos (art.11), por considerá-la contrária ao princípio da dignidade humana.⁴⁵¹ Por outro lado, não faz referência à figura do embrião e do feto, limitando-se especificamente a designação: genoma humano, não definindo o titular dos Direitos que proclama.

⁴⁴⁹ Importante ressaltar que a onerosidade dos produtos biotecnológicos, especialmente aqueles com finalidade terapêutica, tem sido apontada também como uma forma de exclusão e de discriminação social. Cf. GEDIEL, José Antônio Peres. *Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: Revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*. p.164.

⁴⁵⁰ Cf. GEDIEL, José Antônio Peres. *Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: Revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*. p.165.

⁴⁵¹ Cf. DIEDRICH, Gislayne Fátima. *Genoma Humano: Direito Internacional e Legislação Brasileira*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. p.223.

3.4.6. O Direito à proteção do patrimônio genético humano no Brasil

O Direito Constitucional Brasileiro instituiu no artigo 225, § 1º, inciso II, da CRFB, o Direito à proteção do patrimônio genético humano, dizendo: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.⁴⁵²

Consoante este dispositivo legal, coube ao legislador, estabelecer a proteção do meio ambiente, em face das possibilidades de manipulação do patrimônio genético no país, preservando: a diversidade, a manipulação de material genético, e ainda o controle dos métodos, atividades e comercialização de produtos ou substâncias que possam causar danos ao meio ambiente, não fazendo a princípio, nenhuma diferenciação específica ao tipo de patrimônio genético que se pretende proteger.

Como sustentamos no decorrer do trabalho, o avanço da ciência e da biotecnologia, vem aproximando (se é que estiveram separados) o chamado direito ambiental e os direitos humanos. A atual Constituição brasileira é um marco neste sentido, vindo até mesmo a relativizar a intangibilidade da ótica antropocentrista. No capítulo constitucional, sobre meio ambiente, o homem, em sentido individual, deixa de ser o centro exclusivo do sistema jurídico. Fala-se, no caso, em preservação do “gênero humano”, contextualizando o homem como integrante da Natureza.

Isto posto, o entendimento de biossegurança, está imbuído (ao menos teoricamente) de um ideário ecológico e integrado, devendo ser amplo, voltado a todas as formas de vida, respeitando a diversidade biológica, tanto de plantas e animais, como também de microorganismos. Só assim é que se pode falar em uma “sadia qualidade de vida”, como um direito humano fundamental.⁴⁵³

⁴⁵² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. de 05 de outubro de 1988. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.131.

⁴⁵³ “[...] ao analisarmos as situações relacionadas com os seres humanos, sabemos que sua estrutura biológica é a mesma dos outros seres vivos, e, portanto, estão de acordo com o contexto do referido

Por outro lado, não se advoga aqui, é bom frisar, uma postura anti-antrópica dogmática⁴⁵⁴. Não há como negar, que o ser humano, tem uma característica que o faz diferente dos demais seres vivos em nosso planeta: a racionalidade.

O ser humano tem condições de distinguir o certo do errado, de ter a consciência de seus próprios atos, adquirir responsabilidades, direitos e assumir obrigações – salvo em casos extremos. Disto resulta, por exemplo, ser o único ser vivo, ao que se saiba, que possa se preocupar (ao menos deveria) com a sobrevivência de todos os demais. Assim, portanto, é o ser humano, o responsável por uma “biossegurança” no planeta. Em face das inovações trazidas pela biotecnologia, este mesmo ser humano, se vê, então, diante de uma encruzilhada. De um lado, uma necessidade, um desejo natural e inerente ao desenvolvimento e investigações. De outro, embora muitas vezes não natural (imposto moral ou juridicamente), a responsabilidade por suas ações⁴⁵⁵.

Ainda, em outra perspectiva, podemos dizer que a complexidade deste tema, encontra-se principalmente na dificuldade de dimensionar dois interesses que

dispositivo da Constituição Federal. Mas considerando o aspecto imaterial que possui, inerente a sua própria existência, receberá um tratamento diverso, separado dos animais e vegetais, pois a principiologia que rege as relações conseqüentes de sua manipulação está vinculada à idéia de responsabilidade, prudência, integridade, diversidade, etc., de acordo com os referenciais bioéticos da autonomia, justiça, beneficência e não maleficência, que norteiam os desenvolvimentos científicos, e não a idéia de prevenção, desenvolvimento sustentável, poluidor-apagador, participação, etc., que caracterizam o direito ambiental” (Cf. DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. p.52-53).

⁴⁵⁴ Esta discussão também é uma “armadilha dogmatizante” na qual caem muitos ambientalistas e ecologistas “bem intencionados”.

⁴⁵⁵ Este tema foi muito bem abordado por Max Weber em *Ciência e Política (Duas vocações*. São Paulo: Cultrix). Este autor reflete sobre a existência de um *juízo de valor* no mundo científico: “Instalou-se em nossos dias, o hábito de falar insistentemente numa ‘ciência sem pressupostos’. Existe tal ciência? Tudo depende do que se entenda pelas palavras empregadas. Todo trabalho científico pressupõe sempre a validade das regras da lógica e da metodologia, que constituem os fundamentos gerais de nossa orientação no mundo. Quanto à questão que nos preocupa, esses pressupostos são o que há de menos problemático. A ciência pressupõe, ainda, que o resultado a que o trabalho científico leva é *importante* em si, isto é, merece ser conhecido. Ora, é nesse ponto, manifestamente, que se reúnem todos os nossos problemas, pois que esse pressuposto escapa a qualquer demonstração por meios científicos. Não é possível interpretar o sentido último desse pressuposto - impõe-se, simplesmente, aceitá-lo ou recusá-lo, conforme as tomadas de posição pessoais, definitivas, face à vida.” (*Ciência e Política*, p. 35-6).

Também sobre isto pondera Jessé Souza: “Apenas o Ocidente consegue superar os limites de uma concepção de mundo tradicional e da forma de consciência que lhe corresponde. A aquisição de uma consciência moral pós-tradicional é o que está em jogo na passagem da ética da convicção, típica de sociedades tradicionais legitimadas religiosamente, segundo uma moral substantiva, para a ética da responsabilidade, que pressupõe contexto secularizado e subjetivação da problemática moral. Esta passagem é ‘espontânea’ apenas no Ocidente. O seu produto mais acabado é o indivíduo capaz de criticar a si mesmo e à sociedade em que vive.” (*A modernização seletiva - Uma interpretação do dilema brasileiro*, Brasília: UNB, 2000, 39). Mais uma vez, o elemento “secularização” se mostra inerente ao dilema *Biotecnologia – Direitos Humanos*.

correspondem às manipulações genéticas paralelamente: “o direito individual de dispor do patrimônio genético, e o direito coletivo de todos serem beneficiados com referidas técnicas da biotecnologia”.⁴⁵⁶

Em âmbito nacional cumpre destacar, por certo, a atual “lei de biossegurança”, Lei 8.974 de 5 de janeiro de 1995, que versa sobre a utilização de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados. No que respeita à intervenção no material genético humano, esta lei, proíbe a manipulação de células germinais humanas, a intervenção em material genético humano “in vivo”, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se os princípios éticos, como o princípio da autonomia e o princípio da beneficência, com autorização prévia da CTNbio (Comissão Técnica Nacional de Biossegurança), assim como a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível (art. 9. parágrafos. Único, II e IV, respectivamente). Estas proibições constituem infrações penais, com penas privativas de liberdade, que oscilam entre três meses e vinte anos, com tipos agravados de acordo com os resultados produzidos (art. 13, parágrafos I, II, e III).

Interessa remarcar o rigor coercitivo, com que foi dotado o “biodireito” brasileiro, em suas primeiras normas. Assim, por exemplo, a pena para a prática de “armazenamento e manipulação de embriões, para servir de material biológico disponível”, é superior àquela, para a prática de aborto ilegal⁴⁵⁷. Surpreende também, a eminente mudança (dir-se-ia, radical) de posicionamento, neste sentido, a ser dada pela “nova lei de biossegurança” do Brasil (atualmente em votação no Congresso Nacional). Esta nova lei (se aprovada), será bem mais flexível, em relação à manipulação e armazenamento de embriões, permitindo até mesmo, a pesquisa com células - tronco embrionárias.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. p.53.

⁴⁵⁷ A título de curiosidade, acrescentamos a este debate a possibilidade de realizar o aborto em mares oceânicos, onde não incide o direito brasileiro. Neste sentido é o pequeno artigo de Luiz Flávio Gomes, intitulado “Navio Abortador – Hipótese de não-incidência do direito penal”. (In. *Prática Jurídica*, ano III, n.30, set/2004, p. 66). Este autor relata que “o famoso navio abortador já esteve próximo da costa brasileira e aqui foram realizados (conforme se notificou) muitos abortos. Mas nada foi feito (nem seria mesmo possível) em termos de repressão penal. Tal fato não é punível no Brasil”, uma vez que o navio em questão, encontrava-se em alto mar, onde não se aplica a lei brasileira.

⁴⁵⁸ “O projeto de Lei de Biossegurança, que trata do plantio e comercialização de transgênicos e da pesquisa com células-tronco, foi aprovado hoje (15 de outubro de 2004) no plenário do Senado. Os senadores aprovaram o substitutivo do Senador Ney Suassuna (PMDB-PB), que mantém a possibilidade do

Podemos nos indagar, absortos: quais os rumos corretos a serem seguidos pelo “biodireito”? Será que expressão “biossegurança”, atualmente em voga (e que, diga-se, consta de ambas as leis “de biossegurança” brasileiras) de fato nos proporciona uma bio – segurança? Será que não devemos analisar aspectos mais concretos (políticos, sociais e econômicos) e não apenas morais e jurídicos do problema? Assim por exemplo, podemos nos indagar: a quem cabe, qual é o órgão responsável pela fiscalização, e pela aplicação desta “biossegurança”? Correndo o risco de uma certa ironia, no caso brasileiro, podemos ter surpresas “desagradáveis”, ao analisar “extra-formalmente” estes questionamentos.⁴⁵⁹ Embora existam várias respostas prontas (menos ou mais absolutas e dogmáticas), procuramos neste trabalho, atermo-nos, ao máximo, a uma postura aberta e interdisciplinar, a que denominamos “suspense dilemático”.⁴⁶⁰

Dito isto, passamos ao derradeiro capítulo da tese, em que procuramos adicionar elementos de ordem sociológica e filosófica ao nosso “suspense dilemático”, até este

plantio de transgênicos no Brasil. O texto permite ainda que os cientistas brasileiros possam usar em suas pesquisas células-tronco de embriões humanos. [...] Suassuna manteve a proposta anterior do senador Osmar Dias, que dava à CTNBio (Comissão Técnica Nacional de Biossegurança) o poder de regulamentação sobre produtos modificados geneticamente. O projeto da Câmara previa que a CTNBio apenas daria parecer sobre essas questões. Caso os órgãos do governo não concordem com as decisões da CTNBio, terão 15 dias para apresentar recurso. A Lei de Biossegurança chegou a ser aprovada pela Câmara dos Deputados, mas não tratava das pesquisas com células-tronco. Com isso, terá obrigatoriamente de voltar para a Câmara, antes de seguir para sanção do presidente Lula. A aprovação do novo texto no Senado significa uma derrota para a ministra do meio ambiente, Marina Silva, que articulou a votação na Câmara. Mesmo com a aprovação dos senadores, o presidente Lula deverá ser pressionado a editar uma nova medida provisória para o plantio dos transgênicos, já que é provável que a Câmara não tenha tempo para analisar a matéria antes do plantio da nova safra de soja.” (Folha de São Paulo *online*, 15 de Outubro de 2004, *Senado aprova projeto de Lei de Biossegurança*. Acesso em 15/10/2004)

⁴⁵⁹ O Brasil (embora não seja um contexto tão central como Europa, EUA e Japão) também é um dos cenários de grandes disputas mundiais em matéria de biotecnologia. Nosso país faz parte do consórcio público internacional envolvido no PGH (Instituições de pesquisa e Universidades Públicas Brasileiras têm destinado, proporcionalmente, grandes recursos à pesquisas de biotecnologia. Destacamos aqui a união FAPESP/USP, representada entre outros, pela profa. Mayana Zatz – árdua defensora da liberalização de pesquisa com células tronco embrionárias).

Além do aspecto “biotecnologia humana” também destacamos a “biotecnologia agrícola” como equivalente biotecnológico ao anterior pacote “revolução verde” característico da década de 1970. mais uma vez, o Brasil é palco (e “vítima” como sustentam muitos, sobretudo os ambientalistas) das inovações tecnológicas da modernidade. Se a palavra chave “biossegurança”, de fato tem alguma importância neste cenário, é uma pergunta (ainda em aberto) que motiva este trabalho.

⁴⁶⁰ Seria bem mais “cômodo” sem dúvida escrever uma tese no sentido de defesa dos direitos do embrião. Sobre isto já existe farta bibliografia (sobretudo nos últimos anos, conforme pudemos perceber desde que começamos a escrever este trabalho). Poderíamos também nos posicionar no sentido de um “descabimento” ou falência do Estado de Direito (e conseqüente ineficácia de suas normas, sobretudo as ditas “prestacionais” onde bem podemos inserir o “biodireito”), em face do predomínio da lógica mercantil da globalização pós-moderna. Resistimos contudo a estas “tentativas explicativas” disciplinares, no intuito, de fato, de contribuímos para a contextualização e *quicá* futura resolução do dilema *direitos humanos / biotecnologia*.

momento, já incorporado com as dimensões éticas e jurídicas.

CAPÍTULO 4. O PARADOXO DA MODERNIDADE CONTEMPORÂNEA - DIREITO , CIÊNCIA E FILOSOFIA : O CONTEXTO DO DIREITO MODERNO CONTEMPORÂNEO FACE A REVOLUÇÃO BIOTECNOLÓGICA.

“[...] mesmo que a engenharia genética nunca se materialize, os três primeiros estágios do desenvolvimento da biotecnologia – maior conhecimento sobre causação genética, neurofarmacologia e prolongamento da vida – terão todos, importantes conseqüências para a política do século XXI. Esses desenvolvimentos serão enormemente controversos, porque porão em xeque noções afetuosamente cultivadas de igualdade humana e da faculdade de escolha moral do homem; eles darão às sociedades novas técnicas para o controle do comportamento de seus cidadãos; mudarão nossa compreensão da personalidade e da identidade humanas; derrubarão hierarquias sociais existentes e afetarão o ritmo do progresso industrial, material e político; e afetarão a natureza da política global.” (Francis Fukuyama)⁴⁶¹

“Por certo, uma eugenia liberal afetaria não apenas o ilimitado poder ser si mesmo, pertencente à pessoa programada. Tal prática produziria, ao mesmo tempo, uma relação interpessoal, para a qual não há nenhum caso de precedência. Com a decisão irreversível, que uma pessoa toma sobre a composição desejada do genoma de outra, surge entre ambas um tipo de relação, que questiona um pré-requisito até então evidente da autocompreensão moral de pessoas que agem e julgam de maneira autônoma. Uma compreensão universalista da moral e do direito parte da idéia de que nenhum impedimento de princípio se opõe a uma ordem igualitária de relações interpessoais. Obviamente, nossas sociedades estão marcadas por uma violência manifesta e estrutural. Elas estão impregnadas com o micropoder de repressões silenciosas e são deturpadas pela opressão despótica, pela privação dos direitos políticos, pela destituição dos poderes sociais e pela exploração econômica. Não poderíamos nos indignar a esse respeito se não soubéssemos que essas situações humilhantes também poderiam ser diferentes. A convicção de que todas as pessoas recebem o mesmo status normativo e devem umas às outras um reconhecimento recíproco e simétrico parte de uma reversibilidade fundamental das relações inter-humanas. Ninguém pode depender do outro de modo fundamentalmente irreversível. Com a programação genética, surge, no entanto, uma relação assimétrica em muitos aspectos – um paternalismo sui generis.” (Jürgen Habermas)⁴⁶²

Procuramos, no decorrer deste trabalho, abordar algumas importantes interfaces do dilema *direitos humanos / biotecnologia*, que afetam nossos tempos. Neste sentido, tratamos da construção dos direitos humanos, em conjunto com os Estados de Direito e o

⁴⁶¹ FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*, p. 94.

⁴⁶² HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. p. 88

Sistema inter-estatal de governabilidade. Procuramos também discorrer sobre conceitos e temas envolvendo o ambiente biocientífico propriamente dito. Em seguida investigamos a respeito das reações ético-jurídicas ao avanço “ameaçador” da biotecnologia, para valores humanos modernos, como a dignidade humana e o direito à vida.

Didaticamente, o presente trabalho situa-se até este momento, por meio da seguinte inter-relação: 1- Inicialmente, procuramos apresentar alguns conceitos centrais sobre direitos humanos, sua fundamentação e os mecanismos de concretização (Sistema internacional e Estados Constitucionais). 2- Um segundo aspecto do dilema é compreender o contexto da biociência e da biotecnologia; 3- Na seqüência analisamos as propostas da bioética, para em seguida, analisar a sua incorporação ao mundo jurídico, ao tem se chamado de “biodireito”. Resta apresentar, por fim, uma última problemática, qual seja, 4- os desafios contemporâneos à concretização deste biodireito, num momento de transformações na modernidade, sobretudo em suas dimensões de regulação e governabilidade. Neste aspecto, existem interessantes debates filosóficos em curso atualmente, que podem iluminar o dilema principal da tese.

Entendemos que, antes de o “Biodireito” agir normativa e prescritivamente, cumpre uma melhor análise e compreensão da realidade da tensão dilemática *direitos humanos / biotecnologia*. Por tratar-se de um dilema “em aberto”, entendemos que a abordagem filosófica secular (não dogmática), teria muito a auxiliar para uma melhor compreensão do mesmo. Neste sentido, a filosofia pode trazer interessantes contribuições, a partir da análise de teóricos como Jürgen Habermas, Peter Sloterdijk, Francis Fukuyama, Hans Jonas, e, embora seja um “bioeticista”, também Tristram Engelhardt.

O desafio, neste momento, seria então o de desprender-se do plano retórico dos direitos humanos (do biodireito, mais precisamente). Pretendemos aqui, problematizar, o dilema *direitos humanos/ biotecnologia* com algumas contribuições da sociologia e da filosofia.⁴⁶³. Temos por hipótese que o estágio atual da modernidade é marcado por

⁴⁶³ A concretização dos normas (valores e princípios) do biodireito (e indiretamente também da bioética), só pode se dar, por meio de esforços racionalizantes, e de instituições políticas modernas de governabilidade. Nesta medida, um novo desafio se coloca: É o de contextualizar a realização dos “biodireitos”, em um cenário de enfraquecimento ou de erosão de governabilidade das instituições estatais e inter-estatais modernas, em face da globalização econômica, e da complexidade, que caracteriza o desenvolvimento científico e as relações sociais e políticas contemporâneas.

transformações rumo a um mundo nitidamente globalizado, caracterizado pelo pluralismo moral (onde se vislumbram diversas “bioéticas”)⁴⁶⁴, e por fenômenos recentes no sentido de uma “crise de governabilidade” ou uma crise no marco regulatório da modernidade. Sustentamos, como hipótese central deste trabalho, que o rumo traçado pelo direitos humanos na modernidade, encontra desafios inesperados à sua concretização, em face da questão específica das novas biotecnologias.

De fato, o mundo contemporâneo, tem sido marcado por fenômenos novidosos. Neste intento, procuramos aqui, re-situar todo o “suspense dilemático”, mantido no decorrer do trabalho, com a análise de conceitos e temas característicos da sociologia política e da governabilidade contemporâneas. Alguns autores têm se destacado neste aspecto, por de fato, efetuarem análises críticas e não normativas de nossos tempos (em que pese o fato de suas posturas morais pessoais).

Conforme já afirmado no início do trabalho, a ciência (Capítulo 2) e o direito (Capítulo 1 e 3.), constituem-se como elementos centrais (pilares) da modernidade. A partir de um aumento de complexidade no marco regulatório moderno, podemos constatar a atual existência de processos de transformação no âmbito deste paradigma social.

Em um primeiro momento, contextualizamos a modernidade com o capitalismo. A partir de momentos/contextos distintos, podemos situar a modernidade em três diferentes períodos: 1º período (capitalismo liberal; Estado liberal de direito); 2º período (capitalismo organizado; Estado de Bem Estar ou Estado Previdência); 3º período (capitalismo desorganizado; desregulamentação do Estado de Direito; novos marcos regulatórios: globalização econômica).⁴⁶⁵

Pretendemos, assim, analisar a modernidade de forma contextualizada com a ciência, com o Direito, e com as implicações do mercado global. Para melhor analisar as transições e transformações da modernidade, neste capítulo, procuraremos contextualizá-la com sua possível superação ou conseqüência, que dependendo da leitura que se faça

⁴⁶⁴ Sobre isto se destacam os trabalhos de Tristan Engelhart e de Débora Diniz, que embora possam não compartilhar premissas comuns, defendem um maior pluralismo e uma maior tolerância ética (bioética).

⁴⁶⁵ Sobre os períodos do capitalismo ver. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice*; e *Crítica Razão Indolente*. Este assunto já foi discutido no primeiro capítulo.

tem diversas denominações: “pós-modernidade”⁴⁶⁶, “modernidade reflexiva”⁴⁶⁷, “Sociedade de risco”⁴⁶⁸, entre outros.

Autores com Boaventura de Sousa Santos⁴⁶⁹, Zygmunt Bauman⁴⁷⁰ e José Eduardo Faria⁴⁷¹, serão privilegiados por sua amplitude e clarividência neste tema em específico.

4.1. AS TRANSFORMAÇÕES SOCIETÁRIAS NA MODERNIDADE CONTEMPORÂNEA: O MERCADO COMO NOVO MARCO REGULATÓRIO.

De início podemos afirmar, de forma simplificada, que a modernidade, desde sua origem tem dois componentes marcantes: a sua ligação com o mercado (embora o socialismo também seja fruto da modernidade) e a importância central da ciência, que, no decorrer da modernidade, tornou-se também (amparada pelo mercado) um paradigma regulatório. Passou então, a ciência, a ocupar também o espaço do direito positivo estatal. Este, por sua vez (para melhor adaptação), pragmaticamente, adotou características epistemológicas, isto é, “transformou-se” em ciência, ou melhor dizendo, “tecnificou-se”. O grande representante desta idéia é Hans Kelsen. Este autor, em sua *Teoria Pura do Direito*, sustenta que o direito positivo estatal formal diferencia-se de princípios, valores

⁴⁶⁶ Termo adotado por Zygmunt Bauman .

⁴⁶⁷ Termo adotado por Antony Giddens

⁴⁶⁸ Termo adotado por Ulrich Beck. Sobre a relação entre sociedade de risco e os princípios jurídicos da precaução e da prevenção, consultamos a densa obra do jurista português João Loureiro. Este autor apresenta uma rica reflexão do pensamento de Ulrich Beck. Esclarece que “Beck refere-se ao desafio de três idades ou eras: atômica, química e genética. Acresce que os riscos, ao contrário dos perigos, desafiam a lógica tradicional da previsão, do nexo de causalidade, com anonimização dos autores e, no limite, a sua quase universalização. Neste último caso, pense-se na utilização de automóveis que concorre, por agregação, para uma perigosa poluição em que (quase) todos são culpados.” (In. LOUREIRO, João. *Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Precaução e Tecnociência- Algumas questões publicísticas*. In. *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Rogério Soares*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 809).

⁴⁶⁹ Utilizamos algumas obras deste autor. Neste momento, no entanto, fazemos uso principalmente de sua obra *A Crítica da Razão Indolente – Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000.

⁴⁷⁰ Baseamo-nos em suas seguintes obras: *O mal-estar da Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998; *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999; *Globalização – As conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999; *Comunidade – a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

⁴⁷¹ Referenciamos uma obra deste autor que aprofunda a temática da globalização econômica e os desafios de regulação do mundo contemporâneo: *Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

e ideologias. Seria uma tentativa de impor-se a lógica dedutiva, científico-positivista, ao mundo da moral e do direito.⁴⁷²

Antes de tratarmos, especificamente do direito, em sua relação com o mercado e a economia globalizada, cumpre contextualizar o direito com a tensão entre regulação e emancipação. Procuraremos demonstrar como o modelo jurídico, na medida em que se “tecnifica” e se “formaliza” (no sentido da positivação estatal), vai perdendo sua dimensão emancipatória.

Como vimos anteriormente, a ciência tornou-se a principal força produtiva da modernidade, sofrendo um processo de funcionalização, o que retirou-lhe ou diminuiu-lhe sensivelmente o potencial emancipatório. Ou ainda, como explica Boaventura de Sousa Santos:

[...] a gestão científica dos excessos e dos défices, tal como a burguesia ascendente a entendia, transformou o conhecimento científico num conhecimento regulador hegemônico que absorveu em si o potencial emancipatório do novo paradigma (a modernidade). Originalmente concebida como o ‘outro’ da regulação, a emancipação social tornou-se gradualmente, o duplo da regulação social. A hegemonia do conhecimento-regulação significou a hegemonia da ordem, enquanto forma de saber, e a transformação da solidariedade – a forma de saber do conhecimento-emancipação – numa forma de ignorância e, portanto, de caos.” (grifo nosso).⁴⁷³

Neste processo de cientificação, ou tecnificação (como preferem alguns)⁴⁷⁴ o direito também se estatizou. “A prevalência política da ordem sobre o caos foi atribuída

⁴⁷² Como entender esta aparente “separação” com profundas implicações nos dias atuais, sobretudo quando se percebe que questões como a Revolução Biotecnológica, forçam a sua emergência e sua contextualização? Visamos integrar e situar diferentes discursos, em aparente desconexão (em parte causada por sua evolução no interior da modernidade), como o discurso dos Direitos Humanos e o discurso da Ciência, em sua versão biotecnológica. Corremos o risco (a depender das óticas disciplinares de plantão), sem falar na questão econômica implicada, de ter de conviver, com duas linguagens, duas racionalidades paralelas e até opostas entre si (do lado da ciência: *o que pode ser feito, vai ser feito...*; do lado do direito: *dever-ser ético, bioético, princípio da precaução, dignidade humana, direitos humanos, futuras gerações e responsabilidade intergeracional, patrimônio genético indisponível da humanidade, entre outros*), quando na verdade poderíamos muito bem compreendê-las em conexão, como se desenvolveram no decorrer da modernidade.

Eis, a nosso ver, o grande desafio (e oportunidade) da bioética, talvez ainda não plenamente identificado por ela.

⁴⁷³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*, p.120.

⁴⁷⁴ A idéia de “cientificação”, conforme apresentada por Boaventura de Sousa Santos talvez fosse melhor expressa pela expressão “tecnificação”.

ao Estado Moderno, pelo menos transitoriamente, enquanto a ciência e a tecnologia não pudessem assegurá-la por si mesmas”⁴⁷⁵, como é o que vem ocorrendo atualmente. Como consequência deste processo o direito perdeu a tensão entre regulação e emancipação social, um dos fundamentos do paradigma moderno. Em conformidade, ainda, com este autor português, “essa perda foi tão completa e irreversível que a recuperação das energias emancipatórias [...] implica uma reavaliação radical do direito moderno, paralela à reavaliação radical da ciência moderna”⁴⁷⁶.

Este parece ser, também, o entendimento de teóricos como o polonês Zygmunt Bauman e o brasileiro José Eduardo Faria.

Para analisar a modernidade (e sua relação com a “ordem”, a “comunidade” e a “pós-modernidade”⁴⁷⁷), Bauman⁴⁷⁸ utiliza-se de idéias e conceitos interessantes, como “modernidade líquida”, “estranhos”, “ambigüidade”, “incerteza”, entre outros. Para este autor, a modernidade é caracterizada como um “Estado jardineiro”, que tem por finalidade, combater as “ervas daninhas” (ou seja, os estranhos, estrangeiros, inimigos). Neste aspecto, sobre a relação modernidade-ordem, o autor se posiciona:

[...] a modernidade proclamou a artificialidade essencial da ordem social e a incapacidade da sociedade de alcançar uma existência ordeira por si mesma. Também proclamou que o estabelecimento da ordem social requer a distribuição assimétrica da atuação - isto é, a divisão da sociedade em atores e objetos de suas ações. A reivindicação exclusiva de uma atuação eleita para definir o estado de ordem como distinto do caos foi formulada na ideologia da superioridade da razão sobre as paixões, da conduta racional sobre os impulsos irracionais e do conhecimento sobre a ignorância ou superstição.

⁴⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente.*, p.120. Isto dá margem ao senso comum teórico de que o direito tem mais a ver com a manutenção da ordem do que com a promoção da justiça.

⁴⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente.*, p.120.

⁴⁷⁷ Interessa destacar o conceito de Pós Modernidade, apresentado por Bauman: “A pós modernidade é a modernidade que admitiu a impraticabilidade de seu projeto original. A pós-modernidade é a modernidade reconciliada com sua própria impossibilidade - e decidida, por bem ou por mal, a viver com ela.” E ainda: “[...] Liberdade, igualdade e fraternidade fizeram o grito de guerra da modernidade. *Liberdade, diversidade e tolerância* constituem a fórmula do armistício da pós-modernidade. E com a tolerância, o armistício pode mesmo transformar-se em paz.” (In. *Modernidade e Ambivalência*, p. 110)

⁴⁷⁸ Sobre este autor ver. BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998; *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999; *Globalização – As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999; *Comunidade – a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

E ainda:

[...] A irracionalidade é o refugio da indústria da racionalidade. O caos é o refugio que se acumula na produção da ordem. A assustadora incongruência do estranho é o rejeito que sobra depois que o mundo foi claramente dividido em fatias, uma chamada 'nós' e outra chamada 'eles'. A ambivalência é um subproduto tóxico da fabricação de transparência semiótica. Irrracionalidade, caos, estranheza, ambivalência são todos nomes dados ao inominado 'além' para o qual não têm utilidade os poderes dominantes que se identificaram como razão, forças da ordem, nativos, significado. São subprodutos das ambições planificadoras, da mesma maneira que as ervas daninhas nascem em jardins projetados. (grifo nosso).⁴⁷⁹

Para melhor compreender a modernidade e suas transformações contemporâneas, há que se referenciar (como lembra Boaventura Santos), os clássicos contratualistas, sobretudo Hobbes, Locke e Rousseau.⁴⁸⁰

Rousseau, destaca-se, justamente, por querer fazer uma crítica à ciência moderna, na medida em que esta não encarava o problema ético e jurídico mais grave de sua época: “o homem nasce livre, mas por toda parte está acorrentado”, provocava Rousseau em seu *Discurso sobre as ciências*.

A idéia de contrato social é a narrativa matricial com que o iluminismo tenta responder a estas questões (envolvidas na tensão regulação/emancipação). Como em muitas outras situações, Rousseau ultrapassa os “contratualistas”, seus contemporâneos. Para ele, o problema não é tanto o de basear uma ordem social na liberdade, mas antes o de o fazer de forma a maximizar o exercício da liberdade; assim, seria um absurdo aceitar de livre vontade uma relação contratual se daí resultasse a perda da liberdade (como no contrato hobbesiano). Para Rousseau, só existe uma solução: a vontade geral como um exercício essencial de soberania inalienável e indivisível. A vontade geral, tal como Rousseau a entendeu, representa a síntese entre regulação e emancipação, e essa síntese está muito bem expressa em duas idéias

⁴⁷⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 111.

⁴⁸⁰ Esclarece Boaventura Santos que a novidade da teoria destes autores é “o fato de todas elas serem fruto do debate sobre o direito natural racionalista, do qual evidentemente, partem, e de se considerarem parte da nova ordem social e política e do novo método científico moderno de análise da realidade.” Para Boaventura Santos “a universalidade da nova obrigação jurídica e política está, de uma forma ou outra, ligada às pretensões de verdade da ciência moderna. Esta ligação é mais duvidosa em Rousseau do que em Hobbes, cujo projeto é erguer uma ‘ciência de justiça natural’, moldada segundo o método da geometria, ‘a única ciência que, até agora, aprovou a Deus oferecer à humanidade’ (*Leviathan*).” (grifo nosso); (In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente.*, p. 129)

aparentemente contraditórias: a idéia de “só obedecer a si próprio” e a idéia de “ser forçado a ser livre”. (grifo nosso).⁴⁸¹

Rousseau exprime assim, de modo claro, a tensão entre regulação e emancipação, nos termos da tensão entre a certeza e a justiça (em uma clara semelhança à tensão *certum – verum* de Vico), e reformula o contrato social dos moldes hobbesianos.

4.1.1. Modernidade e globalização: Novas dimensões de governabilidade

Antes de tratar dos temas específicos da ciência e do direito, como “filhos da modernidade”, cumpre discutir a origem, evolução e presentes dilemas intrínsecos a este modelo social⁴⁸². No decorrer da modernidade, com a evolução dos Direitos Humanos e dos Estados Constitucionais de Direito, formou-se um consenso em torno desta, como o ideal paradigmático para a concretização da racionalidade e da governabilidade. Esta modernidade, encontra-se atualmente, a nosso ver, entremeios a uma dimensão pré

⁴⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente.*, p. 130. Citamos um trecho do *Contrato Social* de Rousseau: “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja, como toda a força comum, a pessoa e os bens de cada associado, e por meio da qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça senão a si próprio e permaneça tão livre como antes [...]” Ou ainda “[...] quem se recusar a obedecer à vontade geral será obrigado a fazê-lo por todo o corpo. Isto significa apenas que será forçado a ser livre[...]”.

