

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

KATIA BORGES MOTTA

**DIREITOS REPRODUTIVOS, DIREITOS HUMANOS E BIOÉTICA:
REPERCUSSÕES ÉTICAS E JURÍDICAS DO PROJETO
MONOPARENTAL FEMININO**

São Leopoldo

2007

KATIA BORGES MOTTA

**DIREITOS REPRODUTIVOS, DIREITOS HUMANOS E BIOÉTICA:
REPERCUSSÕES ÉTICAS E JURÍDICAS DO PROJETO
MONOPARENTAL FEMININO**

Dissertação de Mestrado apresentada à
Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Stumpf González

São Leopoldo

2007

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

M921d Motta, Katia Borges
Direitos reprodutivos, direitos humanos e bioética:
repercussões éticas e jurídicas do projeto monoparental feminino /
por Kátia Borges Motta.-- 2007.
243 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2006.

“Orientação: Prof. Dr. Rodrigo Stumpf González, Ciências
Jurídicas”.

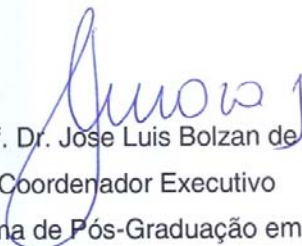
1. Bioética - Direitos humanos. 2. Direitos reprodutivos. 3.
Projeto monoparental feminino. I. Título.

CDU 340.68

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
NÍVEL MESTRADO

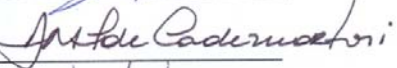
A dissertação intitulada: **"Direitos Reprodutivos, Direitos Humanos e Bioética: repercussões éticas e jurídicas do projeto monoparental feminino"**, elaborada pela aluna Kátia Borges Motta, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

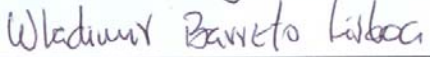
São Leopoldo, 16 de julho de 2007.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Rodrigo Stumpf González 

Membro: Dra. Daniela Mesquita Leutchuck de Cademartori 

Membro: Dr. Wladimir Barreto Lisboa 

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Rodrigo González, por ter apontado, em meio à desordem de minhas idéias, um caminho para a presente pesquisa, orientando-a com generosidade e paciência.

A minha família, pelo apoio e incentivo.

Aos queridos Alexandre, Ana Paula, Renata e Virgínia, por terem tornado o caminho mais prazeroso.

*Penso que não cegámos, penso que
estamos cegos, Cegos que vêem, Cegos
que, vendo, não vêem.
(José Saramago, 1995)*

RESUMO

O tema dos direitos reprodutivos, tal como grande parte das demandas da atualidade, reveste-se de complexidade, seja por sua ligação com a biociência e tecnologia – com sua dinâmica peculiar e seus ambíguos efeitos –, seja por ter sua origem ligada às demandas feministas – o que lhe predispõe a interpretações parciais e/ou “partidárias”. A presente dissertação propõe-se, assim, a enfrentar o tema dos direitos reprodutivos levando em conta a complexidade que lhe é inerente, e que se manifesta de maneira explícita no exemplo adotado, do *projeto monoparental feminino* – no qual a mulher solteira, utilizando-se de técnica de inseminação artificial com sêmen de doador, pretende formar uma família monoparental, composta apenas por mãe e filho, sem o estabelecimento de vínculo afetivo ou sexual com um homem.

Na busca das repercussões éticas e jurídicas que emanariam do projeto monoparental feminino, a pesquisa parte de duas análises centrais: uma bioética, no primeiro capítulo, com o estudo dos modelos principialista e personalista, onde se chega à idéia de dignidade de pessoa humana; outra de direitos humanos, no segundo capítulo, onde se delinea sua trajetória e se evidencia a possibilidade de que estes venham a conduzir as reflexões éticas (realizadas na bioética) à concretização jurídica (no biodireito).

Passando aos direitos reprodutivos, no terceiro capítulo trata-se da contribuição do movimento feminista para a afirmação dos direitos reprodutivos, e sua inclusão no catálogo de direitos humanos. E, por fim, com atenção no exemplo do projeto monoparental feminino, são reveladas as possíveis repercussões éticas e jurídicas que tomariam lugar frente aos direitos reprodutivos entendidos como “direito de procriar”.

Palavras-chave: Bioética. Direitos Humanos. Direitos Reprodutivos. Feminismo. Monoparentalidade.

ABSTRACT

The subject concerning reproductive rights, as most of the demands nowadays, is very complex, not only because of its links with biosciences and biotechnology – with its particular dynamics and ambiguous effects –, but also because of its origins in feminism – which makes it very likely to partial and/or partidary interpretations.

Therefore, the present dissertation intends to face the issue of reproductive rights taking into consideration its inherent complexity, which is very clear in the chosen example of the single woman project of parenthood – in which a single woman, adopting the use of artificial insemination with a donor's semen, has the intention to form a family composed only by a mother and a child, without establishing affective or sexual bonds with a man.

Searching the ethical and juridical consequences that would arise from the single woman project of parenthood, this research starts from two main analysis: a bioethical one, in the first chapter, with emphasis in the principalist and personalist models, where we get to the idea of human dignity; and another one regarding the human rights, in the second chapter, where we describe its trajectory and where it's studied the possibility that these bioethical reflexions can lead to a juridical concretization.

Moving to the third chapter, regarding reproductive rights, we deal about the feminist movements contributions towards the affirmations of reproductive rights and its inclusion in the human rights catalogue. And, at last, attained to the example of the single woman project of parenthood, we show the possible ethical and juridical repercussions that would take place facing the reproductive rights interpreted as “rights to procreation”.

Key words: Bioethics. Human Rights. Reproductive Rights. Feminism. Single Parenthood.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DA BIOÉTICA AOS DIREITOS HUMANOS: O DIÁLOGO TRANSDISCIPLINAR E O PAPEL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	23
1.1 DELINEANDO A BIOÉTICA.....	29
1.2 A FUNDAMENTAÇÃO BIOÉTICA E O LUGAR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	34
1.3 RELAÇÕES TRANSDISCIPLINARES DA BIOÉTICA	51
1.4 NOTAS SOBRE A <i>DIGNIDADE</i> E A <i>PESSOA HUMANA</i>	61
2 DOS DIREITOS HUMANOS À BIOÉTICA: O LUGAR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA OS DIREITOS HUMANOS	85
2.1 PANORAMA SOBRE A ORIGEM E O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS.....	92
2.1.1 Construção Filosófica.....	92
2.1.2 Positivção Interna.....	107
2.1.3 Internacionalização	119
2.2 A DIGNIDADE DA (E A) PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO(S) DOS DIREITOS HUMANOS.....	128
3 DIREITOS REPRODUTIVOS: REPERCUSSÕES ÉTICAS E JURÍDICAS DO <i>DIREITO DE PROCRIAR</i>.....	145
3.1 ORIGEM E FUNDAMENTOS DOS DIREITOS (HUMANOS) REPRODUTIVOS: COINCIDÊNCIAS COM A TRAJETÓRIA FEMINISTA.....	150
3.1.1 Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos.....	160
3.2 PROJETO MONOPARENTAL FEMININO: UMA OPÇÃO COM CONSEQÜÊNCIAS ÉTICAS E JURÍDICAS.....	172
3.2.1 Direito Reprodutivo como Direito de Procriar: Pressupostos Jurídicos e Éticos de Concretização do Projeto Parental Feminino.....	176
3.2.2 As Outras Faces do Projeto Monoparental Feminino: a Criança Planejada e o Pai Ausente.....	187
3.2.2.1 A criança e seus <i>melhores interesses</i>	187

3.2.2.2 O homem e o redimensionamento da paternidade	198
3.2.3 O Projeto Monoparental Feminino Frente à Bioética (Personalista) e à Dignidade da Pessoa Humana	208
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	220
REFERÊNCIAS	235

INTRODUÇÃO

I – DA COMPLEXIDADE BIOTECNOLÓGICA À COMPLEXIDADE (POR DETRÁS) DOS DIREITOS REPRODUTIVOS

É cada vez menos provável encontrar, na atualidade, questões as quais se possa adjetivar de *simples*. Seja isso porque trazem, explicitamente, as marcas das dificuldades que as cercam, apresentando-se como polêmicas, contraditórias ou, de modo geral, *díficeis*, seja porque, mesmo por detrás de uma aparente simplicidade, é possível notar conexões e repercussões múltiplas, imperceptíveis à primeira vista. Desse modo, a complexidade é uma constante, apesar de mais ou menos intensa e/ou evidente em cada caso.

Um de seus principais sinalizadores – e onde a complexidade se torna particularmente visível – é o avanço da *tecnociência*, esta entendida como a contemporânea imbricação de tecnologia e ciência, de modo que a contemplação teórica cede lugar a uma relação ativa de manipulação e reconstrução da realidade, que se manifesta em um processo duplo, de “cientificación de la técnica y de tecnificación de la ciencia”, como descrito por Añón^{1,2}. Uma forte crença no bem e no progresso

¹ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999, p. 22.

² É neste sentido que Hottois (1999) utiliza a expressão, assinalando que “Hoy, los pólos teórico y técnico de la actividad científica están indisolublemente trenzados” (p. 20). O autor pondera que a concepção teórica da contemplação discursiva cedeu seu lugar dominante a uma relação essencialmente ativa de manipulação, de reconstrução e de desconstrução da realidade, que põe a representação teórica a serviço da atividade manipulativa. Assim, os termos “tecnociência” e “tecnocientífico” indicariam o entrelaçamento entre os dois pólos e a predominância do pólo técnico, além de serem adequados para designar a atividade científica contemporânea em sua complexidade e originalidade (p. 26).

representados pelo desenvolvimento tecnocientífico – ou “mito do progresso humano” ou “ideologia desenvolvimentista”, como chamado por Barreto e Schiocchet³ – tem, há tempos, estimulado a mentalidade do produzir mais e melhor. Todavia, o desenvolvimento científico é acompanhado de uma contingente dificuldade em antever efeitos e repercussões de sua aplicação, seja porque muitas das tecnologias são descobertas sem um fim traçado de antemão, seja porque, mesmo quando programadas, irradiam efeitos para os mais diversos âmbitos, nem todos imaginados. Em qualquer dos casos, entretanto, há sempre uma demanda por mais tecnologia, o que garante sua imediata absorção social, esta pendente, tão-somente, dos testes de eficácia realizados pela própria ciência.

Assim é que as conquistas da evolução tecnocientífica são indissociáveis das inquietações que as acompanham. É como se a humanidade ministrasse a si mesma um remédio que é menos necessário do que disponível, e cujos efeitos colaterais ainda não é capaz de predizer. O remédio é que cria a doença e o doente. Apenas depois de passados meses, anos, décadas, tomada certa perspectiva em relação ao “remédio”, é que vêm à tona os impactos daquilo que, antes, foi incorporado sem que levantasse qualquer indagação. E põe-se a humanidade à caça de uma nova cura, que por sua vez cria novos remédios, que criam novas doenças.

Tais circunstâncias adquirem tons ainda mais fortes em se tratando de biotecnologia. É certo que o emprego tecnológico ressoará, sempre, de um modo ou de outro, na vida humana – no mercado de trabalho, nas relações com o meio-ambiente, nas relações entre as pessoas, etc. Mas, em se tratando de *biotecnologia*, a ciência passa a interferir em uma relação essencial: naquela do homem consigo mesmo, e na compreensão de humanidade que ela encerra.

Quando coloca à disposição instrumentos para reger a si mesmo, e a outros da mesma espécie, a ciência modifica o homem, que passa a ter um poder antes atribuído unicamente à natureza ou a divindades: o poder de decisão sobre o homem. E tamanho poder desloca-o, paradoxalmente, de sua posição exclusiva de sujeito, para uma simultânea condição de objeto. Objeto de si mesmo.

³ BARRETO, Vicente de Paulo; SCHIOCCHET, Taysa. Bioética: dimensões políticas e perspectivas normativas. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, UNISINOS, 2006, p. 255.

Colocando-o nesta encruzilhada, concedendo-lhe a faculdade para decidir sobre si, a biociência obriga o homem a responder à pergunta já formulada por Sève⁴: *que tipo de humanidade queremos ser?*

A pergunta é fundamental. A resposta, todavia, não virá facilmente. Para atender a indagações deste tipo – ou mesmo a outras, menos abrangentes, porém interligadas, relativas à avaliação das ocorrências tecnocientíficas, à eleição das bem-vindas, das repudiáveis, das que merecem ser paralisadas ou limitadas, e que limites são esses – a apreciação moral/ética, é indispensável. Um tal espaço, entretanto, no interior da frenética engrenagem da geração tecnológica, não foi reservado.

Como se viu, a tecnologia, incentivada por um contexto favorável, avança resoluto, acelerando o tempo e diluindo o espaço entre sua criação e difusão, inviabilizando que entre uma e outra se instaure qualquer sorte de reflexão – aliás, retardar a aplicação científica em prol de uma parada reflexiva seria, na lógica do progresso, extremamente contraproducente. E ocorre que debates de cunho moral/ético necessitam justamente do tempo e espaço ali suprimidos; não se desenrolam ou ecoam na mesma dinâmica da ciência.

O quadro até aqui descrito é bastante para ilustrar, ainda que superficialmente, a *complexidade* de que se falava, e inclusive a *dificuldade* que acompanha as questões surgidas em contexto complexo. Aliás, não é de hoje que se põem em questão as repercussões – atuais, possíveis e prováveis – da ciência e da tecnologia na vida humana, justamente em razão do diuturno surgimento de seus efeitos – nem todos benéficos, e nem todos levados em consideração (ou mesmo antevistos) no momento de sua criação/aplicação.

Todavia, isso que se manifesta com bastante evidência nos temas ligados à (bio)tecnociência, os quais, de pronto, evocam um sentido de complexidade, por outro, há assuntos nos quais esta não é tão aparente. É o caso de muitas das questões tomadas por “simples”, nas quais é necessária maior atenção para que a complexidade se manifeste. E, no entanto, enquanto a revelação da complexidade não se dá, o assunto fica sujeito a apreensões e tratamento parciais e, logo, insuficientes. É o caso dos direitos reprodutivos.

⁴ SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

Os direitos reprodutivos – comumente tratados em conjunto com os direitos sexuais, embora com fins distintos, ainda que interligados – têm presença assídua na agenda contemporânea, nacional e internacional, envolvendo questões que vão desde seu reconhecimento como direitos humanos, até sua concretização e defesa por meio de políticas públicas. Tratam, em linhas gerais, de tópicos voltados às práticas contraceptivas e cuidados com a saúde reprodutiva, como a garantia do acesso a métodos anticoncepcionais, ao controle das doenças sexualmente transmissíveis ou ao livre exercício do planejamento familiar.

O que não transparece em uma primeira aproximação, todavia, é que os direitos reprodutivos – apresentados sob o título de *direitos* e trazendo, com isso, uma noção prévia de seu pertencimento ao sistema jurídico – envolvem e se derramam por âmbitos outros, que não exclusivamente o do Direito.

Por um lado, tem-se que o movimento social-político que lhe deu origem – movimento feminista –, não é apenas um dado do passado. A despeito da neutralidade com que são normalmente formulados, referindo-se, no mais das vezes, ao homem, a mulher e ao casal, conjuntamente, seguem guardando acentuada influência de sua raiz feminista. O passado está por demais presente nos debates, reivindicações e interpretações atinentes aos direitos reprodutivos para que possa ser tomado como mero fator histórico.

É possível verificar, nesta senda, que dos estudos sobre o tema destacam-se, por seu volume e veemência, os de cariz feminista. Apregoam, assim, os direitos da mulher à liberdade e igualdade sexual e reprodutiva como forma de subversão do modelo social que, historicamente, privilegia a figura masculina e, com ela, um determinado modelo de sexualidade e reprodução opressor e discriminatório. A pretensão não é despropositada. De fato, não é demais lembrar que, no Brasil, diversas foram e são as expressões dessa desigualdade, que vão desde a deficitária inserção no mercado de trabalho, à freqüente sujeição a tratamento doméstico abusivo e violento. Portanto, não é sem razão que os direitos reprodutivos, relacionados diretamente com a posição da mulher na família e, por esta via, na sociedade, façam parte da pauta feminista.

São adotados, neste prisma, como defesa de uma posição ideológica de promoção e proteção da mulher que pretende, pela atribuição de direitos, estabelecer parâmetros para sua renovada inserção social, seja nas relações pessoais, familiares, sociais ou profissionais. Busca-se, enfim, também por intermédio dos direitos reprodutivos, implementar a igualdade que, formalmente, já há algum tempo encontra-se estabelecida – neste sentido a Constituição Federal de 1988. Tratam-se, portanto, de direitos acompanhados, via de regra, de interpretação parcial e partidária.

O que importa reparar, pois, é o fato de que os direitos sexuais e reprodutivos são geralmente interpretados e associados a sua tradição feminista, evocando um “sentido prévio” bem demarcado.

Além deste fator que exige atenção, já que pressuposto e nem sempre declarado, impende perceber que os direitos reprodutivos têm outras de suas escoras fincadas sobre as bases movediças da tecnociência. Vale reparar: quanto se fala em direito à *saúde* reprodutiva ou ao acesso a práticas *contraceptivas*, já não há aí o pressuposto da ciência? Ou ainda, quando afirmado o direito ao planejamento familiar, inclusive por meio de técnicas de *reprodução assistida*, aí também a ciência não é fundamental? Vê-se, pois, que para que o direito reprodutivo fosse garantido nestes moldes, teve antes de ser criada a técnica. Não é sem surpresa que se percebe, pois, que o tema “simples” está de forma tão íntima imbricado (senão assentado) com o complexo assunto das biotecnologias.

Como se disse antes, a técnica não cessa de desenvolver-se, não conhece limites. Isso leva a indagar em que medida devem os direitos reprodutivos acompanhar o amplíssimo rol de possibilidades ofertado pela tecnociência, e que elastecem a cada dia as possíveis definições de saúde, contracepção, reprodução, entre outros. Dito de outro modo: enquanto forem postas à disposição técnicas reprodutivas hábeis a implementar o planejamento familiar, deverão estas ser incorporadas como direito?

Considere-se, por fim, que quando os direitos reprodutivos surgem no campo jurídico, automaticamente põem-se em companhia de outros tantos direitos, que por sua vez resguardam interesses próprios, resultantes de suas particulares conexões com a ciência e/ou as transformações e reivindicações sociais. Quer dizer, neste universo, é imensa a probabilidade de que, em alguma circunstância fática, tais direitos venham a

se posicionar de forma conflitante, quando postos em relação. Ou seja: nem sempre atenderão a interesses convergentes/compatíveis ou complementares.

Logo, os direitos reprodutivos passam de uma questão de *direito*, para uma questão de *direitos*, de ciência e de sociedade. E um tal entrecruzamento de temáticas, caso se queira apreciá-lo em sua complexidade, põe à vista a necessidade de uma aproximação menos limitada do que a exclusivamente jurídica. Evoca, no mínimo, uma concomitante apreciação ética, a qual pode ser efetuada em duas instâncias complementares, em sede bioética e de direitos humanos.

Um exemplo deixa mais clara a percepção da confluência Direito-ciência-sociedade nos direitos reprodutivos, e permite a visualização das situações de conflito que podem daí advir. Aliás, é nas “situações-limite” que se torna mais evidente a complexidade. Toma-se, com este propósito, o caso da *monoparentalidade feminina programada pelo uso de técnicas de reprodução medicamente assistida*, ou seja, em poucas palavras, o caso de uma mulher que planeja constituir uma família formada apenas por ela e pelo filho, e que pretende fazê-lo sozinha (sem o estabelecimento de vínculo afetivo ou sexual com um homem), contando, para isso, com o auxílio de técnicas reprodutivas, tais como a inseminação artificial com sêmen de doador. É o direito ao planejamento familiar levado ao limite, pondo em debate a existência de um direito de procriar pleno, que possa ser levado a efeito como projeto individual, com apoio em técnicas fornecidas pelo desenvolvimento tecnológico. Por este viés acredita-se, pois, que por intermédio dos direitos reprodutivos, a biociência conferiria à mulher a possibilidade de criar vida. Ou ainda, de criar *uma* vida (concreta, pois), sem que para isso tenha de existir qualquer espécie de envolvimento afetivo ou sexual com parceiro do sexo oposto.

A idéia de que há um tal direito traz consigo alguns pressupostos. Primeiro, no ponto de vista da mulher que planeja a geração do filho, coloca a maternidade/paternidade como parte essencial à completa realização individual e situada na esfera da autonomia da pessoa. Em vista disso, o direito reprodutivo/procriativo é defendido, por alguns, como um direito “absoluto”, fundamental para o resguardo da dignidade da pessoa humana.

Depois, abrindo o foco para as repercussões supra-individuais, deixa ver que a mulher, embora sozinha na etapa do planejamento, estará acompanhada na execução do plano, não apenas pelo médico e pelo filho que se pretende gerar, como também, de modo geral, pela sociedade, com seus modelos familiares pré-instituídos. Já aqui outros direitos são alinhados, especialmente os da criança, tidos como igualmente fundamentais à preservação de sua dignidade, esta desdobrada em uma série de direitos, como o direito à identidade, ao nome, ao convívio familiar, ao conhecimento das origens e ao resguardo de seus *melhores interesses*, dentre outros.

Portanto, em se aceitando que a mulher tem o direito de fundar uma família monoparental, com o auxílio de técnicas de reprodução assistida, enfim, que tem direito de procriar, há aí uma escolha. Escolha entre direitos, interesses e, principalmente, *valores* que, mediata ou imediatamente, são colocados em jogo. E, com efeito, são essas opções entre valores que levarão a uma resposta semelhante àquela procurada por Sève⁵, antes referida: revela-se aí não necessariamente o tipo de humanidade que queremos ser (indagação proposta pelo o autor), mas sem dúvida indica o *tipo de Direito que queremos ter*.

Todavia, a eleição entre valores nem sempre se dá de forma consciente, explícita, ou mesmo suficiente, posto que dos direitos emanam implicações das mais diversas, implicações estas não necessariamente previstas, e que lhes escapam – decorrência da complexidade antes denunciada. Parece necessário remeter o tema dos direitos reprodutivos, portanto, a uma instância englobadora de perspectivas que, ciente da complexidade, procura enfrentá-la, apreciando-lhe os aspectos jurídico, ético, científico e social ora percebidos.

A tarefa não é sem obstáculos. Em seguida, procurar-se-á demonstrar o porquê, indicando como a bioética e os direitos humanos apresentam-se como racionalidades essenciais à época contemporânea, inclusive para o caso dos direitos reprodutivos.

⁵ SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

II – A PERTINÊNCIA DO DEBATE BIOÉTICO E HUMANISTA

Lèvinas⁶ já teve a oportunidade de dizer que “somos responsáveis para além de nossas intenções”. Percebe ele:

É impossível ao olhar que dirige o ato evitar a ação por inadvertência. Temos um dedo preso na engrenagem, as coisas voltam-se contra nós. Isto significa que nossa consciência e nosso domínio da realidade pela consciência não esgotam nossa relação com ela, que nós estamos aí presentes com toda a espessura de nosso ser⁷.

A constatação de Lèvinas⁸, trazida aos direitos reprodutivos, equivale a dizer que o olhar jurídico, enquanto adstrito à “questão de direito” (com o “dedo preso na engrenagem jurídica”), não conseguirá apreender, no mais das vezes, a completa dimensão das questões ali implicadas, até mesmo dentro do próprio sistema jurídico – porquanto a dimensão jurídica dos fatos não equivale ao “fato todo”, assim como também não o são equivalentes a dimensão puramente ética, biológica, psicológica, etc.

Ocorre que a complexidade, conquanto inarredável, continua passando, muitas vezes, despercebida. Nos mais diferentes setores do conhecimento, a mentalidade dominante é a de *dividir* para *conquistar*. O raciocínio é simples – ou, antes disso, simplista –, caso se queira acompanhar: por mais interligados que os problemas estejam, haverá sempre uma redução forçada de foco dentro de cada âmbito cognitivo: a cada um apenas o que lhe cabe – ao cientista a ciência, ao filósofo a moral e a ética, ao sociólogo a sociedade, ao jurista a lei, e assim por diante. E basta.

Não se nega que essa divisão tenha propiciado grande avanço no desenvolvimento das ciências do ponto de vista interno. Ao contrário: centrados em temáticas restritas, os estudiosos de cada área puderam incrementar suas teorias e produções científicas, e é exatamente isso que sustenta a fé de que tal organização compartimentalizada e especializada gera sempre (e somente) mais conhecimento e

⁶ LÈVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

⁷ Idem, p. 24.

⁸ Idem.

desenvolvimento. Em contrapartida, entretanto, por via das divisões disciplinares, é gerada uma certa incapacidade, incompetência ou mesmo desinteresse em perceber a inserção do saber, produzido no âmbito de determinada disciplina, em um contexto mais amplo onde as produções cognitivas revelam-se como partes de *um mesmo tecido* – para usar as palavras de Morin⁹ –, no qual os saberes se comunicam e complementam.

Estabelecem-se, desse modo, verdadeiros asilos cognitivos aos quais o raciocínio se amolda e nos quais se aquieta, indiferente, bitolado, castrado. Ou seja, a divisão e o distanciamento de competências servem como escudo àquilo a que este ou aquele ramo não pode ou não quer responder – se não sabe, é porque refoge a sua alçada. E à medida que se verticaliza o conhecimento – restrito e minudente à exaustão –, a horizontalidade – intercomunicação e percepção do todo – se rarefaz.

Esta a marca da racionalidade dominante, freqüentemente atribuída a toda sorte de produção cognitiva forjada sob os auspícios da modernidade, especialmente a partir de René Descartes, a quem se remete a fundação das características racionalizadoras, matematizantes e mecanicistas da ciência, conforme Morin¹⁰. Enquadrar-se-ia aí, pois, o próprio Direito, o que o levaria, bem como a outros sistemas, a que percebessem a si mesmos como realidades completas, independentes e autônomas em relação à *outra* realidade, reputada exterior. Sendo assim, conquanto se mantenham disciplinadas e ordenadas segundo as metas traçadas internamente, obtendo resultados legitimados e aceitos por esta mesma lógica, não há razão para duvidar das práticas instituídas. Isto é, torna-se desnecessário refletir sobre elas.

É uma armadilha perversa. Autocentradas, as várias seções em que o conhecimento é compartimentado desenvolvem-se em grandes e intrincadas estruturas, que por sua vez se desdobram em outras tantas subestruturas, nas quais o acesso é restrito àqueles que dominam o “idioma” do sistema, com sua linguagem invulgar de jargões, procedimentos e burocracias consolidados. É, pois, um esquema de seleção e exclusão. Mais exclusão do que seleção. Mesmo aqueles tidos por “cultos” em um sistema têm, por vezes, dificuldade de ingresso em outro. Desse modo, garante-se que

⁹ MORIN, Edgar. *A Religação dos Saberes: o desafio do século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 14.

¹⁰ MORIN, Edgar. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Barcelona: Gedisa, 1997.

o saber ali produzido, ali permaneça, criando-se uma verdadeira reserva de poder – ou a simbiose entre discurso e poder, denunciada por Foucault¹¹. Mais: promove-se a indiferença do sistema para com tudo que não identifica como elemento seu. Os sistemas especializam-se no mesmo passo em que se distanciam de todo o resto.

Os fatos, entretanto, insistentemente desafiam tal afastamento entre os sistemas de conhecimento, ou entre estes e a sociedade. A experiência nazista é muitas vezes lembrada como prova disso: se, por um lado, constata-se o desenvolvimento sem precedente ocorrido à época na ciência médica, por outro, todavia, os meios empregados para tais conquistas são sempre lembrados com assombro. Ou seja, por mais que o sistema jurídico legitimasse o poder então constituído, e que a ciência justificasse a si própria os meios empregados para o progresso, nada disso apaga a reprovação ética (e social), que veio a reascender a temática dos direitos humanos.

O desconforto que subjaz ao tema é o mesmo que, em diferentes formas e graus, transparece nos debates biotecnológicos da atualidade: a ciência tem sim uma face luminosa, em nome da qual se lhe estimula o aprimoramento – no caso da ciência médica, por exemplo, não há como deixar de reconhecer o avanço representado pelo tratamento e cura para inúmeras doenças, aumento da expectativa de vida, etc., etc. Todavia, o bom desempenho da ciência não elimina a pergunta: a que preço? – no nazismo, por mais notáveis que tenham sido os ganhos médicos, valeram as inúmeras vidas humanas violadas nesse trajeto?

A ciência é produzida *pela e para* a sociedade, e nela derrama seus efeitos. Portanto, ainda que a ciência progrida de maneira peculiar à própria ciência – mais dinâmica do que outros sistemas cognitivos –, isso não a exime de considerar, em seus planos, a sociedade. Principalmente porque, ao fim e ao cabo, quem paga o preço da ciência é a sociedade. Logo, é esta – a sociedade – que, ao menos em tese, deve estipular os preços que entenda razoáveis pagar, dirigindo a ciência, guiando-a em uma travessia constante pela instância moral e ética. Ou seja, instaura-se, apesar da racionalidade linear vigente – que compartimentaliza o conhecimento –, uma indagação de índole circular – que perpassa os mais diversos âmbitos do saber: qual o preço que a sociedade está disposta a pagar pelo progresso científico?

¹¹ FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.

Ditas indagações circulares não são exclusividade da ciência; podem ser igualmente apreciadas no Direito. Neste viés, parece evidente que se o Direito pretende ocupar o posto de regulador/estabilizador das relações sociais não pode fazê-lo em desatenção à sociedade. Dito de outra forma, o Direito é projeto da sociedade, para a sociedade; não existe sem ela. E o simples fato de que determinada lei ou decisão é juridicamente correta, não garante que venha a ser socialmente aceitável. Note-se, ilustrativamente, que, em um Direito caprichosamente isolado, separado, portanto, das esferas social, ética e moral, a aferição de legitimidade das práticas nazistas passaria incólume.

Em suma: perguntas circulares, que apontam para uma inexorável interferência entre diferentes ordens de conhecimento (reflexos da ciência na sociedade, da ciência no Direito, do Direito na sociedade, do Direito na ciência, da sociedade no Direito, e assim sucessivamente), não podem ser total ou suficientemente solucionadas pelo modelo cognitivo descrito.

O que talvez fosse possível sustentar em um mundo previsível, de expectativas mantidas sob controle, vai-se tornando mais e mais inconcebível à medida que o mundo dá sinais de sua crescente complexidade. Quando os assuntos adquirem proporções globalizadas, de dinâmica irrastrável e conseqüências inesperadas, torna-se ainda mais difícil segregar o que está, inegavelmente, conectado. Um acontecimento desencadeia outros, um saber influencia outros, e isso não pode ser evitado. Deve, diferentemente, ser trazido à consciência.

Nesse sentido, todo esforço em buscar respostas consentâneas com a realidade complexa por rotas separatistas será em vão, também para o caso dos direitos reprodutivos, os quais se viu, guardam traços de complexidade. Nem a ciência, nem a ética, nem o Direito, separadamente, cumprirão a missão a contento. É quando se passa a falar em reunir os fragmentos do conhecimento que, há muito, se encontra quebrado, propondo-se uma alternativa *transdisciplinar* – agregadora, conciliadora, dinâmica.

Assumem destaque, em decorrência disso, os esquemas transdisciplinares, facilitadores do diálogo entre diferentes searas cognitivas, como podem ser entendidos

a *bioética* (ligação ciência-ética) e os *direitos humanos* (conexão direito-ética-sociedade).

Por este caminho, a bioética – que, em uma concepção mais recente, compreende o ramo da filosofia ética direcionado ao estudo das ciências biológicas e seu impacto na vida humana – abre espaço para a meditação sobre a ciência sob o ponto de vista da filosofia, avaliando-a enquanto interventora da vida humana. No caso, é fundamental para vislumbrar os limites – se existem e onde estão – para o uso de técnicas reprodutivas.

Por meio dos direitos humanos, por sua vez, poderia ser feito aquilo que a teoria pura de Hans Kelsen julgava impróprio: unir Direito e moral. Ou seja, ainda que desenvolvidos em um âmbito moral – eminentemente valorativo, portanto – têm a pretensão de garantirem-se como Direito. Aproximam-se, desse modo, as reflexões jurídicas das morais, favorecendo a que se desenvolvam em conjunto.

Outrossim, por certo viés, a reflexão bioética pode ser tida, também, como uma reflexão de direitos humanos, e vice-versa. Há, de fato, uma linguagem comum aproximativa entre ambos, e que parece materializar-se na temática da *dignidade da pessoa humana*, como se verá.

Diante do que foi até aqui exposto, para que se possa cumprir o objetivo de escrutinar, a partir do exemplo do projeto monoparental feminino, as opções valorativas – éticas e jurídicas – implicadas na afirmação do direito de procriar, sem deixar de considerar, nessa análise, a complexidade intrínseca aos direitos reprodutivos, a investigação ora proposta privilegiará um posicionamento transdisciplinar, procurando promover o diálogo entre as perspectivas bioética e de direitos humanos ali envolvidas.

A pesquisa terá início, assim, na indagação bioética. Após enfatizada a necessidade de reflexão bioética nas temáticas da atualidade, será delimitada em linhas breves a origem e área de concentração da disciplina. Em um segundo momento, passar-se-á ao estudo de uma fundamentação para a bioética, realizando um rápido reconhecimento dos modelos através dos quais ela atua, e nos quais será possível encontrar a dignidade da pessoa humana. Nesta altura, ao final do capítulo, será explorado o sentido da dignidade da pessoa humana, partindo das premissas de

Immanuel Kant e seguindo em direção a uma concepção atual de pessoa que possa atualizá-las.