Salienta ainda Boaventura de Sousa Santos: “Em minha opinião, Rousseau representa o clímax da concepção alargada da racionalidade moral-prática, originalmente inscrita no paradigma da modernidade, a idéia de um tensão criativa entre regulação e emancipação, que assume a forma política mais apurada na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789). A idéia de Rousseau de um novo princípio societal e político, expressa no *Contrato Social* e noutras obras de caráter político, exprime melhor do que qualquer outro iluminista a complexidade dilemática de um regulação social tendente a fomentar, e nunca sufocar, a emancipação prometida pela modernidade. Essa regulação social deveria equilibrar a liberdade e a igualdade, a autonomia e a solidariedade, a razão e a ética, a autoridade e o consentimento, em nome de uma racionalização plena da vida coletiva e da vida individual.” (grifo nosso). In. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente.*, p. 131-2

⁴⁸² Em relação aos atuais dilemas de uma globalização do capitalismo, Boaventura nos lembra mais uma vez dos grandes clássicos: “Hobbes, Locke e Rousseau anteciparam, cada qual a seu modo, a antinomia entre a universalidade deste paradigma político-jurídico e o mundo particularista em que ele irá ser aplicado, uma sociedade progressivamente dominada pelo capitalismo, pelas divisões de classe e por extremas desigualdades. As ‘soluções’ para esta antinomia que os três oferecem são muito diferentes. Rousseau ataca-a frontalmente, recusando separar a liberdade da igualdade e deslegitimando as desigualdades sociais com base na propriedade. Hobbes suprime ou oculta a antinomia, reduzindo todos os indivíduos a uma situação de extrema e idêntica impotência perante o soberano. Finalmente Locke acolhe a antinomia, sem se exceder em consistência, através de uma justificação que legitima, simultaneamente, a universalidade da ordem político-jurídica e as desigualdades de propriedade.” (In. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente.*, p. 138-9)

moderna (caracterizada pelo autoritarismo e pela irracionalidade)⁴⁸³ e uma dimensão pós-moderna, também irracional (mas de forma mais sofisticada). Disto, concluímos que há um desafio de governabilidade. Procuramos demonstrar, no decorrer do trabalho, que a dimensão biotecnológica apresenta-se como protagonista deste desafio (tanto na sua interface “pré” como “pós” moderna).⁴⁸⁴

Como já destacamos anteriormente, os direitos humanos e a ciência constituem frutos e racionalidades emancipatórias da modernidade. A pergunta que se coloca é, em que medida, não estariam estes “filhos da modernidade”, vivendo uma crise de relacionamento? Falamos justamente da alteração, ou em outras palavras, da complexificação do modelo de modernidade clássica.

No que respeita à relação da modernidade, com o tema da governabilidade propriamente dita, referenciamos o trabalho de Héctor Leis e Eduardo Viola:

Assim como a governabilidade global é incompatível com os valores e práticas autoritárias ou totalitárias, na mesma medida haverá cada vez menos lugar para esse tipo de atores num mundo crescentemente globalizado. A política na época da globalização pressupõe os atributos da democracia e o estado de direito. Sem ter, minimamente, obediência à lei, esfera pública e prestação de contas (*accountability*), não existirá nenhuma chance para que os atores de um sistema global, provenientes de diversas culturas e dimensões da vida sociais (estatais e não estatais), possam estabelecer rotinas e procedimentos capazes de resolver problemas e conflitos. Do mesmo modo, a governabilidade global exige também uma cultura política que viabilize de forma eficiente o entendimento mútuo e a procura de objetivos comuns. Em outras palavras, exige que os atores possuam valores e expectativas racionais, responsáveis e tolerantes (isto é, que não sejam fundamentalistas, oportunistas ou utópicos). Em outras palavras, a construção de governabilidade global demanda dos diversos atores uma visão democrática e

⁴⁸³ O Brasil, em nossa visão pessoal, ilustra esta confluência de perspectivas. Ainda temos práticas pré modernas como o trabalho infantil, o trabalho escravo, reminiscências de coronelismo, clientelismo e patrimonialismo. A estas práticas e contextos (não tão frequentes, é certo) não se pode chamar de práticas modernas. Por outro lado temos também a “não razão” do sistema financeiro, do mercado especulativo das bolsas de valores, entre outros. Enfim, o Brasil é um país que “consegue” ser simultaneamente “pré moderno”, “moderno” e “pós-moderno”.

⁴⁸⁴ O esforço racionalizante moderno direciona-se assim, por exemplo, contra a apropriação e aplicação das biotécnicas tanto por seitas e grupos religiosos fanáticos, “pré modernos” (como é o exemplo atual dos Raelianos, ou dos terroristas que ameaçam utilizar armas biológicas), como por conglomerados econômicos transnacionais e cientistas, “inescrupulosos”, representantes de grandes interesses financeiros (como o esforço do Projeto Genoma Humano em limitar as possibilidades de patenteamento privado das “descobertas” por grupos como os de Craig Venter).

cosmopolita, ao mesmo tempo que realista da política mundial. (grifo nosso).⁴⁸⁵

Os preceitos de segurança, previsibilidade e certeza, tão caros à modernidade, vêm sendo substituídos gradativamente pela incerteza, pela liberdade, pelas conseqüentes inseguranças, ambivalências e contingências. Chamar os tempos atuais de “alta modernidade”, “modernidade tardia”, “supermodernidade” ou simplesmente de “pós-modernidade”, não é o que exatamente importa nesta tese. Importa observar os comportamentos e tendências do direito e da ciência neste contexto, bem como as instâncias regulatórias de governabilidade que lhes, dão concretude.

4.1.2. Economia globalizada : fim da história e do direito estatal?

Talvez seja ainda prematuro falar em fim da história (em alusão a Francis Fukuyama⁴⁸⁶), mas pode-se falar, sem dúvida, em “fim da geografia”, fim das diferenciações espaciais *longe-perto*, que de certa forma, também, são caras e essenciais à modernidade e seu projeto de separação de elementos estranhos, ou “ervas daninhas”, como diria Zygmunt Bauman.⁴⁸⁷

A idéia de “comunidade local” e correspondente identidade de pertencimento, tem seus fundamentos nesta diferenciação “aqui” e “acolá”.

Contudo com a revolução dos transportes e sobretudo do “transporte da informação” não se tem mais a necessidade de transporte e movimento de corpos físicos⁴⁸⁸. A própria noção de “espaço” é então revista. O espaço emancipou-se das limitações físicas humanas.

⁴⁸⁵ LEIS, Héctor & VIOLA, Eduardo. “Mudanças na direção de uma globalização multidimensional complexa”, p. 11.

⁴⁸⁶ Este autor (por nós referenciado em vista de sua obra *Nosso Futuro Pós Humano*) gerou polêmica em termos mundiais quando da publicação de um obra anterior, pela qual é mais conhecido: *O Fim da História e o último homem*, 1992.

⁴⁸⁷ Alude-se aqui à metáfora do Estado na modernidade, como o ‘Estado Jardim’ em que elementos estranhos são segregados, distanciados (e para tanto a diferenciação longe - perto é essencial) e até excluídos fisicamente. Ver. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Zahar: 1999.

⁴⁸⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*; LÉVY, Pierre. *As Tecnologias da inteligência – O futuro do pensamento na era da informática*. São Paulo: Ed 34, 2000.; RIFKIN, Jeremy. *O Século da Biotecnologia*.

Esta mudança da condição espacial em lugar de uma homogeneização, apresenta uma diferenciação, entre os seres humanos. A anulação tecnológica das distâncias temporais e espaciais tende justamente a polarizar a condição humana, significando liberdade para algumas pessoas e impossibilidade de liberdade para muitas outras.

Neste sentido, fala-se, para os “incluídos”, até mesmo, em identificação do “ciberespaço” como o paraíso, ou seja, um contexto em que o “eu” está livre de limitações físicas.

Contudo, alerta Zygmunt Bauman, que, “se a ‘nova extraterritorialidade’ da elite parece uma liberdade intoxicante, a ‘territorialidade’ do resto, parece uma prisão”.⁴⁸⁹ Conclui-se, por fim, que atualmente, a idéia moderna, quase romântica de comunidade, pertencimento local, tem sentido bem diferente do que tinha anteriormente.

Espaços públicos de debate e participação política, como praças, fórum, entre outros, seguem as elites e também se desterritorializam. Restam poucas chances de debates normativos no território sem espaço público. A própria idéia de cidadania e participação política parece assim estar perdendo seu substrato estrutural. Verifica-se ainda, uma passagem da dualidade “nação-cidade” para a dualidade “Estado-economia”.⁴⁹⁰

Muitos autores, estudiosos da globalização, atentam para o declínio do Estado-nação e a preponderância para forças transnacionais. O que aparentemente, se constituiria em uma “ordem global” (sobretudo por ocasião do fim da guerra fria), na verdade, está mais próximo, contudo, de uma “desordem global”, diametralmente oposta à idéia de “universalização” e ordem da modernidade. Referimo-nos aos “efeitos globais, notoriamente não pretendidos e imprevistos, e não às iniciativas e empreendimentos globais”.⁴⁹¹

Em outras palavras, trata-se da alteração da própria idéia de Política Global, entendida como política inter-estatal (pautada na soberania de cada Estado-Nacional), cujo fim primeiro é o de afastar o perigo da ambivalência.

⁴⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p. 31

⁴⁹⁰ SANTOS, Boaventura. *Pela Mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade*; FARIA, J. E. *Qual o futuro dos direitos?*; BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade*. ; BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*.

⁴⁹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p.67. Com o declínio do Estado-nação, declina o papel do Estado (na modernidade) como elemento regulador, que visava “transformar a ‘floresta primeva’ em jardim cuidadosamente planejado”. Ver também: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*.p. 67.

A “Política Global”, na medida em que a política externa dos Estados soberanos tinha algum horizonte global, concernia, sobretudo, à sustentação do princípio de plena e incontestada soberania de cada Estado sobre o seu território, como a eliminação dos poucos “espaços vazios” que restassem no mapa do planeta, e o afastamento do perigo da ambivalência decorrente da ocasional superposição de soberanias ou de importantes reivindicações territoriais. Num tributo indireto, mas enfático, a essa visão, a principal decisão tomada por unanimidade na primeira sessão da Organização da Unidade Africana foi proclamar sacrossantas e imutáveis as fronteiras de todo Estado novo – que, concordavam todos, eram produtos totalmente artificiais da herança colonial. A imagem da ‘ordem global’ reduzia-se em suma, ao total das ordens locais, cada uma eficientemente mantida e policiada por um e apenas um Estado territorial. Esperava-se que todos os Estados acrescessem em defesa dos direitos de polícia uns dos outros. (grifo nosso).⁴⁹²

Após este período de criação de uma política global regulatória, caracterizada pelo advento da Organização das Nações Unidas – ONU, vamos perceber que o mundo passa então a dividir-se paulatinamente, entre os dois blocos (que mais tarde levariam à chamada “guerra fria”), capitalista e socialista.⁴⁹³

Como o fim da “guerra fria” e o crescimento do fator “conglomerados econômicos e especulativos transnacionais”, a política global sofre um incremento de complexidade. Sobre isto, comenta Zygmunt Bauman:

A mudança (fim dos blocos) afetou acima de tudo o papel do Estado. Os três pés do ‘tripé da soberania’ foram quebrados sem esperança de conserto. A auto-suficiência militar, econômica e cultural do Estado – de qualquer Estado – , sua própria auto-sustentação , deixou de ser uma perspectiva viável. Para preservar sua capacidade de policiar a lei e a ordem, os Estados tiveram que buscar alianças e entregar voluntariamente pedaços cada vez maiores de sua soberania. E quando a cortina foi afinal descerrada, descobriu-se um cenário desconhecido, povoado por estranhas personagens.⁴⁹⁴

⁴⁹² BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p. 70-1. Neste sentido, é emblemático, que uma das principais discussões surgidas nos anos 90, quando por uma série de fatores, o poder estatal vai deteriorando-se, é justamente aquela, que se dá, em torno do conceito de relativização da soberania para efetuar medidas de proteção humanitária (Este é o direcionamento da “Agenda da Paz” do Secretário Geral da ONU, Koffi Anan).

⁴⁹³ Em se falando em política e ordem global, cumpre aqui fazer um breve esclarecimento. É interessante notar como o elemento, social darwiniano, do “equilíbrio de poder e forças” foi o marco “regulatório” das relações internacionais antes da primeira guerra mundial. A partir desta guerra , surge então o ideário racionalista que levou ao surgimento da Sociedade das Nações (de pouco sucesso) e posteriormente (após a 2ª Guerra Mundial) ao surgimento da ONU. Sustentamos contudo que os elementos do “equilíbrio de poder”, ainda continuam vigorando internacionalmente (embora sob os auspícios formais da ONU).

⁴⁹⁴ Como explica Bauman, “havia agora Estados que, longe de serem forçados a desistir de seus direitos soberanos, tentavam com todo afã abrir mão deles e imploravam que sua soberania lhes fosse tirada e dissolvida em formações supra-estatais. Havia ‘etnias’ esquecidas ou de que nunca se ouvira falar – mortas há muito tempo e renascidas ou antes inexistentes e agora devidamente inventadas - , muitas vezes

De tudo isto, verifica-se que, a bem dizer, uma das poucas tarefas deixadas ao Estado-nação foi o poder de repressão. A nova ordem mundial, estabelecida pela “racionalidade” econômico-financeira global, não necessita dos chamados “Estados-fracos”, mas tampouco dispensa seus serviços de controle repressivo penal, sobre os seus cidadãos sem potencial de consumo. Os Estados (sobretudo os “Estados-fracos”) tendem a tornar-se “distritos policiais locais”.⁴⁹⁵ O que pareceria uma contradição, definitivamente não o é: a fragmentação política (perda de soberania e força dos Estados-nação) e a globalização econômica são “aliados íntimos e conspiradores afinados”.⁴⁹⁶

Este tema não pode ser esgotado no presente trabalho. Procuramos apenas, sem pretender aduzir a breves soluções reducionistas, sinalizar em um sentido mais crítico:

A globalização deu mais oportunidades aos extremamente ricos de ganhar dinheiro mais rápido. Esses indivíduos utilizam a mais recente tecnologia para movimentar largas somas de dinheiro mundo afora com extrema rapidez, e especular com eficiência ainda maior.

Infelizmente, a tecnologia não causa impacto nas vidas dos pobres do mundo. De fato, a globalização é um paradoxo: é muito benéfica para muitos poucos,

pequenas demais, carentes e incompetentes demais para passar em qualquer dos testes tradicionais de soberania, mas mesmo assim a reivindicar Estado próprio, como todo o aparato de soberania política e o direito de legislar e policiar a ordem no seu próprio território. Havia novas ou velhas nações escapando das gaiolas federalistas em que tinham sido encarceradas contra a vontade pela hoje extinta superpotência comunista, mas usando sua recém-adquirida liberdade de decidir apenas para buscar a dissolução de sua independência política, econômica e militar no Mercado Comum Europeu e na aliança da OTAN. A nova oportunidade representada pelo desprezo das duras e exigentes condições do Estado foi usada por dezenas de ‘novas nações’ numa corrida para instalar seus próprios escritórios no já superlotado edifício da ONU, não projetado para acomodar um número tão grande de ‘iguais’.” (In. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p. 72).

⁴⁹⁵ O autor assim explica os Estados Fracos, “isto é, nos Estados que são *fracos* mas mesmo assim *continuam sendo Estados*”. E conclui o autor; “[...] Deliberada ou subconscientemente, esse interEstados, instituições supralocais que foram trazidas à luz e têm permissão de agir com o consentimento do capital mundial, exercem pressões coordenadas sobre todos os Estados membros ou independentes para sistematicamente destruírem tudo que possa deter ou limitar o livre movimento de capitais e restringir a liberdade de mercado” (In. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p.75-6)

⁴⁹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p.77. Referindo-se a Michel Cozier (*O fenômeno burocrático*), segundo o qual, “toda dominação consiste na busca de uma estratégia essencialmente semelhante – deixar a máxima liberdade de manobra ao dominante e impor ao mesmo tempo as restrições mais estritas possíveis à liberdade de decisão do dominado”, O autor esclarece que “não é difícil portanto ver que a substituição dos Estados territoriais ‘fracos’ por algum tipo de potências legislativas e policiais globais seria prejudicial aos interesses dos ‘mercados mundiais’. E assim é fácil suspeitar que, longe de agirem em contradição e guerra uma com a outra, a fragmentação política e a globalização econômica são aliados íntimos e conspiradores afinados.” Ou seja, “a integração e a divisão, a globalização e a territorialização, são processos mutuamente complementares. Mais precisamente, são as duas faces do mesmo processo[...].” (grifo nosso). (In. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p. 77).

mas deixa de fora ou marginaliza dois terços da população mundial.(grifo nosso).⁴⁹⁷

Um fator interessante dos efeitos perversos da globalização (que são inúmeros, segundo Bauman) é a constatação de que “as tecnologias que se livram do tempo e do espaço precisam de pouco tempo para despir e empobrecer o espaço”.⁴⁹⁸

Aos velhos dilemas da sociedade moderna (sociedade de produtores e soldados), são acrescentados os novos dilemas da modernidade contemporânea, entendida sob diversas denominações: *modernidade em estágio final* (conforme Anthony Giddens), *segundo estágio moderno* (conforme Ulrich Beck), *supramodernidade* (conforme Balandier), ou mesmo *pós modernidade* (adotado por Bauman). Esta “nova” configuração da sociedade pode ser também categorizada como a “sociedade de consumidores” em diferenciação à “sociedade de cidadãos” da modernidade.

O grande dilema então o seguinte: é necessário consumir para viver, ou o homem vive para poder consumir?⁴⁹⁹ Esta “transformação” na modernidade pode ter impactos significativos em relação às novas biotecnologias. De fato, pode-se considerar, que as recentes biotécnicas terapêuticas (ou de meros “melhoramentos genéticos”), venham a se tornar uma espécie de “novo objeto de consumo”, a ser acessível a poucos, uma vez que sua obtenção tem um custo, na maior parte das vezes, elevado (atrelado à expectativa de lucro das, também novas, empresas de biotecnologia).

Observamos que a biotecnologia vem sendo incorporada e assimilada (sem dificuldades) pela presente lógica do atual estágio da modernidade (aqui caracterizada por “globalização econômica” e/ou “capitalismo desorganizado”⁵⁰⁰).

Além dessa “imperatividade para o consumo”, outra característica de nossos tempos é a “mobilidade social”. Ambas as características, por certo, não seguem mais padrões de universalidade e igualdade material. Assim como na dimensão do consumo,

⁴⁹⁷ Palavras de John kavanagh, do Instituto de Pesquisa Política de Washington, citado por Graham Balls e Milly Jenkins, “Too much for them, not enough for us”, *Independent on Sunday*, 21 de julho de 1996; *Apud*. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p.79

⁴⁹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p. 82

⁴⁹⁹ “[...] A maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada primeiro e acima de tudo pelo dever de desempenhar o papel de consumidor. A norma que nossa sociedade coloca para seus membros é a da capacidade e vontade de desempenhar esse papel.” In. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p.88

⁵⁰⁰ São expressões adotadas no decorrer do trabalho , a partir de autores como Zygmunt Bauman, Boaventura de Sousa Santos e José Eduardo Faria)

também a mobilidade social, mais do que homogeneizar, diferencia os seres humanos em escala global. Bauman⁵⁰¹ fala então em duas categorias: o “turista” e o “vagabundo”, para explicar este processo de “diferenciação” entre os seres humanos. Ambos foram também transformados em consumidores, com a diferença de que o vagabundo é um consumidor frustrado:

[...]Os vagabundos não podem realmente se permitir as opções sofisticadas em que se espera que sobressaiam os consumidores; seu potencial de consumo é tão limitado quanto seus recursos. Essa falha torna precária a sua posição social. Eles quebram a norma e solapam a ordem. São uns estragaprazeres meramente por estarem por perto, pois não lubrificam as engrenagens da sociedade de consumo, não acrescentam nada à prosperidade da economia transformada em indústria de turismo. (grifo nosso).⁵⁰²

O primeiro, o turista, é desejado, festejado, enquanto o vagabundo (“alter ego do turista”), é desagradável, devendo ser perseguido e excluído. A modernidade, no seu atual estágio, persegue ainda de forma mais complexa, o ideal de segurança, ao qual se soma agora, o ideal de atrair capitais. Mantem-se, ainda, a necessidade de combater e segregar o “estranho”⁵⁰³. O processo de diferenciação social assume dimensões complexas e globais nunca antes vislumbradas.

As antigas periferias claramente seguem seu próprio caminho, lançando luz sobre o que os pós-modernistas falam delas. E os pós-modernistas ficam desamparados quando confrontam as realidades do islã militante, a feiúra das favelas da Cidade do México ou mesmo uma invasão negra numa casa saqueada de South Bronx. São imensas marginalidades e ninguém sabe como lidar com elas...

Sob a fina película dos símbolos, rótulos e utilidades globais ferve um caldeirão do desconhecido - no qual não estamos particularmente interessados e sobre o qual na verdade temos pouco a dizer.⁵⁰⁴

A título conclusivo vale fazer referência mais uma vez ao pensamento de Bauman:

⁵⁰¹ Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p. 104

⁵⁰² BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p. 104

⁵⁰³ Isso pode guardar alguma relação com o texto de Samuel Huntington, *O choque de civilizações* (Rio de Janeiro: Objetiva, 1997), onde, se verifica como aqueles povos que não compartilham dos valores (ocidentais) podem minar a segurança. (norte-americana e européia).

⁵⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p. 110, parafrazeando o antropólogo polonês Wojciech J. Burszta.

[...] No mundo das finanças globais, os governos detêm pouco mais que o papel de distritos policiais superdimensionados; a quantidade e qualidade dos policiais em serviço, varrendo os mendigos, pertubadores e ladrões das ruas, e a firmeza dos muros das prisões assomam entre os principais fatores de ‘confiança dos investidores’ e, portanto, entre os dados principais considerados quando são tomadas decisões de investir ou de retirar um investimento. Fazer o melhor policial possível é a melhor coisa (talvez a única) que o Estado possa fazer para atrair o capital nômade a investir no bem-estar dos seus súditos; e assim o caminho mais curto para a prosperidade econômica da nação e, supõe-se, para a sensação de ‘bem-estar’ dos eleitores, é a da pública exibição de competência policial e destreza do Estado. Os cuidados com o ‘Estado ordeiro’, outrora uma tarefa complexa e intrincada que refletia as variadas ambições e a ampla e multifacetada soberania do Estado, tendem a reduzir-se conseqüentemente à tarefa de combate ao crime.(grifo nosso).⁵⁰⁵

Preocupado com a real capacidade do Direito Moderno, de resistir às transformações apresentadas pela globalização, José Eduardo Faria⁵⁰⁶, apresenta uma análise pautada por dois conceitos chaves para o direito neste contexto, segundo ele, de complexidade. Fala portanto do “direito social” e do “direito reflexivo”.

O autor relaciona o “direito social” com as tradicionais reivindicações histórico-sociais no decorrer da modernidade⁵⁰⁷. Seriam os direitos humanos, voltados à realização dos ideais racionalistas/jusnaturalistas (utópicos, no dizer do autor). O “direito reflexivo”, por sua vez, constitui uma dimensão jurídica mais “adaptada” à nova realidade. Muito mais do que exigir e cobrar (do Estado Nação), este “direito reflexivo”, passa a negociar e “flexibilizar”. Assim posto, prevalecendo o segundo modelo, haveria, aparentemente, uma melhor relação entre os princípios reguladores do *mercado* e do *Estado*.

Consideramos ser esta, uma relação “de aparências”, uma vez que isto pode aumentar ainda mais o risco de perda de poder regulatório do Direito Estatal Moderno.

José Eduardo Faria, caracterizado por seu senso crítico e muitas vezes irônico, sobre isto se manifesta:

⁵⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*, p.128-9

⁵⁰⁶ FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999

⁵⁰⁷ O autor considera que o “direito social” carece de condições concretas de efetivação em face da economia globalizada. Indaga-se também, se o “direito reflexivo” seria de fato uma real alternativa face às transformações na modernidade.

Além disso ao concentrar sua atenção na continuidade de um equilíbrio quase exclusivamente fundado em soluções negociadas entre si pelas partes, na suposição de que os atores aprenderiam, com o próprio argumento dos conflitos e pelo exercício da racionalidade, que é mais sensato, mais prudente, e mais 'racional', evitá-los, os teóricos do 'direito reflexivo' também parecem superestimar as possibilidades de uma 'consciência global' e de um sentido de 'responsabilidade social' num contexto econômico onde a desterritorialização da produção e os ciclos tecnológicos, sucedendo-se em ritmo cada vez mais intenso e reduzindo progressivamente o 'ciclo de rotação do capital' , maximizam em termos exponenciais as condições de acumulação e acirram a competição. (grifo nosso).⁵⁰⁸

Entendemos, que o pensamento de José Eduardo Faria, não chega a ser exatamente um pensamento “pós moderno”. Este autor parece estar mais próximo de Boaventura de Sousa Santos do que de Zygmunt Bauman. Embora considere os reais desafios à governabilidade (das tradicionais instâncias modernas), existentes atualmente, o autor não desconhece de sua importância:

Com o aparecimento de forças centrífugas novas e poderosas exponenciando todas essas mudanças e com economia mundial deixando de ser comandada por imperativos de segurança, passando agora a balizar e definir a agenda contemporânea, a política internacional já não pode mais circunscrever-se *exclusivamente* ao 'sistema de Estados' - o que não significa, obviamente, que as relações de poder entre eles deixem de continuar sendo importantes. Paradoxalmente, os Estados-nação perderam parte da capacidade de monitorar e controlar os fluxos de informações, capitais e mercadorias; no entanto, mesmo atuando num universo onde outros atores - organismos supranacionais, instituições financeiras transnacionais, companhias globais, entidades representativas, organizações não governamentais, etc- têm uma presença cada vez mais decisiva, eles continuam exercendo papéis significativos nessas relações.(grifo nosso).⁵⁰⁹

Mas deixa claro seu senso crítico:

⁵⁰⁸ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*, p. 289. Alerta este autor que os defensores do *direito reflexivo*, "parecem não levar em consideração o fato empiricamente observável de que na política, e principalmente na economia, os resultados dos processos de negociação costumam depender, em grande parte, da força empreendedora, da capacidade de mobilização, do *market share* e do grau de competência tecnológica das 'organizações complexas'. E como se não bastasse, os teóricos do 'direito reflexivo', ainda postulam um certo equilíbrio de forças e uma certa homogeneidade valorativa entre essas 'organizações'." (In. FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, p. 290).

⁵⁰⁹ FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, p. 292.

[...] Se é certo que na superfície não parece haver um risco evidente de colapso do sistema internacional, não é preciso muita investigação para apontar que no plano das forças profundas, num mundo interdependente, existem demandas de paz e segurança, de coordenação macroeconômica e de justiça (a questão social internacional) que claramente não conseguem ser razoavelmente atendidas pelos mecanismos formais e informais que estruturam a vida internacional contemporânea.(grifo nosso).⁵¹⁰

Em respeito às transformações na modernidade contemporânea José Eduardo Faria apresenta, ainda, uma análise bastante completa, que passamos a referenciar:

Se é certo, como afirma Kuhn, que um paradigma científico somente ingressa na fase de 'normalidade' quando a comunidade de especialistas forma consenso quanto ao seu elenco de problemas relevantes, aos seus padrões estandardizados de abordagem e a um conjunto teórico hegemônico, a resposta à questão acima é clara: uma vez que até agora não reuniram esse consenso em torno de seus pressupostos, postulados, conceitos, categorias, métodos e hipóteses, ambos os modelos não podem, ainda, afirmar-se paradigmaticamente. É por esse motivo que o pensamento jurídico [...] encontra-se hoje num momento histórico marcado por 'debates inconclusivos', quando os cientistas do direito não se põem de acordo sobre as questões básicas de sua própria ciência. Trata-se de um período de transição caracterizado pela disputa entre corpos teóricos distintos, com a dogmática jurídica muito próxima de uma exaustão paradigmática, após a superação da idéia *weberiana* segundo a qual a regulação legal-racional permitiria controlar a complexidade social, e com os modelos do 'direito social' e do 'direito reflexivo' aspirando tomar seu lugar; o primeiro afirmando que a neutralização da exclusão social por meio de um sistema jurídico com propósitos compensatórios e protetores implica o retorno do Estado-nação; o segundo, por sua vez, afirmando que a transnacionalização do capital, da informação, da produção e dos diferentes mercados, dando origem a novos atores políticos, a novas agendas, a novas arenas decisórias e a novos padrões de ação, é um caminho sem retorno, conduzindo inexoravelmente a um equilíbrio jurídico pluralístico - em síntese, a uma *unitas multiplex*.⁵¹¹

Para este autor, a globalização econômica implica em uma fragmentação do princípio da legalidade (espinha dorsal do Estado Moderno). Tal fragmentação, de racionalidade e governabilidade, deve-se a diversos fatores, representados por um

⁵¹⁰ LAFER, Celso & FONSECA JÚNIOR, Gelson. "Questões para a diplomacia no contexto das polaridades indefinidas (notas analíticas e algumas sugestões)", In. FONSECA JÚNIOR, Gelson & CASTRO, Sérgio Henrique Nabuco de. (orgs). *Temas de Política Externa Brasileira II.* São Paulo: Paz e Terra, 1994, p. 68.

⁵¹¹ FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, p. 290-1.

“complexo network de acordos formais e informais entre os diferentes agentes produtivos e com a reorganização da territorialidade em diversos espaços segmentados e entrelaçados, as arenas decisórias foram sendo progressivamente fragmentadas, multiplicando-se em distintos níveis e lugares”. Estes fatores levaram e têm ocasionado, de acordo com o autor, as seguintes conseqüências⁵¹²:

(a) comprometimento da “centralidade” e a “exclusividade” do direito positivo;

(b) criação de grandes obstáculos para a efetividade dos controles democráticos tradicionais;

(c) Proliferação de centros decisórios com distintos graus de poder coercitivo;

(d) Abertura para uma explosão de instâncias geradoras de normatividade;

(e) Produção de regras jurídicas com as feições antes das de um *contrato negocial* do que das de um *estatuto imperativo* e

(f) Transformação do universo político-institucional num complicado sistema de questões ou políticas setoriais, como “relações comerciais”, “relações monetárias”, “relações norte-sul”, “direitos humanos”, entre outros.

Além disso, haveria, também, uma multiplicidade de grupos de interesse (Estados, fragmentos burocráticos de Estados, organizações transnacionais e internacionais, indivíduos, entre outros).⁵¹³

Em conseqüência deste processo de “desdiferenciação”, as novas instituições jurídicas originárias da economia globalizada “parecem estar caminhando na perspectiva de substituição das obrigações gerais, universais e claramente definidas, tais como forjadas pelo movimento codificador do século XIX”. Esta nova “racionalidade jurídica”, pode ser caracterizada “por um complexo de relações hierárquicas de dominação privada; relações essas em cujo âmbito os direitos dos indivíduos não são próprios, porém derivados do grupo social a que pertencem”. Desta forma, pode-se afirmar que as recentes instituições jurídicas surgidas com a globalização representam “a linha de um

⁵¹² Cf. FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, p. 237.

⁵¹³ Cf. MCGREW, Anthony G. "Conceptualizing Global Politics", In. MCGREW, Anthony G. *Global Politics, Globalization and the Nation-State*, Cambridge: Polity Press, 1993, p.10; *Apud.* FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, p.327.

retorno ao direito pessoal anterior ao direito territorial consolidado com a Revolução Francesa.⁵¹⁴ A isto, José Eduardo Faria, chama de uma ideologia “neofeudal”.⁵¹⁵

Destacamos, neste momento da tese, estes dois autores, José Eduardo Faria e Zygmunt Bauman, justamente por seu senso crítico e interdisciplinar aflorado. É fato que a perspectiva para a racionalidade do direito em um contexto de “pós modernidade”, ou, dito com outras palavras, em meio às transformações atuais da modernidade, não é das mais animadoras.

Como visto no primeiro capítulo, o discurso jurídico, sobretudo dos Direitos Humanos, em sua universalidade e indivisibilidade, corre um sério risco de tornar-se um mero “discurso retórico”, em face das citadas transformações da modernidade, contexto em que, destacamos a revolução biotecnológica.

Entendemos, contudo, que a resposta aos dilemas societários contemporâneos (onde se destaca o dilema *direitos humanos / biotecnologia*), não se reduz à dimensão da crítica vinda das ciências sociais (caso de Bauman e Faria), em que pese a importância desta.

Rumo a uma maior interdisciplinaridade, e para melhor situar nosso “suspense dilemático”, sugerimos também, uma aproximação de ordem teórico-filosófica.

⁵¹⁴ FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, p. 236-7. Neste cabimento, ironiza este autor, ao situar esta nova “institucionalidade jurídica”, como um direito “neofeudal”: “[...] O detalhe é que hoje esse direito pessoal não está mais baseado no nascimento, na etnia, na nobreza, na religião, no credo político ou na ocupação de seus sujeitos. Ele se assenta, como se viu, nos interesses e na vontade de atores políticos e econômicos - 'as organizações complexas' - com maior poder de articulação, mobilização, confronto, veto, barganha, decisão de investimento e capacidade de geração tanto de emprego, quanto de receitas.” E ainda: “[...] Dito de outro modo, as instituições de direito surgidas com a economia-mundo' parecem 'desenvolver-se na perspectiva de uma regulação de caráter 'neofeudal'.” (grifo nosso). (In. FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, p. 237)

⁵¹⁵ “Numa situação-limite, esse cenário de conversão da vida 'cívica' numa vida essencialmente 'organizacional', tendo como contraponto a fragmentação social, a degradação urbana e uma insegurança cada vez mais responsável pelo aparecimento de estruturas *ad hoc* de defesa, conduziria a verdadeiros *principados* ou *suseranias*. Posta a questão nestes termos, ao Estado-nação (que já foi *Estado de Direito*, no período do capitalismo concorrencial, e *Estado-providência*, na era econômica do pós-guerra) restaria basicamente o papel de um *Estado de Segurança* ou um *Estado de Prevenção*; mais precisamente, um Estado com sua atenção voltada de modo permanente à manutenção da ordem, à imposição da disciplina e ao controle dos movimentos migratórios e dos comportamentos sociais dos marginalizados, balizando sua ação com base em pautas normativas que se destacam por seus efeitos restritivos das liberdades e em mecanismos decisórios altamente flexíveis, preparados para reagir com precisão e eficiência a situações de urgência conjuntural ou estrutural.” (In. FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, p. 239).