No segundo capítulo, os direitos humanos serão chamados ao debate, especialmente pelos estudos que colocam, também nesta instância, a dignidade da pessoa humana como fundamento. O ponto terá início, pois, com um apanhado histórico dos direitos humanos, de sua origem e desenvolvimento, para depois acentuar suas características (também transdisciplinares) e modo pelo qual a dignidade da pessoa humana é repetidamente invocada como sua justificação racional.

Cumpridas tais etapas, e constituída, portanto, uma *pré-compreensão* do significado da dignidade da pessoa humana e de seus desdobramentos no debate bioético e de direitos humanos, retomar-se-á o tema dos direitos reprodutivos.

No capítulo de encerramento, uma vez lembradas as confluências entre os direitos reprodutivos e a ciência reprodutiva, terá destaque a contribuição do movimento feminista para sua constituição histórica, o que será fundamental para compreender a índole de tais direitos. Em seguida, será acompanhada a construção teórica pela qual direitos reprodutivos apresentam-se como direitos humanos, e apontados os instrumentos internacionais que amparam tal entendimento.

Feito isso, o exemplo do projeto monoparental feminino será apresentado, e a partir dele analisada a possibilidade de os direitos reprodutivos serem tomados como um individual “direito de procriar”. Primeiro, serão alinhados os argumentos éticos e jurídicos que serviriam de amparo ao projeto monoparental feminino e, logo após, outras duas faces do projeto serão reveladas – criança e homem. Nesse passo, questionamentos surgidos dos prismas infantil e masculino face ao projeto monoparental feminino põem em evidência a complexidade do tema dos direitos reprodutivos, não apenas em vista do envolvimento da ciência, mas também das repercussões sociais e jurídicas do direito de procriar.

Uma última análise será então efetuada, para ressaltar as eleições éticas e jurídicas (ou ao menos algumas delas) imiscuídas no resguardo dos direitos reprodutivos nos casos-limite, especialmente em face da dignidade da pessoa humana, a qual perpassa os âmbitos da bioética, dos direitos humanos e jurídico.

Cabe frisar, por fim, que a ambição de revelar a complexidade dos direitos reprodutivos, tratando-os de um viés transdisciplinar, bem como de apontar possíveis repercussões advindas das escolhas feitas nesse campo, não livra a presente pesquisa de limitações. Limitações estas que se tornam tanto mais visíveis quanto mais a complexidade é descortinada. É dizer: não é porque a complexidade é percebida, que estará sob controle, ou simplificada. Ao contrário: como apregoa Morin¹², “el conocimiento completo es imposible: uno de los axiomas de la complejidad es la imposibilidad, incluso teórica, de una omnisciencia”.

Nesse contexto desafiador, a idéia não é, e nem poderia ser, elaborar um catálogo completo de todos os reflexos que a aceitação ou não do direito de procriar, a partir do caso do projeto monoparental feminino, poderia provocar. Basta, para que o objetivo seja cumprido, que as reflexões ora propostas, deixando à vista a complexidade, provoquem novas reflexões e a tomada de consciência de que o tema dos direitos reprodutivos, tal como grande parte dos temas contemporâneos, merece ser tratado com atenção e seriedade.

¹² MORIN, Edgar. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 23.

1 DA BIOÉTICA AOS DIREITOS HUMANOS: O DIÁLOGO TRANSDISCIPLINAR E O PAPEL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Já foi dito que a sensação de aceleração dos tempos é peculiar à geração nascida na era tecnológica, “para a qual a passagem de uma fase a outra do progresso técnico, que antigamente demorava séculos, depois décadas, agora demora poucos anos”¹³. Pois o dado é que técnica e ciência não são novidades, mas a velocidade de criação da tecnologia moderna, e a maneira com que, facilmente, é colocada à disposição da sociedade, fazem com que repercuta de maneira peculiar na vida do homem contemporâneo¹⁴.

Por um lado, a oferta de tecnologia fomenta um sentimento de defasagem quando se trata de consumo – o que agora se apresenta como *novo*, não tarda em tornar-se *obsoleto* –, fazendo parecer que a resposta para todo e qualquer problema está em aperfeiçoar e produzir cada vez mais e melhor. Essa dinâmica é percebida por Jonas¹⁵ ao tratar dos aspectos filosóficos da técnica moderna. O autor afiança que cada novo passo que é dado, em qualquer direção, no terreno da técnica moderna, não conduz a um ponto de equilíbrio, ou “saturação” na adequação dos meios aos fins originalmente propostos mas, ao contrário, “en caso de éxito, constiuye el motivo para dar otros pasos en todas las direcciones posibles, con los que los objetivos mismos se ‘diluyen’ [...]. El mero ‘motivo’ se convierte en causa forzosa en cada paso mayor o ‘importante’ [...]”¹⁶.

¹³ KOSELLECK (apud BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 230-231).

¹⁴ Acerca da velocidade e da difusão da técnica, Jonas (1997, p. 18) constata que “Cada innovación técnica está segura de difundirse con rapidez por la comunidad tecnológica, como ocurre también con los descubrimientos teóricos en las ciencias. La difusión tecnológica se produce, con escasa diferencia temporal, tanto en el plano del conocimiento como en el de la apropiación práctica: el primero (junto a su velocidad) viene garantizado por la intercomunicación universal, a su vez un logro del complejo tecnológico; el segundo, forzado por la presión de la competencia”. Nesse sentido, Cathalifaud (2002, p. 70) percebe: “Se aprecia la velocidad con la cual la experimentación biocientífica con sus recombinaciones genéticas altera procesos que han comprendido millones de años de sucesivas transferencias de material hereditario y, del mismo modo, cómo se altera el entorno social que lo posibilitó”.

¹⁵ JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Paidós, 1997.

¹⁶ Idem, p. 18.

De outra parte, tal lógica, estendida a áreas muito particulares como a das biotecnologias – a qual, de acordo com Cathalifaud¹⁷, é uma das aplicações científicas de mais rápida generalização em escala planetária –, revela um certo despreparo para lidar com aquilo que a ciência apresenta como fato, ou como possibilidade.

Não raro as criações científicas, produzidas em uma dinâmica própria e com grande apelo de consumo, impõem-se sem deixar espaço para qualquer reflexão sobre suas conquistas, seja dentro da própria ciência, no que tange às suas indicações prescritivas (aplicabilidade, contra-indicações e reações adversas), seja acerca de suas implicações em outras áreas da vida humana (individual e coletiva), passando, inclusive, pelas ponderações acerca das possíveis e prováveis repercussões (boas ou más) e pela necessidade de determinação de critérios de responsabilidade, regulamentação e controle da técnica.

Isso ocorre, em grande medida, como característica inextrincável da própria técnica moderna a qual, de acordo com Jonas¹⁸, promove uma relação circular entre meios e fins, de modo que, “nuevas técnicas pueden inspirar, producir, incluso forzar nuevos objetivos en los que nadie había pensado antes, simplemente por medio de la oferta de su posibilidad”.

Nessa espiral de causas e efeitos não programados, fomentados por uma lógica de mercado¹⁹ que chega a ser taxada de anti-humanista, de caráter colonialista, escravagista e eugenista²⁰, tarda ao homem perceber a dimensão conquistada pela biotecnologia, bem como as conseqüências dessa expansão.

Talvez um primeiro passo nesse sentido seja reconhecer que as possibilidades aparentemente ilimitadas da ciência, as promessas de interferência positiva na vida

¹⁷ CATHALIFAUD, Marcelo Arnold. La Comunicación Genética desde la Perspectiva de los Sistemas Sociales. *Acta Bioética*, año VIII, n.1, 2002. Disponível em <<http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n1.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2006, p. 68.

¹⁸ JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Paidós, 1997, p. 18.

¹⁹ A propósito, Cathalifaud (2002, p. 68) revela que “los actuales desempeños de los valores asociados al mercado de la salud, que incluye la biotecnología, durante el último decenio han mantenido altos rendimientos. Así, se prevé la proliferación de servicios de diagnósticos genómicos, de terapias génicas, de implantaciones orgánicas e importantes desarrollos de la farmacogenómica y de las empresas de equipamientos médicos para las nuevas circunstancias, como es el caso de los biochips”.

²⁰ É o que diz Pereira e Silva (2003, p. 72), apoiado nas denúncias de Jean-Claude Gillebaud acerca do “plano tecnocientífico [...] perpetrado pelo mercado global”. Neste fio, assaca Pereira e Silva (2003, p. 72-73): “Orientando-se por lógicas financeiras fora de controle [...], o mercado global tem feito pouco caso da humanidade do homem [...], preferindo celebrar a tecnociência triunfante [...] com suas promessas e extravagâncias, a admitir a hipótese de um retrocesso histórico [...]”.

humana, tornando-a mais longa e saudável, tal como sua veloz difusão e colocação no mercado, imbuem-na de um enorme poder, que aproveita àqueles que a produzem e dominam. Assim, ao mesmo tempo em que se reconhece o aprimoramento dos meios disponíveis para proteção da saúde e tratamento de doenças, por outro, há de se notar o incremento da dependência das pessoas com relação a determinadas intervenções e decisões que extrapolam as questões puramente médicas, de acordo com as observações de Añón²¹.

O autor fala em *administración dos corpos* para tratar das implicações políticas, ou político-morais, envolvidas nas questões relativas à saúde. De um modo menos explícito do que o manifesto na definição de políticas estatais de saúde, Añón²² refere que a administração material dos corpos nos estabelecimentos sanitários, por pessoal especializado, não leva em conta aspectos puramente técnicos, guiados pelo fim unívoco da saúde, mas também, ainda que de maneira indireta, consideram a assinalação de recursos, as prioridades sanitárias, as relações com a indústria, o papel das empresas de serviços de saúde, entre outros.

Além de administrados, os corpos seriam também, conforme Añón²³, *mercantilizados* – não em sua força de trabalho, o que não seria novidade, mas naquilo que lhes consistiu a base biológica. Explica o autor: “Es decir, en cuanto que algunas partes del cuerpo humano son susceptibles de tener valor y utilidad, son objeto de apropiación, y se dan los pasos para su mercantilización”²⁴. Fala-se, pois, segundo o autor, não da totalidade do corpo, mas de órgãos, tecidos, funções, ou inclusive de partes minúsculas, como células, proteínas ou fragmentos de DNA, que podem obter valor e, assim, entrar no comércio, trazendo ao debate questões de *biopolítica*²⁵.

²¹ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho*: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trotta, 1999, p. 25.

²² Idem, p. 25-26.

²³ Idem, p. 26.

²⁴ Idem, ibidem.

²⁵ Interessante notar, com Añón (1999, p. 26-27), que as questões relativas às novas tecnologias reprodutivas, que no presente trabalho têm especial relevância, estão amplamente relacionadas com os aspectos de mercantilização e administração heterônoma dos corpos. Quanto à mercantilização, diz o autor que esta pode afetar a cada um dos elementos biológicos nos quais as novas tecnologias são capazes de atuar na reprodução, tanto na produção de novos gametas como na gestação, lembrado o caso da “mãe de aluguel”. E, no que atine à administração dos corpos, Añón entende que corre paralela a um processo de medicalização, não apenas da reprodução, mas do corpo, da sexualidade e do desejo, o que teria particular importância no caso das mulheres, posto que se lhes associa, simbolicamente, à reprodução, construindo-se uma visão patológica que legitima a administração de seus corpos enquanto corpos reprodutores.

Enfim, exatamente a partir da constatação da ciência como forma de poder (prevalente, hoje, sobre outras formas já enfrentadas – religioso, político e econômico), Bobbio²⁶ distingue o momento atual das épocas precedentes, inclusive pelo reforço que esta (a ciência) provoca na demanda por novos direitos. Alerta o autor:

Hoje, as ameaças à vida, à liberdade, e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las. [...] O crescimento do saber só fez aumentar a possibilidade do homem de dominar a natureza e os outros homens²⁷.

Nesse sentido, o poder obtido pelo homem por intermédio da biociência submete-o. Como acentua Neves²⁸,

a euforia inebriadora de um poder aparentemente infinito, que o homem vinha conquistando por meio dos desenvolvimentos tecnológicos, cede lugar a um sentimento profundo de angústia pela sua manifesta impotência perante as situações produzidas.

Estremece aqui o pressuposto fundamental do próprio racionalismo científico predominante: a cisão *sujeito-objeto*, a qual é destituída de sentido na medida em que se torna, também o sujeito, objeto. Em outras palavras, a biociência faz do homem *objeto de si mesmo*, modificando sua situação no mundo. Na lição de Barreto²⁹ “O homem deixa de ser um agente, exclusivamente, voltado para dominar e controlar o mundo que o cerca, passando a receber desse domínio uma influência reflexa, que irá alterar o próprio estatuto da humanidade”.

Assim é que, após o vertiginoso movimento de inovação tecnológica – resultante da revolução biológica desencadeada pela descoberta do DNA, por Crick e Watson, em 1953, seguida por sucessos nas mais diversas áreas, tais como

²⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

²⁷ Idem, p. 229.

²⁸ NEVES, Maria do Céu Patrão. *A Fundamentação Antropológica da Bioética*. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>>. Acesso em: 21 mar. 2007, p. 2.

²⁹ BARRETO, Vicente de Paulo. *Bioética, Biodireito e Direitos Humanos*. [s. l.; s. d.] Disponível em <<http://www.uerj.br>>. Acesso em: 18 mar. 2005, p. 8.

transplantes, reprodução, genética, ressuscitação, entre outros – adveio a crise da noção de progresso como essencialmente positiva, intensificando os questionamentos acerca da ciência³⁰. Relata Neves³¹:

No plano da aplicação das biotecnologias ao homem, [...], o objetivo maior de diminuir a mortalidade e de aumentar a expectativa de vida [...] criou situações rigorosamente inéditas para pacientes, famílias e profissionais da saúde, os quais questionavam o suposto alcance humanitário de alguns novos processos terapêuticos ou ações médicas em geral.

O debate ético assume, pois, um novo relevo frente à ciência e à tecnologia. Perguntando (e respondendo) sobre o porquê de a técnica moderna ser objeto da ética, Jonas³² encontrou cinco motivos. São eles: (a) *ambivalência dos efeitos*, ou seja, o fato de que os efeitos nocivos da técnica não dependerão somente de sua aplicação abusiva ou mal intencionada, já que “El riesgo de ‘demasia’ siempre está presente en la circunstancia de que el germen innato del ‘mal’, es decir, lo dañado, es alimentado precisamente por el avance de lo ‘bueno’, es decir, lo útil, y llevado a su madurez”. Portanto, conclui Jonas³³: “El riesgo está más en el éxito que en el fracaso [...]”; (b) *aplicação automática*, quer dizer, a anulação do espaço entre o “poder fazer” e o “fazer”, que transforma a aplicação da técnica em uma necessidade vital permanente e, por isso, nega-lhe (à técnica) “el asilo de la neutralidad ética, sino también la benéfica separación entre posesión y ejercicio del poder”³⁴; (c) *dimensões globais de espaço e tempo*, isto é, a tendência da técnica a sua utilização em grande escala, de modo que “ella e sus obras se extienden por el planeta; sus efectos cumulativos se extenderán posiblemente a lo largo de innumerables generaciones futuras”³⁵; (d) *ruptura do antropocentrismo*, posto que, com o vencimento do horizonte espaço-temporal, o objeto da obrigação humana, que antes era os homens ou, no máximo, a humanidade,

³⁰ NEVES, Maria do Céu Patrão. *A Fundamentação Antropológica da Bioética*. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>>. Acesso em: 21 mar. 2007, p. 2.

³¹ Idem, *ibidem*.

³² JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Paidós, 1997.

³³ Idem, p. 34.

³⁴ Idem, *ibidem*.

³⁵ Idem, p. 35.

passa agora a ser a biosfera de todo o planeta, frente a sua recém revelada vulnerabilidade e às excessivas intervenções humanas; (e) *apresentação da questão metafísica*, é dizer, “el potencial apocalíptico de la técnica [...] plantea la cuestión metafísica, con la que la ética nunca se había confrontado antes, a saber: se deve haber y por qué, una humanidad [...]”, posto que, “Si existir es un imperativo categórico para la humanidad, todo juego suicida con esta existência está categóricamente prohibido, y habrá de excluir de antemano los desafíos técnicos en los que remotamente sea ésa la apuesta”³⁶.

Pode-se complementar a exposição de motivos de Jonas³⁷, encerrando-a, com a constatação de Barboza³⁸ de que “as ameaças que pendem sobre a vida no planeta Terra e especialmente sobre a espécie humana derivam do grau diferenciado de desenvolvimento entre as ciências da natureza e as da sociedade”³⁹. No mesmo sentido, Garrafa⁴⁰ ao consignar que “nem sempre a legislação e a ética acompanham o processo do desenvolvimento da ciência e da própria sociedade”.

É dizer: o desenvolvimento técnico-científico – observando a lógica antes descrita – evoluiu sem que fosse acompanhado por um equivalente desenvolvimento ético/jurídico. Agora, portanto, quando seus efeitos se agigantam, torna-se necessário lidar com a ambigüidade dos resultados e reivindicar um lugar de decisão – não mais sujeição – frente à tecnologia.

Seria o caso, portanto, de adotar uma atitude reflexiva acerca da relação homem-ciência, para descobrir, em cada caso, e até que ponto, se “é o homem ou a mulher que usa a ciência ou se, contrariamente, são por ela usados”⁴¹. Impõe-se, desse modo, uma meditação de índole ética, voltada a orientar a incorporação da

³⁶ JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Paidós, 1997, p. 37.

³⁷ Idem.

³⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 53.

³⁹ Relata a autora, reproduzindo parte do Colóquio da UNESCO de 1975, que durante muito tempo as ciências sociais e do comportamento – destacadamente a reflexão filosófica e moral, incluídos os códigos religiosos, éticos e civis – ignoraram a necessidade de reajustar os sistemas de valores em função das estruturas da sociedade moderna, como o que “viram minguar sua capacidade de influir de maneira apropriada nos sistemas políticos e sociais das coletividades e, por sua vez, na direção e aplicação do progresso tecnológico” (BARBOZA, 2003, p. 53-54).

⁴⁰ GARRAFA, Volnei. Bioética, Saúde e Cidadania. In: BARCHIFONTAINE, Christian d Paud de; PESSINI, Leo (Orgs.). *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 38.

⁴¹ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 23.

tecnociência na vida humana. Nas palavras de Garrafa e Pessini⁴², “nos dias atuais, em que a ciência e a técnica adquiriram tamanha força econômica e transformadora sobre a vida humana e a natureza, o controle ético sobre as novidades passa a representar uma iniciativa impostergável”.

Enfim, na medida em que a atuação da ética é reivindicada no espaço da (bio)ciência e (bio)tecnologia, está constituído o pano de fundo do surgimento e desenvolvimento da *bioética*.

Uma leitura despreziosa do termo já seria suficiente para deduzir tratar-se a bioética da “ética da vida”⁴³. Tal sentido, apesar de “estrito”⁴⁴, não estaria de todo equivocado, mas apenas um tanto reduzido. Todavia, apesar da aparente singeleza e acessibilidade, Sève⁴⁵ registra que não é incomum que se apontem as inadequações do termo “bioética” pela imprecisão e ambigüidade que poderia despertar, podendo sugerir que se tratasse de uma subdivisão da ciência biológica, tal como a biofísica ou a bioquímica, quando, na verdade, é domínio da apreciação moral.

Desse modo, para afastar quaisquer dubiedades que o termo possa conter, e inclusive para acompanhar sua evolução semântica, dedica-se o próximo ponto a delinear a bioética.

1.1 DELINEANDO A BIOÉTICA

O uso do termo bioética, apesar de relativamente recente, posto que empregado pela primeira vez pelo biólogo Van Rensselaer Potter, em sua obra “Bioethics: bridge to the future”, no início da década de 1970⁴⁶, sofreu algumas alterações de nuance ao longo do tempo.

⁴² GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. Apresentação. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p. 11.

⁴³ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 52.

⁴⁴ Idem, *ibidem*.

⁴⁵ SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 15.

⁴⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. As Relações da Bioética com o Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Coords.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 43-44; CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 21; JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 16.

A princípio, segundo Barreto⁴⁷, a expressão teria determinado, para Potter,

a área do conhecimento, dedicada ao estudo das condições de sobrevivência da humanidade e de melhoria das condições da vida humana, relacionando-se, portanto, com um projeto de qualificação da vida humana e não, necessariamente, com a medicina.

A bioética seria, pois, “a ciência que garantiria a sobrevivência no planeta”⁴⁸, incluindo, nesta perspectiva globalizante, o interesse ecológico pelo meio ambiente⁴⁹.

Tendo-se em conta que as maneiras pelas quais o “crescimento descontrolado da sociedade industrial e de sua tecnologia”⁵⁰ podem vir a afetar a vida humana são inúmeros, não pareceria sem propósito que a bioética atentasse para temas tais como a preservação ecológica, por exemplo, que pode ser tomada como fundamental para a preservação da vida humana. Aliás, na linha do que diz Clotet⁵¹, “o respeito à ecologia e a necessidade de estabelecer limites ao desenvolvimento industrial e tecnológico são inquestionáveis para a sociedade universal no fim do segundo milênio”. Por este caminho, seria conferido um significado amplo à bioética, referente a uma “ética ambiental planetária”, envolvendo temas como a utilização de agrotóxicos ou uso indiscriminado de animais em pesquisa ou experimentos⁵².

No entanto, como assegura o próprio Clotet⁵³, não é essa, atualmente, a conotação específica mais comum atribuída à bioética⁵⁴. Para a “Encyclopedia of Bioethics”, por exemplo, a bioética seria “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e cuidado da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais”⁵⁵.

⁴⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. As Relações da Bioética com o Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Coords.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 43-44.

⁴⁸ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 21.

⁴⁹ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 18.

⁵⁰ CLOTET, op. cit., p. 21.

⁵¹ Idem, *ibidem*.

⁵² Idem, p. 22.

⁵³ Idem, *ibidem*.

⁵⁴ Muito embora continue preservada em definições recentes, como a oferecida por Garrafa e Pessini (2003, p. 11), que entendem ser a bioética “a disciplina que trata de analisar a ética da qualidade da vida humana e também a vida no sentido cósmico-ecológico, portanto planetário”.

⁵⁵ CLOTET, op. cit., p. 22.

Como relata Junges⁵⁶, tal Enciclopédia – e a restrição do sentido de bioética nela contida – foi publicada em 1978, sob os auspícios do “Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics”. O Instituto por sua vez, fundado em 1º de julho de 1971, apenas seis meses após o termo ter sido cunhado por Potter, confere-lhe sentido distinto – o qual, segundo Neves⁵⁷, teria prevalecido sobre o primeiro –, professando uma compreensão de bioética como antropologia moral, e tendo preocupação educativa.

Outrossim, antes mesmo do uso da expressão bioética, Junges⁵⁸ lembra das raízes lançadas pela ética médica tradicional, tratando-se esta de uma deontologia profissional que regulava juridicamente as relações dos médicos entre si, com os enfermos e com a instituição hospitalar. Esta concepção, presente no Brasil no Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, continuaria presente na maioria das faculdades de medicina do país. No entanto, como ressalta o autor, esta perspectiva reduz as dimensões éticas do exercício da medicina à deontologia profissional, ao passo que, hoje, os desafios da área da saúde são tão diversos e complexos que a ética médica hipocrática não consegue respondê-los. Portanto, a bioética como um saber global e interdisciplinar teria vindo para substituir a ética médica tradicional.

Na contemporaneidade, enfim, a bioética teria adquirido um significado ainda mais específico vinculado à preocupação com o progresso das ciências biomédicas ou das tecnologias científicas aplicadas à saúde. Como ressalta Clotet⁵⁹, a sociedade é surpreendida por novas técnicas de transmissão e término da vida e de inovações no tratamento de doenças, que provocam, na mesma proporção, esperança e perplexidade. O incremento da tecnologia, aliás, não apenas traz novas dúvidas como também realimenta “antigas e não resolvidas questões como a do aborto e da eutanásia”⁶⁰.

Clotet⁶¹ lista oito características das mudanças que marcam a bioética da atualidade. Seriam elas: (a) o progresso das ciências biológicas e biomédicas que altera

⁵⁶ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 17.

⁵⁷ NEVES, Maria do Céu Patrão. *A Fundamentação Antropológica da Bioética*. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>>. Acesso em: 21 mar. 2007, p. 2.

⁵⁸ JUNGES, op. cit., p. 14.

⁵⁹ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 16.

⁶⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 52-53.

⁶¹ CLOTET, op. cit., p. 16-19.

os processos da medicina tradicional e que apresenta novidades insuspeitas; (b) a socialização do atendimento médico, isto é, o reconhecimento do direito de todo cidadão a ser atendido em sua saúde; (c) a progressiva medicalização da vida, ou seja, a maior frequência com que se dá o relacionamento com profissionais da saúde; (d) a emancipação do paciente como reflexo do reconhecimento dos direitos fundamentais no campo da medicina, inaugurando expressões reivindicatórias de direitos nessa área, tais como consentimento informado, princípios de independência ou de respeito da autonomia do paciente; (e) a criação e funcionamento de comitês de ética hospitalar e dos comitês de ética para pesquisa em seres humanos; (f) a necessidade de um padrão moral que possa ser compartilhado por pessoas de moralidades diferentes; (g) o crescente interesse da ética filosófica e da ética teológica nos temas que referem à vida, reprodução e morte do ser humano (hoje redimensionadas pelas novas pesquisas científicas).

Na apreciação de Barboza⁶², a bioética, em concepção alargada, designaria

os problemas éticos gerados pelos avanços nas ciências biológicas e médicas, problemas esses que atingiram seu auge no momento em que se começou a divulgar de modo amplo, [...], o poder do homem interferir de forma eficaz nos processos de nascimento e morte, que até então apresentavam “momentos” ainda não “dominados”.

A bioética representaria, neste sentido, um setor da ética aplicada, “movimento intelectual que surgiu nos Estados Unidos nas últimas décadas e que promove a reflexão filosófica sobre problemas morais, sociais e jurídicos propostos pelo desenvolvimento da civilização tecnológica contemporânea”⁶³.

Casabona⁶⁴ também considera a bioética como uma disciplina especializada dentro da ética geral aplicada (da qual se nutre em boa parte de seus fundamentos), e que pretende “encontrar respuestas específicas a estos nuevos problemas de la Biomedicina, incluyendo en ésta la Biotecnología”.

⁶² BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 52.

⁶³ Idem, ibidem.

⁶⁴ CASABONA, Carlos María Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 10.

Para Clotet⁶⁵, “A Bioética é a resposta da ética aos novos casos e situações originadas da ciência no âmbito da saúde”. O autor também não vê aí uma ética nova, mas sim aquela estudada ao longo da história da filosofia, ora aplicada às situações causadas pelo progresso da ciência. Resume o autor: “a Bioética poderia ser definida brevemente como a abordagem dos problemas éticos ocasionada pelo avanço extraordinário das ciências biológicas, bioquímicas e médicas”⁶⁶. A ocupação principal da bioética seria, pois, os

problemas éticos referentes ao início e fim da vida humana, dos novos métodos de fecundação, de seleção de sexo, da engenharia genética, da maternidade substitutiva, das pesquisas em seres humanos, do transplante de órgãos, dos pacientes terminais, das formas de eutanásia, entre outros temas atuais⁶⁷.

Garrafa⁶⁸, no entanto, alerta que uma concepção de bioética que a associe estritamente aos novos dilemas surgidos do desenvolvimento da ciência, advém de uma interpretação “errônea, parcial e equivocada” do tema, decorrente do fato do surgimento da bioética ter-se dado nos Estados Unidos e adquirido, a partir daí, uma visão excessivamente “nortista”. Ou seja, segundo o autor, os países desenvolvidos, tendo resolvido suas questões mais básicas de saúde, teriam se dedicado aos temas que mais afligiam seus países, deixando de lado os problemas éticos e morais que afetam diariamente a maioria das pessoas em todo o mundo, principalmente os cidadãos de países necessitados do Hemisfério Sul. Assim, no entender do autor, o amplo paradigma bioético poderia ser aproveitado para o atendimento não apenas de problemas “emergentes”, oriundos da biotecnologia, e que dizem respeito aos limites ou fronteiras do desenvolvimento da ciência, mas também às questões “persistentes” ou “cotidianas”, tais como o racismo, as desigualdades de gênero, a fome, a miséria, a

⁶⁵ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 22.

⁶⁶ Idem, p. 27.

⁶⁷ Idem, p. 22.

⁶⁸ GARRAFA, Volnei. Bioética, Saúde e Cidadania. In: BARCHIFONTAINE, Christian d Paud de; PESSINI, Leo (Orgs.). *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 35-36.

expansão das drogas, as situações de abandono de crianças e pessoas idosas, as questões indígenas, o aborto, a eutanásia, entre outros⁶⁹.

De todo modo, seja ou não adotado o conceito alargado de bioética proposto pelo autor, o dado é que não se afasta a necessidade de um debate bioético acerca dos temas “emergentes”, o que, em suma, coloca como (uma das) meta(s) da bioética na atualidade a de apreciar, pelo prisma ético, as ocorrências biotecnológicas enquanto intervenientes na vida humana – tarefa esta que se torna mais urgente na medida em que se sofisticam as possibilidades da tecnociência.

Por outro lado, uma vez descortinado o horizonte de possíveis significados e/ou finalidades da bioética, dentre os quais está incluída a preocupação com a vida humana frente à tecnociência, resta agora atentar para maneira pela qual a bioética procederá para alcançar os objetivos aos quais se propõe.

No próximo ponto, serão reveladas algumas das possíveis orientações encontradas pela bioética, procurando estabelecer, ao final, uma que se afigure mais condizente com a proposta do presente trabalho.

1.2 A FUNDAMENTAÇÃO BIOÉTICA E O LUGAR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O avanço da técnica e da ciência coloca o homem (e a humanidade) diante de situações intrincadas, tanto inusitadas quanto decisivas, de cujo desfecho resultará a definição do lugar do próprio homem no mundo – se mais sujeito, ou se mais objeto. O enfrentamento de tais questões, como relatado acima, dá-se de forma privilegiada no âmbito da bioética, que submete à ética os paradoxos da contemporaneidade. As expectativas e exigências dirigidas à bioética são muitas, portanto, e de evidente relevância.

De maneira geral, pode-se dizer que a bioética procurará atender à demanda que lhe é posta, pela aplicação de princípios morais, conhecidos e estudados no bojo da

⁶⁹ GARRAFA, Volnei. Bioética, Saúde e Cidadania. In: BARCHIFONTAINE, Christian d Paud de; PESSINI, Leo (Orgs.). *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 37-38.

ética, direcionados às novas situações do cotidiano⁷⁰. A bioética será nutrida, portanto, do conhecimento da ética geral que, por sua vez, estuda a moral. Logo, há aí uma relação entre moral e ética/bioética que merece atenção.

Casabona⁷¹ leciona que a moral é um imperativo de conduta individualmente assumido ou aceito voluntariamente, porque o indivíduo o considera, em sua convicção, valioso ou bom. Já a ética consistiria nos critérios e teorias sobre o comportamento correto, explicado desde uma determinada concepção axiológica, ou ainda, “el arte de sacar conclusiones suficientes de premisas insuficientes, y que se basa en la predicción del mundo futuro que se dará si emprendemos determinada acción y en la valoración que, en cierta manera, hagamos de ese posible mundo futuro [...]”⁷².

Para Clotet e Feijó⁷³, a moral “refere-se aos costumes, aos princípios, normas e códigos que tentam regulamentar o agir das pessoas sob o ponto de vista do que é bom ou mau como uma maneira de garantir seu bem viver”. A ética, por sua vez, seria, em poucas palavras, “a ciência ou a filosofia da moral”⁷⁴.

O que se vê, portanto, é que embora com objetos distintos, moral e ética ocupam-se do “agir bem”, a primeira procurando determinar individualmente qual ação deve ser tomada, e a segunda buscando justificar racionalmente os princípios da boa ação. A indagação que se avizinha diante da nítida ligação moral-ética é de como seria possível a fixação de *uma* direção ética quando a “diversidade moral é real de fato e em princípio”, como apregoa Engelhardt Jr.⁷⁵.

Segundo o autor, a bioética tem prometido uma explicação geral de como os indivíduos devem agir, expectativa esta que, no entanto, não se cumpre, porquanto a pluralidade moral não é levada a sério, e a diversidade de interpretações morais é freqüentemente atribuída a escolhas particulares ou à natureza da moralidade⁷⁶. A

⁷⁰ CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria. Bioética: uma visão panorâmica. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coords.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 9.

⁷¹ CASABONA, Carlos María Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 9.

⁷² Idem, p. 10.

⁷³ CLOTET; FEIJÓ, op. cit., p. 15.

⁷⁴ Idem, ibidem.

⁷⁵ ENGELHARDT JR., Tristram H. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 21.

⁷⁶ Idem, p. 21-22.

bioética estaria enquadrada, no ver de Engelhardt Jr.⁷⁷, dentro do caos moral que ocupou o vazio deixado pelo “colapso da hegemonia do pensamento cristão no Ocidente”, este fragmentado em um “politeísmo de perspectivas, com [...] sua cacofonia de numerosas narrativas morais concorrentes”⁷⁸. Diante disso, Engelhardt Jr.⁷⁹, “O argumento racional não silencia as controvérsias morais quando o indivíduo encontra estranhos morais, pessoas de diferentes visões morais”⁸⁰.