4.2. O PARADOXO DA MODERNIDADE: DIREITOS HUMANOS E CIÊNCIA – UMA ANÁLISE DE ALGUNS TEÓRICOS.

Neste tópico, efetuamos uma aproximação do tema do contrato social e dos direitos humanos, com a problemática da manipulação genética (que tem se mostrado marcante, neste início de milênio).⁵¹⁶

Entendemos esta discussão, como sendo de crucial importância para a compreensão do problema de realização dos direitos humanos e do desenvolvimento humano, no mundo de hoje. Em que medida, portanto, contribuem os autores clássicos (antigos, modernos e contemporâneos) para esta problemática?

4.2.1. O paradoxo da modernidade em relação aos direitos humanos

Como visto no primeiro capítulo, o período histórico a que se chama “modernidade”, caracteriza-se, sem dúvida, pela grande consagração ético jurídica dos direitos humanos. Seja através dos primeiros Estados de Direito, em sua versão liberal, bem como em sua versão social, bem como também, posteriormente, com as chamadas democracias sociais constitucionais. Tais direitos, são conquistas importantes, mas que vêm seguidas também, de não menos marcantes e notórios, desrespeitos por parte dos agentes responsáveis pela sua realização. Este fato, tem se acentuado nos dias atuais de forma dramática, a ponto de muitos estudiosos defenderem a tese da crise da modernidade, ou até mesmo adotarem a tese da “pós-modernidade”, como já nos reportamos anteriormente.

Os efeitos das atuais transformações na modernidade, se não se apresentam (de forma dolorosa) em alguns contextos ou “ilhas de prosperidade”, como o caso dos EUA,

⁵¹⁶ Sobre isto ver: DAVIES, Kevin. *Decifrando o Genoma – A corrida para desvendar o DNA humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.; KELLER, Evelyn Fox. *O Século do Gene*. Belo Horizonte: Crisálida/Sociedade Brasileira de Genética, 2002; LEWONTIN, Richard. *A Tripla Hélice – gene, organismo e ambiente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002; FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*.; RIFKIN, Jeremy. *O Século da Biotecnologia*; RIDLEY, Matt. *O que nos faz humanos – genes, natureza e experiência*. Rio de Janeiro: Record, 2004 e *Genoma- A autobiografia de uma espécie em 23 capítulos*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

colocam-se como tema importante, ao menos no que diz respeito aos direitos humanos considerados globalmente. Ou seja, partindo-se do princípio atualmente consagrado da universalidade-indivisibilidade dos direitos humanos, a crise da modernidade vem claramente à tona.

Trata-se, de uma crise complexa, que amalha consigo diversos outros elementos e fatores novidosos (como a relação ser humano - natureza, e, a partir desta, mais recentemente, a bioética). Tais fatores são, por assim dizer, “elementos surpresa”, que constituem, cada vez mais, importantes aspectos dos conceitos chaves da modernidade: natureza humana e dignidade humana.⁵¹⁷

Resta claro, portanto, que a fim de pensar os novos rumos dos direitos humanos neste princípio de milênio, a compreensão da crise da modernidade e as transformações sociais atuais, os novos aspectos da relação homem-natureza, e as implicações da revolução biotecnológica, colocam-se como elementos chave, que devem ser incorporados pelas reflexões dos juristas e cientistas sociais.

Com base nas leituras feitas de alguns autores das ciências humanas, muitas vezes percebemos, a discussão direta ou indireta do tema da natureza humana, atentando para o fato de que “alguns sociólogos neutralizam ou descaracterizam a importância da natureza humana para compreender a vida social”, pressupondo a bondade da ação social. Em uma passagem, Héctor Leis abre um interessante debate:

[...] Mas hoje, o isolamento disciplinar da sociologia que reflete a obra de um Habermas ou Giddens constituem, sem dúvida, erros graves e culposos. Suas teorias são um retrocesso em relação ao espírito de um Weber ou um Pareto, em cujas obras não encontramos nada parecido às esperanças oferecidas por uma teoria da Ação Comunicativa ou da Modernidade Reflexiva. Teorias estas que nos levam a acreditar que por maiores que sejam as mudanças e por mais graves que sejam as circunstâncias, os seres humanos continuam sempre tendo a seu alcance ferramentas capazes de construir a sociedade certa. Seguindo a interpretação destes autores pareceria que a espécie humana nunca perde sua dignidade, apenas perde seu tempo. (grifo nosso).⁵¹⁸

⁵¹⁷ Estes conceitos foram discutidos no decorrer desta tese (principalmente no 1º e 2º capítulo). Dependem para sua realização, de outros constructos modernos, como a governabilidade das instâncias regulatórias nacionais e internacionais.

⁵¹⁸ LEIS, Héctor Ricardo. *A tristeza de ser sociólogo no século XXI*, p. 8.

Este mesmo autor, alerta para um “belo quiproquó”, uma vez que as ciências sociais, “de um modo geral, continuam ainda atribuindo legitimidade às instituições imaginadas por autores que, de acordo com a ciência contemporânea, apresentam concepções quase mitológicas da natureza humana.” É o caso de autores, entre os séculos XVII e XIX, como Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Montesquieu, Hegel, Marx, Stuart Mill, entre outros, que se baseavam nas noções de natureza humana da época.⁵¹⁹

A questão do mapeamento genético traz à tona, de forma inesperada, a discussão do desenvolvimento nos dias de hoje. E mais, invoca também a discussão sobre a forma como isto preferencialmente deve se dar: individual ou social/coletivamente? Isto se subentende em um discurso proferido por Bill Clinton (a época, presidente dos EUA), quando do anúncio do primeiro rascunho do mapeamento do genoma humano:

Em termos genéticos, todos os seres humanos, independentemente de raça ou etnia, são mais de 99,9% iguais” [...], e a ciência moderna está confirmando o que nós aprendemos com as crenças religiosas mais antigas: o feito mais importante da vida nesta terra é nossa humanidade comum.⁵²⁰

Uma vez situada a temática, pode-se passar à análise dos clássicos propriamente ditos, procurando estar alerta à observação, com relação aos diversos conceitos históricos de natureza humana: “ Os pensadores realistas sabem que a política não deve adaptar-se à racionalidade humana, mas à natureza humana, que as instituições sociais existem para os seres humanos, não os seres humanos para as instituições sociais”.⁵²¹

Para os efeitos de análise do tema do desenvolvimento humano, a partir da análise de autores clássicos, cumpre esclarecer que dentre as diversas concepções de Filosofia Política⁵²², privilegia-se aquela que trata do critério de legitimidade do Poder. Aqui se enquadram a tipologia das três legitimidades de Weber, bem como a teorias do Contrato Social, sobretudo conforme apresentadas por Rousseau, Hobbes e Locke. Posto que a realização do desenvolvimento humano depende, em grande medida, de políticas públicas, a discussão da legitimidade faz-se pertinente.

⁵¹⁹ LEIS, Héctor Ricardo. *A tristeza de ser sociólogo no século XXI*, p.11.

⁵²⁰ In. Revista ISTOÉ, 05/07/00, p 79.

⁵²¹ LEIS, Héctor Ricardo. *A tristeza de ser sociólogo no século XXI.*, p .11

⁵²² BOBBIO, Norberto, *et alli. Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 1995, p. 494.

Afim de melhor compreender o pensamento dos autores contratualistas modernos (Hobbes, Rousseau entre outros), cumpre fazer um breve retrocesso a alguns dos clássicos antigos. Aristóteles, bem como Platão tinham a felicidade como o “sumo bem”, o fruto da virtude. O Estado seria então, uma necessidade orgânica, com vistas a alcançar a virtude e a felicidade universal. Neste sentido é que se afirmava ser o homem um animal político, levado à vida política pela sua própria natureza, sendo o Estado, um elemento fundamental para esta realização humana. O Estado regula a vida dos cidadãos mediante leis. Estas dominam inteiramente a vida, porque os indivíduos não pertencem a si mesmos, mas ao Estado. O conteúdo das leis é a justiça e o princípio da justiça é a igualdade. Ainda sobre Aristóteles, cita-se o entendimento do pensador italiano Giorgio Del Vecchio:

Preocupou-se Aristóteles com a dificuldade de aplicação da lei abstrata aos casos concretos e sugeriu um corretivo da rigidez da justiça: a equidade, critério de aplicação das leis, o qual permite adaptá-las a cada caso particular e temperar-lhes o rigor com a adequação.⁵²³

É uma característica comum a todas as doutrinas contratualistas, a afirmação que o estado de natureza em um certo momento termina, e os homens decidem abandoná-lo para viverem em sociedade. Esta passagem se dá por meio de um contrato, por força do qual os homens obrigam-se a respeitarem-se mutuamente e a conviverem pacificamente. Na seqüência, a multidão, transformada em povo (pelo Pacto), submete-se a um governo escolhido por ela. O essencial aqui, é ressaltar que a doutrina do contrato social mostra que o Poder Político emana do povo, ao reivindicar para este o direito soberano. Sobre isto se posiciona, ainda uma vez, Giorgio del Vecchio:

[...]será fácil admitir também que o povo goza do poder de revogar o mandato conferido, sempre que lhe convenha, mas, sobretudo, todas as vezes que o governo viole as obrigações assumidas no suposto contrato. Por outro lado, igualmente pode-se dizer (e já foi por alguns dito) que, devido ao contrato social, perde o povo a liberdade e a soberania irrevogavelmente, pois a cede

⁵²³ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. (Trad. Antônio José Brandão). Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 45.

ao governo. O contrato social torna-se então um meio ou um argumento para fundar o poder absoluto.⁵²⁴

A análise dos clássicos contratualistas (e antes deles, dos clássicos antigos, sobretudo Platão e Aristóteles), constitui instrumento importante para compreender, e eventualmente poder opinar a respeito dos rumos tomados pelas políticas públicas nos dias de hoje, especialmente em um de seus mais polêmicos e importantes aspectos: Políticas públicas (atuação do Estado) relacionadas à biotecnologia.

As teorias contratualistas, por assim dizer, pautaram-se pelo reconhecimento dos direitos individuais, baseados, sobretudo, nos direitos já consagrados (no *status naturae*) de igualdade e liberdade. A partir disto passou-se a buscar também, através do contrato social, a necessária autoridade e estabilidade do Estado. Chega-se por fim, aos chamados “Estados de Direito”.

Indagamo-nos, até que ponto, os valores modernos, representados pelos teóricos do contrato social e pautados pelos conceitos-chave de igualdade e liberdade (sobre os quais se fundam os Estados de Direito), representam, atualmente, uma dificuldade de pensar apropriadamente, a relação homem-natureza, e com ela a questão da manipulação genética.

Uma tentativa importante de superar tal limitação, foi feita por Max Weber, ao buscar romper o mito do vínculo intrínseco entre *dizer a verdade e fazer o bem*. Este autor, afasta-se assim, da perspectiva iluminista, na medida em que nesta última, a razão orienta o passado e o futuro.

Max Weber merece destaque, por seu trabalho clássico, *Ciência e Política - Duas Vocações*, em que diferencia as chamadas *Ética de Convicção* e *Ética de Responsabilidade*.⁵²⁵ A busca da verdade (como o caso das pesquisas em torno do genoma humano), representada pela primeira, segue desvinculada da segunda, mas possibilita a percepção da responsabilidade aí envolvida.

Este “processo de responsabilização”, que num primeiro momento se daria no plano da bioética, deverá se dar em nível global, posto que as decisões políticas referentes

⁵²⁴ DEL VECCHIO, *Lições de Filosofia do Direito*. p. 72.

⁵²⁵ WEBER, Max. *Ciência e Política. Duas vocações*. São Paulo: Cultrix.

ao tema em discussão (manipulação genética), são tomadas em nível global, muitas vezes além das próprias esferas intergovernamentais.

No tocante às teorias de política internacional, identificam-se duas correntes determinantes: o modelo realista que tem em Hobbes seu grande expoente e o modelo idealista ou racionalista, representado inicialmente por pensadores como Grotius e Kant.⁵²⁶ Esclarece Héctor Leis, que “enquanto os realistas percebem a situação internacional com características praticamente imutáveis, os idealistas argumentam numa direção utópica, acreditando firmemente em uma transformação iluminista dos seres humanos e das relações internacionais”.⁵²⁷

Percebe-se, nitidamente, o quão marcante é esta diferenciação, para se entender os rumos tomados pela modernidade em tempos de globalização, especialmente no que respeita aos temas aqui enfocados: direitos humanos, desenvolvimento humano e bioética.

Cumpre destacar, também, alguns questionamentos e problematizações, levantados por Héctor Leis, em sua obra *A Modernidade Insustentável*, ao tratar da crise sócio-ambiental e da erosão dos Estados-Nações. Quais sejam: “Existe no atual processo de globalização da vida contemporânea alguma possibilidade de recolocar em pauta o sentido da história, desde uma perspectiva radicalmente universal, baseada em valores e experiências comuns a toda a humanidade?”, ou ainda: “Hoje percebe-se que o sistema político internacional baseado em Estados soberanos é cada vez menos eficiente na manutenção da ordem. A crise socioambiental global e a erosão dos Estados-nação, obrigam a repensar as bases da política e o destino na humanidade.” (grifo nosso)⁵²⁸

São indagações instigantes, a partir das quais, pode-se incentivar novas reflexões. Na verdade, o que buscamos aqui é, a partir de uma “aparente miscelânea”, fugir ao senso comum teórico e relacionar diversos autores, cujas obras são importantes para a compressão da sociedade contemporânea.

⁵²⁶ Sobre o tema do “realismo” no direito e nas relações internacionais, citamos também alguns autores mais recentes: BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais / São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002; MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito internacional*. Ijuí: Unijuí, 2003; e ANGELL, Norman. *A grande ilusão*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais / São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

⁵²⁷ LEIS, Héctor Ricarudo. *A Modernidade Insustentável*. Petrópolis: Vozes/UFSC, 1999, p. 21.

⁵²⁸ LEIS, Héctor. *A modernidade insustentável*. p. 38

De todo o exposto, até o momento, pode-se perceber o quão complexo e instigante, apresenta-se o problema da possibilidade da livre manipulação genética, pelos agentes do mercado, tão em voga nos dias de hoje. Discutimos, também, de uma forma indireta, sobre um conjunto de teorias sociais. Desta forma, por exemplo, conceitos aparentemente distantes e por assim dizer “disciplinares”, foram se inter-relacionando. É o caso da aproximação liberdade - ciência ; virtude - justiça. Não constitui objetivo deste tópico do trabalho, apresentar análises conclusivas sobre quaisquer destes conceitos. O que pretendemos é demonstrar, que não se pode compreender os diversos problemas da sociedade contemporânea, a partir de um enfoque unitário e disciplinar.

Sobre isto, em caráter final, vale lembrar o pensamento de Boaventura de Sousa Santos. O estudioso português, lembra que as perguntas feitas por Rousseau, com relação à real contribuição positiva ou negativa da ciência para a felicidade humana, há mais de 200 anos, ainda são plenamente atuais. O diferencial é que as respostas de hoje são bastante mais complexas do que na época: “Teremos forçosamente de ser mais rousseauianos no perguntar do que no responder”.⁵²⁹

Talvez o tema da manipulação genética, expresse de forma radical a dicotomia levantada por Rousseau. Trata-se do dilema ciências naturais - ciências sociais; ou ainda natureza - ser humano. A dificuldade, conforme Santos, reside no fato de que a ação humana é radicalmente subjetiva.

O comportamento humano, ao contrário dos fenômenos naturais, não pode ser descrito e muito menos explicado com base nas suas características exteriores e objetiváveis[...]. A ciência social será sempre uma ciência subjetiva e não objetiva como as ciências naturais; tem de compreender os fenômenos sociais a partir das atitudes mentais e do sentido que os agentes conferem às suas ações, para o que é necessário utilizar métodos de investigação e mesmo critérios epistemológicos diferentes dos correntes nas ciências naturais, métodos qualitativos em vez de quantitativos, com vista à obtenção de um conhecimento intesubjetivo, descritivo e compreensivo, em vez de um conhecimento objetivo, explicativo e nomotético.⁵³⁰

Desta forma, procurou-se demonstrar, que o presente tema: manipulação genética, mapeamento do genoma humano, entre outros, implica necessariamente a revisão do

⁵²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, 9ed. Porto: Afrontamentos, 1987, p. 9

⁵³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. p. 22.

paradigma racionalista, pautado pelas separações citadas acima (no intuito de melhor compreensão epistemológica).

O que se observa, por fim, é justamente o contrário. O método adotado majoritariamente, vem, na verdade, dificultando a real compreensão dos problemas da humanidade. O que poderia parecer inviável e até mesmo inaceitável, como por exemplo, a discussão conjunta da *evolução técnico-científica* aliada ao princípio do mercado e a *justiça*, atualmente constituem imperativos.⁵³¹

Neste sentido vale lembrar interessante trabalho de Selvino Assmann, cujo próprio título sugere, por si, uma reflexão interdisciplinar (*O que têm a ver os filósofos com a política?*):

Não se trata de perguntar se hoje estamos ou não melhor do que ontem, mas se trata simplesmente de resolver os nossos problemas, sem desconhecer toda a experiência teórica e prática acumulada. Nem parece que o nosso dilema seja ou episteme ou doxa, pois a experiência da Aufklärung no mínimo nos esclareceu que não podemos mais ser platônicos como na Politéia, ou maniqueisticamente estóicos e fanáticos, nem sequer céticos, se quisermos apenas sobreviver como espécie, posto que também sabemos que agora é tecnicamente possível uma destruição total. (grifo nosso).⁵³²

Os atuais dilemas da humanidade, especialmente as últimas descobertas, têm trazido à tona os caminhos tortuosos por que tem passado a ciência. Sobre isto discorre o jornalista Luis Weis:

A ciência percorreu um longo caminho até enxergar a luz. No século passado, no auge da expansão colonial do Ocidente, arqueólogos, antropólogos e historiadores construíram explicações ‘objetivas’ para uma imaginária hierarquia de raças e costumes- e, sobretudo, para a superioridade ‘natural’ da civilização européia. Uma vasta e respeitada literatura pretensamente científica justificava, assim, não apenas a conquista e a exploração do mundo não branco, mas também, retroativamente a escravidão negra.⁵³³

⁵³¹ Utiliza-se aqui privilegiadamente o trabalho de Boaventura de Sousa Santos, *Pela Mão de Alice - O social e o político na pós-modernidade*, onde o autor apresenta uma interessante tipologia dos “Pilares da Modernidade” : Pilar da Regulação (princípios do mercado-Locke; do Estado-Hobbes; e da Comunidade-Rousseau) & Pilar da Emancipação (racionalidades estético expressiva; lógico- jurídica; e de mercado).

⁵³² ASSMANN, Selvino. *O que têm a ver os filósofos com a política?* Trabalho apresentado na Mesa Redonda “Justiça, utilitarismo e política”, do Simpósio Internacional sobre a justiça, realizado na UFSC, Florianópolis, de 18 a 22 de agosto de 1997. p.34

⁵³³ WEIS, Luis. *Genoma e Genocídio*. In. Estado de São Paulo - Espaço Aberto, 05/07/00, p.A-2.

Conclui este autor:

Este talvez seja o supremo paradoxo e o enigma indecifrável da condição humana: herdamos a semelhança com o outro e cultivamos até a barbárie, como os David Copelands de todos os tempos, o que dele nos possa distinguir.⁵³⁴

De todos os textos estudados, percebe-se nitidamente, a premência de uma abordagem conjunta, face à complexidade do tema⁵³⁵. A possibilidade de destruição em massa da humanidade, bem como a de “des-humanização” ou “des-naturalização” da espécie humana, hoje possíveis ou “quase possíveis”, em função das inovações técnico-científicas, representam, por assim dizer, no mínimo um grande “susto” para os cientistas e analistas sociais habituados aos clássicos paradigmas traçados pela modernidade, principalmente, como sugere Boaventura Santos, até as primeiras décadas do século XX.

Trata-se, de um tema ainda nebuloso, cuja análise mais profunda parece inalcançável para pesquisadores calcados no positivismo, no empirismo e no mecanicismo.

Superar as divisões paradigmáticas suscitadas no decorrer do trabalho, especialmente a “barreira” entre as ciências sociais e as ciências naturais, ou como destacamos, entre Direitos Humanos e Biotecnologia, é não apenas interessante, mas também fundamental, para que se possa refletir sobre os grandes problemas que vêm colocando em risco inclusive a própria sobrevivência da espécie humana enquanto tal.

As conquistas técnico-científicas (aqui destacadas pelas recentes descobertas em torno do mapeamento do genoma humano), tão caras à toda a humanidade, podem ter, conforme relatam fatos recentes, sua utilização controlada pelos instrumentos livres do

⁵³⁴ WEIS, Luis. *Genoma e Genocídio*. p. A-2

⁵³⁵ Sobre isto se pronuncia Edgar Morin, ao analisar a relação entre ciência e ética: “[...] devemos compreender que as soluções fundamentais que deviam ser trazidas pelo desenvolvimento da ciência, da razão e do humanismo, se transformaram em problemas essenciais. É preciso saber que a ciência e a razão não têm a missão providencial de salvar a humanidade, porém, têm poderes absolutamente ambivalentes sobre o desenvolvimento futuro da humanidade.” (MORIN, Edgar. In. *Ciência com Consciência*, p. 125). Para situar os problemas atuais o filósofo apresenta-os em forma de teses: 1- dificuldade de responsabilidade do cientista; 2- necessidade de desenvolver uma ‘scienza nuova’, que comporte o autoconhecimento, a autoconsciência; 3- A noção de homem é uma noção complexa; 4- O desenvolvimento atual da ciência, e sobretudo, da biotecnologia. (Cf. MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*, p. 128-130).

mercado, inclusive em detrimento da comunidade cada vez mais global-universal. Violar-se-ia, desta maneira, de forma radical e inédita, as teorias do Contrato Social, da Soberania Popular, do Estado Constitucional de Direito, da Universalidade e Indivisibilidade dos Direitos Humanos, entre outras destas decorrentes, conforme concebidas majoritariamente no decorrer da modernidade.

Acreditamos, que os instrumentais teóricos oferecidos pelos autores citados, podem ser de grande valia no intuito de, se não abrir, ao menos iluminar os novos caminhos para a pesquisa e compreensão dos temas, com os quais o gênero humano hoje, ineditamente, depara-se.

Seria o caso de reafirmar o princípio do liberalismo e suas implicações, aceitando que o Mercado, tem plenas condições de assegurar o desenvolvimento humano em iguais condições para todos, especialmente no que respeita às recentes descobertas sobre o genoma humano? Ou seria o caso, de reafirmar, de “atualizar” o pensamento contratualista, nos moldes comunitários e universalistas (Rousseau), segundo os quais a soberania popular constitui o critério de legitimidade do poder, sendo o Estado e o Mercado, atores importantes, porém vinculados à soberania popular?

No que respeita às melhores condições para a realização do projeto “ser humano”, a segunda alternativa apresenta-se, senão como o ideal perfeito, ao menos como uma garantia de sobrevivência da humanidade.

Feita esta contextualização histórica do contratualismo moderno, com o avanço da ciência, chegamos à sociedade contemporânea, que para diversos autores, é marcada pela perda de governabilidade dos tradicionais atores políticos da modernidade: Estados Nacionais e Organizações Inter-estatais (como a ONU)⁵³⁶.

⁵³⁶ Sobre a erosão de governabilidade das instituições modernas ver LEIS, Hector & VIOLA, Eduardo. “Mudanças na direção de uma globalização multidimensional complexa”, In. *Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas*, n. 40, Novembro de 2002 (série especial). Neste texto os autores discorrem sobre os efeitos da globalização econômica (em suas quatro sub-dimensões: *comercial, financeira, produtiva e tecnológica*). Destacam que além dos efeitos da globalização econômica, a partir dos anos 90 (do século passado) houve um processo de erosão da governabilidade mundial em decorrência de sete fenômenos interligados, que apresentamos resumidamente : 1- o *fracasso ou colapso do estado nacional* em vastas regiões do planeta; 2- a *considerável erosão do estado nacional* em outras regiões; 3- *expansão de redes criminais globais* dedicadas ao tráfico de drogas, armas, migrantes, animais silvestres, prostituição e órgãos humanos; 4- o *surgimento de um novo tipo de estado totalitário* que se baseia no desenvolvimento de armas de destruição em massa; 5- o *crescimento de um sentimento antiamericano* em ampla parcela da população mundial; 6- a *rápida expansão do fundamentalismo islâmico* como principal

Estes “desenhos” sociológicos de nossos tempos, merecem ser melhor explicados, uma vez que têm profundos impactos sobre nossa percepção como seres da mesma espécie, dotados de moral e bem assim também, de juridicidade. Esta melhor “explicação” a nosso ver, não virá do modelo normativo do direito moderno, e nem do “modelo científico” das ciências sociais, mas poderá advir de uma filosofia secular “anti-dogmática”. Neste sentido passamos ao próximo tópico.

4.3. DIREITOS HUMANOS E BIOTECNOLOGIA A PARTIR DO OLHAR DA FILOSOFIA: FIM OU COMEÇO?

Para melhor compreender as transformações em curso na modernidade, buscamos situar o modelo do direito vigente, forjado com base no Estado moderno e em princípios e valores como: a liberdade e a igualdade . Sob a égide de tais princípios, reconhecidos pelos Estados Modernos, construiu-se um verdadeiro “edifício jurídico”, um sistema (nacional e internacional) de proteção de direitos (primeiro capítulo). Atualmente, de acordo com alguns autores, a exemplo de Norberto Bobbio (*A Era dos Direitos*), vive-se um momento juridicamente privilegiado da história. Para Bobbio, os direitos humanos, na forma como estão reconhecidos no atual estágio da modernidade, tanto em nível internacional (Sistema de proteção internacional), como nos Estados Constitucionais de Direito (sobretudo no mundo ocidental), representam uma importante conquista histórica. Segundo este autor: Direitos Humanos, Democracia e Paz são as condições para vida digna no mundo moderno.

Abre-se, assim, um importante debate em torno dos rumos a serem seguidos pela humanidade. Para Bobbio, mais importante do que lutar para o reconhecimento de novos direitos é o esforço por realizar os direitos já reconhecidos, positivados pelo direito moderno. Nesta linha também caminham, de alguma forma, pensadores defensores da

movimento antiocidental, e 7- *nascimento e desenvolvimento de redes terroristas globais* ligadas ao fundamentalismo islâmicos e visando combater as democracias ocidentais.

modernidade e do sistema jurídico racional estabelecido. Cita-se como destaques, Jürgen Habermas⁵³⁷ (Alemanha), John Rawls e Ronald Dworkin (Eua)⁵³⁸.

Para os efeitos, provocativos, deste trabalho, citamos o pensamento de John Rawls, em sua obra clássica *Uma Teoria da Justiça*, sobretudo quando trata do chamado “véu da ignorância”, entendido como uma condição para a realização da justiça como equidade.

O Direito Moderno, pautado por pilares centrais como o imperativo categórico Kantiano e o véu da ignorância de Rawls, pode estar sendo questionado ou até mesmo deslegitimado, em razão da emergência de novas racionalidades, insufladas pelo avanço revolucionário da ciência e da técnica, especialmente no que se refere à biotecnologia e às possíveis mudanças, até mesmo no que convencionou-se chamar de “ser humano”, ou seja, mudanças no conceito de “natureza humana”.

Para Rawls, a justiça como equidade, “generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social”, como se lê em Locke, Rousseau e Kant. Assim, “pode-se imaginar uma concepção da justiça como constituindo a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada”.⁵³⁹

Alguns dos elementos centrais da teoria de John Rawls são, o “véu da ignorância” e a igualdade entre as partes, como pressuposto da “posição original”. Sobre o véu da ignorância vale citar a conceituação do autor:

O véu da ignorância é uma condição tão natural que algo parecido deve ter ocorrido a muitas pessoas. A formulação apresentada no texto está implícita, julgo eu, na doutrina Kantiana do imperativo categórico, tanto no modo como este critério pessoal é definido, quanto no uso que Kant faz dele. Assim, quando Kant nos diz para testarmos nossa máxima através da consideração de qual seria o caso se ela fosse uma lei universal da natureza, ele deve supor que não conhecemos nosso lugar dentro desse sistema natural imaginado. (grifo nosso).⁵⁴⁰

⁵³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade – Direito e Democracia*. ; Este autor publicou recentemente (no Brasil) a obra *O Futuro da Natureza Humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004

⁵³⁸ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça* ; e *Liberalismo Político*.

⁵³⁹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. p.12-14.

⁵⁴⁰ Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Nota explicativa de n. 11. p.668.

E ainda:

[...] De qualquer forma, a posição original deve ser interpretada de modo, que possamos, a qualquer tempo adotar a sua perspectiva. Deve ser indiferente a ocasião em que alguém adota esse ponto de vista, ou quem o faz: as restrições devem ser tais que os mesmos princípios são sempre escolhidos. O véu da ignorância é uma condição essencial na satisfação dessa exigência. Ele assegura não apenas que a informação disponível é relevante, mas também que é a mesma em todas as épocas. (grifo nosso).⁵⁴¹

De acordo com Rawls, a idéia principal da posição original é estabelecer um processo igualitário, onde quaisquer princípios aceitos sejam justos. Traz como objetivo, o uso da noção de justiça procedimental pura, como fundamento da teoria. Propõe que:

[...] de algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com este objetivo assumo que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais. [...] Também existe, pelo menos teoricamente, a questão de uma política genética razoável. Nesses casos também, a fim de levarem adiante a idéia da posição original, as partes não devem conhecer as contingências que as colocam em oposição. Elas devem escolher princípios cujas conseqüências estão preparadas para aceitar, não importando a qual geração pertençam.(grifo nosso)⁵⁴²

Uma característica importante de uma concepção da justiça, segundo o entendimento de Rawls, é que “ela deve gerar a sua própria sustentação. Seus princípios devem ser tais que, quando são incorporados na estrutura básica da sociedade, os homens tendem a adquirir o senso de justiça correspondente e desenvolver um desejo de agir de acordo com esses princípios. Nesse caso, uma concepção de justiça é estável. Esse tipo de informação genérica é admissível na posição original”.⁵⁴³

⁵⁴¹ Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. p.149.

⁵⁴² Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. p.146-147.

⁵⁴³ Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. p.148. O autor conclui dizendo: “Ora, as razões para recorrermos ao véu da ignorância ultrapassam a mera simplicidade. Queremos definir a posição original de modo a chegarmos à solução desejada. Se for permitido um conhecimento das particularidades, o resultado será influenciado por contingência arbitrária. Como já foi observado, dar a cada um de acordo com seu poder de ameaçar não é um princípio da justiça. Para que a posição original gere acordos justos, as partes

Francis Fukuyama critica autores como Rawls⁵⁴⁴, Dworkin⁵⁴⁵ e Ackerman⁵⁴⁶ (importantes para a teoria do direito), por fazerem um deliberado mau uso do conceito de natureza humana. Estes autores buscaram criar teorias deontológicas do Direito que procuram derivar um “sistema de ética, que não dependa de quaisquer asserções substantivas sobre a natureza humana ou os fins humanos.” Segundo Fukuyama, estes autores e outros, se utilizam de uma “teorização dissimulada ou clandestina da natureza humana”. Assim se expressa o teórico norte americano:

O mesmo pode ser dito de kantianos contemporâneos como John Rawls, cuja teoria da justiça contorna explicitamente qualquer discursão da natureza humana e procura estabelecer um conjunto de regras morais mínimas que se aplicariam a qualquer grupo de agentes racionais, baseadas na chamada *posição original*. Isto é, temos de escolher regras de justa distribuição por detrás de um *véu de ignorância*, em que não sabemos qual é nossa posição real na sociedade. Como críticos de Rawls salientaram, a própria posição original, e as implicações políticas que Rawls deriva dela, contém numerosas asserções sobre natureza humana, em particular seu pressuposto de que os seres humanos são avessos ao risco.(grifo nosso).⁵⁴⁷

devem estar situadas de forma equitativa e devem ser tratadas de forma igual como pessoas éticas. A arbitrariedade do mundo deve ser corrigida por um ajuste das circunstâncias da posição contratual inicial”. (grifo nosso). (In. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. p.152).

⁵⁴⁴ Para John Rawls, num Estado liberal, “sistemas de fins” não são classificados por valor (*Uma Teoria da Justiça*); “planos de vida” individuais podem ser distinguidos por sua maior ou menor racionalidade, mas não pela natureza das metas ou fins que estabelecem. Esta concepção, segundo Fukuyama, influenciou boa parte dos teóricos sobre direito constitucional nos Estados Unidos dos dias atuais. (In. FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*, p. 129)

⁵⁴⁵ Como pensador “pós-Rawlsiano”, Dworkin que o Estado Liberal “deve ser neutro na (...) questão da boa vida [...] as decisões políticas devem ser, tanto quanto possível, independentes de qualquer concepção particular da boa vida, ou do que dá valor à vida”. (In. FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*, p. 129)

⁵⁴⁶ Ackerman por sua vez, sustenta que nenhum arranjo social pode ser justificado “se exigir que o detentor do poder afirme (a) que sua concepção do bem é melhor que a afirmada por qualquer de seus companheiros, ou (b) que seja qual for sua concepção do bem, ele é intrinsecamente superior a um ou mais de seus concidadãos.”(In. FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*, p. 129)

⁵⁴⁷ FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*, p. 130. para Fukuyama Rawls passa um tempo considerável em a *Uma Teoria da Justiça* elaborando as condições ótimas em que seres humanos podem estabelecer planos, “o que presume no mínimo que eles são animais dotados de propósitos com capacidade de formular metas em longo prazo.” Além disto Rawls, muitas vezes recorre ao que de fato são observações da natureza, como se destaca na seguinte citação: “A idéia básica é a de reciprocidade, uma tendência a responder da mesma maneira. Ora, essa tendência é um fato psicológico profundo. Sem ela nossa natureza seria muito diferente e a cooperação social frutífera frágil se não impossível [...] Seres com uma psicologia diferente jamais existiram ou devem ter desaparecido cedo no curso da evolução” (RAWLS, John. *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass ; Harvard/ Belknap, 1999, p.433; *Apud*. FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*, p.130)

Ronald Dworkin afirma, por sua vez, que “é objetivamente importante que toda a vida humana, uma vez iniciada, prospere em vez de extinguir-se – que o potencial dessa vida seja realizado em vez de desperdiçado”⁵⁴⁸. Esta simples passagem está, sem dúvida, como esclarece Fukuyama, carregada de pressupostos sobre a natureza humana. Como percebemos, nem Rawls, nem Dworkin, podem escapar de fazer certos juízos sobre o que é naturalmente melhor para seres humanos.

Isto também ocorreria na bioética. Um exemplo muito claro neste sentido é o do bioeticista John Robertson, que defende que o direito à “liberdade procriativa” acarreta um direito à alteração genética da própria prole. Ou seja, em síntese, o argumento é o seguinte:

A liberdade de procriação deveria gozar de primazia presuntiva quando surgem conflitos sobre seu exercício, porque poder controlar se vai se reproduzir ou não é central para a identidade pessoal, a dignidade e o significado da vida de uma pessoa. Por exemplo, a privação da faculdade de evitar a reprodução determina a autodefinição de uma pessoa no sentido mais básico. Afeta o corpo das mulheres de uma maneira direta e substancial. Afeta também centralmente a identidade psicológica e social e as responsabilidades morais da pessoa. Os encargos resultantes são especialmente onerosos para as mulheres, mas afetam também os homens de maneira significativa.

Por outro lado, ser privado da faculdade de reproduzir exclui a pessoa de uma experiência que é central para a identidade individual e o sentido da vida. Embora o desejo de se reproduzir seja em parte socialmente construído, no nível mais básico a transmissão dos próprios genes através da reprodução é um ímpeto animal ou próprio da espécie estreitamente ligado ao impulso sexual. Ao nos conectar com a natureza e com as gerações futuras, a reprodução dá conforto em face da morte. (grifo nosso).⁵⁴⁹

O conceito de “natureza humana”, complexo por si próprio, merece destaque atualmente, sobretudo nas últimas duas décadas, com a emergência da perspectiva do ser humano enquanto espécie (que se pensava ser tema do passado e sem grandes surpresas). Instaure-se uma nova cosmovisão de homem e de sociedade. É como se estivesse sendo aberto um universo inteiramente novo e nunca antes imaginado pelo modelo do direito

⁵⁴⁸ DWORKIN, Ronald M. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, p. 448.

⁵⁴⁹ ROBERTSON, John. A. *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*. Princeton: Princeton University Press, 1994, p.24; *Apud*. FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*, p. 132.

moderno. Impõe-se um problema inédito, mais um “elemento trágico”⁵⁵⁰, sem respostas visíveis no horizonte próximo. Neste sentido vem se preocupando Jürgen Habermas:

Enquanto a filosofia ainda acreditava que podia se assegurar da totalidade da natureza e da história, ela dispunha de uma posição supostamente consolidada, na qual a vida humana dos indivíduos e das comunidades devia se inserir. [...] Do mesmo modo como as grandes religiões apresentavam a vida dos seus fundadores como caminho da salvação, a metafísica também oferecia seus modelos de vida – para a minoria, certamente um caminho diferente daquele da maioria. As doutrinas da boa vida e da sociedade justa, como a ética e a política, eram ainda doutrinas com uma base única, que formavam um todo. Todavia, com a aceleração da transformação social, também os períodos de declínio desses modelos da vida ética se tornaram cada vez mais curtos.⁵⁵¹

Há que se indagar, também, se o paradigma jurídico estatal moderno, do qual o biodireito é um dos mais recentes representantes (essencialmente “antitrágico”), bem como a bioética principialista que deu origem a este biodireito, serão compatíveis e capazes de regular o desenvolvimento da ciência, na medida em que esta afeta a essência mesma de todo o direito moderno (que como visto, no decorrer da modernidade, tornou-se ele próprio uma ciência, ou ao menos sofreu um processo de tecnificação).⁵⁵²

⁵⁵⁰ Com este termo “elemento trágico” queremos aqui fazer uma alusão à interessante categorização de bioética proposta por Débora Diniz em sua obra *Conflitos Morais e Bioética*. Para esta autora haveria algumas posturas existenciais básicas, como a *amoral* (cavaleiro do absurdo), a *moral* (os antitrágicos) e a *imoral* (as ironistas). A nosso ver o traço marcante da modernidade e dos direitos humanos é justamente a postura *moral* ou “antitrágica”. Ocorre que esta “antitrágica” tem encontrado inesperados desafios e limites em face do advento das recentes biotecnologias. À postura antitrágica colocam-se os desafios dos elementos de “ambiguidade”, “complexidade”, “contingência” e “risco” que compõem o *mix* de nossos dias. Uma saída, se é que se pode dizê-lo, é a alternativa da postura ironista, apresentada por Débora Diniz, a partir da obra de Richard Rorty. A ironista dialoga com as diferentes posturas morais antitrágicas, sem contudo inserir-se totalmente ou absolutamente em nenhuma delas. Seria um misto de postura moral e imoral, a nosso ver.

⁵⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*.p. 5. Esclarece este autor, que “o liberalismo político de alguém como John Rawls marca o ponto final dessa evolução. Ele reage ao pluralismo ideológico e à individualização crescente dos estilos de vida. Tira suas conclusões a partir do fracasso das tentativas filosóficas de designar *determinados* modos de vida como exemplares ou universalmente decisivos. A ‘sociedade justa’ deixa ao critério de todas as pessoas aquilo que elas querem ‘iniciar com o tempo de suas vidas’. Ela garante a todos a mesma liberdade para desenvolver uma autocompreensão ética, a fim de formar uma concepção pessoal da ‘boa vida’ segundo capacidades e critérios próprios.” (In. *O Futuro da Natureza Humana*.p. 5)

⁵⁵² De certa forma há um momento da história moderna em que o positivismo parece ter “vencido” o iluminismo apropriando-se do direito. O direito deixa assim de ser um instrumento de emancipação iluminista e passa a ser um instrumento de regulação e controle científico-positivista. O exemplo maior desta passagem é a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen e grande influência que exerceu e ainda exerce até os dias atuais. Nossos mais altos tribunais (citamos no Brasil o caso do STF) ainda usam, embora não

4.3.1. O Ser Humano no século da biotecnologia: um novo olhar social, moral e filosófico.

A partir de Edgar Morin, retomamos a visão tripartite do ser humano⁵⁵³, com base na qual, apresentam-se três “entendimentos” de ser humano: 1- indivíduo como espécie (natureza); 2- indivíduo como membro da sociedade (sociedade) e; 3- indivíduo como *self* (noosfera). Pode-se perceber que atualmente e, sobretudo com vistas a uma perspectiva interdisciplinar, para compreender-se o ser humano para além do *self* (como característica da modernidade), há que se analisar, o indivíduo enquanto espécie. O que se discute, no fundo, é a condição humana neste contexto.⁵⁵⁴ Neste ponto é que o advento e avanço da biotecnologia vem tornar ainda mais complexa a questão, na medida em que reintroduz a dimensão de indivíduo como espécie, antes distante do discurso jurídico da modernidade (pautado primordialmente pela relação indivíduo – sociedade). Para Edgar Morin (e outros), a idéia de unidade do homem foi afirmada pelo humanismo, de forma a extrair do conceito de ser humano, a conotação carnal ou natural. Assim, constata, à luz do humanismo, que “si el *homo sapiens* descende ciertamente de la naturaleza, por su inteligencia se separa de ella. El hombre es un ser superior, y por eso se le debe respetar y honrar em cada hombre. De ahí la noción humanista universalista y emancipadora de los ‘derechos del hombre’.”⁵⁵⁵ Este autor explica ainda, como este humanismo, característico

universalmente, o pensamento de kelsen como um paradigma a ser seguido. Talvez por sua maior pragmaticidade em relação ao sistema principiológico desenhado pela Constituição Brasileira de 1988. O que esperar de nossos juristas maiores em relação à bioética e ao biodireito? Seria objeto de uma outra tese, bastante polêmica também!

⁵⁵³ Conforme entendimento de MORIN, Edgar (*et al.*). *La unidad del hombre como fundamento y aproximación interdisciplinaria*. In. MORIN, Edgar. (*et al.*). *Interdisciplinaria y ciencias humanas*. Unesco/ tecnos, 1990; e *O Paradigma Perdido- A natureza Humana*. 5.ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1991.

⁵⁵⁴ A categoria “condição humana” (assim como as já citadas “dignidade humana” e “natureza humana”) exige uma definição que possa ser social e historicamente contextualizada. Neste sentido adota-se o entendimento de Hannah Arednt (*A Condição Humana*. 10.ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2000). A autora diferencia, de início, o termo “condição humana” da categoria “natureza humana”. A condição humana corresponde a algo mais do que as condições naturais em que nos é dada à vida, é um conceito plural, ou seja, em permanente construção e interação com o mundo (em que se destacam os elementos de *labor*, *trabalho* e *ação*).

⁵⁵⁵ MORIN, Edgar (*et al.*). *La unidad del hombre como fundamento y aproximación interdisciplinaria*, p.189.

do racionalismo das “luzes”, alimentou as idéias emancipatórias modernas, mas, por outro lado encobriu a condição biológica humana:

[...] Puesto que todos los hombres son hombres, todos son, pues, por derecho libres e iguales. Este humanismo racionalista, en apariencia ‘descarnado’, recubre de hecho la unidad biológica de la especie *homo*. Pero, en lugar de extraer de ahí su fundamento en la naturaleza, lo postula por derecho y a título de ideal. [...] La idea de la unidad de la especie humana postulada por el humanismo triunfante en el Occidente dominador no ha sido nunca, en realidad, más que una noción ideal.⁵⁵⁶

Neste sentido pondera ainda, Edgar Morin, que a idéia de humanismo acabou tendo um conteúdo pobre, vazio e artificial do ponto de vista físico e biológico.⁵⁵⁷ Assim proclama que “en el corazón de nuestra cultura y de nuestro sistema de pensamiento falta un paradigma que asociaría lo uno y lo diverso en una concepción fundamental de la *unitas multiplex*.”⁵⁵⁸ A respeito da importância de uma retomada da discussão, complexa, da natureza humana, Morin conclui o seguinte:

No se puede, en efecto, prescindir de la idea de la naturaleza humana, de una unidad biológica de la especie humana, como es el caso de todas las especies vivas. Creer lo contrario sería puro delirio; sin embargo, es lo que hizo una pretendida ‘ciencia del hombre’ durante casi un siglo.⁵⁵⁹

Como bem nota Francis Fukuyama, uma das características de nossos tempos é o relativismo e a incerteza que afeta até mesmo os conceitos mais essenciais do ser humano, como natureza e dignidade humanas. A Biotecnologia atua diretamente sobre estes pontos, na medida em que cria uma novidade (atual e potencial) revolucionária:

Há, em particular, uma constante pré-disposição para permitir que o alívio da

⁵⁵⁶ MORIN, Edgar (*et al.*). *La unidad del hombre como fundamento y aproximación interdisciplinaria*, p.189.

⁵⁵⁷ Contra este humanismo veio se rebelar recentemente Peter Sloterdijk, em seu manuscrito *Regras para o parque humano: uma resposta a carta de Heidegger sobre o humanismo*, São Paulo: Liberdade, 2000.

⁵⁵⁸ Esclarece ainda que “el factor biológico ha sido dejado de lado, incluso exocizado, con la misma fuerza que se ha manifestado en la cultura occidental, bajo los rasgos del racismo hitleriano, esto es, bajo la forma de una neurosis obsesiva que reclamaba la pureza racial.” In. MORIN, Edgar (*et al.*). *La unidad del hombre como fundamento y aproximación interdisciplinaria*, p.191.

⁵⁵⁹ MORIN, Edgar (*et al.*). *La unidad del hombre como fundamento y aproximación interdisciplinaria*, p.192.

dor e do sofrimento sobrepuje automaticamente todos os outros propósitos e objetivos humanos. Pois esta será a constante barganha que a biotecnologia proporá: podemos curar esta doença, ou prolongar a vida desta pessoa, ou tornar esta criança mais dócil, ao preço de alguma qualidade humana inefável, como talento ou ambição, ou pura diversidade. (grifo nosso)⁵⁶⁰

Nesta mesma linha, pode-se constatar que a biotecnologia e o ressurgimento da perspectiva do ser humano como espécie, vêm colocar importantes questionamentos para o cientista. Surge um tema complexo. O cientista vê-se obrigado a lidar com um objeto que exige uma nova hierarquização de modelos de explicação⁵⁶¹. Sobre isto, conclui Edgar Morin:

Este é o problema-chave para a reforma do pensamento [...] A questão da racionalidade aberta é a de um jogo duplo: manter as regras da lógica clássica, aqui incluindo os três princípios aristotélicos, mas ser capaz, em alguns casos, de transgredi-los e retornar. Com isto quero dizer: não abrir mão da velha lógica mas, ao contrário, integrá-la em um jogo complexo. E direi a mesma coisa a respeito do simples e do complexo, já que a ordem é sempre o simples, o inseparável é simples e os princípios aristotélicos são simples. Mas a complexidade, o pensamento complexo, não é a pesquisa da confusão total impulsionada pela voluptuosidade de se perder na confusão. Como defini em minhas obras, a complexidade é a união da simplicidade com a complexidade, parafraseando aliás uma frase muito profunda de Hegel e que, de maneira paradoxal, um filósofo chinês do século XVII, Fang Yishi, encontrou por seu lado: a vida é a união da união com a desunião.⁵⁶²

O paradigma do indivíduo – espécie, mostra-se bem mais livre de prescrições normativas e morais. Desse ponto de vista, as descobertas recentes da biotecnologia, como a clonagem, as pesquisas com células-tronco, o diagnóstico genético pré-

⁵⁶⁰ FUKUYAMA, Francis. *No Futuro Pós-Humano*, p.180.

⁵⁶¹ Em se falando de pensamento complexo e interdisciplinaridade, podemos fazer uso mais uma vez, de Edgar Morin: “Contextualizar é o problema da ecologia. Nenhum ser vivo pode viver sem seu ecossistema, sem seu meio ambiente. Isso quer dizer que não podemos compreender alguma coisa de autônomo, senão compreendendo aquilo de que ele é dependente. O que determina também uma revolução no pensamento, pois, o conhecimento ideal implicava fechar inteiramente um objeto e pesquisá-lo exaustivamente. Isto ainda é o ideal das teses de doutorado que, em geral, são tão estéreis por essa razão.” E ainda, “[...] nenhum sistema dispõe de meios suficientes para se explicar a si próprio. Há portanto, uma série de problemas nos três pilares fundamentais do conhecimento: ordem, separabilidade e razão.” Para Morin, “O sistema, como já foi dito – o todo-, é mais que a soma das partes, isto é, no nível do todo organizado há emergências e qualidades que não existem no nível das partes quando são isoladas.” (In. MORIN, Edgar. *Por uma reforma do pensamento*. In. MORIN, Edgar (et al.). *O Pensar Complexo – Edgar Morin e a crise da modernidade*. 2.ed. Garamond. 1995, p. 25-28.

⁵⁶² MORIN, Edgar. *Por uma reforma do pensamento*, p.31.

implantatório, a manipulação e terapia genética, entre outros, podem ser encaradas como uma evolução e a sua prática como uma experiência da identidade humana.⁵⁶³

Questões como a clonagem e a manipulação genética criam um conflito entre as perspectivas do ser humano como indivíduo, espécie e sociedade. Ou seja, a unidade indivíduo-sociedade-espécie torna-se uma unidade problemática em face da biotecnologia⁵⁶⁴. Um dos referentes para esta discussão é o estudo da bioética (terceiro capítulo). A partir da reflexão ética, desenvolveu-se a deontologia e o direito. Nos tempos atuais, e em face dos avanços científicos, a bioética tornou-se o campo mais dinâmico da ética e um dos setores mais importantes da reflexão filosófica. Confere aos direitos humanos alguns de seus princípios basilares, como o direito à vida e à dignidade humana.

Contudo, como já foi dito neste trabalho, os ideários bioéticos e biojurídicos muitas vezes se diferenciam do paradigma científico e também da noção de ser humano enquanto espécie. Neste sentido parece ser o alerta da jurista Teresa Rodrigues Vieira, ao dizer que:

[...] a ciência está caminhando mais rápido do que a reflexão ética por parte da sociedade. A humanidade ainda não encontrou respostas para diversas questões éticas. Muitos requerem a discussão e a elaboração de leis sobre a bioética para legitimar a sua prática ou para proibir experiências julgadas abusivas. No entanto com o progresso veloz das pesquisas biológicas, corre-se o risco de já estarem defasadas no momento da sua promulgação.⁵⁶⁵

Por outro lado, em que pese à ausência de lei específica, é claro o posicionamento desta autora, de que a “lei deve assegurar o princípio da primazia da pessoa aliando-se às

⁵⁶³ Este é um tema que, pode-se dizer, perpassa o pensamento dos mais influentes pensadores contemporâneos de Teoria do Direito e da Sociedade. De um lado, com uma postura mais liberal, Ronald Dworkin, pautado por seus estudos sobre eutanásia e aborto (*Domínio da Vida* . São Paulo: Martins Fontes, 2003; *Sovereign Virtue- The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press. 2000); de outro lado , com uma postura mais cautelatória, ou nitidamente “antitrágica” Jürgen Habermas (*O Futuro da Natureza Humana- A caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004). No Brasil destaca-se nesta segunda perspectiva o autor Reinaldo Pereira e Silva, com suas obras recentes, *Introdução ao Biodireito – Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana* ; e *Biodireito: A Nova Fronteira dos Direitos Humanos*.

⁵⁶⁴ Como diz Jean Bernard: “As crianças não morrem mais. O homem é modificado pelo homem. Triplamente. Pelos enxertos, pelos transplantes de órgãos. Pela engenharia genética. Pelos medicamentos que modificam as funções de seu cérebro. À antiga moral de Hipócrates deve-se contrapor uma ética ativa que regule as relações da pessoa com o meio”. (In. BERNARD, Jean. *A Bioética*. São Paulo: Ática, 1998, p. 61).

⁵⁶⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. p.18.

exigências legítimas do progresso do conhecimento científico e da proteção da saúde pública.” E afirma ainda, em relação a estes casos, que mesmo ante a falta de uma lei específica, “cabe ao juiz dizer o direito, baseando-se em princípios gerais, determinando os limites”.⁵⁶⁶

Se de alguma forma a ética constitui fonte do direito, também há que se ressaltar-se a diferença entre eles: o direito aplica-se uniformemente a todos; a ética pode variar segundo comunidades filosóficas em que se exerce.⁵⁶⁷

A relação entre direito e moral, tem importância central para o atual modelo de civilização estabelecido pela modernidade. Em que pesem as divergências e diferenças intrínsecas entre os diversos aspectos caracterizadores do ser humano, sua cultura, seu grupo social ou sua etnia, o esforço do direito e da moral moderna, têm sido no sentido da universalização de certos valores tidos por fundamentais. Assim é que surgiu, para bem situar historicamente, a Organização das Nações Unidas – ONU.

Para Edward O. Wilson, “a necessidade de pertencer a um grupo e ser fiel a ele transformaram-se em características do homem”⁵⁶⁸. Para Katerina Stenou⁵⁶⁹, diretora da divisão de políticas culturais da UNESCO, “apesar de ter sido elaborada por algumas nações, a Declaração (DUDH) serve para defender qualquer ser humano da violência e da intolerância”. Para ela o texto da Declaração “está sempre aberto a receber contribuição de outras culturas, mas não podemos aceitar a idéia de que os direitos individuais podem ser desrespeitados com a desculpa de que as culturas são diferentes”. Por outro lado, para o índio e antropólogo Daniel Munducuru, “textos como a Declaração dos Direitos

⁵⁶⁶ Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. p.18.

⁵⁶⁷ Muitos países têm criado comissões multidisciplinares com diferentes “visões” de bioética. Ver neste sentido ENGELHARDT, Tristram. *Fundamentos de Bioética*. Para este autor, onde não há conflitos, não há humanidade. A bioética, seria muito mais útil, no mundo globalizado atual, em sua modalidade secular, do que em uma modalidade principialista essencial canônica. Antes de advogar a aplicação da bioética cumpre analisar, que modalidade de bioética teria melhores efeitos nos tempos atuais.

⁵⁶⁸ In. *Revista Super Interessante*. Ano 15, n.7, julho 2001. p.84. O mesmo autor sustenta também que a solidariedade interna ao grupo não vale para os grupos de fora. Cada grupo tenta impor seus valores como os melhores, resistindo a aceitar as diferenças culturais. Assim, por exemplo, se já são várias as polêmicas envolvidas nas regras do futebol, muito mais seriam as tentativas de criar regras de conduta para toda a humanidade. Esta é justamente a idéia da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da ONU. Indaga-se até que ponto um grupo seletivo de países podem definir os valores a serem seguidos por toda a humanidade.

⁵⁶⁹ Cf. *Revista Super Interessante*. Ano 15, n.7, julho 2001. p. 84.

Humanos foram escritos por povos que abandonaram valores comunitários. Isso faz pouco sentido para os índios, que ainda seguem estes valores”.⁵⁷⁰

Ante este primeiro impasse apresentado apresentam-se duas perspectivas:

A primeira vem sendo sustentada por alguns pensadores e filósofos, segundo os quais, tais impasses, que poderiam ser comparados a uma conversa de botequim onde não se vislumbra consenso possível, ilustram o que vem sendo chamado de *pós modernidade*. Como explica Ciro Marcondes Filho⁵⁷¹, “é difícil para a humanidade conviver com a idéia que não existem certezas universais”. Sustenta-se que, assim como o homem ficou um pouco aturdido quando descobriu que a Terra não é o centro do nosso sistema solar, ele deve se acostumar com a noção de que não existe uma razão universal.

A segunda perspectiva é acreditar na existência de um mínimo denominador comum entre as culturas, capaz de definir uma ética universal válida para todas as sociedades do planeta.

Neste sentido apresenta-se a idéia de que a bioética representa a esperança de uma “nova via regulatória”, com o fim de conciliar o desenvolvimento e a democracia. Este parece ser o pensamento inovador, de Débora Diniz⁵⁷². Para além da tradicional postura principialista da bioética, esta autora procura contextualizar a bioética com a realidade, de forma que possa, efetivamente, cumprir seus objetivos de permitir a resolução de conflitos cada vez mais complexos do mundo contemporâneo. Para tanto, há que se construir uma bioética secular e tolerante em relação à diversidade e o pluralismo. Fala-se do pluralismo bioético, cujo grande expoente é Tristram Engelhardt. (terceiro capítulo).

De acordo, ainda, com a categorização de Débora Diniz, entende-se que o paradigma jurídico, sobretudo no que tange aos direitos humanos (que aqui pode ser representado pelo novo ramo: o “biodireito”) caracteriza-se por uma intensa “antitragicidade”.

Se, muitas vezes, não temos a conformação jurídico positiva necessária para regular e controlar a “tragicidade” da biotecnologia que se anuncia, temos a bioética como um instrumental racionalista plasmado para esta situação.

⁵⁷⁰ Cf. *Revista Super Interessante*. Ano 15, n.7, julho 2001. p. 84.

⁵⁷¹ Coordenador do Centro de Estudos e Pesquisas em Novas Tecnologias, Comunicação e Cultura da Universidade de São Paulo- USP. Cf. *Revista Super Interessante*. Ano 15, n.7, julho 2001. p.85.

⁵⁷² DINIZ, Débora. *Conflitos Morais e Bioética*.

Interessante observar, no entanto, como o sistema “racionalizante” e regulatório do mundo jurídico nacional e internacional, tem se esforçado na linha “antitrágica”, e muitas vezes, não se permite de fato compreender a dimensão do “problema” ou da “tragédia” iminente.

Como procuramos demonstrar no decorrer do trabalho, o dilema Direitos Humanos / biotecnologia, é de alta complexidade e exige uma análise interdisciplinar. Isto de certa forma, não tem sido feito historicamente, pelo modelo jurídico regulatório moderno. Em certa forma, como dito, na medida em que se “fortalecem”, se “enrudecem”, os mecanismos de defesa dos direitos humanos, também se fragilizam, ante a complexidade e a ambigüidade do problema. Restaria à Bioética o papel de melhor interagir com tal complexidade. A julgar por uma bioética canônica (não apenas religiosa), esta abertura à complexidade, não se dará, podendo também, a bioética enfraquecer-se como alternativa.

Esclarece Fermin Roland Schramm⁵⁷³, que é justamente em função da complexidade do problema, que se faz necessária uma nova disciplina como a Bioética. Se assim não fosse, bastaria a ética tradicional e a sabedoria do passado. Tais problemas, complexos, devem ser enfrentados a fim de evitar todo tipo de fundamentalismo, seja laico ou religioso, que via de regra, piora a vida e o bem-estar de toda a população.

Neste intuito, faz-se necessária, uma ponderação imparcial, racional e paciente de todos os argumentos inerentes, respeitando-se as diversas crenças pessoais e comunidades morais envolvidas, desde que, não prejudiquem concretamente o interesse geral. Devemos portanto, “tolerar alguma forma de constrangimento, pois é somente assim que podemos viver, em ‘santa paz’, num mundo em que os interesses e os valores legítimos são muitos e, quase sempre, em conflito entre si.”⁵⁷⁴ Vale , por fim trazer a conclusão deste autor:

[...] talvez não seja mais possível, atualmente, termos uma moral geral comum, isto é, uma moral forte ou *compreensiva*, capaz de gerar o consenso de todos sobre os máximos sistemas de valores, mas, ao contrário, uma moral fraca ou *política*, resultante (como propõe John Rawls) de desacordos

⁵⁷³ SCHRAMM, Fermin Roland. *Genética: um jano de duas faces?* In. GARRAFA, Volnei ; COSTA, Sérgio Ibiapina F; OSELKA, Gabriel. (orgs.) *A Bioética no século XXI*.

⁵⁷⁴ SCHRAMM, Fermin Roland. *Genética: um jano de duas faces?* p. 137.

razoáveis e de um *overlapping consensus* (consenso por sobreposição ou por intersecção) sobre alguns bens primários que devem ser equitativamente compartilhados. Em particular sobre a engenharia genética não existe consenso, nem existe uma teoria moral que a justifique em qualquer circunstância. Entretanto, pode-se dizer que os argumentos contrários resultam mais de medos injustificados e de reações prevalentemente emocionais do que de reais perigos, sobretudo se a encaramos como sanitaristas e bioeticistas laicos e seculares.⁵⁷⁵

Aprofundar os desafios trágicos implicados na aplicação das biotecnologias, seja as já existentes (como a pesquisa com células-tronco e o DGPI), ou as que estão por vir (manipulação genética, eugenia positiva e clonagem, entre outros), exige uma compreensão mais ampla e interdisciplinar, do que os marcos regulatórios oferecidos pelo biodireito e pela bioética principialista têm sido capazes de oferecer. Tudo isto revela a necessidade de superação do dualismo *trágico/ antitrágico*, que caracteriza os direitos humanos e a bioética na modernidade.⁵⁷⁶

Falamos da insuficiência do marco racional legal, do conjunto *Direitos Humanos/Biodireito*, combinado com o conjunto *Sistema Inter-estatal de Direitos Humanos/ Estados Constitucionais*, em outras palavras, do aparato de racionalidade das instituições de governabilidade modernas.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ SCHRAMM, Fermim Roland. *Genética: um jano de duas faces?* p. 137.

⁵⁷⁶ Um exemplo deste esforço antitrágico da bioética/biodireito se revela a partir de uma conscientização ante os impactos da ação humana no meio ambiente (seja através da alteração, destruição e poluição da biota, bem como a manipulação genética de seres vivos). Assim, em 1991, foi criado o Comitê Internacional de Bioética da Unesco, que levou quatro anos para preparar a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem. Esta declaração, que viria a ser adotada em Novembro de 1997, reflete sobremaneira os diversos aspectos envolvidos na problemática desta pesquisa. Entende-se que o avanço técnico-científico tem um preço alto em nome da melhoria da qualidade de vida e, partindo-se da idéia de que a terapia genética toca a todos nós, “seres humanos”, a Declaração Universal do Genoma Humano, expressa a preocupação de proteger o homem da exploração comercial e de cientistas irresponsáveis.

⁵⁷⁷ neste sentido há que destacar o divisionismo (discreto) que atua no seio mesmo da Organização das Nações Unidas (um dos maiores marcos de governabilidade e racionalismo da modernidade). Ocorre que esta organização encontra-se dividida entre setores: um setor voltado para questões como comércio, finança e segurança global e outro setor voltado para proteção de reivindicações como direitos humanos, meio ambiente e bioética. Sustentamos neste trabalho, correndo o risco de causar descontentamento, que o “primeiro setor” é o que de fato detém governabilidade. Nesta medida as questões ligadas à biotecnologia (e transversalmente também à bioética) serão reguladas na medida em que tenham alguma importância para o “primeiro setor”. Sobre isto também já ponderou Tristram Engelhardt, quando se manifesta sobre a bioética na pós-modernidade. (In. *Fundamentos da Bioética*).

4.3.2. Interdisciplinaridade e filosofia : O novo papel da ciência e do direito

Enfocamos aqui o papel do avanço da ciência (biotecnologia) na redescoberta do ser humano como espécie (colocada em segundo plano pelo projeto jurídico da modernidade). A noção de homem-espécie, as potenciais alterações no genoma humano e as implicações de tudo isto na regulação da vida em sociedade, traz uma grande incerteza e um grande desconforto para o direito moderno contemporâneo.

O pensador português Boaventura de Sousa Santos, contribui no sentido de compreender o significado das categorias ciência e direito no paradigma da modernidade, em crise. Para este autor, a modernidade (caracterizada a partir dos pilares principais, da regulação e da emancipação), teve a sua força regulatória reduzida, à medida que as dimensões emancipatórias do pilar da emancipação convergiram com o desenvolvimento capitalista, a dois grandes instrumentos de racionalização da vida coletiva, a ciência moderna e o direito estatal moderno. A crise de ambos coincide por isso, com a "crise do paradigma dominante, uma crise epistemológica e societal".⁵⁷⁸

Aqui então, podemos suscitar a metáfora dos espelhos sociais. As sociedades seriam a imagem que têm de si vistas nos espelhos que constroem para reproduzir as identificações dominantes em um determinado momento histórico: “são os espelhos que, ao criar sistemas e práticas de semelhança, correspondência e identidade, asseguram as rotinas que sustentam a vida em sociedade. Uma sociedade sem espelhos é uma sociedade aterrorizada pelo seu próprio terror”. E explica Boaventura de Sousa Santos:

[...]há duas diferenças fundamentais entre o uso de espelhos pelos indivíduos e o uso dos espelhos pela sociedade. A primeira diferença é, obviamente, que os espelhos da sociedade não são físicos, de vidro. São conjuntos de instituições, normatividades, ideologias que estabelecem correspondências e hierarquias entre campos infinitamente vastos de práticas sociais. São essas correspondências e hierarquias que permitem reiterar identificações até o ponto de estas se transformarem em identidades. A ciência, o direito, a educação, a informação, a religião e a tradição estão entre os mais importantes espelhos das sociedades contemporâneas. O que eles refletem é o

⁵⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, V.1, 2ed. São Paulo: Cortez, 2000. p.42.

que as sociedades são. Por detrás ou para além deles, não há nada. (grifo nosso).⁵⁷⁹

Nota-se que as metáforas de Rawls (véu da ignorância) e de Santos (os espelhos sociais), têm direta relação com o tema desta pesquisa. O direito moderno, aqui entendido como um importante espelho social, encontra-se em um contexto de perplexidade ante o avanço quase sem limites da lógica técnico científica, representada pela biotecnologia.

Um outro olhar, mais racionalista do tema é dado por Jürgen Habermas em recente trabalho, *O Futuro da Natureza Humana*⁵⁸⁰. Neste trabalho Habermas sustenta, a despeito do discurso da pós modernidade, que o legislador ainda tem importante papel racionalizante, em face das novidades da biotecnologia. Alerta, no decorrer de toda a obra para o risco do que chama de “eugenia liberal”⁵⁸¹:

A discussão pública dos cidadãos sobre a admissibilidade de proedimentos de eugenia negativa pode voltar a acender sempre que se acrescentar uma nova doença hereditária à lista que o legislador deve especificar com precisão. Com efeito, toda permissão de uma nova intervenção genética de caráter terapêutico antes do nascimento representa um peso inaudito para os pais, que, por razões de princípio, não querem fazer nenhum uso dessa permissão. Quem rejeita uma prática eugênica permitida, o que simplesmente se tornou habitual, e prefere aceitar uma deficiência que poderia ser evitada, tem de suportar a crítica de omissão e possivelmente o ressentimento do próprio filho. Antecipando essas conseqüências, a necessidade de justificação, com a qual se confronta o legislador a cada novo passo dado nessa direção, felizmente ainda é muito grande. A formação da opinião e da vontade política geral poderá ser encontrada numa constelação diferente daquela dos debates sobre o aborto, porém sua polarização será igualmente profunda.⁵⁸²

⁵⁷⁹ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum*. p.48.