O próprio Engelhardt Jr.⁸¹, no entanto, muito embora enfatize o ocaso da esperança iluminista, com o advento da Reforma, de encontrar uma justificação racional e secular da autoridade de uma única interpretação concreta da vida boa e das obrigações morais essenciais, crê que ainda resta um elemento da esperança do iluminismo que sobrevive, e que é capaz de criar pacificamente a autoridade moral comum.

Para o autor, o único processo capaz de unir os “estranhos morais”, como denomina, criando uma “moralidade secular geral”, é o acordo de vontade, que baseia sua autoridade no consentimento ou na restrição do uso do indivíduo sem o seu consentimento⁸². Uma vez que fundada no acordo, a autoridade moral secular seria, desse modo, “a autoridade daqueles que concordam em colaborar”⁸³.

Assim, conforme Engelhardt Jr.⁸⁴, “muito embora, a partir da perspectiva dessa moralidade secular geral, a essência da ética e bioética particular seja irremediavelmente subjetiva e relativa, existe uma moralidade secularmente objetiva, em seu sentido intersubjetivo”. Isso quer dizer que, apesar da ausência de um acordo moral essencial, substantivo, haveria como se chegar, por intermédio da moralidade secular geral, a um denominador comum encontrado na base de seus argumentos⁸⁵. Tal denominador comum coincidiria, para Engelhardt Jr.⁸⁶, com a idéia de não fazer uso de

⁷⁷ ENGELHARDT JR., Tristram H. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998.

⁷⁸ Idem, p. 29-30.

⁷⁹ Idem, p. 34.

⁸⁰ Na definição de Engelhardt Jr. (1998, p. 32), “estranhos morais” são pessoas que não compartilham das mesmas premissas ou regras morais, ou que não têm compromisso comum com indivíduos ou instituições dotados de autoridade para resolver controvérsias morais.

⁸¹ ENGELHARDT JR., op. cit., p. 110.

⁸² ENGELHARDT JR., Tristram H. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 110.

⁸³ Idem, p. 105.

⁸⁴ Idem, p. 121.

⁸⁵ Idem, p. 126.

⁸⁶ Idem, p. 118.

inocentes sem o seu consentimento. Em suma, diz Engelhardt Jr.⁸⁷ que a moralidade secular geral

tem uma estrutura negativa, revela direitos e obrigações de tolerância. A exigência de usar os indivíduos apenas com seu consentimento estabelece limites. Por outro lado, tal moralidade justifica os empreendimentos conjuntos moralmente essenciais, mediante o acordo em colaborar.

De maneira convergente, Clotet⁸⁸ observa que em uma sociedade democrática “e, portanto, com princípios morais diferentes, nenhuma entidade social pode impor, de forma autoritária, normas que têm a ver com a autonomia e privacidade dos indivíduos, pretensamente universais e obrigatórias para todos os cidadãos”. Sendo assim, para o autor os conflitos – inerentes à maioria dos temas ofertados à bioética – dá destaque à importância da “formação e educação de todas as pessoas, de leis aceitas ou aprovadas democraticamente, fundamentadas no respeito e no bem comum”⁸⁹. Ou seja, pelo caminho da promoção das capacidades individuais, Clotet⁹⁰ procura legitimar a escolha do “denominador ético comum” de que se falou acima.

Ainda que não se concorde com a alternativa proposta por Clotet⁹¹ ou Engelhardt Jr.⁹², releva notar que, mesmo para o último, que se empenha em denunciar a pluralidade moral, há uma saída para a adoção de um norte ético comum, por meio da intersubjetividade. Quer dizer, a existência de múltiplas orientações morais individuais discrepantes, conquanto não deva ser ignorada, não é incontornável. Haveria meio, pois, para sair das moralidades individuais conflitantes para uma ética coletiva mínima.

No entanto, não apenas as moralidades individuais poderiam perturbar a pretensão bioética. O que se vê, quando se procura esclarecer os meios ou modelos pelos quais a bioética realiza a sua análise, é uma pluralidade de possibilidades, com marcada polarização entre as orientações da tradição anglo-americana e européia. E a

⁸⁷ ENGELHARDT JR., Tristram H. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 131.

⁸⁸ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 184.

⁸⁹ Idem, *ibidem*.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Idem.

⁹² ENGELHARDT JR., *op. cit.*, p. 126.

diversidade de modelos teóricos traduz-se, conseqüentemente, em uma diversidade de resultados ao empreendimento bioético. Alguns esclarecimentos merecem ser feitos, neste particular.

De acordo com as anotações de Garrafa⁹³, lembradas ao fim do ponto anterior, o surgimento norte-americano da bioética a teria sujeitado a uma “visão nortista”. Nesse sentido, Engelhardt Jr.⁹⁴ afirma que, em sua forma inicial, a bioética foi “made in America”, como um de seus mais relevantes produtos culturais seculares.

Diante disso, e tendo em mente tal contexto de surgimento, Junges⁹⁵ afirma que a bioética pode ser caracterizada pela(o): (a) extração cultural anglo-saxônica devido ao ambiente em que surgiu; (b) matriz de pensamento de cunho individualista; (c) perspectiva ética essencialmente principialista e inspirada no pragmatismo; (d) abordagem racionalista; (e) mentalidade secular; (f) contexto técnico-científico ligado à área sanitária; (g) programa interdisciplinar.

Essas características apontariam, segundo o autor, para o enfoque mais usado na bioética de estilo norte-americano, o qual, dominante no início da disciplina, já teria mudado com a contribuição e influência européias⁹⁶.

Há, no entanto, como indica Neves⁹⁷, uma acentuada distinção entre as perspectivas anglo-americana e européia. Assevera a autora, nessa direção, que enquanto o panorama filosófico anglo-americano seria claramente dominado pelo pragmatismo, a filosofia européia seria herdeira de uma filosofia da consciência e do espírito. Resultaria daí que o pensamento ético de raiz anglo-americana tenderia a ser conseqüencialista, aferindo a moralidade da ação por seus resultados, cuja mentalidade utilitarista está explícita nas palavras de F. Hutcheson lembradas por Clotet⁹⁸: “A melhor ação é aquela que produz a maior felicidade para o maior número; e a pior é aquela que, do mesmo modo, ocasiona a miséria”. De outra parte, na Europa

⁹³ GARRAFA, Volnei. Bioética, Saúde e Cidadania. In: BARCHIFONTAINE, Christian d Paud de; PESSINI, Leo (Orgs.). *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Loyola, 2001.

⁹⁴ ENGELHARDT JR., Tristram H. Pluralismo Moral e Metafísico: repensar a santidade da vida e da dignidade humanas. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p. 428.

⁹⁵ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 23.

⁹⁶ Idem, *ibidem*.

⁹⁷ NEVES, Maria do Céu Patrão. A Fundamentação Antropológica da Bioética. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>>. Acesso em: 21 mar. 2007, p. 4.

⁹⁸ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 158.

dominaria uma preocupação ética derivada, em parte, de uma reproblemática da noção de subjetividade, havendo aí uma “ética antropológica”, cujo intuito seria acompanhar o processo de personalização do sujeito.

Sendo assim, ao buscar os fundamentos da bioética, cada uma das matrizes traz respostas próprias. Nos Estados Unidos, onde o nível de sistematização da bioética seria superior ao encontrado na Europa, estariam disponíveis, conforme Neves⁹⁹, pelo menos sete modelos de análise teórica para atender às exigências de fundamentação da bioética¹⁰⁰.

O primeiro – e provavelmente o mais divulgado – é o *princípioalista*, apresentado por Tom Beauchamp e James Childress na obra “Principles of biomedical

⁹⁹ NEVES, Maria do Céu Patrão. A Fundamentação Antropológica da Bioética. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>>. Acesso em: 21 mar. 2007, p. 5.

¹⁰⁰ Além do modelo princípioalista, Neves (s.d.) arrola, ainda, outros seis modelos: o *libertário*, o da *virtude*, o *causístico*, o do *cuidado*, o *contemporâneo do direito natural* e o *contratualista*. No modelo libertário, a autora situa a obra de Tristram Engelhardt, que deposita valor central na autonomia e no indivíduo, elevando-os ao extremo. Segundo ela, a partir do livro “The foundations of bioethics”, Engelhardt permitiria justificar não só as ações decorrentes da expressão da vontade livre do paciente, mas outras ainda mais polêmicas, como as que assumem o corpo como propriedade individual, a saber: venda de sangue ou de órgãos. Outro ponto de controvérsia seria a exclusão de embriões e fetos da noção de pessoa, pela ausência da consciência de si (NEVES, s.d., p. 5).

O modelo da *virtude* seria o apresentado por Edmund Pellegrino e David Thomas, em “For the patient’s good”, que parte de uma tradição grega, aristotélica, e coloca a tónica no agente, particularmente nos profissionais da saúde. Percebe Neves (s.d., p. 5) ao tratar deste modelo que, “Sendo a virtude uma disposição que se aperfeiçoa pelo hábito, há que se apelar a este sentido da ação dos profissionais de saúde e na prática clínica, o que conduziria naturalmente à prática do bem”. Justamente neste ponto, acredita a autora, residiria a dificuldade desta perspectiva, em despertar o valor da virtude nos profissionais da saúde.

O modelo *casuístico*, de Albert Jonsen e Stephen Toulmin em “The abuse of casuistry”, preconizaria, por outro lado, uma análise caso a caso, pelo exame de suas características paradigmáticas e estabelecimento de comparações e analogias com outros casos. De acordo com Neves (s.d., p. 5), a aceitação de tal modelo é francamente reduzida na Europa, onde o sentido moral casuista é pouco considerado.

O modelo do *cuidado*, de Carol Gillian no texto “In a different voice”, partiria de um estudo da psicologia evolutiva, tendo natureza mais psicológica do que filosófica. Relata Neves (s.d., p. 5) que, em sua obra, Gillian contrapõe o valor do cuidado, de índole mais acentuadamente feminina, ao da Justiça, de expressão mais acentuadamente masculina, propondo que aquele seja a noção fundamental para o desenvolvimento moral, por ser mais personalizado e atender aos valores dos indivíduos envolvidos.

O modelo *contemporâneo do direito natural*, apresentado por John Finnis em “Natural law and natural rights”, estabeleceria, por sua vez, a existência de alguns bens fundamentais em si mesmos, tais como o conhecimento, a vida estética, a vida lúdica, a racionalidade prática, a religiosidade e a amizade. Tais bens constituiriam fins e não meios, e toda ação que contribui para o desenvolvimento destes valores é tida como moral (NEVES, s.d., p. 6).

Encerrando a lista dos modelos de análise teórica utilizados atualmente nos Estados Unidos, Neves (s.d., p. 6) arrola o modelo *contratualista*, formulado por Robert Veatch em “A theory of medical ethics”. Veatch apregoa, como relata Neves, a importância de um triplo contrato: entre médico e pacientes, entre médicos e a sociedade e um contrato mais amplo acerca dos princípios orientadores da relação médico-paciente. Alguns princípios haveriam de ser obedecidos, entretanto, para regular estas relações e garantir a máxima objetividade: o da beneficência, o da proibição de matar, o de dizer a verdade e o de manter as promessas (NEVES, s.d., p. 6).

Apesar de não se aprofundar nas críticas que cada um dos modelos anglo-americanos suscita na Europa, Neves (s.d., p. 6) refere que as mesmas concentram-se na consideração parcial da pessoa e na concepção técnica da bioética.

ethics”, na qual os autores propõem a existência de quatro princípios norteadores da ação que se quer boa: *respeito à autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça*. Nos dizeres de Junges¹⁰¹, esta obra adota o enfoque dos princípios e determina o tipo de fundamentação e argumentação ética assumida pela bioética anglo-saxônica – tendo sido seguida, mais tarde, pela obra de Engelhardt Jr.

Clotet e Feijó¹⁰² chamam atenção para o fato de que o texto de Beauchamp e Childress, escrito em 1979, foi apresentado em um contexto moralmente plural de uma época que pedia atitudes concretas, tendo sido precedido de outro importante documento, o “Belmont Report”. Publicado em 1978, pela “National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research”, criada pelo Congresso dos Estados Unidos, o Relatório Belmont, em sua seção B, teria apresentado os princípios éticos básicos do *respeito às pessoas*, da *beneficência* e o da *justiça*, elaborados no intuito de permitir a resolução dos casos apresentados com a aceitação da maioria¹⁰³. Os princípios contidos no Relatório, como se vê, aproximam-se em muito daqueles que, depois, vieram a ser consagrados por Beauchamp e Childress. A diferença é que, nestes, o princípio da beneficência desdobra-se em dois (não-maleficência e beneficência). Contudo, Junges¹⁰⁴ esclarece que o Relatório Belmont relaciona-se com a experimentação em seres humanos e não tem em seu horizonte a prática clínica e assistencial, ao passo que o objetivo da obra de Beauchamp e Childress seria, justamente, levar tais princípios ao exercício da medicina, livrando-o do enfoque deontologista profissional.

Ao tratar do primeiro princípio, da *autonomia* (ou *respeito às pessoas*), Beauchamp e Childress¹⁰⁵ esclarecem que o utilizam para examinar a tomada individual de decisões relativa aos cuidados com a saúde e à pesquisa, especialmente no que tange ao consentimento e recusa informados¹⁰⁶ (“informed consent and refusal”),

¹⁰¹ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 40.

¹⁰² CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria. *Bioética: uma visão panorâmica*. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coords.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 16.

¹⁰³ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 24.

¹⁰⁴ JUNGES, op. cit., p. 40.

¹⁰⁵ BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 57.

¹⁰⁶ Sobre o tema do consentimento informado, inclusive introduzindo a noção personalista do conceito, com repercussões intersubjetivas deste, vide Neves (2003).

muito embora reconheçam a diversidade de significados e escassez de consenso acerca do termo. Aduzem, assim, que procuram firmar um conceito de autonomia não excessivamente individualista (que negligencie a natureza social dos indivíduos e o impacto de suas decisões sobre outros) ou demasiadamente centrado na razão (a ponto de deixar de lado as emoções) ou, ainda, indevidamente legalista (que enfoque os direitos legais e menospreze as práticas sociais).

A partir disso, propõem os autores que o respeito à autonomia corresponda, no mínimo, ao reconhecimento do direito do agente autônomo em tomar posição e fazer escolhas baseado em crenças e valores pessoais, incluindo, em alguns contextos, a obrigação de auxiliar ou preservar a capacidade do outro para decisões autônomas, afastando medos e outras condições que destruam ou desvirtuem a capacidade de ação autônoma¹⁰⁷. Vêm, assim, exigências *negativas* e *positivas* no respeito à autonomia. Enquanto obrigação negativa, asseveram que “Autonomous actions should not be subjected to controlling constraints by others”, ao passo que, no aspecto positivo, “this principle requires respectful treatment in disclosing information and fostering autonomous decision-making”^{108 109}.

Para Junges¹¹⁰, o princípio da autonomia, ao realçar o direito do enfermo em decidir autonomamente a aceitação ou rejeição do que se quer fazer com ele, em razão de sua dignidade, supera o paternalismo médico presente no juramento hipocrático e nos códigos clássicos de medicina, que tratam do paciente como se fosse uma criança diante da qual é necessário ter uma atitude de desvelo beneficente. Tal paternalismo, segundo o autor, nunca havia sido questionado até que apareceram os abusos de manipulações, os quais fizeram crescer a consciência de que todo ser humano é sujeito, e não pode ser objeto, nem mesmo de beneficência.

¹⁰⁷ BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 63.

¹⁰⁸ Interessante destacar, outrossim, dentre as inúmeras considerações tecidas pelos autores, aquelas dedicadas aos casos nos quais o indivíduo não se encontra em condições de exercitar sua autonomia (“doubtfully autonomous or nonautonomous patients”), e nos quais um terceiro é autorizado a decidir em seu lugar. Um dos critérios invocados pelos autores para o exercício da autonomia por um decisor “sub-rogado” é o “best interest standard”. Dizem, pois, que deve ser determinada, dentre as alternativas disponíveis, aquela que represente maiores benefícios ao paciente, equacionando, por um lado, seus interesses e, por outro, os custos e riscos. Concluem, pois, na medida em que são considerados a dor, o sofrimento e a chance de sucesso dos tratamentos possíveis, que o standard do melhor interesse seria, inescapavelmente, um critério de qualidade de vida (“quality-of-life criterion”) (BEUCHAMP; CHILDRESS, 2001, p. 102).

¹⁰⁹ BEUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 64.

¹¹⁰ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 40-41.

De acordo com Beuchamp e Childress¹¹¹, uma diversidade de regras morais específicas poderia estar apoiada neste princípio, tais como dizer a verdade, respeitar a privacidade alheia, proteger informação confidencial, obter consentimento para intervenção em pacientes e, quando solicitado, ajudar os outros a tomar decisões importantes.

De maneira resumida, Clotet¹¹² indica que o princípio do respeito às pessoas refere-se à aceitação de que estas “se autogovernem, ou sejam autônomas, quer na sua escolha, quer nos seus atos”. Reconhecido estaria, portanto, o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade, ao passo que se encontraria limitada a intromissão de outros indivíduos no mundo da pessoa que esteja em tratamento. Os fundamentos deste princípio, conforme Clotet¹¹³ podem ser remetidos, dentre outros autores, a Locke, Kant e John Stuart Mill.

Passando ao princípio da *não-maleficência*, Beuchamp e Childress¹¹⁴ entendem que nele é firmada uma obrigação de não causar o mal a outros, assertiva esta que, na ética médica, teria sido associada à máxima “Primum non nocere”, ou “Above all [or first] do no harm” – já presente no juramento hipocrático¹¹⁵.

Afirmam os autores que muitos filósofos combinam não-maleficência e beneficência em um único princípio. Deste caso parece aproximar-se Engelhardt Jr.¹¹⁶, que imbrica os dois conceitos ao declarar que a não-maleficência consiste em uma aplicação especial do princípio da beneficência. Em outras palavras, o autor indica que, sob orientação do princípio da não-maleficência, não se é obrigado a proporcionar serviço considerado como violação do princípio da beneficência.

Clotet¹¹⁷ contribui, ensinando que ambos os princípios são formas de manifestação da benevolência na bioética. Todavia, os distingue ao perceber que a beneficência envolve atos positivos ao passo que a não-maleficência exigiria a não-

¹¹¹ BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 65.

¹¹² CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 24.

¹¹³ Idem, *ibidem*.

¹¹⁴ BEUCHAMP; CHILDRESS, *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁵ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, P. 49.

¹¹⁶ ENGELHARDT JR., Tristram H. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 147.

¹¹⁷ CLOTET, *op. cit.*, p. 171.

realização do que é mau¹¹⁸. Para Clotet¹¹⁹, combinar os dois princípios seria obscurecer as distinções necessárias em todo o discurso moral, “pois determinadas obrigações de não causar dano a terceiro não são apenas diferentes, mas como freqüência mais exigentes que as obrigações de beneficência aos outros”.

Em igual sentido, Beuchamp e Childress¹²⁰ apregoam que obrigações de não prejudicar o outro são distintas de obrigações de auxiliar o outro. Certificam, nesse rumo, ressaltando a importância da não-maleficência, que “Generally, obligations of nonmaleficence are more stringent than obligations of beneficence; and, in some cases, nonmaleficence overrides beneficence, even if the best utilitarian outcome would be obtained by acting beneficently”¹²¹. Por este caminho, separam não-maleficência e beneficência assinalando diferentes normas para cada um dos princípios. À não-maleficência, corresponderia a seguinte norma, relativa à abstenção de ação prejudicial: “One ought not to inflict evil or harm”. Já para a beneficência, os mandamentos seriam três, todos demandando ação para evitar o mal, removê-lo ou promover o bem: “One ought to prevent evil or harm”; “One ought to remove evil or harm”; “One ought to do ou promote good”.

Teriam apoio na não-maleficência as seguintes regras: não matar; não causar dor ou sofrimento; não incapacitar; não provocar ofensa; e não privar outros dos bens da vida (“the goods of life”)¹²².

A *beneficência*, por sua vez, embora não exista uma distinção nítida a separar o “não causar mal” do “promover o bem”, exige mais do que o princípio da não-maleficência, uma vez que os agentes devem dar passos positivos para ajudar outros, e não simplesmente abster-se de agir de maneira danosa¹²³. Segundo os autores, há dois princípios de beneficência: um, de beneficência positiva (“positive beneficence”), que requer a promoção de benefícios; e outro, de utilidade (“utility”), que demanda do agente que pese prós e contras para produzir o melhor resultado final. Este último seria uma extensão do primeiro, cuja necessidade estaria justificada frente à vida moral, a

¹¹⁸ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 172.

¹¹⁹ Idem, *ibidem*.

¹²⁰ BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 114.

¹²¹ Idem, p. 115.

¹²² Idem, p. 117.

¹²³ Idem, p. 165.

qual não confere oportunidade de produzir benefícios ou eliminar malefícios sem criar riscos ou custos¹²⁴. Inclusive, comparando os aspectos positivo e negativo da beneficência, Junges¹²⁵ entende que, em igualdade de condições, remover males é mais imperioso do que prover benefícios.

Nos dizeres de Clotet¹²⁶, a beneficência é princípio que requer que os interesses importantes e legítimos do ser humano sejam atendidos e, na medida do possível, que os danos sejam evitados. No entender do autor, tal princípio ocupa-se, de modo particular, da procura do bem-estar e interesses do paciente por intermédio da ciência médica e de seus representantes ou agentes. Ou, como sintetiza Engelhardt Jr.¹²⁷: “Em geral, o princípio da beneficência é simplesmente o princípio de fazer o bem”. A obra do médico John Gregory, na época do iluminismo, é destacada por Clotet¹²⁸ como representante de tal mensagem¹²⁹.

No último dos princípios apresentados por Beuchamp e Childress, o da *justiça*, Junges¹³⁰ diz que a sociedade seria integrada como elemento do “elo da saúde”, aludindo às exigências éticas das instituições sanitárias e ao orçamento público da saúde. Em outras palavras, diz o autor que, frente às possibilidades criadas pelo progresso da medicina, o princípio da justiça seria decisivo em dois sentidos: devido ao direito fundamental à igualdade de respeito e consideração na reivindicação do direito à vida e à saúde, e também em relação à necessária equidade na distribuição dos recursos.

Neste sentido, Beuchamp e Childress¹³¹ dão destaque à idéia de *justiça distributiva*, esta compreendida como sendo a distribuição justa e apropriada de direitos e deveres em sociedade, justificada por normas que estruturam os termos da cooperação social. Consignam os autores que o debate vem ligado à escassez dos recursos, ao estabelecimento de prioridades e aos critérios para sua distribuição,

¹²⁴ BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 166.

¹²⁵ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 47.

¹²⁶ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 24.

¹²⁷ ENGELHARDT JR., Tristram H. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 145.

¹²⁸ CLOTET, op. cit., p. 25.

¹²⁹ John Gregory (1724-1773) foi Professor de Medicina da Universidade de Edimburgo, autor da obra “Lectures on the duties and qualifications of a physician”.

¹³⁰ JUNGES, op. cit., p. 55.

¹³¹ BEUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 225.

constituindo-se em temas que, no seu entender, apequenam os demais, em termos de importância social¹³².

De forma concisa, Clotet¹³³ aponta que o princípio da justiça seria aquele que exige equidade na distribuição de bens e benefícios no que se refere ao exercício da medicina ou área da saúde, considerando que uma pessoa seria vítima de uma injustiça quando lhe fosse negado um bem ao qual tivesse direito e que, portanto, lhe seria devido. Para a fundamentação filosófica deste princípio, o autor destaca Aristóteles e John Rawls.

Avaliando o modelo principialista, desdobrado nos quatro mandamentos ora expostos – autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça –, Neves¹³⁴ afirma que este tem larga aplicação na prática clínica, com resultados positivos no que refere ao respeito à dignidade humana, embora, por outro lado, possa vir a legitimar quase toda prática desejada pelo paciente ou por ele consentida, incluindo a eutanásia ou o aborto, “consideradas moralmente más a luz de outros princípios”.

Junges, de outra parte¹³⁵, percebe que, em uma bioética principialista, toda a discussão sobre um princípio específico é uma discussão eclética que enfatiza e se fundamenta em diferentes paradigmas éticos, posto que cada um dos princípios clássicos adviria de uma distinta tradição ética – a autonomia da filosofia moral de Kant, a beneficência do utilitarismo de Mill, e a justiça do contratualismo de Rawls. No entender do autor, essa falta de unidade cria problemas práticos e teóricos. Diz ele que, se não há uma base sistemática que interligue e unifique os princípios entre si, também não existe uma orientação unitária na criação de leis específicas para a ação que sejam claras, coerentes e compreensivas, e nem justificção para elas. Em suma,

¹³² Junges (1999, p. 23-24), quando fala de enfoques alternativos da bioética, refere que no prisma latino-americano seria trazida à luz a existência de uma clara estratificação social segundo critérios econômicos, bem como suas conseqüências na área da saúde. Nesse contexto, a ênfase seria justamente na justiça social e na opção pelos mais fracos e desfavorecidos, ou, em outras palavras, “A solidariedade com os enfermos é mais importante e urgente que a autonomia”. Trata-se, como se vê, de um critério particular latino-americano de ponderação entre os princípios, caso houvesse que se eleger entre um deles.

¹³³ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 25.

¹³⁴ NEVES, Maria do Céu Patrão. A Fundamentação Antropológica da Bioética. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>>. Acesso em: 21 mar. 2007, p. 5.

¹³⁵ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 64-65.

para Junges¹³⁶ “O defeito de uma bioética principialista é o seu ecletismo que ofusca os fundamentos morais e o raciocínio ético”.

Prega o autor, portanto, a necessidade de um sistema ético comum que integre as considerações que emergem dos princípios e, dessa maneira, ajude a determinar o que é mais apropriado. Explica Junges¹³⁷ que a bioética procura aplicar os princípios aos casos particulares segundo uma lógica dedutiva, acreditando que, dessa maneira, pode-se chegar ao que é necessário fazer nas várias situações. Assim procedendo, no entanto, na medida em que se quer restringir a complexidade e a imprevisibilidade das situações humanas à legislação de alguns princípios morais abstratos, não se estaria levando em consideração a condição histórica e finita do ser humano. Em outros termos, “o paradigma baseado nos princípios ignora a experiência moral particular dos sujeitos envolvidos na situação”¹³⁸.

Como alternativa a esta situação, Junges¹³⁹ sustenta que a antropologia ética capaz de dar uma base de integração para os princípios é o *personalismo*, já que, no seu entender, “a dignidade da pessoa humana é a categoria primordial da bioética” – sendo que, segundo Neves¹⁴⁰, nesta matriz tomaria lugar um raciocínio deontológico de fundamentação teleológica, que considera o homem em sua dignidade universal como valor supremo do agir.

Outrossim, de acordo a autora, o modelo *personalista* ou *humanista*, é “o mais abrangente no cenário europeu e o que parece situar-se num nível mais radical de fundamentação”¹⁴¹. Por este viés é que, portanto, polarizam-se as matrizes bioéticas entre as orientações anglo-saxônicas, com a predominância do principialismo, e as européias, onde se destaca o personalismo.

Importante registrar que a dignidade da pessoa humana amparada no personalismo dirige-se a uma compreensão particular da *pessoa*, que se estende para um também específico sentido de dignidade. Tal tema será tratado com maior vagar no item final deste capítulo, quando se falará exatamente da idéia de dignidade da pessoa

¹³⁶ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 65.

¹³⁷ Idem, p. 67.

¹³⁸ Idem, p. 68.

¹³⁹ Idem, p. 69.

¹⁴⁰ NEVES, Maria do Céu Patrão. A Fundamentação Antropológica da Bioética. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>>. Acesso em: 21 mar. 2007, p. 6.

¹⁴¹ Idem, ibidem.

humana. Isso não impede, todavia, que se explique brevemente de que maneira esta matriz apresenta tais noções – de dignidade e de pessoa.

A partir da obra *Antropologia Filosófica* de Henrique Cláudio Lima Vaz, relata Junges¹⁴² que o ser humano é constituído por três estruturas fundamentais: o corpo, o psiquismo e o espírito¹⁴³. Ditas estruturas antropológicas teriam o condão de compreender o ser humano como sujeito, determinando a forma de expressão que este dá a sua realidade. Todavia, seria nas *relações* que tal forma adquiriria conteúdo, e o sujeito passaria a ser entendido como “sujeito situado”, constituído por uma totalidade estrutural formada pelo mundo exterior do corpo próprio, pelo mundo interior do psiquismo e pela identidade dialética do exterior e do interior no espírito¹⁴⁴. Nas palavras do autor:

A visão relacional é indispensável para a Bioética, pois a vida humana é essencialmente tecida por uma trama de relações com o mundo, os outros e o absoluto. Não se pode compreender e respeitar a vida pessoal sem levar em consideração essa trama¹⁴⁵.

Assim, três seriam as formas de relação fundamentais do ser humano. A primeira seria a relação de objetividade com o *mundo*, tratando-se de uma relação não-recíproca, que “acontece na experiência da constituição do mundo pelo ser humano

¹⁴² JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

¹⁴³ Vale esclarecer rapidamente o significado atribuído por Junges (1999) a cada uma das estruturas. Para o *corpo*, por exemplo, existiriam três significados: substância material (totalidade física), organismo físico (totalidade biológica) e corpo próprio (totalidade intencional ou pessoal). Somente neste último caso o corpo poderia ser considerado como “auto-expressão” do sujeito. Ou seja, o indivíduo identifica-se com seu corpo, mas a identificação não é total e, nesse sentido, ele tem seu corpo porque pode dar-lhe intencionalidade e sentido que transcende o corpo físico e biológico (JUNGES, 1999, p. 76).

Pelo *psiquismo*, por sua vez, o ser humano plasmaria sua figura interior e constituiria o seu “eu psíquico”, ou, em outros termos, a interioridade seria delineada, bem como a consciência e a reflexividade. Tal reconstrução do mundo exterior num mundo interior seria organizada, segundo o autor, através de dois eixos: do imaginário (percepção e representação) e do afetivo (desejo e pulsão) (JUNGES, 1999, p. 79). Ficaria claro, desse modo, que o ser humano não pode ser reduzido a uma estrutura somática. Como diz Junges (1999, p. 80), “É necessário chegar à unidade consciencial pela qual o sujeito define-se como sentimento de si através das duas vertentes do psiquismo: o imaginário e o afetivo”.

Já o espírito seria o lugar da manifestação do sentido, o qual se abre ao ser humano como um horizonte de compreensão da realidade e de si mesmo de amplitude infinita. Suas duas grandes manifestações seriam o pensamento (conhecimento), pelo qual é revelado o sentido da realidade, e a ação (liberdade), pela qual o sentido da existência é realizado.

¹⁴⁴ JUNGES, op. cit., p. 86.

¹⁴⁵ Idem, p. 87.

que nada mais é que a presença do ser humano no seu mundo, o exercício de compor o seu mundo e manifestar-se como ser-no-mundo”¹⁴⁶.

A relação de intersubjetividade com o *outro*, por sua vez, romperia com a objetividade instaurando uma relação dialógica com um “outro eu”, através da linguagem. De acordo com Junges¹⁴⁷, aqui o eu seria suprassumido na prioridade fundante da reciprocidade que institui o “nós”, fazendo emergir o problema do outro e compreendendo o ser humano como um “ser-com-outros”.

Por fim, na relação de transcendência com o *absoluto* seria descortinado um horizonte mais amplo resultante, nos termos de Junges¹⁴⁸, “do excesso ontológico do ser humano pelo qual o sujeito se sobrepõe ao mundo e à história e avança para além do ser-no-mundo e do ser-com-outro na busca do sentido último da existência, do fundamento do eu primordial”. Nesta relação de transcendência, o sujeito pensaria o absoluto de duas maneiras: por um lado, como transcendente e exterior à sua situação no mundo; por outro, como imanente e interior ao próprio sujeito como espírito¹⁴⁹.

Em suma, diante das categorias e relações formadoras do sujeito tem-se que, por um lado, o ser humano seria pessoa por estar aberto ao horizonte do espírito, não se reduzindo, portanto, à dimensão somática e psíquica. E, por outro lado, enquanto espírito, estaria em busca de um sentido para o seu ser e agir que se manifesta como absoluto. Logo, como deduz Junges¹⁵⁰, “se ele é um ser tensionado para o absoluto, não pode ser relativizado como meio”. Cada ser humano teria valor por si, sendo um indivíduo único e insubstituível, e gozando, por isso, de dignidade. Dignidade esta que representaria, enfim, um absoluto formal para a bioética, constituindo-se em referência absoluta para as ciências da vida e da saúde¹⁵¹.

Neves¹⁵², por sua vez, trata do modelo personalista enfatizando, justamente, que este parte de uma noção de pessoa calcada, simultaneamente, na singularidade da sua

¹⁴⁶ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 87.

¹⁴⁷ Idem, p. 90.

¹⁴⁸ Idem, p. 94.

¹⁴⁹ A transcendência, de outra parte, poderia ser *real* ou *formal*. No primeiro caso, estaria confundida com o Existente absoluto, ou com Deus. No segundo, seria identificada com o sentido absoluto que poderia manifestar-se como verdade ou como bem.

¹⁵⁰ JUNGES, op. cit., p. 110-111.

¹⁵¹ Idem, p. 96.