⁵⁸⁰ Esta obra de Habermas pode ser reconhecida como uma resposta à obra provocativa de Peter Sloterdijk, *Regras para o Parque Humano*, alguns anos antes, em este autor teria relativizado e mesmo ironizado conceitos clássicos da modernidade e da visão humanista.

⁵⁸¹ De uma certa forma, esta obra de Habermas é uma resposta direta para Sloterdijk e uma resposta indireta para Ronald Dworkin, que em seu também recente trabalho, *Life's Dominion* (publicado no Brasil, como *O Domínio da Vida*), apresenta uma visão mais liberal em relação ao controle da biotecnologia. Para Dworkin, em casos “bioéticos” como o aborto, a opção é de ordem individual e tem proteção no princípio constitucional de liberdade (assim como também o tem a opção religiosa). Neste sentido ampara-se no famoso caso da jurisprudência norte americana, *Roe x Wade*.

⁵⁸² HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*.p. 123

Considerando que o objetivo principal desta pesquisa é aprofundar o debate em torno da condição humana neste século biotecnológico, os diferentes enfoques possíveis sobre o problema, parecem não convergir. Se partimos do modelo científico tecnológico, identificado e maravilhado com as recentes descobertas em torno do ser humano como espécie, nossa percepção tende à estreiteza. Por outro lado, se adotamos o modelo ético jurídico, historicamente característico do ser humano como membro da sociedade, nossa compreensão corre igual risco de estreiteza, bem como de radicalismo ao pretender se impor sobre o primeiro modelo. Em certa medida, as diferentes perspectivas (não raro dotadas de um discurso de “verdade absoluta”), constituem-se também em “espelhos sociais”.

Ainda, para melhor ilustrar o efeito “espelho” do modelo da ciência e da tecnologia um bom exemplo é o de Charles Darwin. Este cientista deu ao homem e à mulher industrial a segurança de que precisavam para confirmar que o modo como organizavam sua existência estava em “harmonia” com a ordem natural das coisas. Assim também,

nossas idéias mais recentes sobre a evolução parecem ser compatíveis com a nova maneira como vamos organizando a vida econômica no século biotecnológico. Mais uma vez fornecemos uma tão necessária segurança de que o que estamos fazendo é um simples reflexo da ordem natural das coisas, e portanto é justificável e inevitável.⁵⁸³

O poder de convencimento da ciência e do discurso “expert” é uma característica da modernidade contemporânea.⁵⁸⁴ A isto, soma-se ainda, o efetivo apoio que tem sido

⁵⁸³ Cf. RIFKLIN, Jeremy. *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. p. 207-208. Neste sentido, o autor procura alertar: “[...] Uma vez que uma cosmologia foi amplamente aceita, há pouca chance de gerar um debate considerado sobre como a economia e a sociedade foram organizadas. O público na grande maioria começa a ver a nova reorganização econômica e social como uma ampliação das próprias suposições operacionais da natureza, mais que como um desvio. Portanto, qualquer crítica provavelmente será vista com suspeita já que ela parecerá estar desafiando uma ordem social organizada, em todos os seus detalhes para refletir a ordem natural” . E ainda: “o que tornou a cosmologia de Darwin tão terrivelmente atraente é que ela muito convenientemente se encaixou na época para a qual foi escrita”. (RIFKLIN, Jeremy. *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. p.208.)

⁵⁸⁴ Justamente neste sentido é o alerta de Richard Lewontin. Este autor questiona a pretensa neutralidade do discurso científico. Para ele, também a biologia tem ideologias. Ver. LEWONTIN, Richard. *Biologia como Ideologia*. Face a esta realidade, parecem ingênuas, certas posturas conceituais como a “ética do discurso” de Habermas, ou a “modernização ecológica” de Moll.

dado a esta lógica científico-desenvolvimentista pelo mercado e pela mídia (a ela intimamente relacionada)⁵⁸⁵. É fato, que ciência e mídia são setores amplamente globalizados. A facilidade de obtenção de informação na sociedade globalizada no entanto não vem acompanhada de uma diminuição de complexidade. Surpreende constatar exatamente o contrário: verificamos justamente um aumento de complexidade. Eis o contexto em que são chamadas as tradicionais instâncias de governabilidade moderna, e seus também tradicionais conceitos e valores. Mais do que nunca, urge o debate interdisciplinar e a reflexão filosófica sem preconceitos. Sobre isto se posiciona Bassarab Nicolescu:

Como se explica que quanto mais sabemos do que somos feitos, menos compreendemos quem somos? Com se explica que proliferação acelerada das disciplinas torne cada vez mais ilusória toda unidade do conhecimento? Como se explica que quanto mais conheçamos o universo exterior, mais o sentido de nossa vida e de nossa morte seja deixado de lado como insignificante e até absurdo? A atrofia do ser interior seria o preço a ser pago pelo conhecimento científico? A felicidade individual e social, que o cientificismo nos prometia, afasta-se indefinidamente como uma miragem. Dirão a nós que a humanidade sempre esteve em crise e que sempre encontrou os meios para sair dela. Esta afirmação era verdadeira outrora. Hoje, equivale a uma mentira. Pois pela primeira vez em sua história, a humanidade tem a possibilidade de destruir a si mesma inteiramente, sem nenhuma possibilidade de retorno. Esta destruição potencial de nossa espécie tem uma tripla dimensão: material, biológica e espiritual. Na era da razão triunfante, o irracional é mais atuante do que nunca. (grifo nosso).⁵⁸⁶

Conforme Jean Bernard, a bioética, atualmente, tem “quatro inimigos”, a saber: “a ignorância, o dogma, a magia, o lucro.” Indaga-se então, este autor, de que forma, com que armas e princípios, é possível combatê-los.⁵⁸⁷ Uma primeira tentativa, talvez seja a identificação das insuficiências. A partir de uma visão interdisciplinar, detectamos um “ponto vulnerável” de todo este ideal racionalizante da bioética e do biodireito. Qual seja: A ciência (representada pela biotecnologia) vem apresentando uma possibilidade de re-

⁵⁸⁵ É notável por exemplo a qualidade e a frequência de campanhas publicitárias (para se falar do Brasil) que a empresa (também de biotecnologia) Monsanto tem feito na mídia televisiva em nosso país, suscitando a respeito das diversas vantagens dos alimentos transgênicos por ela desenvolvidos.

⁵⁸⁶ NICOLESCU, *Manifesto da Transdisciplinariedade*. p. 11.

⁵⁸⁷ BERNARD, Jean. *A Bioética*. São Paulo: Ática, 1998, p. 61.

significação do conceito de natureza humana.⁵⁸⁸ Assim, por consequência, também pode ser relativizado o conceito de dignidade humana (entendido como fundamento da própria bioética e dos direitos humanos). Com relação a isso pondera Francis Fukuyama:

Por mais que agrade aos cientistas naturais manter uma muralha da China separando o que ‘é’ natural, que eles estudam, e o ‘deve’ moral e político engendrado no discurso sobre direitos, isso não passa afinal de um subterfúgio. Quanto mais a ciência nos diz sobre a natureza humana, mais implicações há para os direitos humanos e, portanto, para o planejamento de instituições e políticas públicas que os protejam. Essas descobertas sugerem, entre outras coisas, que as instituições democráticas liberais capitalistas foram bem-sucedidas porque estão fundadas em pressupostos sobre a natureza humana muito mais realistas que os de seus concorrentes. (grifo nosso).⁵⁸⁹

Um outro lado deste debate, encontra-se, nos aspectos sociais das transformações na modernidade (com destaque para a globalização da economia e a prevalência do mercado global como instrumento regulatório).

Resta, entretanto, uma dimensão ainda “livre” neste debate. Trata-se da dimensão filosófica. Falamos de uma dimensão filosófica independente, descomprometida (por assim dizer) seja com os ideais naturalistas dos direitos humanos, seja com a competitividade e lógica de concorrência da globalização econômica. Talvez essa filosofia autêntica possa dar algumas luzes (tão esperadas) ou ao menos “arejar” um pouco mais nosso debate.

⁵⁸⁸ Contra essa ameaça de “irracionalidade”, reage Habermas: “O universalismo igualitário é amplamente reconhecido como uma grande conquista moderna. Por isso, se ele for questionado não será de forma alguma por outras morais ou outras concepções éticas da espécie. Só as consequências imperceptíveis de práticas às quais silenciosamente nos acostumamos é que poderiam abalá-lo. O que mina os pressupostos naturais (e, por conseguinte, mentais) de uma moral, na qual ninguém quer tocar explicitamente, não são as imagens naturalistas do mundo, mas as biotecnologias, cujo desenvolvimento se dá irrefreadamente.” E ainda, “[...] Contra essa corrosão desprovida de teoria, mas repleta de consequências práticas, a inserção *estabilizante* da nossa moral numa autocompreensão ética da espécie ajuda-nos a tomarmos consciência do valor dessa moral e de seus pressupostos, antes de nos habituarmos à revisão furtiva daquilo que, até agora, fazia com que a consciência da autonomia e a igualdade entre as gerações fossem pensadas como evidentes.” (grifo nosso). (In. HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*.p. 128).

⁵⁸⁹ FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*, p.116.

Alguns autores contemporâneos têm se dedicado aos dilemas sociais, políticos e jurídicos, colocados, principalmente, pela biotecnologia e seus desdobramentos com respeito à natureza humana.⁵⁹⁰

Um filósofo que se destacou neste debate, talvez por seu posicionamento provocativo, é Peter Sloterdijk. Este autor, com base em pensadores como Nietzsche, Platão e Heidegger, e a partir de uma obra deste último (*Carta ao Humanismo*), defende uma superação da perspectiva humanista em um sentido tradicional:

Se o desenvolvimento a longo prazo também conduzirá a uma reforma genética das características da espécie – se uma antropotecnologia futura avançará até um planejamento explícito de características, se o gênero humano poderá levar a cabo uma comutação do fatalismo do nascimento ao nascimento opcional e à seleção pré-natal – nestes perguntas, ainda que de maneira obscura e incerta, começa a abrir-se à nossa frente o horizonte evolutivo. (grifo nosso).⁵⁹¹

Embora talvez tenha razão em muitos de seus argumentos, suas críticas acabaram despertando fortes reações e esquentando o debate a respeito das modernas biotecnologias e a condição humana contemporânea. Autores importantes como Habermas, Dworkin, Fukuyama, Latour, entre outros, com visões específicas, se posicionaram neste debate⁵⁹². De alguma forma o pequeno trabalho de Sloterdijk, *Regras para o parque humano*, apresentado na conferência de Elmau (1999) trouxe o tema dos potenciais efeitos da biotecnologia, para a linha de frente e esquentou o cenário filosófico contemporâneo.

⁵⁹⁰ Destacamos neste momento do trabalho recentes obras de Fukuyama, Habermas e Sloterdijk. FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*; HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*; e SLOTERDIJK, Peter. *Regras para o parque humano – uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo*.

⁵⁹¹ SLOTERDIJK, Peter. *Regras para o Parque Humano*, p. 47.

⁵⁹² Imediatamente após a apresentação de *Regras para o parque humano*, em julho de 1999, diversos filósofos se posicionaram (em geral de forma contrária) em relação a este texto e seu autor - Sloterdijk. Algumas exceções interessantes são Ronald Dworkin e Bruno Latour. O primeiro por ter uma visão mais liberal, pró engenharia genética, defende o progresso como uma coisa boa e nos diz para confiar na ciência institucional para fazer as decisões certas (In. <http://www.zeit.de>, 16 de setembro de 1999). Latour por sua vez reconhece em Sloterdijk um crítico provocante que trouxe questões importantes para o debate. Para este autor Sloterdijk é vítima de uma grande incompreensão, uma vez que pretende justamente proteger-nos do eugenismo biotecnológico. (artigo: “Sloterdijk, l’insupportable” In. *Le monde des Débats*, Novembre 1999). Não podemos deixar de ressaltar contudo o caráter muitas vezes petulante de Sloterdijk. Este autor escreveu um artigo (<http://www.zeit.de> em 2 de setembro de 1999) acusando Habermas de estar agindo indiretamente contra ele, e não ousando responder direta e publicamente a suas críticas.

Francis Fukuyama, pautado por uma visão mais ampla, a nosso ver, do que o racionalismo de Habermas, vai além de um “utilitarismo racional”, como fundamento da preocupação com a “sobrevivência da espécie humana. Este autor traz algumas reflexões interessantes para o presente dilema. Concordamos com Fukuyama, em relação à insuficiência do utilitarismo para dar conta de um problema muito mais complexo do que um “cálculo utilitário de custo benefício relativo a futuras tecnologias médicas”. O que está em jogo é a definição de natureza humana, é a própria fundamentação do senso moral humano, que tem sido uma constante desde que surgiram os seres humanos. O medo mais profundo “que as pessoas expressam acerca da biotecnologia nada tem de utilitário. Trata-se antes de um medo, de que, no fim das contas, ela nos faça de algum modo perder nossa humanidade.”⁵⁹³

Se como previu Nietzsche, estamos fadados a superar esse senso moral e seguir rumo a uma *terra incognita*, precisamos aceitar honestamente as consequências do abandono de padrões naturais de certo e errado, o que pode nos levar a um território por muitos não desejado. Para compreender esta situação paradigmática da condição humana precisamos compreender os princípios e teorias de direitos, bem como o papel da natureza humana no conjunto desta ordem política.

Diferentemente de Sloterdijk e Fukuyama, Habermas argumenta que as novas tecnologias (cujas consequências podem estar num futuro próximo), implicam, além de dúvidas normativas, profundas dúvidas éticas. Assim, pergunta-se:

À aplicação da técnica de pré-implantação vincula-se a seguinte questão normativa: ‘É compatível com a dignidade humana ser gerado mediante ressalva e, somente após um exame genético, ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento?’⁵⁹⁴ Podemos dispor livremente da vida humana para fins de seleção? Uma questão semelhante se faz quanto ao aspecto do ‘consumo’ de embriões (inclusive a partir das próprias células somáticas) para suprir a vaga esperança de um dia poder-se produzir e enxertar tecidos transplantáveis, sem ter de enfrentar o problema de transpor

⁵⁹³ FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano*, p. 115. Esta também parece ser a preocupação de Habermas. Para este autor, as possíveis implicações (futuras) da biotecnologia sobre a natureza humana, poderiam desfigurar direitos humanos fundamentais, como a liberdade. Por isso, então, afirma Habermas, haveria uma justificativa racional (e não “canônica”, a seu ver) para limitar o avanço da biotecnologia. Diferencia-se, neste sentido, de Ronald Dworkin, que não vê tais riscos aos direitos humanos, advindos da biotecnologia.

⁵⁹⁴ KOLLEK, R. *Präimplantationsdiagnostik*, Tübingen e Basel (A. Francke), 2000, p. 214; *Apud*. HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*.p. 29.

as barreiras da rejeição a células estranhas. Na medida em que a produção e a utilização de embriões para fins de pesquisas na área médica se disseminam e se normalizam, ocorre uma mudança na percepção cultural da vida humana pré-natal e, por conseguinte, uma perda de sensibilidade moral para os limites dos cálculos do custo-benefício. (grifo nosso).⁵⁹⁵

A partir destes questionamentos, acima, o autor vai apresentar algumas considerações. Uma primeira conclusão, é a constatação da necessidade de legislação pública para delimitar os conceitos de prevenção e eugenia. Alerta, que quando “se considera que os *outsiders* da medicina já estão trabalhando em clones reprodutores de organismos humanos, impõe-se a perspectiva de que em pouco tempo a espécie humana talvez possa controlar ela mesma sua evolução biológica.”⁵⁹⁶ A segunda conclusão, vai no sentido de um “despertar” em relação às armadilhas da complexidade contemporânea. Sobre isto, manifesta-se o autor, não sem uma certa dose de ironia e acidez:

Com efeito, não é a primeira vez que as sugestões de uma teoria da evolução inseridas no mundo da vida formam o horizonte associativo das discussões públicas. Hoje, a mistura explosiva do darwinismo com a ideologia do livre-comércio, que se disseminou na virada do século XIX para o século XX, sob a proteção da Pax Britannica, parece renovar-se sob a influência do neoliberalismo que se globalizou. Certamente, não se trata mais da supergeneralização social-darwinista de conhecimentos sobre a biologia, mas do afrouxamento, que se fundamentou ao mesmo tempo na medicina e na economia, dos ‘grilhões sociomoraís’ do avanço biotécnico. (grifo nosso).⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*.p. 28-29. “Ambos os temas, o do DGPI e o da pesquisa sobre células-tronco, partem da perspectiva da auto-instrumentalização e da auto-otimização, que o homem está a ponto de acionar com os fundamentos biológicos de sua existência, dentro do mesmo contexto. A partir deste ponto, destaca-se a combinação normativa e discreta entre a intangibilidade da pessoa, ordenada moralmente e garantida juridicamente, e a indisponibilidade do modo natural de sua representação corporal.” (grifo nosso). (In. *O Futuro da Natureza Humana*.p. 29

⁵⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. p. 30. “[...]‘Protagonistas da evolução’ ou até ‘brincar de Deus’ são as metáforas para uma autotransformação da espécie, que parece iminente.” (*O Futuro da Natureza Humana*, p. 30). Sobre este risco ainda pondera o autor: “Neste ponto, entra em ação o argumento, preparado durante muito tempo, de que o desenvolvimento da técnica genética, no que se refere à natureza humana, torna pouco nítida a distinção categorial e profundamente sedimentada do ponto de vista antropológico entre o subjetivo e o objetivo, entre o que cresceu naturalmente e o que foi fabricado. Por essa razão, para mim, junto com a instrumentalização da vida pré-pessoal está em jogo uma autocompreensão da ética da espécie, que determina se ainda podemos continuar a nos compreender como seres que agem e julgam de forma moral. Quando nos faltam razões morais que nos forcem a uma determinada atitude, temos de nos ater aos indicadores éticos da espécie.” (grifo nosso). (In. *O Futuro da Natureza Humana*. p. 98)

⁵⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*.p. 30-31

E ainda:

[...] As fantasias nietzschianas dos que se autopromovem, que enxergam ‘na luta entre os pequenos e grandes cultivadores do ser humano’ o ‘conflito básico de todo o futuro’ e encorajam ‘os principais segmentos culturais’ a ‘exercer o poder de seleção que eles conquistaram de fato’, satisfazem, de modo provisório, apenas o espetáculo da mídia. (grifo nosso).⁵⁹⁸

Habermas deixa claro, sua vertente moderna antitrágica⁵⁹⁹, que, parafraseando Débora Diniz, impescinde de “ilusões antitrágicas”, como o Estado Constitucional de Direito e as Instituições (Nacionais e Internacionais) de proteção dos Direitos Humanos. Neste entendimento, o autor posiciona-se claramente a favor de uma maior regulamentação (controle) da biotecnologia. Pauta-se pelos ideais já tratados neste trabalho (terceiro capítulo), como a indisponibilidade do patrimônio genético humano - elemento de autocompreensão dos seres humanos como seres morais. O autor apresenta uma lista de argumentos lógicos para sustentar sua posição:

O fenômeno inquietante, é o desvanecimento do limite entre a natureza que *somos* e a disposição orgânica que nos *damos*. A questão sobre o significado da indisponibilidade dos fundamentos genéticos de nossa essência corporal para a própria conduta de vida e sobre nossa autocompreensão enquanto seres morais compõem a perspectiva a partir da qual observo a discussão atual sobre a necessidade de regulamentação da técnica genética (I). Segundo minha concepção, os argumentos que se tornaram conhecidos com o debate sobre o aborto dão um encaminhamento inadequado à questão. O direito a uma herança genética não-manipulada é um tema diferente daquele sobre a regulamentação da interrupção da gravidez (II). A manipulação dos genes toca em questões relativas à identidade da espécie, sendo que a autocompreensão do homem enquanto um ser da espécie também compõe o contexto em que se inscrevem nossas representações do direito e da moral (III). A mim interessa especialmente a questão que trata do modo como a neutralização biotécnica da distinção habitual entre ‘o que cresceu naturalmente’ e ‘o que foi fabricado’, entre o subjetivo e o objetivo, muda a autocompreensão ética da espécie que tínhamos até agora (IV) e afeta a autocompreensão de uma pessoa geneticamente programada (V). Não podemos excluir o fato de que o conhecimento de uma programação eugênica do próprio patrimônio hereditário limita a configuração autônoma da vida do

⁵⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. O Futuro da Natureza Humana.p. 31

⁵⁹⁹ Esta expressão “antitrágico” é melhor explorada no livro de Débora Diniz, *Conflitos Morais e Bioética*. Brasília: Letras Livres, 2001.

indivíduo e mina as relações fundamentalmente simétricas entre pessoas livres e iguais (VI). O uso de embriões exclusivamente para pesquisa e o diagnóstico genético de pré-implantação desencadeiam fortes reações, pois são percebidos como uma exemplificação dos perigos de uma eugenia liberal que se aproxima de nós.(VII). (grifo nosso)⁶⁰⁰

Em sua obra, Habermas concentra-se em alguns aspectos mais relevantes da revolução biotecnológica, sobretudo, a pesquisa com células-tronco e o DGPI (diagnóstico genético pré implantatório). Estes procedimentos revelam, já em seu estágio inicial, como o modo de vida humano poderia ser alterado, caso as intervenções biotecnológicas visando alteração genética se emancipassem do contexto terapêutico e se tornassem habituais. Em face destas concretas possibilidades, indaga-se, este autor, se “conseguiremos ainda continuar a nos compreender como pessoas, que se entendem como autores únicos de sua própria vida e tratam todas as outras pessoas, sem exceção, como se tivessem nascido sob as mesmas condições?”⁶⁰¹ E busca respostas:

Certamente, essa situação acirra a discussão atual apenas enquanto ainda tivermos algum interesse existencial em pertencer a uma comunidade moral. Não é evidente que *desejemos* receber o *status* de membro de uma comunidade, que exige igual respeito por cada um e responsabilidade solidária para com todos. O fato de *termos* de agir de forma moral está subentendido no próprio sentido da moral. Todavia, por que deveríamos querer ser morais, se a biotécnica silenciosamente está anulando nossa identidade de seres da espécie? Uma avaliação da moral no todo não é um julgamento moral em si, mas um julgamento ético em relação à espécie humana.”⁶⁰²

Uma proposta de compreensão do problema é por meio do processo de secularização, que conforme já mencionado anteriormente, é característico da modernidade. Parece uma ironia, mas a própria modernidade, na medida em que “dessacralizou-se”, “descanonizou-se” (ou pelo menos se esforçou para tanto), acaba também enfraquecendo-se moralmente. E o avanço da ciência/ biotecnologia, deixa isto bem claro. Neste sentido parece ser, também, o entendimento de Habermas:

⁶⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. O Futuro da Natureza Humana.p. 32-33

⁶⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*.p. 100

⁶⁰² HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*.p. 100.

Quando as imagens religiosas e metafísicas do mundo perderam sua força universal, após a transição para um pluralismo ideológico tolerado, nós (ou a maioria de nós) não nos tornamos cínicos frios nem relativistas indiferentes, pois nos mantivemos no código binário de julgamentos morais de certo e errado – e assim *quisemos* nos manter. Adaptamos as práticas do mundo da vida e da comunidade política às premissas da moral da razão e dos direitos humanos, pois elas forneciam uma base comum favorável a uma existência da dignidade humana acima das diferenças ideológicas. Talvez, hoje a resistência afetiva à temida alteração da identidade da espécie humana possa ser esclarecida – e justificada – por motivos semelhantes.⁶⁰³

Este argumento, de Habermas, nos remete à diferenciação entre autores como Hans Jonas e Tristram Engelhardt.

Hans Jonas⁶⁰⁴, defensor de uma *ética de responsabilidade*, sustenta a necessidade, ou mesmo, uma obrigação, de reduzir, ou de parar, o desenvolvimento da tecnologia, tendo em vista que isto é uma séria ameaça ao futuro da humanidade.⁶⁰⁵

⁶⁰³ HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. p. 100-101.

⁶⁰⁴ JONAS, Hans. *El Principio de Responsabilidad*. JONAS, Hans. *El Principio de la Responsabilidad*. Barcelona: Herder, 1985. Pautado por uma heurística do medo (“heurística del temor”), o autor sustenta que “solo la previsible desfiguración del hombre nos ayuda a alcanzar aquel concepto de hombre que ha de ser preservado de tales peligros. Solamente sabemos *qué* está en juego cuando sabemos *que* está en juego.” (p. 16). Defende ainda Jonas a necessidade de uma fundamentação metafísica da responsabilidade: “La justificación de una ética tal que ya no permanezca circunscrita al ámbito inmediato e interpersonal de nuestros contemporáneos habrá de prolongarse hasta la metafísica, pues sólo desde la metafísica cabe hacer la pregunta de por qué debe haber en general hombres en el mundo; de por qué es, por tanto, válido el imperativo incondicional de garantizar su existencia futura.” (grifo nosso). (In. *El Principio de la Responsabilidad*, p. 16). Hans Jonas pondera ainda a respeito da pertinência de uma metafísica de fundamentos laicos e racionais: “Ciertamente, una metafísica defendible es tan difícil de obtener por el solo dictado de la amarga necesidad como la religión; pero la necesidad puede ordenar su búsqueda y el filósofo laico que se afana en la ética habrá de admitir antes que nada, a despecho de Kant, la *posibilidad* de una metafísica racional, cuando lo racional no esté totalmente determinado por los cánones de la ciencia positiva.” (grifo nosso). (In. *El Principio de la Responsabilidad*, p. 91).

A julgar por estas últimas palavras, o modelo ético desejado por Jonas não é algo tão simples de ser construído. Isto porque justamente o que se percebe atualmente é o predomínio da ciência positiva, até mesmo como “modelo regulativo”. Podemos dizer que atualmente a ciência e a ética disputam a dimensão instrumental regulativa do direito moderno.

⁶⁰⁵ Em conformidade com o pensamento de Hans Jonas, vem se posicionar também o filósofo Francisco Fernandez Buey: “[...] Puesto que el progreso ciego de la técnica nos amenaza, se necesita de nuevo la metafísica que, con su visión, debe armarnos contra la ceguera. El principio de esta metafísica nueva dice lo siguiente: ‘El hombre es el único ser conocido que puede tener una responsabilidad’. Este ‘poder’ es, en opinión de Jonas, un criterio distintivo y decisivo de la esencia humana. La responsabilidad es una función del poder. Quien no tiene poder no tiene responsabilidad. Se tiene responsabilidad por lo que hace. El imperativo fundamental de esta ética de la responsabilidad es impedir el suicidio físico de la humanidad. De la capacidad de responsabilidad se deriva, desde el punto de vista ontológico, un *deber* de responsabilidad.” (In. BUEY, Francisco Fernandez. “Sobre Tecnocia y Bioética – los arboles del paraíso – parte II”. In. *Bioética*. v.8, n.2, 2000, p. 191). Mais a frente, no mesmo texto, o autor vai exarar seu entendimento, contrário, à clonagem: “Todos estos factores apuntan, en el tema de la clonación, hacia un estado de necesidad en el que la curiosidad científica se junta con el interés terapéutico y con la

Por outro lado, Tristram Engelhardt⁶⁰⁶, aceita os diversos tipos de desenvolvimento ou progresso tecnológico. Neste sentido a biotecnologia deveria ser aperfeiçoada e desenvolvida ainda mais, com vistas à realização das metas das pessoas. De acordo com este autor, o ser humano deve ter responsabilidades em relação ao uso de terapias germinativas, não apenas para fins terapêuticos, mas também para mudar a natureza humana.⁶⁰⁷

Percebemos uma certa semelhança, entre o pensamento de Engelhardt e o de Sloterdijk. Embora possam ser questionados em face de uma possível apologia à eugenia (ainda que uma *eugenia liberal*, como ironizou Habermas, dirigindo-se também a Dworkin⁶⁰⁸), estes autores, a nosso ver, destacam-se, por uma profunda compreensão dos

mercantilización de la investigación frente a una ética de mínimos. En estas condiciones la gente se acostumbra a aprender a partir del choque con los hechos consumados. La legalización de la clonación de embriones humanos con fines terapéuticos (que es la política de la Inglaterra) y la diferenciación entre experimentos realizados en instituciones públicas e instituciones privadas son las puertas por las que va a entrar el hecho consumado. A partir de ahí previsiblemente cambiará también la opinión sobre la clonación de humanos.” (In. BUEY, Francisco Fernandez. “Sobre Tecnocia y Bioética – los arboles del paraíso – parte II”, p. 196).

⁶⁰⁶ ENGELHARDT, Tristram. *Fundamentos de Bioética*.

⁶⁰⁷ Em vista do “abismo” existente entre estes dois filósofos, Leo Pessini e Christian de Paul Barchifontaine, apresentam ainda um outro cenário possível. Em contraposição às opiniões de Jonas e Engelhardt, “surge A N Whitehead, com suas intuições éticas, proporcionando um enfoque mais equilibrado da aplicação da tecnologia no campo da genética”, a este novo posicionamento os autores acima, denominam teoria relacional da ética intergeracional. Esta teoria “considera positivamente toda inovação tecnológica, vendo nela um passo a mais no progresso criativo da história humana.” Os autores salientam, que “uma atitude defensiva em relação à tecnologia leva a uma perda do espírito aventureiro, que é uma necessidade da cultura. A introdução da novidade é o que faz a sociedade progredir”. Por outro lado, diferentemente de Engelhardt, esta nova postura, relacional e processual, “leva muito a sério as consequências de toda possível inovação sobre o presente e o futuro. Nem tudo quanto é tecnologicamente possível é éticamente admissível”. Concluem Pessini e Barchifontaine, que o paradigma whiteheadiano da realidade, fundamenta-se na inter-relação e interdependência de toda a realidade. Nada existe isoladamente: “[...] A realidade é uma teia interligada de relações, intrinsecamente dinâmicas. A concepção relacional da realidade social apresenta uma visão de passado, presente e futuro como uma realidade integrada.” (In. PESSINI, Leo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas Atuais de Bioética*, p.208.

⁶⁰⁸ Ronald Dworkin aceita a existência de uma “eugenia liberal”, sobretudo, com relação aos testes preditivos. Eis aqui uma diferença com o posicionamento de Jürgen Habermas. Para Dworkin, deve-se aceitar, em que pese argumentos contrários, a liberdade para realizar testes genéticos preditivos: “Some of the diseases that can be predicted by genetic testing, either with certainty or with na important degree of probability above the norm, are in different ways treatable: a course of treatment, or of monitoring, or of changes in diet or life style can reduce the probability or the seriousness of the disease. These include certain bowel cancers and rarer diseases, like phenylketonuria. It is difficult to imagine good arguments against making testing for those diseases both legal and readily available. It is true that the availability of such tests might further increase the advantages of the rich over the poor, either because the tests could be afforded only by the rich, or because the treatment that capitalizes on the information – frequent colonoscopy or a very expensive special diet – is itself too expensive for some. It is also true that tests results may fall into the hands of others – employers or insurers – to the patient’s damage. But these disadvantages cannot outweigh the value of an increased life expectancy”. E conclui este autor: “[...] my own view, however, is that adults who wish the tests, and have been given as clear an understanding as is

dilemas que afetam nosso tempo. É certo que, aderir à idéia “quase pronta”, do desenvolvimento sustentável ou da ética intergeracional, por exemplo, é muito fácil, desejável e até agradável. Porém, não explica a contento, a nosso ver, as complexidades envolvidas no dilema *direitos humanos / biotecnologia*.

Por fim, para melhor compreender o tema da secularização e desencantamento na modernidade, cumpre fazer uma “re-contextualização” contemporânea de tais conceitos, sobretudo, com base no pensamento de Max Weber.

4.3.3. Max Weber e a relação biotecnologia – secularização (desencantamento).

Como já afirmado neste trabalho, a modernidade é historicamente marcada pelo processo de secularização, pela separação entre o sagrado e o profano. A este processo denomina-se também desencantamento.⁶⁰⁹

Antônio Pierucci, em uma leitura dedicada da obra de Max Weber, com destaque, sobretudo, para o conceito de “desencantamento”, traz informações interessantes para o dilema desta tese. O termo “desencantamento” aparece na obra de Weber em diversos contextos diferentes. Para Pierucci, seu significado, embora possa se alterar algumas vezes, não é polissêmico. Sustenta este autor, que o termo “desencantamento”, em Weber, tem a conotação de “desmagificação” (significado “a”), ou de “perda de sentido” (significado “b”). Destacamos o significado de “perda de sentido”, diretamente relacionada às ciências.⁶¹⁰

É em *Ciência como vocação*, que Max Weber mais utiliza o conceito de “desencantamento”, referindo-se à perda de sentido em decorrência do avanço da ciência. Sobre isto se pronuncia Antônio Pierucci:

possible of their import, and of the risk that the information will be available to others, must be permitted to have them”. (In. DWORKIN, Ronald. *Playing God: Genes, Clones, and Luck*. In. DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue*, p. 429-430).

⁶⁰⁹ Sobre isto consultamos: PIERUCCI, Antônio Flávio. *O Desencantamento do Mundo- Todos os passos do conceito em Max Weber*. São Paulo: Editora 34, 2003; MARRAMAO, Giacomo. *Céu e Terra*. São Paulo: Unesp, 1997; WEBER, Max. *Ciência e Política. Duas vocações*. São Paulo: Cultrix; HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action- Reason and the Rationalization of Society*. V1. Cambridge: Polity Press, 1997.

É assim que, nas seis incidências registradas, o significante agora referido ao desencantamento do mundo em sua ‘etapa superior’, digamos assim, o desencantamento provocado pela ‘racionalização intelectualista através da ciência e da técnica cientificamente orientada’, vai nos falar obstinadamente de seu significado ‘b’, isto é, da ‘perda de sentido’ [Sinnverlust]. É bem verdade que em mais da metade desses seis empregos continua a aflorar, como não poderia deixar de ser, o sentido literal de desmagração religiosa, mas nunca sozinho; ele está sempre acompanhando a idéia mais ampla, e mais imponente porquanto mais crítica, da ‘perda de sentido’. Uma vez que o que a ciência visa com sua racionalidade formal referente a fins [Zweckrationalität] é o domínio técnico do mundo natural pela tecnologia, opondo com isso aguerrida aversão e resistência à expansão, no cotidiano, da racionalidade substantiva com relação à valores [Wertrationalität], perde seu chão a pertinência mesma da questão do sentido, pois dele, no fim das contas, a ciência que preza seu nome não tem mesmo nada a dizer – y *compris* o sentido dela própria. Ela que pretende tudo calcular, prever e dominar, não é capaz de definir nenhum valor, sequer mesmo de dizer se vale a pena ser cientista e dedicar a vida à pesquisa. (grifo nosso).⁶¹¹

De acordo com Pierucci, o traço central do moderno conhecimento científico, para Weber, “sempre foi a incapacidade constitucional de produzir sentido, ou mesmo de o fundamentar”.⁶¹² As ambigüidades de resistências, vão surgir, no decorrer da modernidade, em consequência deste caminho adotado, de secularização. Desta forma, o direito, a ciência, bem como demais instituições modernas, estão pautadas pela busca moderna pela racionalidade e pela secularização.

Para Weber, a ciência implica um processo constante e “sem fim”. Trata-se de um percurso revolucionário, que nunca se consuma, que não tem repouso, que nunca é total, totalizante ou definitivo. Aí reside, o “problema de sentido” para a ciência. Alerta o autor, que, quem não entender isto “melhor fará se permanecer alheio ao tabalho científico”.⁶¹³

⁶¹¹ PIERUCCI, Antônio Flávio. O Desencantamento do mundo. Todos os passos do conceito em Max Weber. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 152.

⁶¹² Assim é a conclusão de Pierucci: “Nos tempos modernos, com efeito, andam juntas a ciência e a ‘falta de sentido’. A ciência, sendo ‘objetiva’, inevitavelmente termina por nos desvendar os olhos ante a ‘objetiva’ ausência de ‘sentido objetivo’, tanto do mundo natural quanto da existência humana. Não querendo fazer blague, tudo se passa como se para Weber ‘a falta de sentido empírico do acontecer natural’ fosse de longe a maior descoberta da ciência moderna – o grande desvelamento, e *Enthüllung* me parece aqui um belo sinônimo para *Entzauberung* –, a verdadeira revolução copernicana que viria definir irremediavelmente, irrevogavelmente, ‘o destino do nosso tempo’.” (In. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O Desencantamento do mundo. Todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 153). Esclarece este autor que o termo “perda de sentido”, em inglês, pode se expresso em duas palavras – *meaninglessness*, *senselessness* – para traduzir a versão alemão *Sinnlosigkeit*.

⁶¹³ WEBER, Max. *Ciência e Política*, p. 25.

Um outro autor, que também nos ajuda a entender o significado do termo “secularização” em Weber, é o filósofo italiano Giacomo Marramao. A respeito dos estudos de Weber sobre a secularização do Ocidente, este autor faz a seguinte análise:

[...] Na impositação problemática de Weber trata-se [...] de explicar *como* – ou seja, por qual concatenação de circunstâncias – *justamente e somente* no Ocidente tenha podido manifestar-se um complexo de fenômenos culturais que, no seu típico entrelace, resulta desconhecido a todas as outras culturas humanas: uma ciência racional decididamente orientada para a aplicabilidade e para a ‘produtividade’ técnica; uma organização capitalista-racional do trabalho *formalmente* livre (como já havia sido intuído por Marx n’*O Capital*), fundada no princípio da *calculabilidade*, e portanto marcada pelo específico caráter matemático-experimental e exato-racional da ciência ocidental; a ‘perfeição técnico-jurídica’ fundada num *direito calculável* e numa *administração regulada segundo regras formais*; um Estado moderno organizado por meio do *enquadramento absoluto e férreo de funcionários especializados* segundo o princípio técnico-científico da divisão do trabalho, que se desenrola *em perfeita concomitância* com a organização racional da grande empresa. Porém, para explicar em sua gênese o *modo específico* do ‘racionalismo ocidental moderno’, Weber faz referência *não somente* às condições econômicas, técnico-científicas e jurídicas, *mas também* à capacidade e à disposição das pessoas, ou seja, dos agentes sociais, para com determinadas *condutas prático-racionais de vida*. E é por esta via que ele faz entrar em campo aquele decisivo fator ético do agir que, individuado historicamente nos ideais ascéticos da Reforma, vem a conectar-se diretamente com a problemática geral da secularização.(grifo nosso).⁶¹⁴

E conclui Marramao, que a operação weberiana, “[...] pode ser definida como uma *neutralização da ambivalência*, inerente ao termo secularização: isto implica o fim da sua conotação axiológica, seja positiva seja negativa, e a assunção do processo de mundanização como inexorável *destino do Ocidente*.”⁶¹⁵

Desde o início da modernidade, tudo foi considerado objeto possível de secularização, exceto o próprio ser humano, que continuou, por assim dizer, sob o domínio divino. Este é o ponto mais polêmico da biotecnologia. Talvez as novas técnicas relacionadas à alimentos transgênicos e organismos geneticamente manipulados – OGMs, suscitem polêmicas, mas nada comparado à manipulação de embriões e terapia genética em células germinativas humanas, por exemplo. Isto parece já ter sido objeto de atenção

⁶¹⁴ MARRAMAIO, Giacomo. *Céu e Terra*, p.49.

⁶¹⁵ MARRAMAIO, Giacomo. *Céu e Terra*, p.49-50.

do bioeticista Élio Sgreccia. Ao discutir a relação entre bioética e tecnologia, este autor pergunta-se, por que o problema da técnica moderna se tornou mais agudo, vindo a ser também objeto de questionamento ético. Eis sua resposta:

[...] Quando o homem domesticou o cavalo não surgiram problemas éticos, ainda que depois tenha sido ele usado, além do resto, também para a guerra; quando a humanidade inventou a roda ou o arado não surgiram problemas éticos, ainda que essas conquistas tenham servido não só para trabalhar a terra e transportar os produtos, mas também para abastecer os exércitos e aumentar a sede de conquistas. Hoje, o problema ético aparece de modo mais agudo por muitas razões: o crescente potencial explosivo posto nas mãos do homem, capaz de destruir o próprio homem e a humanidade toda; a necessidade de um novo projeto de humanidade que integre as conquistas aos valores humanos perenes e profundos; a convicção de que, para fazer isso, não basta a vontade de alguns ou que algumas leis não são suficientes, mas seja necessário um crescimento global da humanidade.⁶¹⁶

Indagamos, finalmente, se a modernidade, por todo o afirmado neste trabalho, encontra-se em face de um limite necessário, ou em um “ponto de não retorno”, tendo em vista o avanço das biotecnologias.⁶¹⁷

Procuramos demonstrar, que muito mais do que um risco à racionalidade e juridicidade moderna, a biotecnologia é um risco, por assim dizer, à própria modernidade. Isto, porque, a secularização, se mantida, quando confrontada com o tema da natureza humana (aflorado pela biotecnologia) leva inevitavelmente a um “ponto de não retorno”. Ou seja, ao contrário do que se verificou historicamente, nos tempos atuais, a

⁶¹⁶ SGRECCIA, Élio. *Manual de Bioética – 1. Fundamentos e ética biomédica*. (trad. Orlando Soares Moreira). São Paulo: Loyola, 1996, p. 649-651).

⁶¹⁷ Sobre este assunto já se posicionou a Doutora Brigitte Jansen, diretora da “Academy for environment and Economy, Research Center Biotechnology and Law, de Lüneburg (Alemanha). Esta pesquisadora discute justamente o impasse da legislação alemã em face das “novidades” possibilitadas pela biotecnologia. E revela uma certa situação de perplexidade: “[...] We remain confronted with the situation where we have to make decisions and accordingly remain ‘challenged’ by ourselves as (our!) conservative Embryo Protection Act here in Germany forbids further steps forward. As long as our understanding of the relationships between things does not essentially change and we do not try to comprehend each new technology in its context and continuity, we will remain imprisoned in this situation. In this sense we need another type of bioethics that means procedures to handle the conflict of interest between biotechnology and modern medicine.” (grifo nosso). (In. JANSEN, Brigitte E. S. “Does new biotechnology and medicine need another type of bioethical input or is it an ethical conflict of interest?” In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 18, 2003. p. 173).

secularização também inclui o ser humano em seu aspecto mais essencial, em outras palavras, atinge “as suas entranhas”.⁶¹⁸

Em face desta situação efetivamente dilemática, apresentam-se duas alternativas concretas. A primeira é a da adoção de um limite intransponível. Esta alternativa é uma defesa de valores fundamentais, muitas vezes de base religiosa e canônica (e não mais racional e secular), e que nega ou limita o processo de secularização da modernidade. Seria uma tentativa de “re-encantamento” do mundo da vida.⁶¹⁹

Autores como Francis Fukuyama e também Jürgen Habermas, em que pese suas diferentes origens ideológicas, têm se posicionado, de forma favorável, a esta primeira alternativa (embora Habermas procure ter uma justifica “racional”), ou seja, por uma necessária limitação, regulamentação e controle, do avanço da biotecnologia.⁶²⁰

⁶¹⁸ Pode-se afirmar, em conformidade com Héctor Leis, que a biotecnologia leva o processo de secularização até as entranhas do indivíduo, colocando-se então uma “encruzilhada”, uma bifurcação: ou são estabelecidos limites intransponíveis; ou aceita-se a nova face do processo de secularização, que agora inclui a própria essência genética humana. Em uma analogia metafórica com as “duas modernidades” de Antony Giddens, pode-se falar também, em uma *primeira secularização* e uma *segunda secularização*. A primeira secularização refere-se e limita-se à sociedade. A segunda secularização ultrapassa os limites da sociedade, estendendo-se até as “entranhas do ser humano”.

⁶¹⁹ De uma forma, “mística”, esta parece ser a proposta, a nosso ver, de Franz Brüseke, em sua obra *A Técnica e os Riscos da modernidade*. (Florianópolis: Editora da UFSC, 2001). Em seu diagnóstico dos tempos modernos, este autor considera o seguinte: “[...] As culturas, na sua diversidade, definem o que é sagrado e o que é profano. Assim, para o homem da sociedade tribal, o sagrado penetra seu mundo e o apóia na regulação das suas necessidades; o mundo da vida do primitivo é ainda permeado pelo sagrado. A modernização aumenta gradualmente o espaço do profano em detrimento dos espaços sagrados. Todavia, a sociedade européia autodefine-se até as vésperas da Revolução Industrial fundamentalmente sob o ângulo religioso. Mas, com o florescimento das ciências modernas e da técnica moderna, desertam os deuses e diminui cada vez mais o próprio sagrado, que fica reduzido, como Heidegger mostra, a um vestígio, a um rastro que os deuses deixaram.” (*A Técnica e os Riscos da modernidade*, p. 191). O autor refere-se à ética como uma dimensão de maior integração como o “sagrado”. Neste sentido, o direito, na medida em que se distancia da ética, também distancia-se do “sagrado”. Para o autor, por fim, “Fundamentar uma ética exclusivamente como meios modernos deve ser um empreendimento difícil e até impossível. A esperança de que o diálogo sem dominação constrói o que as *comissões de ética* não conseguem é, além de ser simpática, uma esperança *moderna*. Como tal, aposta na racionalidade, pelo menos na racionalidade comunicativa, pois as outras esferas, a economia e a administração, são concedidas de antemão à racionalidade instrumental, difícil de domar com meios discursivos. Caracterizamos anteriormente uma ética que se fundamenta no discurso, como uma ética fraca. Ela é fraca porque somente dispõe de argumentos, sobre a fala. Isto não depõe contra ela como sistema de regras socialmente vantajosas, mas como uma ética capaz de exercer um poder interior sobre os homens, porque não transmite a vontade de *deus*, mas de uma assembléia humana. Sem o *tremendum*, sem a *ira dei*, não há ética que dure. E, além disso, temos que acrescentar, o homem tende a violar as *grandes regras*. A *queda* quotidiana no impróprio, da qual Heidegger fala, está frequentemente acompanhada pela perda temporária da capacidade de distinção entre o Bem e o Mal. (*A Técnica e os Riscos da modernidade*, p. 205).

⁶²⁰ Francis Fukuyama é católico e caracteriza-se pela defesa dos ideias conservadores (atualmente é membro da comissão de bioética do governo norte americano – George Bush). Jürgen Habermas é um dos filósofos representantes da escola de Frankfurt, defensor do ideário racionalista moderno, podendo ser considerado, ideologicamente, mais à “esquerda” do que Francis Fukuyama. É interessante, que ante o

A segunda alternativa, leva a um sentido permissivo, em relação à secularização também dos seres humanos. Pensadores como Peter Sloterdijk e antes dele, Friederich Nietzsche, podem ser mencionados como representantes desta alternativa.⁶²¹

Em relação a isto, lembramos mais uma vez de Max Weber e seu tratamento do segundo significado do termo desencantamento – a *perda de sentido*, ou o desencantamento *lato sensu*. O autor avança muito além do “campo religioso”, até então predominante no que se refere ao termo *desencantamento*. Fala até mesmo, em uma *fatalidade* do desencantamento científico. Sobre isto esclarece Pierucci o seguinte:

Faz ver, este autor (Weber), que o desencantamento científico do mundo é muito mais fatal e definitivo do que a desmagificação da prática religiosa. Mais fatal porque irrevogável, incapaz de regredir ou recuar, vinculado que é à lei do progresso técnico, cuja legalidade própria impõe um avançar constante, sem fim e sem volta atrás. Pois a ciência moderna é uma sabença auto-reflexiva que desencanta a si mesma, produzindo-se e reproduzindo-se de forma ampliada em ‘ciência desencantada’. [...] Desencantados ambos, ficam desde logo aptos a se representar um ao outro, a se apresentar um no

dilema colocado pela biotecnologia estes dois pensadores, de vieses tão diversos, têm opiniões semelhantes: por um limite necessário ao processo de secularização moderno no que respeita aos seres humanos. (sobre isto ver. FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós-Humano* ; e HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*). Cumpre afirmar, contudo, que a justificativa de Habermas para uma regulação e controle da biotecnologia, tem, segundo ele, fundamentos racionais e não metafísicos. Para o filósofo alemão, a biotecnologia e os riscos de uma eugenia liberal (implicada em procedimentos de melhoramento genético) poderia levar à uma alteração futura da natureza humana e conseqüentemente atingir a liberdade humana, entendida como direito humano racional (não “reencantado”). Ou seja, é em nome de um direito humano racional, que deve fazer uma limitação e maior controle dos atuais procedimentos de biotecnologia. Habermas, portanto, sustenta a racionalidade dos direitos humanos (normatividade desencantada) e de sua defesa do princípio da precaução. Eis uma diferença com relação a outros autores, como Hans Jonas, Fukuyama e até mesmo Ronald Dworkin, que veria nos chamados direitos humanos de quarta dimensão (o Biodireito) uma espécie de reencantamento. Para Dworkin, por exemplo, os novos “biodireitos” não poderiam, interditar o processo de secularização implicado no avanço da biotecnologia, justamente por lhes faltar a base racional. (Neste sentido ver. DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida*).

⁶²¹ Isto explica, de certa forma, porque Sloterdijk, vem sendo tão criticado por seu trabalho *Regras para o parque humano*. Este autor, mantém-se, a favor da continuidade do processo de secularização da modernidade, ainda que isto implique em riscos para a humanidade. Para o autor a biotecnologia e suas aplicações em seres humanos poder ser, sim, uma possibilidade de evolução da humanidade e não o contrário. Sloterdijk é criticado por estar desenvolvendo raciocínio em defesa da eugenia, sendo acusado de posturas neonazistas.

Em relação ao nazismo, propriamente, podemos afirmar, de acordo com Héctor Leis (seminários de orientação de tese) que, além das violações claras aos direitos humanos, Hitler causou escândalos, pelo fato de levar a secularização também aos seres humanos. Não havia, portanto, limites à pesquisa com seres humanos (no caso, os judeus, comunistas, ciganos, entre outros). Neste sentido é que, a nosso ver, por defender a secularização também para seres humanos, Sloterdijk tem sido acusado de sustentar idéias neonazistas.

outro, num processo em espiral interminável, interminável. Vertigem.” (grifo nosso).⁶²²

O tema da secularização, embora não dê uma resposta final ao dilema central da tese, traz importantes luzes ao mesmo. Podemos, assim, melhor compreender o problema e as diversas “vozes” e atores que sobre ele se pronunciam. Autores como Hans Jonas, por exemplo, que pode ser considerado moderno, até um limite em que aflora sua origem religiosa judaica, pautada pela idéia de que os seres humanos são feitos por Deus à sua imagem e semelhança, e por isso não podem ser, em si mesmos, objeto sequer de discussão a respeito de uma eventual secularização.⁶²³

Há que se cuidar, por outro lado, com a rápida adoção dos preceitos nietzschianos, atualmente representados por Sloterdijk, de que tudo, em absoluto, é possível. Isto porque, assim como a modernidade, também o “tudo é possível” nietzschiano, direcionava-se à sociedade, e não à própria natureza (essência) humana.

Anuncia-se, por fim, a grande questão societal de nossos dias: “Avançamos mais, ou este é o limite?”⁶²⁴

Como se percebe, tal dilema tem tido grande importância no âmbito da filosofia e da teoria social contemporânea, denotando mais uma vez, sua nítida vocação interdisciplinar.

Com relação ao Direito, podemos considerar, que, enquanto aparato normativo-prescritivo, cabe iluminar e problematizar, e não somente regular de forma definitiva um

⁶²² PIERUCCI, Antônio Flávio. *O Desencantamento do mundo*, p.164. A respeito do termo “fatal”: “Fatal, para não dizer fatídico, é com efeito o desencantamento *científico* do mundo enquanto processo civilizacional, fado inexorável, curso irrefreável. Acossado assim por Weber e sua clarividência ante o progresso inevitável da ciência, ando me perguntando: abraçar ‘a ciência como vocação’ não será o mesmo que assumir o desencantamento como uma missão pessoal, vendo nele um destino não apenas ‘epocal’, não apenas civilizacional, mas ‘o destino de sua alma’, isto é, o pesquisador científico se pensando como *desencantador* profissional, o cientista devendo se ver como um *Entzauberer* num tempo em que voltam a pupular os *charmés* de toda espécie? Por que não encarar tal desafio de veras? Sob a égide do mais *fatal* dos processos culturais que a imaginação histórica passou a vivenciar com a chegada dos tempos modernos – ‘o desencantamento do mundo pela ciência’ – por que não abraçar tal sorte se de resto estamos fadados a ela, por que não obedecer de bom grado a esse imperativo que nos designa portadores pessoais da desmagificação do mundo?” (In. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O Desencantamento do mundo*, p.165-6).

⁶²³ Como já afirmado, isto vem explicar recente “revival” do conservadorismo (denominado “neoconservadorismo”) na sociedade moderna, como atestam os Estados Unidos. Interessante o caso norte americano, por ser entendida, por muitos como a sociedade mais “moderna” de nossos dias. Pois é nesta sociedade, também, que vêm aflorando posturas antisseculares, canônicas ou anti-modernas, com relação ao tema da biotecnologia aplicada a seres humanos.

⁶²⁴ Conforme apresentada por Héctor Leis, em seminários de tese com o autor deste trabalho (novembro de 2004).

aspecto da realidade, antes mesmo de um pronunciamento da sociedade. Seria uma espécie de “autoritarismo normativo” (ainda que possa ser “bem intencionado”).

Embora reconheçamos a existência e a importância que certos princípios, como o da precaução e da dignidade humana, adquiriram historicamente no meio jurídico, acreditamos que o dilema desta tese revela a existência, de uma “questão em aberto” para o mundo jurídico. Isto tem criado, sem dúvida, muito desconforto neste meio.

O dilema *direitos humanos / biotecnologia*, ultrapassa largamente as dimensões puramente jurídico-moral e científico-tecnológica. Trata-se de um dilema de dimensões filosóficas, antes mesmo de referir-se ao direito e às ciências sociais. No âmbito filosófico, contudo, o dilema em questão, despontou recentemente e é não menos “aberto”.

Pretender que o direito defina uma transformação da natureza humana antes mesmo dela acontecer, e ser discutida, pode ter vantagens pragmáticas imediatas (sem pretensões de uma legitimação filosófica consistente), mas não corresponde à resolução do dilema que se nos apresenta.⁶²⁵

⁶²⁵ Alguns exemplos recentes (tanto na dimensão nacional brasileira, quanto no âmbito internacional revela esta situação de “abertura” do dilema central desta tese). Mais uma vez (também no 3º capítulo) citamos recente decisão do STF em Arguição de decumprimento de preceito fundamental (ADPF) oferecida perante esta corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Esta ação contou com o apoio técnico e institucional da ANIS (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero) que atuou como *amicus curiae* (uma forma especial de participação prevista na lei da ADPF e outros instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade). Embora não seja nosso objetivo específico nesta tese discutir sobre jurisprudência ou produção normativa em matéria de bioética, esta decisão, pelas polêmicas aí envolvidas e pela sua atualidade é aqui referenciada. O fato ilustra como o dilema *direitos humanos / biotecnologia* é uma questão aberta e que assim deve continuar por algum tempo. Sobre isto consultar site do STF: www.stf.gov.br Procurar por ADPF 54/MC/DF.

Também nos Estados Unidos, sobretudo depois das últimas eleições para presidente (2004) tem havido um maior debate, no meio científico e social, com relação aos novos rumos para a políticas públicas relacionadas à biotecnologia. Neste sentido é o *release* de um evento a ocorrer em 9 de Dezembro de 2004, em Nova York: “The new human biotechnologies pose some of the most controversial and divisive political challenges of our time. Although many applications promise new ways of preventing and curing disease, others encourage new forms of discrimination, racism, and exclusion. Still others could open the door to a high-tech consumer eugenics that could radically alter the nature of humanity and undermine the foundations of civil society. Meanwhile, the biotech industry has moved rapidly to frame public debate in its favor and build influence within the political parties. With the conclusion of the November elections, liberals and progressives need to consider deeply the implications of the new human biotechnologies for social justice, equality, and democracy”. (grifo nosso). (Convite recebido por email – grupo do *genetic crossroads* - para o evento: “The Next Four Years, the Biotech Agenda, and the Human Future: What Direction for Liberals and Progressives ?A *Post-Election Symposium*” organizado pelo The Center for Genetics and Society, the Graduate Center CUNY, the Nation Institute, and the New York Open Center).

Em que pese algumas posturas, não raro canônicas (que se destacam no debate “bioético” e exercem forte influência no âmbito do “biodireito”), sustentarem não haver mais dilema algum (requerendo apenas a aplicação, mediante forte coerção, de normas preventivas), e que tudo se resume à “biossegurança”, procuramos demonstrar nesta tese, que o dilema *direitos humanos / biotecnologia*, requer uma análise interdisciplinar e mostra-se mais aberto e mais *dilemático* do que nunca.

CONCLUSÕES

O presente trabalho explorou dilemas e desafios contemporâneos aos direitos humanos em face do avanço da ciência e da técnica, mais especificamente da biotecnologia, ou da “revolução biotecnológica”.

Diversos questionamentos foram feitos no início, bem como, no decorrer do trabalho, a fim de melhor contextualizar os papéis da ciência e do direito no atual estágio da modernidade, dentre os quais destacamos alguns: Há limites jurídicos possíveis ao avanço da biociência e da biotecnologia (e seus efeitos potencialmente radicais sobre a condição humana contemporânea)? De que forma os direitos humanos poderão aplicar estes limites (se é que existem) sem contar com a presença de um Estado (e instâncias regulatórias nacionais e internacionais) moderno que lhes dê guarida? Não seria o caso de imaginar que no atual estágio societário, o Estado moderno (ou o que resta dele), optou por não mais servir ao paradigma moral-racionalista dos direitos humanos, mas sim à racionalidade científico-tecnológica (vinculada com o mercado global)? Em outras palavras, será que esfera regulatória do mercado (e com ela racionalidade científica-tecnológica) finalmente não se apropriou do aparato estatal moderno e, com ele, da racionalidade jurídico-formal? Seria então a bioética uma tentativa de reação a esta realidade “lamentável” (para muitos), ou ao menos “criticável” face os valores da dignidade humana? E o que se pensar a respeito dos efeitos (potenciais até o momento) da biotecnologia e da mercantitização e padronização da saúde e qualidade de vida sobre a noção de natureza humana e de dignidade humana a ela inerentes? Será que os esforços da bioética, fazendo frente aos avanços da biociência e da biotecnologia, serão suficientes para alterar todo um paradigma societário e trazer ao Estado e aos Direitos Humanos sua força regulatória perdida neste percurso? De que forma os direitos humanos interagem com o processo de secularização, decorrente do avanço da ciência, e recentemente da biotecnologia, na modernidade?

Entendemos que as aproximações de respostas para estes questionamentos devem, e só podem vir, de fato, de um debate interdisciplinar descomprometido e anti-dogmático. No decorrer da tese apresentamos e nos aprofundamos na análise de elementos disciplinares e dogmáticos (a que chamamos “dogmática bem intencionada”) tanto no

seio dos direitos humanos quanto no âmbito da bioética. Embora “bem intencionadas”, estas posturas, por si, isoladamente, tendem a não contribuir para a resolução dos dilemas acima e o que é pior, acabam criando, muitas vezes, mais irracionalidade e dificultando a realização de pretensões modernas como a racionalização dos debates em matéria de direitos humanos e “dignidade humana”.

Demonstramos que os desafios ao direito moderno contemporâneo podem ser bem representados pelo dilema *direitos humanos / biotecnologia*. Neste sentido estruturamos algumas conclusões específicas:

Num primeiro momento constatamos que no plano jurídico o debate *direitos humanos/ biotecnologia* perpassa todas as esferas de racionalidade, apresentadas na forma de dimensões de direitos humanos, bem como os espaços de governabilidade estatal e internacional. O debate em questão, portanto, mostra-se como um dos grandes temas do direito e dos direitos humanos (em especial) na modernidade contemporânea. Por sua amplitude, o efeito da revolução biotecnológica, envolve também a revolução da informática e representa, por assim dizer, também, um dos maiores desafios à governabilidade global. Em matéria de direitos humanos, os novos fatos relacionados à biotecnologia e informática podem ser, didaticamente tratados, como direitos e interesses de quarta e quinta dimensões. A temática da biotecnologia, contudo, interage efetivamente, com todo o conjunto dos direitos humanos, entendidos em sua universalidade (os direitos individuais e também os “coletivos e difusos”).

Aprofundamos o contexto de surgimento e desenvolvimento dos direitos humanos, tratando dos conceitos de Modernidade, Estado de Direito e Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. Por tratar-se de uma tese dotada de olhar “crítico- construtivo”, procuramos desenvolver estes assuntos sem cair no reducionismo lógico formal (muitas vezes recorrente), dos citados conceitos. Para tanto, em que pese sua importância histórica como “berço” dos direitos humanos, a modernidade e os Estados de Direito merecem um olhar crítico num sentido mais político e sociológico.

Os direitos humanos, são o “ramo do direito”, que paradoxalmente, melhor expressa os aspectos de força e também de fraqueza, da racionalidade jurídica moderna, em diferentes contextos. Formalmente reconhecidos (nos dias atuais) na maior parte dos

Estados de Direito ocidentais, pautados pelas idéias consagradas de universalidade e indivisibilidade (Conferência de Viena), os Direitos Humanos baseiam-se nos pilares da “natureza” e da “dignidade” humana. Estes, por sua vez, são conceitos construídos histórica, cultural e socialmente.

Ao longo da modernidade, em que pese a tensão dialética inerente ao processo de “construção” de direitos, é possível falar em uma evolução de racionalidade em relação aos Direitos Humanos (onde situamos a teoria das “dimensões de direitos humanos”) e suas intâncias de concretização, a saber: o atual sistema internacional de Direitos Humanos (em torno de Organizações inter-estatais de cunho universal, como a Organização das Nações Unidas) e os Estados Constitucionais de Direitos (onde os Direitos Humanos foram incorporados juridicamente na forma de Direitos Fundamentais).

Atualmente, contudo, os direitos humanos, e o universo racional jurídico como um todo, vêm se deparando com um desafio de proporções inéditas. Em face do avanço, cada vez mais acelerado da ciência, e das recentes “descobertas” em matéria de biotecnologia, conceitos centrais como “natureza” e “dignidade” humana, estão sendo “relativizados” ou “problematizados”.

A mesma biotecnologia pode, portanto, apresentar uma questão de direitos coletivos e difusos (ex: impactos sobre o meio ambiente, a qualidade de vida, entre outros), uma questão de interesses individuais (ex: eutanásia, transplantes de órgãos e conservação artificial da vida), e também uma questão de direitos de “terceira” e “quarta dimensão” de direitos humanos (possibilidade de afetar a “integridade genética” ou “patrimônio genético da humanidade”).

Num segundo momento, após apresentar a dimensão jurídico normativa de nosso dilema (direitos humanos), suscitamos os aspectos propriamente científicos e tecnológicos do mesmo. Também a ciência, tem origem na modernidade. Juntos ciência e direito constituíram importantes pilares deste modelo societal.

Demonstramos, contudo, que a relação entre direito e ciência veio a desequilibrar-se, em vista de um aumento de complexidade social. Este desequilíbrio revela-se claramente, como procuramos demonstrar em toda tese, em face da tensão entre *direitos humanos* e *biotecnologia*. Os Direitos Humanos são apresentados como o marco de

racionalidade da modernidade e a Biotecnologia, como o grande expoente da ciência contemporânea, e seus efeitos reais e potenciais sobre a natureza humana. Demonstramos também que, desde o início, um fator importante para o desequilíbrio citado foi o incremento da relação *capitalismo - mercado* e sua vinculação com a ciência e a técnica modernas. Isto resultaria em uma influência e interferência destes últimos, sobre o sistema estatal-legal de regulamentação e controle de condutas humanas.

Discorreremos sobre a evolução da biotecnologia, seus aspectos históricos, até os dias atuais. As modernas técnicas de manipulação e engenharia genética, técnicas de reprodução assistida, clonagem, diagnóstico genético pré-implantatório, bem como outros procedimentos também importantes, revelam o potencial da ciência em alterar o que se entende por natureza humana. Isto, por sua vez, pode criar profundo impacto, ou mesmo relativizar, o conceito de dignidade humana, entendido com o fundamento racional dos direitos humanos.

Demonstramos ainda, que o meio científico-biológico, em que pese o discurso de neutralidade e imparcialidade, também se mostra ideologizado. Sustentamos que a ciência, vinculada com o mercado global, goza de grande poder regulatório, até mesmo em face do Estado Nação. Neste sentido, não bastasse o desequilíbrio original entre Direito e Ciência, esta última, com seu *discurso expert*, vem ocupando a dimensão regulatória, antes privativa do primeiro. Procuramos demonstrar este fato a partir da análise de alguns autores paradigmáticos do mundo científico como Matt Ridley, James Watson, Richard Lewontin, Evelyn Keller, Kevin Davies, entre outros.

Dentre os fatos biocientíficos mais relevantes, destacamos a descoberta da estrutura de dupla hélice do DNA, a clonagem de mamíferos e embriões humanos, bem como o Projeto Genoma Humano e seus primeiros resultados (mapeamento do genoma humano).

Em um terceiro momento, demonstramos como vem surgindo um novo ramo dos direitos humanos: o “biodireito”. Tal “especialidade”, decorre da evolução da bioética, que pode ser entendida também como um novo ramo de conhecimento ético-filosófico, voltado para questões relacionadas à vida (humana e animal), ao sofrimento e também aos aspectos relacionados à biotecnologia. Analisamos alguns dos mais importantes trabalhos de bioética, suas diferenciações internas, bem como as alternativas oferecidas

em relação ao dilema central da tese. Destacamos as diferentes posturas possíveis, ao se falar de bioética, num sentido amplo.

Sustentamos, sobre isto, uma maior pertinência de uma bioética plural, secular e tolerante, voltada para o reconhecimento dos “estranhos morais” (cada vez mais frequentes em um contexto social de complexidade), com relação à chamada bioética principialista, embora deva ser, esta, também respeitada, até para confirmar o que acabamos de concluir.