¹⁵² NEVES, Maria do Céu Patrão. *A Fundamentação Antropológica da Bioética*. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>>. Acesso em: 21 mar. 2007, p. 6-7.

realidade concreta e na universalidade de sua humanidade. As categorias essenciais da pessoa enunciadas pela autora, inspiradas nos trabalhos de Paul Schoismans, ainda que com nomenclatura distinta, destacam características semelhantes àquelas expostas acima, a partir de Junges¹⁵³. São elas: a unicidade da subjetividade, o caráter relacional da intersubjetividade e a solidariedade em sociedade.

A unicidade da subjetividade refere-se, de acordo com Neves¹⁵⁴, ao caráter singular e irrepetível do indivíduo, ao ser único e original que a pessoa constitui. Haveria, portanto, uma consideração inicial à individualidade, àquilo que distingue cada pessoa das demais.

Já o caráter relacional da intersubjetividade realça a circunstância de que a própria formação da individualidade depende da presença de outros e do mundo. Explica a autora, neste particular, que um processo individual de personalização é inviável já que a pessoa é, por natureza e condição, um ser aberto aos outros e ao mundo.

Considerada a importância das relações para a constituição do indivíduo, abre-se aí a percepção da responsabilidade para com o outro, o que possibilita a comunicação e solidariedade do homem em sociedade. Esta categoria faria referência, desse modo, à integração efetiva do homem numa sociedade concreta, na qual é chamado a intervir pela dimensão social do seu ser e do seu existir.

Somados todos estes aspectos, que tomam a pessoa em sua singularidade, em suas relações e em seu traço de universalidade, o modelo personalista mostra-se abrangente e, por isso, capaz de oferecer à bioética um fundamento que não se apega apenas na individualidade ou autonomia humana e seus desdobramentos, mas que justifica a necessidade de uma atitude solidária e responsável e, portanto, de índole universal e humanista.

Enfim, uma vez apresentados, em linhas gerais, os modelos principialista e personalista, percebe-se que o primeiro, de forma mais sistematizada, apresenta critérios para o atendimento dos dilemas bioéticos que, em muitas oportunidades, podem ser suficientes e efetivos. Todavia, o segundo, ao pôr a pessoa humana em

¹⁵³ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

¹⁵⁴ NEVES, Maria do Céu Patrão. A Fundamentação Antropológica da Bioética. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>>. Acesso em: 21 mar. 2007, p. 7.

destaque, especialmente por considerá-la uma totalidade formada, em parte, pela intersubjetividade, e sublinhando a dignidade como fronteira de sentido capaz, inclusive, de balizar os princípios lançados pela primeira corrente, mostra-se mais abrangente e hábil a estabelecer parâmetros voltados a uma bioética que valorize o humano não apenas em casos simples, mas também nos mais extremos.

Clotet¹⁵⁵ não se afasta de tal entendimento quando postula que “A Bioética precisa, portanto, de um paradigma de referência antropológico-moral que, implicitamente, já foi colocado: o valor supremo da pessoa, da sua vida, liberdade e autonomia”¹⁵⁶.

A valorização da pessoa, resultado da aceitação da existência de uma dignidade que lhe é própria, nos termos propostos pela matriz personalista, resultará em uma compreensão da bioética particularmente propícia ao desenvolvimento de uma dialética transdisciplinar. Por um lado, em um aspecto que adiante será retomado, as categorias da pessoa ora expostas permitem uma leitura bastante ampla e suficientemente complexa do próprio conceito de pessoa, o que se coaduna com as exigências da realidade contemporânea. Além disso, ao assentar a bioética sobre tais fundamentos, estabelece pontes para outros nichos cognitivos, tais como o dos direitos humanos, o do biodireito, e o do Direito, de um modo geral, que igualmente colocam a proteção da pessoa e de sua dignidade como aspectos fundamentais.

No ponto que segue, a partir de um breve resgate do sentido de complexidade detonado pela tecnologia na vida humana contemporânea, a necessidade de uma ótica transdisciplinar para o enfrentamento das questões complexas será revelada. Nesse contexto, o caráter transdisciplinar da bioética ficará em destaque, e serão descortinados os caminhos pelos quais será possível a sua comunicação com outros ramos cognitivos, em especial com o Direito.

¹⁵⁵ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 23.

¹⁵⁶ Clotet (2003, p. 23) assinala, entretanto, que o princípio do valor supremo da pessoa pode, por vezes, não se compatibilizar com outro princípio, o da “qualidade de vida digna”. Constituiria tarefa da bioética, portanto, fornecer os meios para “uma opção racional de caráter moral referente à vida, saúde ou morte, em situações especiais, reconhecendo que esta determinação terá que ser dialogada, compartilhada e decidida entre pessoas com valores morais diferentes” (CLOTET, 2003, p. 23).

1.3 RELAÇÕES TRANSDISCIPLINARES DA BIOÉTICA

Como anunciado na introdução da presente pesquisa, as interrogações que agitam os dias atuais são cada vez mais complexas – parte do que se deve à atuação cada vez mais incisiva da ciência e da tecnologia na vida humana.

Garcia¹⁵⁷ comenta que, em diversas tradições culturais, a linguagem, a história e o desenvolvimento cotidiano dos fenômenos éticos, jurídicos e políticos aparecem interconectados, o que não necessariamente facilita as coisas. Ao contrário, como relata o autor, sobretudo em tradições culturais e sociedades plurais, ética, política e Direito têm uma convivência tensa, principalmente ante as exigências do pluralismo, incrementadas a partir do Renascimento e da Reforma – o que, por outro lado, teria servido para enriquecer a reflexão acerca da natureza humana. Frente a esse quadro, constata o autor: “[...] hemos ganado en complejidad [...] y en tolerância [...], pero nos sentimos más inseguros (¿más humanos?) porque han desaparecido de nuestro horizonte vital e intelectual las verdades absolutas y las soluciones simples y definitivas”¹⁵⁸.

Por este rumo, percebe-se que a complexidade, contingência humana na atualidade, corrói as certezas erguidas no interior das ciências e as substitui por uma diversidade de possibilidades, cada vez menos evidentes ou definitivas. Aliás, a própria definição do que vem a ser complexidade provoca embaraços, como revela Morin¹⁵⁹:

Su definición primera no puede aportar ninguna claridad: es complejo aquello que no puede resumirse en una palabra maestra, aquello que no puede retrotraerse a una ley, aquello que no puede reducirse a una idea simple. [...] La complejidad no sería algo definible de manera simple para tomar el lugar de la simplicidad. *La complejidad es una palabra problema y no una palabra solución.*

¹⁵⁷ GARCIA, Eusebio Fenandez. *Filosofía Política y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 15.

¹⁵⁸ Idem, ibidem.

¹⁵⁹ MORIN, Edgar. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 91-92.

Adiante, no entanto, procura o autor encontrar um significado para o termo:

Al mirar con más atención, la complejidad es, efectivamente, el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenoménico. Así, es que la complejidad se presenta con los rasgos inquietantes de lo enredado, de lo inextricable, del desorden, la ambigüedad, la incertidumbre [...] ¹⁶⁰.

Dessarte, nessa rede de informações, saberes e eventos, interligados de forma sucessiva, dinâmica e, muitas vezes, irrastrável, é cada vez mais comum encontrar problemas abrangentes, multifacetados, que não se esgotam na análise parcial/isolada de um determinado ramo de conhecimento. É o caso das questões colocadas pela biotecnologia, que não puderam ser resolvidas exclusivamente pelo saber técnico-científico que as engendrou, vindo a socorrer-se da reflexão ético-filosófica.

Portanto, a complexidade exige um esforço de unificação, que amplie o foco da observação e favoreça o imprescindível intercâmbio de conhecimentos entre as mais diversas ordens cognitivas. Para tanto, é necessária a habilitação a uma prática acentuadamente transdisciplinar, para que seja possível “estabelecer relações entre fenômenos aparentemente desconexos” ¹⁶¹. Em outras palavras, para atender à demanda da complexidade, colocando-se à altura do desafio que ela representa, necessária a aquisição de um modo de pensar que exercite o diálogo com a realidade complexa ¹⁶².

Para o caso específico das biotecnologias, bem como das demais questões emanadas da interferência técnica-científica na vida humana, a bioética representa o elo de conexão entre o conhecimento técnico produzido no campo da biotecnologia ou da biomedicina, e o manancial teórico amalhado pela tradição filosófica. Desse modo, quando se fala em bioética, já se tem aí um esquema transdisciplinar entre ciência e

¹⁶⁰ MORIN, Edgar. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 32.

¹⁶¹ CRUZ, Valéria Álvares; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ética, Direito e Ciência no Paradigma da Complexidade. *Eccos Revista Científica*. n. 1, v. 2, São Paulo: UNINOVE, jun. 2000. Disponível em: <http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos_v2n1/eccosv2n1_valleriawillis.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2006, p. 79.

¹⁶² Dito de outra forma, seria necessária a substituição do paradigma de disjunção/redução/unidimensionalização por outro de distinção/conjunção, que permita distinguir sem desarticular, associar sem identificar ou reduzir (MORIN, 1997, p. 34). Um paradigma, enfim, que se situasse em nível transdisciplinar e permitisse conceber, ao mesmo tempo, tanto a unidade como a diferença entre as ciências (MORIN, 1997, p. 42).

ética. Mas, mais do que isso, a bioética tem uma constituição que a predispõe a outras articulações transdisciplinares, para além desta explícita.

Nesse sentido é que Casabona¹⁶³ defende que o foro do debate bioético deva ser necessariamente multi e interdisciplinar, com a presença de técnicos, investigadores e clínicos, filósofos, juristas, especialistas em ética e moral, setores da população em geral, psicólogos, sociólogos e economistas, para que, com esse proceder, se possa “tener en cuenta todos los aspectos de la cuestión desde las diversas perspectivas del pensamiento, que de otro modo serían siempre parciales y unilaterales”.

Há aí, portanto, uma transdisciplinariedade inerente à prática bioética, não apenas pela evidente articulação ciência-ética, mas também pela interação de diversos ramos cognitivos no próprio debate ético. O mesmo percebe Barreto¹⁶⁴ quando afirma que a bioética “compreende, basicamente, o campo de interseção da ética com as ciências biológicas, que se transformou numa área de conhecimento interdisciplinar, apresentando múltiplas facetas”.

Tal competência transdisciplinar, diante do quadro geral promovido pela interferência biotecnológica na vida humana, há de ser apreciada e acentuada. Até mesmo porque não parece desarrazoado inferir que a problemática posta pela intromissão técnica na vida humana demanda mais do que a estrita reflexão filosófica para ser resolvida. Ou seja, ainda que a ética encontrasse um caminho seguro para a aplicação biotecnológica, nada haveria, decorrente exclusivamente da ética, que impusesse tal orientação a toda a comunidade.

Acompanhando o desenrolar do pensamento de Casabona¹⁶⁵, talvez a questão fique ainda mais clara. Pontua o autor que os reflexos dos avanços da ciência biomédica não se circunscrevem à relação privada médico-paciente “pues con su aplicación a la persona afectada están en juego no sólo intereses concretos de ese individuo, sino también el devenir del ser humano como especie y como miembro del cuerpo social”. Portanto, as decisões tomadas hoje sobre as repercussões das ciências

¹⁶³ CASABONA, Carlos María Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 16.

¹⁶⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. As Relações da Bioética com o Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Coords.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 43-44.

¹⁶⁵ CASABONA, op. cit., p. 3.

biomédicas “influirán segura y tal vez irreversiblemente en el futuro del hombre y de la civilización”, pelo que interessam a toda a coletividade¹⁶⁶. Sendo assim, a sociedade, de modo geral, vê-se compelida a tomar partido perante as mudanças ocasionadas pela biociência e tecnologia, sabedora de que os efeitos destas serão substanciais para as gerações atuais e vindouras¹⁶⁷.

Desse modo, na medida em que são do interesse de todos, os acontecimentos biotecnológicos deixam de ser preocupação exclusiva da ética para adentrar, também, no campo de atuação do Direito. Não por outra razão, estabeleceu-se, ao lado da bioética, o denominado *biodireito*, erigido na seara jurídica, porém com preocupação particular com os casos situados na margem entre a biociência e o Direito.

Para Clotet¹⁶⁸, o biodireito é o “direito universal sobre a vida no cosmos, entendida esta em sua mais ampla extensão”. De modo menos vago, Barboza¹⁶⁹ refere que o biodireito cuida do estabelecimento de “normas jurídicas que devem reger os fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina”, os quais são também disciplinados pela bioética.

O biodireito representaria, enfim, o liame jurídico com a biologia, com a tarefa de estabelecer em normas os comportamentos – direitos, deveres, responsabilidades e sanções – a serem adotados em se tratando do uso de biotecnologias. Rocha¹⁷⁰ o contempla, por este prisma, como uma ponte simbólica entre o Direito e a biologia¹⁷¹.

Delineiam-se, portanto, duas ordens distintas de conhecimento transdisciplinar: a bioética, que promove o diálogo entre a biologia e a ética, e o biodireito, que opera a comunicação entre biologia e Direito. Bioética e biodireito têm em comum, como se

¹⁶⁶ CASABONA, Carlos María Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 3.

¹⁶⁷ Idem, p. 9.

¹⁶⁸ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 177.

¹⁶⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 70-71.

¹⁷⁰ ROCHA, Leonel Severo. Sistema do Direito e Transdisciplinariedade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, UNISINOS, 2006, p. 193.

¹⁷¹ Partindo de uma análise sistêmica, essencialmente assentada na obra de Niklas Luhmann, Rocha (2006, p. 192) explica que a comunicação entre biologia e Direito seria, a princípio, impossível, porquanto se tratam de sistemas diferentes (jurídico e biológico), constituídos de elementos também distintos: comunicação por parte do Direito, e vida por parte da biologia. O acoplamento entre ambos, segundo Rocha (2006, p. 192), “é impossível, então se é impossível, pode ser que se consiga, desde que se observe a sociedade”.

vê, o elemento biológico (biotecnológico), trazendo-o para dois âmbitos (ético e jurídico) que, a princípio, não estariam a ele vinculados.

Importante reparar, no entanto que, conforme destaca Barboza¹⁷², “a questão de fundo do Biodireito assenta, necessariamente, nos valores eleitos pelo sistema jurídico vigente, nos princípios gerais que traçam sua base estrutural”. Portanto, o suporte básico do biodireito não é senão o próprio Direito. Casabona¹⁷³ alerta, todavia, que o Direito

no está en condiciones de ofrecer respuestas adecuadas válidas para realidades o fenómenos sociales nuevos, como está ocurriendo en cierta medida con las Ciencias Biomédicas, puesto que ofrecen perspectivas nuevas sobre la comprensión por parte del ser humano de nociones tan fundamentales y enraizadas como la vida y la muerte, la salud y la integridad personal, así como aspectos nuevos relativos a la reproducción y el patrimonio genético, todas ellas confrontadas con la capacidad de decisión del individuo.

Nesse quadro, o problema jurídico consistiria em detectar os novos valores ético-sociais necessários para fazer frente a também nova realidade social, integrando-os ao Direito – e, ao mesmo tempo, uma vez assumida a ética como fonte de reelaboração jurídica e produção normativa, deixar assentada a independência entre ambos (ética e Direito)^{174, 175}.

Necessário, portanto, um diálogo transdisciplinar ainda mais abrangente, que não se cumpre completamente nem na bioética, nem no biodireito. As atuais implicações da biociência/biotecnologia, instauradoras que são de mudanças na vida e nas organizações sociais humanas, merecem que se ponham a conversar biociência, ética e Direito. Ou seja, é diálogo que se desloca desde o sistema biológico, passando

¹⁷² BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 61.

¹⁷³ CASABONA, Carlos María Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 9.

¹⁷⁴ Ressalta Casabona (1994, p. 11), que tanto o Direito quanto a ética desenvolvem-se no mundo do axiológico, todavia, separam-se pelo caráter coercitivo do Direito e pela forma que tem de manifestar-se, através da lei.

¹⁷⁵ CASABONA, op. cit., p. 9.

pelo sistema ético e completa-se no sistema jurídico. Em uma palavra: alimenta o biodireito dos saberes da bioética¹⁷⁶.

Neste rumo, é possível perceber que a bioética e o biodireito, a despeito da transdisciplinariedade que lhes é inerente, e do foco comum nas técnicas e práticas biotecnológicas, concretizam-se em lugares distintos e, de certo modo, distantes – tendo-se em conta a tradição positivista kelseniana que separa Direito e moral. Desse modo, em uma prepondera o caráter ético-filosófico enquanto, no outro, o predomínio é do aspecto jurídico.

Existe, pois, uma lacuna entre os dois saberes, sendo que “o processo de transição das categorias éticas para a norma jurídica, corre o risco [...] de transformar-se em dogmatismo moral”¹⁷⁷ – especialmente quando a passagem entre eles ocorre antes mesmo do amadurecimento da questão ética, como ocorreu em um primeiro momento do surgimento bioético, no qual foram fixados “princípios de caráter moral abstrato, para, logo em seguida, [...] serem formuladas normas jurídicas relativas às pesquisas e tecnologias biológicas”¹⁷⁸.