O Debate *Direitos Humanos /Biotecnologia*, representa um dilema sem precedentes para o mundo jurídico. Temos uma confluência interdisciplinar de interesses e motivações prescritivas, éticas, científicas e econômicas. O Direito, mais especificamente o Biodireito, influenciado pela bioética (que por sua vez, em grande parte, é influenciada por valores morais e religiosos inquestionáveis), considera as implicações técnicas da biociência (a biotecnologia), muitas vezes, como um problema, um perigo, um “risco”, como um organismo estranho a ser eliminado ou ao menos neutralizado. Assim como os glóbulos brancos não esperam para agir ante a presença de um corpo estranho (ainda que não nocivo) no organismo, também o Direito/ Direitos Humanos (forjados na modernidade e seu projeto de segurança e distanciamento – diferenciação do estranho), trata a biotecnologia como um elemento estranho, como um problema a ser resolvido. Isto se visualiza com a centralidade e importância dada ao “princípio da precaução” e a chamada “ética de responsabilidade”. A partir disto, fala-se, também, em responsabilidade e precaução “intergeracional”. Neste contexto é que surgiu a chamada “biossegurança”.

Em um quarto momento, demonstramos que o potencial de eficácia dos direitos humanos e instituições de governabilidade a ele ligadas, têm sofrido alteração em face das transformações em curso na modernidade contemporânea. Transformações estas, de cunho econômico, político e social. Para tanto, inicialmente, fizemos uma abordagem mais sociológica e política de temas controversos como globalização e pós-modernidade, o que neste trabalho foram entendidos por “transformações na modernidade”.

Embora, ainda se configure como “fundamentos” da racionalidade jurídica, o discurso dos Direitos Humanos, conforme talhado pela modernidade, não vem sendo capaz de incorporar a nova problemática trazida pela biotecnologia.

O novo desafio paradigmático aos Direitos Humanos transcende a dimensão puramente jurídico - normativa - racional - estatal moderna. Entendemos que o dilema apresenta-se e tem origem em diversos aspectos: 1- a própria noção científico-biológica de espécie humana; 2- os diversos aportes éticos e filosóficos que vem surgindo como tentativas de “defesa” ou de tratamento ético-moral das novidades científicas; 3- a maior participação de interesses econômicos, financeiros globais no tema da biotecnologia.

Finalmente, constatamos que o conjunto dos direitos humanos, em face do avanço da ciência, com destaque para a biociência, vem apresentando novas problematizações nos dias atuais. Esta dualidade, direito-ciência, ou melhor dizendo *Direitos Humanos / biotecnologia*, pode ser melhor compreendida, se contextualizada com o modelo societário correspondente. Neste intuito demonstramos que modernidade está sofrendo importantes transformações. De um mundo moderno seguro e definido, vimos passando para uma realidade social complexa, ambivalente e insegura. As tradicionais instâncias de governabilidade da modernidade (sobretudo os Estados Nacionais e as Organizações Internacionais), essenciais à efetivação dos direitos humanos, já não se pautam unicamente pelos mesmos valores e interesses racionais de que tratam os direitos humanos.

Demonstramos que o estágio atual da modernidade é marcado por transformações rumo a um mundo marcadamente globalizado, caracterizado pelo pluralismo moral (onde se vislumbram diversas “bioéticas”), e por fenômenos recentes no sentido de uma “crise de governabilidade”, ou uma crise no marco regulatório central deste paradigma societário.

Confirmamos assim, a hipótese inicial deste trabalho, de que o rumo traçado pelo direitos humanos na modernidade, encontra desafios inesperados à sua concretização em face da questão específica das novas biotecnologias. A questão da “des-humanização” ou “des-naturalização” da espécie humana, hoje possíveis ou “quase possíveis” em função das inovações técnico - científicas, representam, por assim dizer, no mínimo, um grande “susto” para os cientistas e analistas sociais habituados aos clássicos paradigmas traçados pela modernidade.

Trata-se de um tema ainda nebuloso, cuja análise mais profunda parece inalcançável para pesquisadores calcados no positivismo, no empirismo e no

mecanicismo. Superar as divisões paradigmáticas suscitadas no decorrer do trabalho, especialmente a “barreira” entre as ciências sociais e as ciências naturais⁶²⁶, ou entre Direitos Humanos e Biotecnologia, é não apenas interessante, mas também fundamental para que se possa refletir sobre as grandes descobertas que vêm colocando em risco inclusive a própria noção de natureza e espécie humana enquanto tal.

As conquistas técnico-científicas (aqui destacadas pelos recentes acontecimentos em torno do mapeamento do genoma humano), tão caras à toda a humanidade, podem ter, conforme relatam fatos recentes, sua utilização controlada pelos instrumentos do livre mercado, inclusive em detrimento da comunidade cada vez mais global-universal. Violar-se-ia desta maneira, de forma radical e inédita, as teorias do Contrato Social, da Soberania Popular, do Estado Constitucional de Direito, da Universalidade e Indivisibilidade dos Direitos Humanos, entre outras, destas decorrentes, conforme concebidas majoritariamente no decorrer da modernidade.

Sustentamos, ainda, que o maior desafio aos Direitos Humanos nos tempos contemporâneos decorre justamente do hermetismo de seu discurso.

Quanto mais o discurso jurídico formal se fortalece, menos, o mesmo discurso se faz apropriado para o atual contexto de complexidade social. Isto é, os problemas, desafios ou dilemas colocados atualmente aos direitos humanos têm um caráter metajurídico, estendendo-se (e a biotecnológica é emblemática neste sentido) para o mundo das ciências naturais (atualmente combinado com o “mundo da economia e do mercado global”), para o debate moral (onde destacamos a *bioética* e o *biodireito*) e também para o debate das ciências sociais (não tão normativas ou prescritivas quanto o Direito) tais como a antropologia e sociológica política.

Constatamos, desta forma, que os esforços normativo-legais estão longe de atingir seus objetivos precautórios - preventivos⁶²⁷ e acabam, em fato, revelando a crise e

⁶²⁶ Embora não verse especificamente a respeito de biotecnologia, citamos o texto de Ângela Alonso e Valeriano Costa, “Ciências Sociais e Meio Ambiente no Brasil: Um balanço Bibliográfico” (In.BIB, São Paulo, n. 53, 1º sem. de 2002, p. 35-78), em que os autores discutem diferentes aportes e enfoques teóricos a respeito da inter-relação *sociedade – natureza*.

⁶²⁷ Um aspecto interessante quando se fala de “novos direitos” ou de “direitos coletivos e difusos” ou “metaindividuais” é justamente o destaque dado para o princípio da precaução (e/ou da prevenção, como preferem alguns). Em face da complexidade da modernidade contemporânea, alguns novos ramos do direito dentre os quais destacamos aqui o Direito Ambiental e o “Biodireito” incorporam prontamente o citado Princípio Precautório. Trata-se de uma primeira reação, de cunho claramente ético-moral, à complexidade citada. Neste sentido vislumbra-se uma série de recentes “normatividades” relacionadas à

insuficiência paradigmática do Direito Moderno Estatal, como instrumento regulatório de temas típicos de uma lógica pós-moderna como é o caso da biotecnologia.

Nota-se que as metáforas de Rawls (véu da ignorância) e de Santos (os espelhos sociais), têm direta relação com o tema desta pesquisa. O direito moderno, aqui entendido como um importante espelho social, encontra-se em um contexto de perplexidade ante o avanço quase sem limites da lógica técnico científica, representada pela biotecnologia.

Como afirmado inicialmente, o objetivo principal desta pesquisa foi o de aprofundar o debate em torno da condição humana neste século biotecnológico. Os diferentes enfoques possíveis sobre o problema, parecem não convergir. Se partimos do modelo científico tecnológico, identificado e maravilhado com as recentes descobertas em torno do ser humano como espécie, nossa percepção tende à estreiteza. Por outro lado, se adotamos o modelo ético jurídico, historicamente característico do ser humano como membro da sociedade nossa compreensão corre igual risco de estreiteza, bem como de radicalismo ao se impor sobre o primeiro modelo.

Durante a tese discutimos justamente esta nova situação dilemática colocada frente aos direitos humanos: talvez a biotecnologia não seja um problema, uma “tragédia” nos moldes tradicionais da modernidade. Talvez seja um fato, uma característica inerente aos tempos atuais, à própria condição moderna contemporânea (a que se tem chamado sociedade pós-moderna), caracterizada pela ambivalência, contingência, e pelos riscos envolvidos em sua complexidade.

Ao que tudo indica, a reação do Direito, apresenta-se em duas frentes, a que tratamos didaticamente: 1) um “direito-forte” ou “direito social”, entendido como aquele que insiste na lógica da identificação e resolução de problemas, que previne, proíbe, criminaliza, etc, e 2) Um “direito-reflexivo”, entendido como um direito flexível (compatível com a “pós-modernidade”), que se adapta, regula, negocia.⁶²⁸

responsabilidade intergeracional e à precaução. Esta perspectiva introduzida pelo direito ambiental se estende também ao biodireito. Nosso objetivo neste trabalho não foi o de problematizar exatamente sobre a adoção ou não de tais princípios éticos pelo direito. Pretendemos, sim, problematizar sobre os desafios extrajurídicos, interdisciplinares, à realização concreta, ao cabimento efetivo (mediante coerção, como é prática do mundo jurídico) destes princípios éticos. Aqui é que se situa nosso dilema.

⁶²⁸ Os termos “direito forte” e “direito reflexivo” foram extraídos, direta ou indiretamente a partir de inferências feitas por José Eduardo Faria (*Qual o Futuro dos Direitos? e O Direito na economia globalizada*) e por Zygmunt Bauman (*Modernidade e Ambivalência ; O mal-estar da Pós-modernidade*;

Em temas de grande complexidade, como é o caso da biotecnologia parece que o “direito-reflexivo” tem maiores chances de permanecer como elemento regulatório. Fica a sensação de adaptação e “aceitação” face à perda de governabilidade em relação ao conjunto de instituições “antitrágicas”⁶²⁹ da modernidade: Estado, Sistema Inter-estatal (onde se destacam a ONU- Organização das Nações Unidas) e o correspondente sistema regulatório jurídico estatal e inter-estatal.

Conforme sustentam estudiosos das ciências sociais, a sociedade contemporânea tem outras dimensões de regulação. Sem querer adentrar uma nova discussão (que mereceria uma análise disciplinar bem mais aprofundada), sustentamos não ser mais pertinente falar em monismo jurídico e regulatório. Atualmente, existem diversos “direitos”, ou melhor, “diversas esferas regulatórias”. O próprio mercado é uma delas. A bioética também, assim se apresenta (embora muitas vezes reconhecida juridicamente). Não se trata de uma “falta de instrumentos regulatórios”, mas justamente, do contrário.

Em matéria de *direitos humanos/ biotecnologia*, o que existe é uma variedade de modalidades regulatórias, cada uma com um discurso de “verdade” próprio. Assim como existe uma “pluralidade normativa”, pudemos também perceber a existência de uma pluralidade de instâncias de governabilidade, em outras palavras, de “centros decisórios”, de centros de poder ou novas modalidades de políticas.

O discurso racional institucional-legal dos Direitos Humanos na modernidade, já não é mais o único discurso possível para se entender a realidade. Na verdade, embora ainda seja um discurso importante, sobretudo por seu aspecto de segurança formal, têm perdido centralidade e eficácia em relação a novos “discursos regulatórios” como o da

Globalização – as conseqüências humanas; Comunidade – a busca por segurança no mundo atual). O primeiro autor trabalha com a seguinte dualidade: “direito social” / “direito reflexivo”, para explicar como vem se dando a transformação no meio jurídico dos Estados modernos, em face da globalização dos mercados. Bauman, por sua vez forja os conceitos de “Estado forte” e “Estado fraco”, para melhor analisar os efeitos da globalização e a prevalência da “racionalidade de mercado”.

⁶²⁹ A designação “trágico” e “antitrágico”, conforme adotadas por Débora Diniz (*Conflitos Morais e Bioética*) facilita em muito a compreensão dos desafios implicados no nosso trabalho. Esta autora procura fazer uma análise (a nosso ver interdisciplinar) dos conflitos morais envolvidos em matéria bioética. Para tanto apresenta de forma filosófica e literária, um inovadora perspectiva ou “cenário de posturas morais”: a postura *amoral* (a moral do “cavaleiro do absurdo”, representado por Abraão), a postura *moral* (característica dos valores essencialmente antitrágicos que compõem a essência dos direitos humanos, representado pela dualidade *Antígona/ Creonte*) e a postura *da ironista*, (característica daqueles que sabem lidar com as “ilusões” antitrágicas, conscientes de que as diferentes posturas morais decorrem de diferentes condicionamentos histórico-culturais. Esta postura, *da ironista*, é criada pela autora a partir de filósofos como Richard Rorty, e Friederich Nietzsche).

ciência e do mercado. Estes dois elementos, ciência e mercado, têm conseguido, por meio de uma mídia global, criar um discurso e uma racionalidade própria, muitas vezes bem mais convincente e eficaz do que o próprio discurso jurídico estatal legal.

Sustentamos que os conceitos de “modernidade”, “pós-modernidade”, “crise de paradigma”, entre outros, são conceitos importantes no sentido de ajudar a compreender a realidade, mas não deixam se ser alguns “discursos” de cientistas sociais, que embora interessantes, não visam propriamente regular condutas humanas. Procuramos demonstrar, não ser esta, tampouco, a dimensão central do dilema desta tese.

Todos estes “discursos” e perspectivas, entretanto, ajudam-nos a compreender (antes de normatizar) a nossa realidade. Neste intento, observamos que aos Estados Nacionais (outrora pilares do discurso racionalista dos direitos humanos), têm sido destinadas fundamentalmente as tarefas repressiva, tributária e de seguridade social (direcionada, principalmente, para os setores sociais excluídos do grande consumo). São justamente aquelas tarefas que não interessam à racionalidade *científico-mercantil*.

Isto não é, o que historicamente, foi e vem sendo defendido pelo conjunto dos direitos humanos, agora somados à bioética. De acordo com os preceitos da bioética e dos direitos humanos, todas as forças do “direito-forte”, deveriam direcionar-se no sentido da precaução-proibição da biotecnologia, sobretudo em seus aspectos mais polêmicos e de maior impacto sobre o princípio da dignidade humana: a engenharia genética com possibilidade de manipulação de células germinativas, a clonagem humana e eugenia.

Recentemente, também, o dilema *direitos humanos / biotecnologia*, tem sido bastante abordado por filósofos e teóricos contemporâneos importantes, entre os quais destacamos Rawls, Habermas, Dworkin, Sloterdijk e Fukuyama.

Constatamos que, se durante a maior parte do período histórico que se convencionou chamar de modernidade, os Direitos Humanos (em suas várias dimensões e formas de manifestação: naturalista/positivista, estatal/internacional) se apresentavam como discurso absoluto, e “de verdade”, atualmente, isto já não é mais realidade. O que chamamos de “mundo jurídico”, outrora detentor da última palavra em termos de normatização e regulação de condutas e comportamentos, atualmente divide espaço com

a “racionalidade científica” e os interesses econômico-mercantis globais, sem falar nas diversas ideologias morais e “bioéticas” existentes.

Com base em argumentos filosóficos, demonstramos a existência de uma situação paradoxal na modernidade. Caracterizada, de acordo com Max Weber, por um processo de secularização, sobretudo com o avanço da ciência, a modernidade encara, com a biotecnologia, um de seus maiores dilemas. Por um lado, a permanecer no processo de secularização (sem limites, da ciência e da técnica), é impossível uma limitação taxativa ao avanço da biotecnologia e os riscos a ela inerentes. Por outro lado, ao optar-se pela adoção de limites precautórios e taxativos, estar-se-ia, “reencantando” o mundo da vida, e portanto, caminhando em um sentido não mais “moderno – racionalizante”. Constatamos que atualmente, as duas posturas têm sido apresentadas, com as mais diversas fundamentações, o que traz um “colorido novo” ao dilema *direitos humanos/ biotecnologia*, e revela justamente a abertura temática do mesmo.

O dilema *direitos humanos / biotecnologia*, em lugar de levar a um “fechamento”, a uma conclusão, tem criado justamente uma nova dramaticidade, uma “abertura” jurídica, filosófica, moral e epistêmica. Mais do que um tema de pesquisa acadêmica, entendemos que estão em debate, questões como a condição humana, presente e futura. Qualquer tentativa de uma conclusão definitiva ou de definição, seja em nome de um “lugar de fala”, da religião, da dignidade humana, do conhecimento científico, do interesse das pessoas que vão se beneficiar das pesquisas com células tronco embrionárias, das pessoas que vão se beneficiar (a si e a seus descendentes com a engenharia genética), ou ainda dos investidores (de milhões de dólares), de novas biotecnologias, pode levar à uma visão reducionista e estreita do problema. Assim, em lugar de resolvê-lo estaremos criando novos problemas. Aí sim, o discurso dos direitos humanos acaba finalmente sendo deixado às traças da modernidade... e constituindo-se, de fato, como apenas uma “bela retórica”.

Este trabalho apresenta, não uma defesa prévia, mas um novo panorama do debate sobre os Direitos Humanos. Neste sentido, pretendeu ser sim, uma defesa da idéia de uma maior interdisciplinaridade, necessária para o discurso e a prática dos Direitos Humanos em nossos tempos. Não se trata de uma tese desconstrutivista. Pelo contrário, a motivação

central foi no sentido de propiciar um “fortalecimento” de uma nova consciência teórica e prática em relação ao dilema *direitos humanos / biotecnologia*.

BIBLIOGRAFIA DA TESE

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. n.34. 1993.

ALMEIDA, Marcos de. *Considerações bioéticas sobre o aborto*. In. GARRAFA, Volnei & COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs). *A Bioética no século XXI*. Brasília: UNB , 2000, p. 101-107.

ALMEIDA, Silmara Chinelato e. “Bioética e Dano Pré-Natal”. In. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, n. 19, 2º semestre de 1999, p. 297 – 328.

ALONSO, Ângela & COSTA, Valeriano. “Ciências Sociais e Meio Ambiente no Brasil: Um Balanço Bibliográfico”. In. *BIB*, São Paulo, n. 53, 1º semestre de 2002, p. 35-78.

ALSTON, Philipp. “Implementation and guarantees of social rights- International cooperation”. In *Recueil des Cours- 27ª* Seção de ensino do Instituto Internacional de Direitos Humanos. Strasbourg, 1996

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 7.ed. São Paulo: Ícone editora, 1989

ALVES, José Augusto Lindgreen (coord. Hélio Bicudo). *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ANDERSON, Perry. *Balanço do Neoliberalismo*. In: SADER, Emir e GENTILI, Pablo (orgs). *Pós-neoliberalismo – As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995

ANDORNO, Roberto. “La dignidad humana como noción clave ne la Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano”. In. *Law and Human Genome Review*. BBVA Foundation, N. 14, January-June 2001, p. 41-53.

ANJOS, Márcio Fabri dos. *Bioética nas desigualdades sociais*. In. GARRAFA, Volnei & COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs). *A Bioética no século XXI*. Brasília: UNB , 2000, p.49-65.

ANTONIUK, Elisete. “Clonagem Humana”. In. *Revista Brasileira de Direito de Família*. N. 10, Julho- Setembro de 2001, p. 35-47.

----“Clonagem Humana: Qual pessoa deve ser a medida da vida? Um estudo com base em artigos de periódicos e revistas alemãs”. In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*., ano 9, n. 37, outubro-dezembro de 2001, p. 129-129.

ARATO, Andrew & COHEN, Jean L. *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1992.

----*Sociedade civil e teoria política*. In: AVRITZER, Leonardo. (org.). *Sociedade Civil e democratização*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ARENDT, Hanna. *A Condição Humana*, 10 ed. São Paulo: Forense, 2000.

ASMAR, William. *Porque o homem destrói o meio ambiente*. Rio de Janeiro: Imago, 1991.

ASSMANN, Selvino. *O que têm a ver os filósofos com a política?* Trabalho apresentado na Mesa Redonda “Justiça, utilitarismo e política”, do Simpósio Internacional sobre a justiça, realizado na UFSC, Florianópolis, de 18 a 22 de agosto de 1997.

ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. “Estes são nossos direitos (segundo a Constituição e o Direito Internacional)”, *Boletim da Associação dos Juizes para a democracia*, no.12, abril de 1998.

AVRITZER, Leonardo. *Modelos de Sociedade Civil: Uma análise da especificidade do caso brasileiro*. In. AVRITZER, L (org.) *Sociedade civil e democratização*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.269-307.

AYALA, Patryck de Araújo. *Direito e Incerteza : a proteção jurídica da futuras gerações no Estado de Direito Ambiental*. Dissertação de Mestrado em Direito. Florianópolis, UFSC/ CPGD, 2002.

AZEVEDO, Eliane. S. *Aborto*. In. GARRAFA, Volnei & COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs). *A Bioética no século XXI*. Brasília: UNB , 2000, p. 85-100.

AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. “Há obrigações fora do Direito?” In. *Bioética*, v. 8, n. 2, 2000, p. 265-284.

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico – contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BALBINOT, Fernanda (Sob orientação de Ricardo Stanziola Vieira). *Estado e Mídia: violação de direitos fundamentais*. Monografia de conclusão de curso de Direito, Univali – Biguaçu, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos Direitos do Homem (A Convenção Européia dos Direitos do Homem)”. In: *Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em direito*. Rio de Janeiro: UERJ, 1997., p.77-123

BARATTA, Alessandro. “El Estado de Derecho. História del concepto y problemática actual”. In. *Sistema - Revista de ciencias sociales*, n. 17/18, Oñati, Abril de 1977, p.11-25.

-----*Il positivismo e il neopositivismo*. In. *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*. Napoli: Giuffré Editore, 1977.

----*Direitos humanos e políticas públicas*. Texto/conferência apresentado na Assembléia do Estado do Rio Grande do Sul, por ocasião da Primeira Conferência Estadual de Direitos Humanos deste Estado. Porto Alegre: Setembro de 1998.

-----*Estado de Derecho, derechos fundamentales y “derecho judicial”*. In. *Revista de Ciências Jurídicas*, n. 57, San José - Costa Rica, maio/agosto, 1987.

----*Criança, democracia e liberdade no sistema e na dinâmica da Convenção das Nações Unidas sobre o direito das crianças*. Conferência apresentada no encontro “Direito e Modernidade”, Florianópolis, 17 de setembro de 1996.

----*Política criminal - Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*. Trabalho apresentado (não publicado) no Fórum de política criminal de Santafé de Bogotá, Agosto 20 a 22, de 1996.

----*Criminologia crítica e crítica do direito penal-Introdução à sociologia do direito penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BARBAGELATA, Aníbal Luis. *Derechos Fundamentales*. Montevideo: Fundación de cultura universitária, 1986.

BARBOSA, Heloísa Helena. “Princípios da Bioética e do Biodireito” In. *Bioética*. v.8, n.2, 2000, p.209-216.

BARRETO, Vicente. *Bioética, Biodireito e Direitos Humanos*. In. LOBO TORRES, Ricardo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 383-423.

----*Ética e direitos humanos: aporias preliminares*. In. Anais do II Congresso Brasileiro de Direitos Humanos, Rio de Janeiro: UFRJ, 1998, p. 139.

---- “Ética e direitos humanos: aporias preliminares”. In. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: UFRJ, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

----*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. “Capacidade Jurídica e consentimento informado”. In. *Bioética*. v. 8, n.2, 2000, p. 285-296.

BAUDRILLARD, Jean. *A ilusão vital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

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

----*Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

----*Globalização – As conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

----*Comunidade – a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BECK, Ulrich. *et alii. Modernização Reflexiva – Política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997.

----*Sobre a incompreendida falta de experiência da genética humana - e as conseqüências sociais do não-saber relativo (Von der unbegriffenen erfahrungslosigkeit der humangenetik – und den sozialen folgen relativen nichtwissens)*. In. DE BONI, L. A; JACOB, G; SALZANO, F. (orgs). *Ética e Genética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 39- 88.

BECK-GERNSCHEIM, Elisabeth. *Wer heilt, hat recht (tem razão quem cura?)*. In. DE BONI, L. A; JACOB, G; SALZANO, F. (orgs). *Ética e Genética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 251-299.

- BEDIN, Gilmar A. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. 2ed. Ijuí: Unijuí, 1998.
- BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética- Aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Bauru: EDUSC, 1997.
- BERNARD, Carmen & GRUZINSKI, Serge. *História do Novo Mundo. Da descoberta à conquista, uma experiência européia (1492-1550)*. São Paulo: Edusp, 1997.
- BERGEL, Salvador Darío. “Patenteamento de material genético humano: implicaciones éticas y jurídicas.” In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 15, July-December 2001. p. 35-64.
- “Entre la dignidad y el mercado. Una sentencia objetable del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que toca aspectos de interés jurídico y bioético”. In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 16, January- June 2002, p. 157-180.
- BERLINGUER, Giovanni. *Eqüidade, qualidade bem-estar futuro*. In. GARRAFA. Volnei & COSTA, Sérgio Ibiapina F. *A Bioética no século XXI*. Brasília: UNB , 2000, p. 41-48.
- BERNARD, Jean. *A Bioética*. São Paulo: Editora Ática, 1998.
- Da Biologia à ética*. São Paulo: Editorial Psy II, 1994.
- BIONDI, Aloysio. *O Brasil privatizado - Um balanço do desmonte do Estado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- Ética e política*. In *Revista Lua Nova*, no. 25, 1992, p. 131- 140.
- Da democracia - Para uma certa idéia da Itália*. In OLIVEIRA JR. José Alcebíades de. *O Novo na Política e no Direito*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997.
- et alli. Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 1995.
- Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BOFF, Leonardo. *Ecologia, Mundialização, Espiritualidade*. São Paulo: Ática, 1999.
- BORGES, Roxana Cardoso B. Processo, ação civil pública e defesa do meio ambiente: os direitos difusos em busca de uma concepção não-individualista de tutela e ampla legitimidade. In. LEITE, José R. Morato (org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. *A tutela judicial dos 'novos' direitos: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania*. Florianópolis: CPGD, 2000.
- BRÜSEKE, Franz : *A Lógica da Decadência- Desestruturação sócio-econômica, o problema da anomia e o desenvolvimento sustentável*, São Paulo: Cejup, 1996.

- *A Técnica e os Riscos da Modernidade*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2001.
- BUEY, Francisco Fernandez. “Sobre Tecnocia y Bioética – los arboles del paraíso – parte II”. In. *Bioética*. v.8, n.2, 2000, p. 187-2004.
- BURSZTYN, Marcel. (org.) . *Para pensar o desenvolvimento sustentável*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- CÂMARA, Marcelo de Faria. *Clonagem de seres humanos: considerações gerais*. In. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima.(coord.) *Biodireito*, p. 361- 386.
- CAMPBELL, Alastair. *Uma visão internacional da bioética*. In. GARRAFA. Volnei & COSTA, Sérgio Ibiapina F. *A Bioética no século XXI*. Brasília: UNB , 2000, p. 25-40.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- O *trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal*. In. CAMPILONGO. C; PIOVESAN, F & DI GIORGI, B. (orgs.). *Direito, Cidadania e Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 125-141.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra editora, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- Direito Constitucional, 6.ed.* Coimbra: Almedina, 1993.
- Estado de direito*. Lisboa: Fundação Mario Soares, 1999.
- CANCINO. Emilssen Gonzáles de. “Temas sobre genética” In. *EXTERNADO Revista Jurídica*. V. 8, n.1, Diciembre 1995, Bogotá, Colombia, p. 37-49.
- CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação – A ciência, a sociedade e a cultura emergente*. São Paulo: Cultrix, 1982.
- *Teia da Vida*. São Paulo: Cultrix, 1998.
- As Conexões Ocultas – Ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2002.
- CARNEIRO Fernanda. & EMERICK, Maria Celeste (orgs.). *A Ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000.
- CARONE, Iray. “Necessidade e Individualização”. *Trans/Form/Ação*. São Paulo; 15:85-111, 1992.
- CASABONA, Carlos María Romeo.(org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: PUC-Minas/Del Rey, 2002.
- Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999.
- Questions de droit de l’homme dans la recherche en génétique médicale*. In: *Conseil de l’Europe “ Ethique et génétique humaine” Les éditions du Conseil de l’Europe*. Strasbourg, 1994.
- CASADO, María. *Materiales de Bioética y Derecho*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, sociedade e cultura - O Poder da Identidade*. V.2. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHALMERS, Don & NICOL, Dianne. "Embryonic stem cell research: can the law balance ethical, scientific and economic values?" In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 18, 2003. p.45-53.

CLOTET, Joaquim. *Bioética* (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

---*Bioética como ética aplicada e genética*. In. GARRAFA, Volnei & COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs). *A Bioética no século XXI*. Brasília: UNB, 2000, p. 109-128.

---"Bioética como Ética Aplicada e Genética". In: *Revista Bioética*. São Paulo, n. 2. 1997.

---*Bioética como ética aplicada e genética*. In. DE BONI, L. A; JACOB, G; SALZANO, F. (orgs). *Ética e Genética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 17- 38.

COHEN, Jean & ARATO, Andrew, *Sociedade Civil e Teoria política*, in AVRITZER, Leonardo. (org). *Sociedade civil e democratização*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 154- 155.

CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela. "Ética e Reprodução Assistida: a medicalização do desejo de ter filhos". In. *Bioética*, v. 9, n. 2, 2001, p. 71-82.

COSTA, Sérgio. I. *et al.* (org.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (España). "Segundo Informe: La investigación con embriones humanos 'sobrantes'." In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 16, January- June 2002, p.259.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

----*Fundamento dos Direitos Humanos*. São Paulo: USP, 1998.

---- *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

---- *Fundamentos dos Direitos Humanos*. Livro Delta 1, USP, 1998.

CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Filosofia política. Porto Alegre, no. 2.

CORDEIRO, Renato Sérgio Balão. *A responsabilidade institucional - A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – Fundação Oswaldo Cruz, 1999.

COREA, Gina. Os riscos da fertilização in vitro. In.: SCAVONE, Lucila (org.). *Tecnologias reprodutivas*. São Paulo: Unesp, 1996.

COVRE, Maria de Lourdes M. *O que é cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 1991.

- CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- DAGNINO, Renato. *Enfoques sobre a relação Ciência, Tecnologia e Sociedade: Neutralidade e Determinismo*. In. <http://www.campus-oei.org/salatesi?rdaganino>.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Humanismo Jurídico*. In. JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. Ano 5, no. 15, out/dez. 1998.
- DE BONI, L. A; JACOB, G; SALZANO, F. (orgs). *Ética e Genética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio *Direito dos povos indígenas da Nova Espanha até a modernidade*. In. WOLKMER, A C (org.). *Direito e justiça na América Indígena*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. (Trad. Antônio José Brandão). Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. São Paulo: Edipro, 1999.
- Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesse difuso*. In: CARNEIRO Fernanda. & EMERICK, Maria Celeste (orgs.). *A Ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000.
- DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços - direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. “A Ectogênese e seus problemas jurídicos”. In. *Prática Jurídica*, ano III, n. 30, set. 2004, p. 24-29.
- O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINIZ, Débora & ALMEIDA, Marcos de. *Bioética e Aborto*. In. COSTA, Sérgio. I. et al. (org.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: CFM, 1998, p.125-137.
- DIREITOS HUMANOS NO COTIDIANO*, Publicação conjunta da USP, UNESCO E GOVERNO FEDERAL.
- DOM Pedro Casaldáliga. *Rever o Deus anunciado*. In. RAMPINELLI, Waldir José & OURIQUES, Nildo Domingos (orgs). *Os 500 anos - A conquista interminável*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- DOWBOR, Ladislau. *Notas sobre a governabilidade*. In. GALEAZZI, Maria Antonia (org.). *Segurança alimentar e cidadania*. Campinas: Mercados e Letras, 1996., p. 93-109.
- DRUMOND. José Geraldo de Freitas. “Clonagem Humana”. In. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, n.5, 1998, p. 145-156.
- DURHAM, Eunice Ribeiro. *Movimentos Sociais - a construção da cidadania*. São Paulo, Novos Estudos CEBRAP, n. 10, p. 24-30.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação*. São Paulo: Loyola, 1982.
- 1492 O encobrimento do Outro: A origem do “mito da modernidade”*. Petrópolis: Vozes, 1993.

- Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación.* APELL, Karl Otto ; DUSSEL, Enrique e FORNET, Raúl. B. Mexico: siglo XXI, 1992.
- El último Marx (1863- 1882) y la Liberación Latinoamericana.* México: Siglo XXI, 1990.
- Hacia um Marx desconocido, um comentario de los manuscritos del 61-63.* México: Siglo XXI, 1988.
- Debate en torno a la ética dal discurso de Apel, dialogo filosófico Norte - Sur desde América Latina.* México: Siglo XXI, 1994.
- *Para uma ética da libertação latino americana - III, Erótica e pedagógica.* São Paulo: Loyola, 1982.
- El dualismo en la antropología de la cristandad,* . Buenos Aires: Editoria Guadalupe, 1974.
- Caminhos de Libertação Latino Americana II* , São Paulo: Edições Paulinas, 1985.
- Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión.* México: Siglo XXI, 1998.
- Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão.* Petrópolis: Vozes, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- Sovereign Virtue- The Theory and Practice of Equality.* Cambridge, Massachussets: Harvard University Press. 2000.
- EHRlich. Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito.* Brasília: UNB, 1986.
- ENGELHARDT, Jr. H. T. *Fundamentos da Bioética.* São Paulo: Loyola, 1998.
- ESPINOSA, Jaime. *Questões de Bioética* (coleção Temas Cristãos). São Paulo: Quadrante, 1998.
- ESPOSITO, Maria Gabriella. *Diritto e Vita- La Lecione di Capograssi.* Giuffré Editore: Università degli studi di Lecce, 1999.
- FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais- a Bioconstituição como paradigma do Biodireito.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FARIA, José Eduardo. (Org.) *A crise do direito em uma sociedade em mudança.* Brasília: UNB, 1988.
- O Direito na economia globalizada.* São Paulo: Malheiros, 2000.
- & KUNTZ, Rolf. *Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista.* São Paulo: Max Limonad, 2002.
- Justiça e conflito: Os juízes diante dos Novos Movimentos Sociais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

- A eficácia do direito na consolidação democrática*. Lua Nova, no. 30, 1993., 35-93.
- FARIAS, Paulo José Leite. “Limites éticos e jurídicos à experimentação genética em seres humanos: a impossibilidade da clonagem humana no ordenamento jurídico brasileiro”. In. *Jurisprudência Brasileira*. V. 182, Curitiba: Juruá Editora, 2000. p. 7-45.
- FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*. In OLIVEIRA Jr, José Alcebíades de (org). *O Novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.
- FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. *A adoção e o Estatuto da Criança e do Adolescente sob um enfoque constitucional*. In Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em direito. Rio de Janeiro: UERJ, 1997, p. 181-193.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Clarendon Press, 1989, p. 198 .
- FLORES, Joaquim Herrera. *Los Derechos Humanos desde La Escuela de Budapest*. Madrid: Tecnos, 1989.
- FORTES, Paulo. *Avanços tecnológicos significam melhoria da saúde?* In. GARRAFA, Volnei & COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs). *A Bioética no século XXI*. Brasília: UNB , 2000, p. 1399- 144.
- FRANCO, Alberto Silva. “Genética Humana e Direito”,. *Bioética – Revista do Conselho Federal de Medicina*. V.4, n.1, 1996, p.17-29.
- FREI BETO. “Direitos Humanos, versão FHC”. In: *Juízes para a Democracia*., ano 5, no. 15, out/dez. 1998.
- FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima.(coord.) *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- Biodireito e Direito ao Próprio Corpo*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- Conscientização, Teoria e Prática da libertação*. São Paulo: Moraes, 1980.
- FROMM, Erich. *Conceito Marxista do Homem*. 8. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- GALEANO, Eduardo. *Para que la América se descubra a si misma*. In. Seqüência, no. 26, Florianópolis, julho de 1993, p.78-81.
- GALEAZZI, Maria Antonia (org.). *Segurança alimentar e cidadania*. Campinas: Mercados e Letras, 1996.
- GALLOUX, Jean Christophe. “La Protection Juridique de la matière biologique en droit français” In. *Revue Internationale de droit comparé*. C.N.R.S/ Centre français de droit comparé. N. 2. Avril-Juin 1998, p. 491-512.
- GARRAFA, Volnei. “Transgênicos, ética e controle social”. In. *O mundo da saúde*. São Paulo, V.23, n.5, set./out. 1999.
- & COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs). *A Bioética no século XXI*. Brasília: UNB , 2000.

----; COSTA, Sérgio Ibiapina F; OSELKA, Gabriel. *A Bioética no século XXI*. In: GARRAFA, Volnei & COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs). *A Bioética no século XXI*. Brasília: UNB , 2000, p. 13-23.

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

----*Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 57-89.

GIDDENS, Anthony , *et alii*. *Modernização Reflexiva – Política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997.

----*Política, Sociologia e Teoria Social – Encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 1998.

GIRARDI, Giulio. *Los Excluídos construirán la nueva história?* Madrid: Nueva Utopia, 1993.

-----*El derecho indígena a la autodeterminación política y religiosa*. Quito/Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 1997.

-----Desde su propia palabra - los indígenas, sujetos de un pensamiento emergente. Quito/Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 1998.

GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais e Educação*. 2ed. São Paulo: Cortez, 1992.

-----*Os sem-terra, ONGs e cidadania*. São Paulo: Cortez, 1997.

GOLLOP, Thomaz Rafael. *Abortamento*. In: GARRAFA, Volnei & COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs). *A Bioética no século XXI*. Brasília: UNB , 2000, p. 79-83.

GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GOMES, Luiz Flávio. “Navio Abortador – Hipótese de não-incidência do direito penal”. In. *Prática Jurídica*, ano III, n.30, set/2004, p. 66.

GÓMEZ, José Maria. “Globalização, Estado-Nação e Cidadania”, In. *Contexto Internacional*, vol. 20, n.1, jan/jul de 1998, p.7-89.

GONÇALVES, Hebe Signorini.(org). *Organizações não-governamentais: solução ou problema*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

GORE, Al. *A Terra em balanço- Ecologia e o espírito humano*. São Paulo: Augustus, 1993.

GUILHEM, Dirce & PRADO, Mauro Machado do. “Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas”. In. *Bioética*, v. 9, n. 2, 2001, p.113-126.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

----*Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- O Futuro da Natureza Humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HARRIS, John. "Ethical Issues in genetic testing for insurance". In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 15, July-December 2001. p. 25-31.
- HELLER. Ágnes. *Sociologia de la vida cotidiana*. 3ed. Barcelona: Península, 1991.
- Para mudar a vida*. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona: Península, 1985.
- O cotidiano e a história*, 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- A filosofia radical*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- & FEHER, Ferenc. *Anatomía de la Izquierda Occidental*. Barcelona: Península, 1985.
- & FEHER, Ferenc. *Políticas de la post modernidad*. Barcelona: Península, 1989.
- A herança da ética marxiana*. In. HOBBSAWM, Eric. J. (Org.). *História do marxismo. O marxismo hoje*. (segunda parte). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. V.12, p. 103-130.
- HERKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos Humanos - Gênese dos Direitos Humanos - voll*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- HERSCH, Jeanne. *Le droit d'être un homme. Anthologie mondiale de la liberté*. Paris: Unesco/Lattès, 1990.
- HESPPIEL, Hector Gros. *Estudios Sobre derechos Humanos*, Madrid: Civitas, 1988, p. 328-332.
- HESPANHA, Antônio M. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livros Horizontes, s/d.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HOBBSAWN. Eric. *Era dos Extremos - O breve século XX. 1914 - 1991*. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- HONNEFELDER, Ludger. *Humangenetik und Menschenwürde (Genética Humana e Dignidade do Homem)*. In. DE BONI, L. A; JACOB, G; SALZANO, F. (orgs). *Ética e Genética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 87- 134.
- HUMAN GENETIS COMMISSION, UK, may, 2002. "Balancing interests in the use of personal genetic data". In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 16, January- June 2002, p. 260 – 262.
- HUNTINGTON, S. P. *O Choque de Civilizações*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.
- INGENIEROS, José. *O Homem Mediocre – pequeno ensaio de moral e ética dirigido aos jovens*. Curitiba: Juruá, 2003.
- JANSEN, Brigitte E. S. "Does new biotechnology and medicine need another type of bioethical input or is it an ethical conflict of interest?" In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 18, 2003. p.165-173.

JONAS, Hans. *The Imperative of Responsibility – In Search of an Ethics for the Technological Age*. Chicago: University of Chicago, 1984.

---*El Principio de la responsabilidad – Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

KIRBY, Justice Michael. “Intellectual property and the human genome (Part II)” *In. Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 15, July-December 2001. p. 65-83.

KISS, A. Ch e TRINDADE, Cançado. A.A., “Two major challenges of our time: Human Rights and the Environment”, in *Derechos Humanos, Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente* (Seminário de Brasília de 1992, editado por A.A Cançado Trindade), San José/Brasília, IIDH/BID.

KITCHER, Philip. *The lives to come – The genetic revolution and human possibilities*.

KOLATA, Gina. *Clone: os caminhos para Dolly*. (trad. Ronaldo Sérgio de Biasi). Rio de Janeiro: Campus, 1998.

KOSIK, Karel. *Dialética do concreto*. 6.ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

KOTHARI, M. “The right to an adequate standard of living (food, housing, health, social protection)”. In: *Recueil des Cours- 27ª Seção de ensino do Instituto Internacional de Direitos Humanos*. Strasbourg, 1996.

KOTTOW, Miguel. *Bioética e política de recursos em saúde*. In. GARRAFA, Volnei & COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs). *A Bioética no século XXI*. Brasília: UNB, 2000, p. 67-75.

----“Bioética del comienzo de la vida – Cuantas veces comienza la vida humana?”. In. *Bioética*, v. 9, n. 2, 2001, p.25- 42.

KRISCHKE, Paulo José. “Necesidades y sujetos sociales”. In: *Revista mexicana de sociología*, n.3, jul/set. 1989, p.75-98.

----“Movimentos Sociais e Democratização no Brasil: Necessidades Radicais e Ação Comunicativa”. In. *Ciências Sociais Hoje*, ANPOCS, 1990.

LACADENA, Juan- Ramón. “Un comentario genético sobre la patenteabilidad de las invenciones biotecnológicas en la adaptación de la Ley española de Patentes al marco europeo.” *In. Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 16, January-June 2002, p. 199-221.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

-----*Dilemas da América Latina num mundo em transformação*. Aula inaugural proferida por ocasião das atividades de instalação da Cátedra Guimarães Rosa na UNAM - Universidade Nacional Autónoma do México, em 20/06/88.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

LASH, Scott *et alii*. *Modernização Reflexiva – Política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997.

LAS CASAS, Bartolomé de. *O Paraíso destruído. Brevíssima relação da destruição das Índias- A sangrenta História da Conquista da América Espanhola*. 2ed.Porto Alegre: L&PM editores, 1984.

LASSALLE, Ferdinand . *Essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen, 2000.

LEBRUN, Gerard. Sobre a Tecnofobia. In NOVAIS, Adalto (org.) *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

LEHNINGER, Albert L. *Fundamentos de Bioquímica*. Sarvier: São Paulo, 1977.

LEIS, Héctor Ricardo. *O Labirinto: Ensaio sobre ambientalismo e globalização*. São Paulo-Blumenau: Gaia-Furb, 1996.

----“O conflito entre a natureza humana e condição humana no contexto atual das ciências sociais”. In. *Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em ciências humanas*. UFSC/DICH, N. 50, Dezembro de 2003.

---- *A modernidade insustentável*. Petrópolis: Vozes/UFSC, 1999.

---- *A tristeza de ser sociólogo no século XXI*. GT de Teoria Social, XXIV Encontro anual da ANPOCS, 17 a 21 de outubro de 2000.

---- “A Sociedade dos Vivos”, *Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar*, no.4. PPGICH/CFH/UFSC, Florianópolis.

---- & VIOLA , Eduardo. *Mudanças na direção de uma globalização multidimensional complexa*. Cardernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas. DICH/UFSC N.40, Novembro de 2002.

----*O Dilema da cidadania na época da globalização: universalismo x particularismo*. Texto obtido diretamente o autor em Seminário Interno do Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas, Florianópolis- UFSC, em 28 de Agosto de 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito, a ciência e as leis bioéticas*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

----*Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

----*Da Bioética ao Biodireito: Reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação*. In. SILVA, Reinaldo Pereira e. (org). *Direitos Humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998, p. 105-122.

----“O Direito do Embrião Humano: Mito ou Realidade?” In. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 27, n. 29, 1996, p. 121-146.

LEITE, José Rubens Morato & AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

----(org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

----& WOLKMER, Antônio Carlos. *Os "Novos" Direitos no Brasil - Natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

-----*Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo-SP, 2003.

LEPARGNEUR, Hubert. *Bioética, novo conceito – A caminho do consenso*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

LESBAUPIN, Ivo. *As classes populares e os direitos humanos*. Petrópolis: Vozes, 1984.

LEVINE, Joseph & SUZUKI, David T. *The Secret of Life- Redesigning the living world*. New York: Freeman, 1998.

LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: Editora 34, 1996.

LEWIS, Roy. *Por que almocei meu pai*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

LEWONTIN, Richard. *A Tripla Hélice- gene, organismo e ambiente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

-----*A Doutrina do DNA – Biologia como Ideologia*. Ribeirão Preto: Funpec, 2000.

LIMA NETO, Francisco Vieira. *Responsabilidade Civil das empresas de engenharia genética: Em busca de um paradigma bioético para o Direito Civil*. Leme: Editora de Direito, 1997.

LINHARES, Sérgio. GEWANDSZNAJDER, Fernando. *Biologia hoje: genética, evolução, ecologia*. 5.ed. São Paulo: Ática, 1995.

LOBO TORRES, Ricardo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História - Lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOUREIRO, João. *Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Prevenção e Tecnociência- Algumas questões publicísticas*. In. *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Rogério Soares*. Coimbra: Almeida, 2000, p. 797-891.

LÖWY, Michel. *Globalização e eco-socialismo*. Palestra proferida no II Congresso Internacional sobre Neosocialismo. Florianópolis, maio de 1999.

LUHMANN, Niklas. “Introducción a la teoría de Sistemas”. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Guadalajara/Mexico: Univesidad Iberoamericana, 1996.

LUNA, Florencia. “Reproducción Asistida y ‘sabor local’: contexto y mujer en Latinoamérica”. In. *Bioética*, v. 9, n. 2, 2001, p. 83-98.

LYOTARD, Jean-François. *O inumano: considerações sobre o tempo*. 2.ed., Lisboa:Estampa, 1997.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: instrumento de participação na tutela do bem comum*, In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

-----*Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para agir*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. “Biodiversité, biotechnologies, biosecurité: Le droit international desarticulé”. In. *Journal du Droit International*. Paris, n. 4, Octobre-Novembre-Décembre, 2000, p. 949-996.

MALUF, Edison. *Manipulação Genética e o Direito Penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MARRAMAO, Giacomo. *Céu e Terra*. (trad. Guilherme Alberto Gomez de Andrade). São Paulo: Unesp, 1997.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

MARTINS-COSTA, Judith. “A Universidade e a construção do Biodireito”. In. *Bioética*. v.8, n.2, 2000, p.229-246.

---“Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito”. In. *Revista de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 3, 2001, p. 13-30.

MARTÍNEZ, Stella Maris. “Derecho a la vida vs. Derecho a una determinada calidad de vida. Reflexiones sobre la clonación humana.” In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 18, 2003. p.77-114.

MARX, Karl & ENGELS, Frederich. *O Manifesto Comunista*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

-----*Manuscritos econômicos e filosóficos*. In FROMM, Erich. *Conceito Marxista do Homem*. 8. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

MATAS, David. *Los derechos económicos, sociales y culturales y la función de los juristas: La situación en Canadá, EE.UU. y México*. Comisión Internacional de Juristas. La Revista n. 55, diciembre de 1995., p.111- 130.

MATTE, Mauricio. “Assinatura Eletrônica Biométrica- Reflexões sobre os impactos da clonagem humana.” In. *Revista de Direito Privado*. N. 8, outubro-dezembro de 2001, p. 181-182.

MAYOR, Federico. “As Biotecnologias no início dos anos noventa: êxitos, perspectivas e desafios”. In. *Estudos Avançados*, USP, n. 16, 1992, p. 7- 28.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Os direitos difusos em Juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MC MICHAEL. *Planetary overload.- global environmental change and the health of the human species*. Cambridge: University press, 1993.

MELLO, Celso D. Albuquerque, *Direitos Humanos e Conflitos armados*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2.ed. Lisboa: Editora Estampa, 1989.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Volume IV - Regime específico dos direitos, das liberdades e garantias*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1988.

MITTELSTRASS, Jürgen. “The impact of the New Biology on Ethics”. In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 16, January- June 2002, p. 25-34.

- MOSCA, Juan & AGUIRRE, Luiz Perez. *Direitos Humanos - Pautas para uma educação libertadora*. Petrópolis: Vozes, 1990.
- MORI, Maurício. “Fecundação Assistida e liberdade de procriação”. In. *Bioética*, v. 9, n. 2, 2001, p.. 57-70.
- MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 4. ed. São Paulo: Cortez/ UNESCO, 2001.
- & PIATTELLI- PALMARINI, Massimo. *La unidad del hombre como fundamento y aproximación interdisciplinaria*. In. MORIN, Edgar. (et al.). *Interdisciplinarietà y ciencias humanas*. Unesco/ tecnos, 1990, p. 188-212.
- O Paradigma Perdido- A natureza Humana*. 5.ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1991.
- O Problema Epistemológico da Complexidade*. 2.ed. Portugal: Edições Europa-América: 1996.
- Introdução ao Pensamento Complexo*. 2.ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- & PRIGOGINE, Ilya (et. alli) *A Sociedade em busca de valores – para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget: 1998.
- Epistemologia da complexidade*. In. SCHNITMAN, Dora Fried (org.). *Novos Paradigmas, Cultura e Subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996., p. 275-289.
- De l’interdisciplinarité*. Actes du Colloque Carrefour des sciences. 12 e 13 fev, 1990. UNESCO., p. 21-29.
- O Método - III. O conhecimento do conhecimento*. 2.ed. Portugal: Publicação Europa-América, 1996.
- O Método – IV. As Idéias, Habitat, vida, costumes, organização*. Porto Alegre: Sulina, 1998.
- MÜLLER, Friederich. *Direito, Linguagem, Violência- Elementos de uma teoria constitucional*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.
- MURPHY, Sean. D. “Biotechnology and International Law”. In. *Harvard International Law Journal*. Vol. 42. n. 1, winter 2001, p. 47-139.
- NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Direito ambiental internacional*. Rio de Janeiro: Thex, 1995.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Introdução ao Biodireito: Da zetética à dogmática*. In. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima.(coord.) *Biodireito*, p. 129-140.
- NIETZSCHE, Friederich Wilhelm. *O crepúsculo dos ídolos*. São Paulo: Hemus, 1986.
- NOSTRE, Guilherme Alfredo de Moraes. *Bioética e Biodireito – Aspectos jurídico-penais da manipulação de embriões, do aborto e da eutanásia*. Dissertação de Mestrado em Direito – USP, São Paulo, 2001.
- NOVAES. Washington. Entrevista concedida à TVE, às 21:00 do dia 13.03.99.
- NOVAIS, Adalberto (org.) *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996

NUNES, Edison. *Carências urbanas, reivindicações sociais e valores democráticos*. Lua Nova. São Paulo, n.17, p.67/91, jun. 1989.

-----*Carências e modos de vida*. In. *São Paulo em perspectiva*. São Paulo. v.4, n.2, abr/jun. 1990. NICOLESCU, Basarab. *O Manifesto da Transdisciplinariedade*. 1ed. São Paulo: Triom, 1999.

ODA, Leila Macedo & SOARES, Bernardo Elias Correa. “Biotecnologia no Brasil. Aceitabilidade pública e desenvolvimento econômico”. In. *Parcerias Estratégicas*, n. 10, Março de 2001, p. 162-173.

OLIVEIRA, Fátima. “As novas tecnologias reprodutivas conceptivas a serviço da materialização de desejos sexistas, racistas e eugênicos?”. In. *Bioética*, v. 9, n. 2, 2001, p.99-112.

---*Bioética – uma face da cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997.

---*Expectativas, falências e poderes da medicina da procriação: gênero, racismo e bioética*. In.: SCAVONE, Lucila (org.). *Tecnologias reprodutivas*. São Paulo: Unesp, 1996.

OLIVEIRA JR. José A. de; LEITE, José R. M (orgs). *Cidadania Coletiva*. Florianópolis: CPGD/Paralelo 27, 1996.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PADRÓN, Miguel Sánchez. “The institutional choice in biotechnology: patents and ethics”. In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 16, January-June 2002, p.223-255.

PALAZZONI, Laura. “La Clonazione sull’uomo: una recente questione bioetica e biogiuridica” In. ESPOSITO, Maria Gabriella. *Diritto e Vita- La Lezione di Capograssi*. Giuffrè Editore: Università degli studi di Lecce, 1999, p.460-7.

PASTORE, Rodrigo Reis (sob orientação de Ricardo Stanziola Vieira). *Ordem, Hegemonia e Repressão: uma análise sobre a aplicação do Direito Internacional Penal no Século XX*. Monografia de conclusão de curso de direito. UNIVALI – São José, 2004.

PEREIRA, Lygia da Veiga. *Sequenciaram o Genoma Humano, E agora?* São Paulo: Moderna, 2001.

PEREIRA, Marcos Roberto. *A possibilidade e a necessidade de resgate da perspectiva ético-científica*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.196-213.

PÉREZ SALOM, José Roberto. “La Regulación intencional de la seguridad de la biotecnología”. In. *Anuario de Derecho Internacional, XIV*, Pamplona, Universidad de de Navarra, 1998, p. 729- 751.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. *Índios livres e Índios Escravos. (Os princípios da legislação indigenista do período colonial – século XVI a XVIII).* In. CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992

PESSINI, Léo & BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais de Bioética*. 3.ed. São Paulo: Loyola, 1996.

PIERUCCI, Antônio Flávio. *O Desencantamento do mundo. Todos os passos do conceito em Max Weber*. São Paulo: Editora 34, 2003.

PHILLIPS, Peter. W.B. & KERR, William A. “Alternative Paradigms – The WTO Versus the Biosafety Protocol for Trade in Genetically Modified Organisms” In. *Journal of World Trade*. USA, V. 34, n. 4, August 2000, p.63-75.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *O passado não está morto*. Prefácio da obra: DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços - direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

----“Os direitos sociais face aos problemas da sociedade (violência, exclusão social e grupos vulneráveis, explosão demográfica”. In: *Recueil des Cours- 27ª Seção de ensino do Instituto Internacional de Direitos Humanos*. Strasbourg, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. (prefácio de Fábio Konder Comparato). 2ed. São Paulo: Max Limonad. 2003.

----“Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização”. In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.*, ano 9, n. 37, outubro-dezembro de 2001, p. 109-128.

----*A atual dimensão dos Direitos Difusos na Constituição de 1988*. In *Direito, Cidadania e Justiça*. DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; e PIOVESAN, Flávia. (coords) São Paulo: RT, 1995.

---- *Proteção Judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

----*Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PLOMER, Aurora. “Stem Cell research in the UK: from Parliament to the Courts”. In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 16, January- June 2002, p. 181-196.

PRADO JUNIOR, Caio. *Evolução Política do Brasil*. 12 ed. São Paulo: Brasiliense, 1980.

PRIGOGINE, Ilya & STENGERS, Isabelle. *A Nova Aliança – Metamorfose da Ciência*. Brasília: UNB.

PRUDENTE, Mauro Godoy. *Bioética : Conceitos Fundamentais*. Porto Alegre : Ed. do Autor, 2000.

RAU, Johannes (presidente da República Federal Alemã). “Irà todo bien? Por um progreso a medida humana”. In. *Law and Human Genome Review*. BBVA Foundation, N. 14, January-June 2001, p. 25-38.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta & Lenita. M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

----*Liberalismo Político*. Mexico: Fondo de Cultura Econômica, 1993.

- REVISTA BIOÉTICA, Conselho Federal de Medicina. V.8, no.2, 2000.
- REVISTA BIOÉTICA, Conselho Federal de Medicina.. v.8, no.1, 2000.
- REVISTA PESQUISA FAPESP. Suplemento Especial Clonagem. N.73, março 2002.
- REVISTA BIOTECNOLOGIA, CIÊNCIA E DESENVOLVIMENTO. *Clonagem Humana*. No.11, ano11, nov-dez , 1999, p.113-122.
- REVISTA JURÍDICA CONSULEX. *Clonagem Humana*. Ano VI, no. 120, jan.2002.
- REVISTA DE DERECHO Y GENOMA HUMANO. – Law and the Human Genome Review, n. 15, julho-dez 2001. Bilbao: Universidade de Deusto.
- RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro - A formação e o sentido do Brasil*. 2ed. São Paulo: Companhia das letras, 1996.
- RIDLEY, Matt. *O que nos faz humanos – genes, natureza e experiência*. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- RIFKIN, Jeremy. *O Século da Biotecnologia*. São Paulo: Makron Books, 1999.
- RIOS, André Rangel (*et al.*). *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 1o. discurso: “As ciências e as artes”.
- O Contrato Social, Livro I, VIII - Do Estado Civil*.
- ROVER, Aires José (Org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
- RUNGE, C. Ford & JACKSON, Lee Ann. “Labelling, Trade and Genetically Modified Organisms – A Proposed Solution” *In. Journal of World Trade*. USA, V.34, number 1, February 2000, p. 111-122.
- SADER, Emir e GENTILI, Pablo (orgs). *Pós-neoliberalismo – As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- SALZANO, Francisco M. & SCHÜLER- FACCINI, Lavínia. “Perfil ético dos pesquisadores em genética.” *In. Bioética*, v.10, n.1, 2002, p. 13-19.
- SALZANO, Francisco M. & SCHÜLER- FACCINI, Lavínia. *Questões éticas em genética humana*. In. DE BONI, L. A; JACOB, G; SALZANO, F. (orgs). *Ética e Genética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 193-210.
- SANT’ANNA, Aline Albuquerque. *A Nova Genética e a Tutela Penal da Integridade Física*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice - O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1996.
- Globalização – Fatalidade ou Utopia?* Porto: Afrontamento, 2001.
- Um discurso sobre as ciências* , 9ed. Porto: Afrontamentos, 1987.
- *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, V.1, 2ed. São Paulo: Cortez, 2000.

- A Crítica da Razão Indolente : contra o desperdício da experiência*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- O discurso e o poder*. Porto Alegre: Sérgio A Fabris, 1988.
- *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974 -1988)*. Porto: Afrontamento, 1990.
- A crise do paradigma*. In. *Coletânea Direito Achado na Rua*. Brasília: UNB, 1990.
- *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: Ilsa, 1991.
- Estado, as relações salariais e o bem- estar social na semiperiferia. O caso Português*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1992.
- Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Revista Crítica de Ciências Sociais, no. 48, junho de 1997.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *O Equilíbrio de um Pêndulo. Bioética e a Lei: Implicações Médico- Legais*. São Paulo: Ícone, 1998.
- (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- “Clones, Gens e Imortalidade”. In. *Biotecnologia – Ciência & Desenvolvimento*. Ano III, n.18, janeiro/fevereiro de 2001, p. 24-29.
- SANTOS, Milton. *Técnica, Espaço, Tempo: globalização e meio técnico científico informacional* . São Paulo: Hucitec, 1994.
- SARLET, Ingo. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2001.
- SAUWEN, Regina Lúcia Fiuza. “Da persona ao clone – a visão do biodireito”. In. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, n. 19, 2º semestre de 1999, p. 329-344.
- & HRYNIEWICZ, Severo. *O direito 'in vitro': da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- SCAVONE, Lucila (org.). *Tecnologias reprodutivas*. São Paulo: Unesp, 1996.
- SCHERER-WARREN, Ilse. *Sujeitos emergentes, práticas e valores*. Texto de apoio apresentado na 2ª semana social brasileira. Florianópolis, nov. 1993.
- *O caráter dos novos movimentos sociais*. Texto apresentado no VIII ANPOCS. Águas de São Pedro, São Paulo, out. 1984.
- *Redes de Movimentos Sociais*. 2.ed. São Paulo: Loyola, 1996.
- *Organizações não governamentais na América Latina: seu papel na construção da sociedade civil*. Cadernos de Pesquisa, no.1, 1994.

SCHMIDTKE, Jörg. *Wem gehört das Genom? (A quem pertence o Genoma?)*. In. DE BONI, L. A; JACOB, G; SALZANO, F. (orgs). *Ética e Genética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 161-192.

SCHRAMM, Fermin Roland. *Genética: um jano de duas faces?* In. GARRAFA, Volnei & COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs). *A Bioética no século XXI*. Brasília: UNB, 2000, p.129-138.

----“Eugenia, Eugénica e o Espectro do Eugenismo: Considerações Atuais sobre Biotecnociência e Bioética” In. *Bioética*. n. 5, 1997, p. 203-220.

----& SEGRE, Marco. “Quem tem medo das (bio) tecnologias de Reprodução Assistida?” In. *Bioética*, v. 9, n. 2, 2001, p. 43-56.

SEÑA, Jorge F Malem. “Privacidad y Mapa Genético” In. *Revista de la Facultad*. – Universidad Nacional de Córdoba – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. v.2. n. 2., ano 1994, p. 61-89.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética – 1.Fundamentos da ética biomédica*. (trad. Orlando Soares Moreira). São Paulo: Loyola, 1996.

SCHOOYANS, Michel. *Dominando a vida, manipulando os homens*. 2ed. Curitiba: Champagnat, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

----*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: A Nova Fronteira dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

----*Introdução ao Biodireito – Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.

----*Reflexões éticas sobre o Estatuto da Vida: Uma abordagem político-jurídica da concepção humana*. Tese de Doutorado em Direito. UFSC, 2001.

----“Reflexões ecológico-jurídicas sobre o Biodireito” In. *Bioética*. v.8. n.2, 2000, p.247-264.

---- “Os direitos humanos do embrião”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 88, v. 768, out. 1999.

---- & LAPA, Fernanda Brandão (orgs.) *Bioética e Direitos Humanos*. Florianópolis: OAB Editora, 2002.

SLOTEDIJK, Peter. *Regras para o parque humano: uma resposta a carta de Heidegger sobre o humanismo*, São Paulo: Liberdade, 2000.

---- Entrevista a Luiz Felipe Pondé. In. *Folha de São Paulo*. 10 de outubro de 1999. título: *zoopolítica*.

SOARES, André Marcelo M. & PIÑERO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito – uma introdução*. (Coleção Gestão em Saúde). Rio de Janeiro: São Camilo/ Loyola, 2002.

- SOUSA, Jessé. *A modernização seletiva- Uma interpretação do dilema brasileiro*, Brasília: UNB, 2000.
- STRATHERN, Marilyn. *After Nature – English Kinship in the late twentieth century*. Nova York: Cambridge University Press, 1992.
- TALE, Camilo. *Examen de los principios de la bioética contemporánea predominante*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina - Sapientia, 1998.
- TELLES JR. Goffredo. *A criação do direito*. 2v.São Paulo: Calil, 1953.
- TELLES, Vera da Silva. *Sociedade Civil e a reconstrução de espaços públicos*. In: DAGNINO, Evelina (org.). *Anos 90- Política e Sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- TESTART, Jacques. *O ovo transparente*. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Edusp, 1995.
- THE EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES TO THE EUROPEAN COMMISSION. “Adoption of an Opinion on Ethical Aspects of Human Stem Cell Research and Use”. In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 15, July-December 2001. p. 223-228.
- “Opinion on Ethical aspects of patenting inventions involving human stem cells”. In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 16, January- June 2002, p. 266- 271.
- THIMM, Andreas. “ Necesidades basicas y derechos humanos”. In: *Doxa*, n.7 , Madrid, 1990.
- TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América - A questão do Outro*. São Paulo: Martins Fontes, 1983.
- TOULEMONT, René. *Sociologie et pluralisme dialectique. Introduction à l’oeuvre de Georges Gurvitch*. Louvain/Paris: Nauwelaerts, 1955.
- TOURAINÉ, Alain. *Crítica da Modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- *Poderemos viver juntos? iguais e diferentes*. Petrópolis:Vozes, 1999.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos- fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Fabris, 1993
- “A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais: evoluções e tendências atuais”In. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. N. 71, 1990.
- TROPPER, Michel, *Pour une théorie juridique de l’état*. Paris: Presses Universitaires de France. 1990.
- TUGENDHAT, Ernest. *Lições sobre ética*. 2.ed., Petrópolis/RJ: Vozes, 1996.
- VALLE, Silvio. (org.). *Regulamentação da Biossegurança em Biotecnologia. Legislação Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Auriverde, 1998.

- VALERY, Mirra Álvaro Luiz. “Princípios fundamentais do Direito Ambiental”. In: *Revista de Direito Ambiental*, nº2, p.53.
- VARELA, Marcelo Dias & BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. “Biotecnologias e biossegurança: fatores agravantes da desigualdade internacional?” In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 145, janeiro/março de 2000, p. 119-133.
- VARGA, Andrew. C. *Problemas de Bioética*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.
- VASEK, Karel. *A longa luta pelos direitos humanos* In: *O Correio da Unesco*. Rio de Janeiro, janeiro de 1978, ano 6, no.1.
- VIEIRA, José Ribas. “Assimetria dos Direitos Fundamentais Sociais e Econômicos” . In: *Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em direito*. Rio de Janeiro: UERJ, 1997, p. 125 - 138.
- VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997.
- VIEIRA, Teresa Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo: Editora jurídica brasileira, 1999.
- WEBER, Max. *Ciência e Política. Duas vocações*. São Paulo:Cultrix.
- WEIS, Luis. *Genoma e Genocídio*. In. Estado de São Paulo - Espaço Aberto, 05/07/00, p.A-2.
- WILKIE, Tom. *Projeto Genoma Humano- um conhecimento perigoso*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- WINNACKER, Ernst- Ludwig. *Ethic und Genetik (O que nos é permitido e o que não nos é permitido)*. In. DE BONI, L. A; JACOB, G; SALZANO, F. (orgs). *Ética e Genética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 211-250.
- WOLKMER. *Os "Novos" Direitos no Brasil - Natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- *Direito e justiça na América Indígena*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.
- O terceiro mundo e a nova ordem internacional*. São Paulo: Ática, 1989.
- Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio A Fabris, 1990.
- Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991.
- Pluralismo jurídico, movimentos sociais e práticas alternativas*. In: *Revista El Otro Derecho*. Bogotá, n.7, p.29-46, ene.1991.
- Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.
- Idéias e instituições na modernidade jurídica*. In. *Seqüência*, no.30, jun.1995. Editora da UFSC., p.17-24.
- *Sobre a Teoria das Necessidades; A condição dos “novos” sujeitos*. In: *Alter Ágora*. n.1 Florianópolis.

-----(*org.*). *Fundamento de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

-----(*org.*). *Direito e Justiça na América Indígena: Da conquista à Colonização*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

-----*História do Direito no Brasil*. São Paulo: Forense, 1998.

XAVIER, Elton Dias. “A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa”. In. *Bioética*. v.8, n.2, 2000, 217-228.

YÁÑEZ, Gonzalo Figueroa. “La Bioética en Latinoamérica: perspectiva jurídica”. In. *Law and the Human Genome Review*. BBVA Foundation. N. 18, 2003. p. 55-76.