A necessidade de uma linguagem aproximativa, intermediária, que possibilite a comunicação entre as esferas propriamente ética e jurídica na seara da (bio) ciência e tecnologia, é evidente. Por meio desta linguagem comum simbólica, nem a ética forçaria sua entrada no Direito, nem o Direito avocaria para si a tarefa ética, mas, de modo diverso, poderia haver uma regulamentação jurídica orientada, humanizada pela ética.

A teoria dos sistemas desenvolvida por Luhmann¹⁷⁹ pode ser aproveitada, neste particular, na medida em que assenta que os sistemas, muito embora se comuniquem entre si, não o fazem de maneira direta. Para que elementos de um sistema possam manifestar-se em outro – posto que, segundo Cruz e Guerra Filho¹⁸⁰, cada um opera

¹⁷⁶ Inclusive, refere Casabona (1994, p. 11-12) que, em última análise, o objetivo da bioética é justamente o de levar orientações ao Direito acerca do conteúdo dos princípios (autonomia, igualdade, dignidade humana, entre outros), ao qual se chega através do acordo social.

¹⁷⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. *Bioética, Biodireito e Direitos Humanos*. [s. l.; s. d.] Disponível em <<http://www.uerj.br>>. Acesso em: 18 mar. 2005, p. 2.

¹⁷⁸ Idem, p. 6.

¹⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Iberoamericana, 2002.

¹⁸⁰ CRUZ, Valéria Álvares; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ética, Direito e Ciência no Paradigma da Complexidade. *Eccos Revista Científica*. n. 1, v. 2, São Paulo: UNINOVE, jun. 2000. Disponível em:

com autonomia e fechado em relação aos outros, cada qual com sua própria lógica, ou, de maneira mais direta, já que “não falam a mesma língua”¹⁸¹ – será necessária uma “tradução”¹⁸², denominada, na autopoiese¹⁸³, de acoplamento estrutural. Cruz e Guerra Filho esclarecem e trazem exemplos:

Postular que a sociedade contemporânea, organizada em escala mundial, “globalizada”, é produto da diferenciação funcional de diversos (sub)sistemas, como os da economia, ética, direito, mídia, política, ciência, religião, arte, ensino, etc. [...] não implica negar que haja influência (ou “perturbações”) desses sistemas uns nos outros. Entre eles dá-se o que a teoria de sistemas autopoieticos denomina “acoplamento estrutural” (cf. LUHMANN, 1997) [...]. Assim, o sistema político associa-se estruturalmente ao do direito através das constituições dos Estados, enquanto o direito se une à economia pelos contratos e títulos de propriedade, e a economia, através do direito, à política, por meio dos impostos e tributos, e à ciência, por intermédio de publicações, diplomas e certificados¹⁸⁴.

Dessarte, nos assuntos que atinem à biotecnologia e seu enredamento ético e jurídico, e sem adentrar nas minúcias da intrincada elaboração sistêmica luhmanniana, ficando claro que cada um destes sistemas é capaz de comunicar-se com os demais produzindo conhecimento multifacetado, então é possível crer, com Rocha¹⁸⁵, que “o problema se encaminha para a procura dos elementos que permitam essa passagem” (inter-sistêmica). Uma das possibilidades para isso é, segundo o autor, a utilização dos

<http://portal.uninove.br./marketing/cope/pdfs_revistas/eccos_v2n1/eccosv2n1_valleriawillis.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2006.

¹⁸¹ ROCHA, Leonel Severo. Sistema do Direito e Transdisciplinariedade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, UNISINOS, 2006, p. 191.

¹⁸² Idem, ibidem.

¹⁸³ De acordo com Luhmann (1996, p. 118), um sistema autopoietico é aquele que “produce las operaciones que son necesarias para producir más operaciones, sirviéndose de la red de sus propias operaciones”. Tal idéia de autopoiese foi introduzida pelo autor na teoria dos sistemas sociais com base nos estudos desenvolvidos por Maturana e Varela na biologia (FEITOSA, 2004, p. 73). Maturana e Varela (1997, p. 70), por sua vez, introduzem o conceito de autopoiese ao tratar da auto-produção da vida, e, nesse sentido, afirmam que “os sistemas vivos são máquinas”. Dizem, assim, que “para que uma máquina seja autopoietica é necessário que as relações de produção que a definem sejam continuamente regeneradas pelos componentes que a produzem”.

¹⁸⁴ CRUZ, Valéria Álvares; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ética, Direito e Ciência no Paradigma da Complexidade. *Eccos Revista Científica*. n. 1, v. 2, São Paulo: UNINOVE, jun. 2000. Disponível em: <http://portal.uninove.br./marketing/cope/pdfs_revistas/eccos_v2n1/eccosv2n1_valleriawillis.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2006, p. 83-84.

¹⁸⁵ ROCHA, op. cit., p. 191.

mecanismos simbólicos disponíveis – visto que “O simbólico atravessa os sistemas”¹⁸⁶.

Nesse limiar, os direitos humanos – tal como os direitos fundamentais e os princípios do Direito – assumiriam uma nova relevância, e poderiam ser relidos “como contendo aspectos simbólicos importantes, para a realização das passagens (acoplamentos) sistêmicos”¹⁸⁷. Em outras palavras, os direitos humanos – com as características que adiante se ressaltará, em especial por seu conteúdo moral/ético com predisposição para se firmar como Direito, e por um possível fundamento na dignidade da pessoa humana – constituem-se em veículo privilegiado para promover o diálogo entre a bioética e o biodireito, uma vez que contêm elementos (“simbólicos”) em comum com um e outro sistema, os quais os permitem transitar entre ambos.

Também para Barreto¹⁸⁸, embora sem a linguagem sistêmica, os direitos humanos, aparecem exatamente nessa categoria intermediária (entre a bioética e o biodireito), cumprindo a função de fundamentos racionais e legitimadores do biodireito. O entendimento é manifestado perante o tema da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos:

O biodireito pressupõe a elaboração de uma categoria intermediária, que se materializa nos direitos humanos, assegurando os seus fundamentos racionais e legitimadores. A formulação de uma nova categoria de direitos humanos – a dos direitos do ser humano no campo da biologia e da genética – responde à indagação central do pensamento social contemporâneo: a possibilidade de universalização de direitos morais, fundados numa concepção ética do Direito e do Estado, vale dizer, na construção de uma ordem normativa construída através do diálogo de pessoas livres¹⁸⁹.

Clotet¹⁹⁰ igualmente aproxima bioética e direitos humanos, ao defender que “Para um melhor entendimento das exigências e dificuldades da Bioética, esta deve ser compreendida, no momento atual de nossa cultura e civilização, dentro da ‘linguagem

¹⁸⁶ ROCHA, Leonel Severo. Sistema do Direito e Transdisciplinarietà: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, UNISINOS, 2006, p. 192.

¹⁸⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. *Bioética, Biodireito e Direitos Humanos*. [s. l.; s. d.] Disponível em <<http://www.uerj.br>>. Acesso em: 18 mar. 2005, p. 26.

¹⁸⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁰ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 23.

dos direitos””. Prossegue o autor, em proveito do argumento lançado: “O movimento em favor dos direitos humanos promoveu o movimento dos direitos do enfermo (*A patient’s bill of rights, Hospitals*, 1973, p. 47). Fora desse contexto resulta difícil entender, explicitar e justificar a Bioética”¹⁹¹ ¹⁹².

Cruz e Guerra Filho¹⁹³ igualmente ressaltam o papel dos direitos humanos em articular ética e Direito:

Direito e ética articulam-se preferencialmente, na atualidade, através dos direitos humanos, em suas diversas dimensões ou ‘gerações’ (BONAVIDES, 1997), e é para seu estudo, antes de mais nada, que se devem voltar as atenções daqueles que se preocupam com a realização do Direito com aperfeiçoamento ético¹⁹⁴.

Para Garcia¹⁹⁵, que propõe o controle moral da política e do Direito¹⁹⁶, os direitos humanos apareceriam “como la plasmación de un ideal moral común a la humanidad, como un conjunto de reclamaciones de la conciencia mundial contemporánea o como la ética de nuestro tiempo”¹⁹⁷. Outrossim, de acordo com o autor, os direitos humanos “incluyen varias cosas a la vez: responden a *necesidades humanas esenciales* que se traducen en *exigencias moral* y pretenden ser *reconocidas e garantizadas por el Derecho*, generando *deberes*”¹⁹⁸.

Após deixar clara a conexão entre direitos humanos, moral, ética e direito, arremata Garcia¹⁹⁹ apontando os direitos humanos como “prova de moralidade”: “Concluyendo, el respeto a los derechos humanos es una de las pruebas ineludibles

¹⁹¹ Sobre a “Carta dos direitos do enfermo”, Junges (1999, p. 15) esclarece que foi aprovada no início dos anos 70 pelos hospitais dos Estados Unidos, tendo significado um novo marco para os profissionais da saúde e doentes. Neste documento, o objetivo seria o de humanizar a relação entre as pessoas que possuem conhecimentos médicos e o ser humano frágil e freqüentemente angustiado, vivendo a enfermidade que o afeta profundamente. Tal Carta de direitos procuraria, neste sentido, superar a mentalidade paternalista da ética médica tradicional, que tratava o doente como um menor de idade, introduzindo a noção de “consentimento informado”.

¹⁹² CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 23.

¹⁹³ CRUZ, Valéria Álvares; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ética, Direito e Ciência no Paradigma da Complexidade. *Eccos Revista Científica*. n. 1, v. 2, São Paulo: UNINOVE, jun. 2000. Disponível em: <http://portal.uninove.br./marketing/cope/pdfs_revistas/eccos_v2n1/eccosv2n1_valleriawillis.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2006, p. 82.

¹⁹⁴ Idem, ibidem.

¹⁹⁵ GARCIA, Eusebio Fenandez. *Filosofia Política y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

¹⁹⁶ Idem, p. 16.

¹⁹⁷ Idem, p. 47.

¹⁹⁸ Idem, p. 48.

¹⁹⁹ Idem, p. 48-49.

por las que debe pasar una sociedad, un sistema político y un Derecho que intenten sean aceptos desde el punto de vista moral”²⁰⁰.

Sem dúvida é promissora a posição articuladora atribuída aos direitos humanos – em especial quando se tem em conta que as aspirações éticas humanistas (de pretensão universal) procuram afirmar-se na forma de Direito, como ressalta Garcia²⁰¹, ou seja, têm aspirações e natureza essencialmente transdisciplinares.

Um fator que auxilia no desenvolvimento de uma linguagem mediadora entre os domínios ético e jurídico, representada pelos direitos humanos, é a aparente existência de uma preocupação ou objetivo comum entre eles. Ou, dito de outra forma, de um *código comum* que mantém sua carga simbólica em qualquer dos âmbitos, facilitando o diálogo entre as diferentes instâncias cognitivas.

Embora ainda não tenham sido analisados os fundamentos dos direitos humanos, o que será feito adiante, ao mirar o viés personalista que se conferiu à bioética, há aí indícios de qual poderia ser o código comum de que se fala. Aliás, Neves²⁰² defende que “a bioética constitui a expressão de um novo humanismo”, do que é possível inferir, ainda sem adentrar a questão dos fundamentos humanistas, que as premissas bioéticas que conferem importância primordial à pessoa, como expressão de sua dignidade, estão ligadas de maneira contundente àquelas que animam os direitos humanos.

Desse modo, pela centralidade que lhe é conferida, pela frequência com que é invocada, e pela intensidade dos argumentos que lhe cercam, tanto nas meditações éticas quanto nas jurídicas, a *dignidade da pessoa humana* parece ser o elemento comum de que se fala.

Contudo, apesar da assídua presença em discursos proferidos nos mais diversos âmbitos – geralmente acompanhada por profusas homenagens –, já foi possível perceber na *dignidade da pessoa humana* um certo vazio de sentido: apesar da

²⁰⁰ O autor não deixa, contudo, de registrar que os valores morais que fundamentam os direitos humanos (dignidade humana, autonomia, segurança, liberdade e igualdade) coexistem com outros igualmente importantes, como a generosidade, a fraternidade e a solidariedade. Afirma, ainda, que os valores jurídicos, ou valores que inspiram e justificam o Direito, são mais numerosos do que aqueles que fundamentam os direitos humanos, do que são exemplo a ordem e a paz social ou a segurança jurídica (GARCIA, 1995, p. 48-49).

²⁰¹ GARCIA, Eusebio Fenandez. *Filosofia Política y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

²⁰² NEVES, Maria do Céu Patrão. *A Fundamentação Antropológica da Bioética*. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>>. Acesso em: 21 mar. 2007, p. 8.

expressão impressionar a ponto de não ser possível rechaçá-la, quando se procura justificar tal comportamento, alinham-se as mais diversas dificuldades e um silêncio constrangedor.

Pertinente que se façam, portanto, antes de partir para a investigação da atuação transdisciplinar dos direitos humanos, algumas breves anotações acerca da *dignidade* (e) da *pessoa humana*, para que se lhe(s) institua um sentido mínimo no âmbito deste trabalho.

1.4 NOTAS SOBRE A DIGNIDADE E A PESSOA HUMANA

Perturba o fato de que o princípio da dignidade, apesar do imenso prestígio que lhe é conferido e das reverências que se lhe rendem, no mais das vezes tem seu sentido – qualquer que seja ele – encoberto por uma bruma meramente retórica²⁰³. Pouco se diz sobre a *dignidade* quando esta é invocada²⁰⁴. É quando se percebe que as “vastas noções comuns [homem, dignidade, respeito]” – incorporadas sem mais no *sensu comum teórico*²⁰⁵ – “são o lugar de questões mais agudas, que são talvez as mais decisivas”²⁰⁶.

²⁰³ Vêm neste rumo as mordazes, porém irretocáveis, palavras de Kant (2005, p. 40), ao explicar os motivos pelos quais é preciso chegar aos princípios de uma razão pura, para somente depois “descer” aos conceitos populares: “[...] não se necessita de muita habilidade para ser compreendido por todos se se desistiu de todo exame em profundidade; assim, esse método [de condescender com a popularidade logo no início da investigação pelos princípios] traz à luz uma pútrida mescla de observações mal enfeitadas e de princípios racionais um tanto inventados com que se deliciam os espíritos vulgares, porque encontram nisso o necessário para o palavrório de todos os dias [...]”. Há, porém, quem discorde disso, e acredite, de forma um tanto simplificadora, que o conceito não necessita de maiores explicações. É o caso, por exemplo, da postura adotada por Ferraz (1991, p. 18-19), para quem a fixação do conteúdo do princípio da dignidade está suficientemente clara na Constituição Federal. Diz o autor: “Não cremos ser necessária digressão sobre o entendimento do que seja dignidade, em geral, ou pessoa humana em particular. O que importa é a fixação do conteúdo da cláusula constitucional. E isso é nítido: base da própria existência do Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, fim permanente de todas as suas atividades [...]”.

²⁰⁴ Silva Filho (2006, p. 115) constata, em igual sentido, referindo-se em especial à noção de pessoa humana: “Em boa parte dos casos, invoca-se a prioridade da promoção e da proteção da dignidade da *pessoa humana* como uma espécie de legitimador vazio para qualquer discurso que se queira adotar [...]”.

²⁰⁵ Para Warat (1995), o sentido comum teórico “é a fonte receptora de um imenso leque de fatores e variáveis surgidos do saber acumulado e da experiência que conformam as estruturas cognoscitivas e os raciocínios lógico-demonstrativos do homem de ciência. É a determinante das significações que o cientista constitui [sic] a partir das observações e experiências que realiza. Não há observações nem experiências puras, senão que condicionadas por um acúmulo de representações institucionalmente familiarizadas das práticas científicas, quer dizer, da história do saber acumulado que define o sentido comum teórico que, geralmente, se agrupa sob o rótulo de ideologia” (WARAT, 1995, p. 35).

²⁰⁶ SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 9.

A dificuldade em encontrar uma definição satisfatória de dignidade decorre, como lembra Sarlet²⁰⁷, da “circunstância de que se cuida de um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado pela ‘ambigüidade e porosidade’, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica”. Mas para que as incertezas não sirvam como desconfiança da própria existência da dignidade, o autor evoca lição de Tischner para dizer que “não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida”²⁰⁸.

Sendo assim, para que a dignidade humana possa efetivamente servir de norte aos debates travados na fronteira bioética-biodireito, ligando-a aos direitos humanos e assumindo a condição de linguagem simbólica conectora destes núcleos cognitivos, importante que se lhe dispa da capa alegórica, que se lhe traga à luz o sentido, que se lhe fixem contornos ou, por assim dizer, que se lhe constitua um sentido mínimo, ou, quem sabe, antes disso, uma *pré-compreensão*²⁰⁹.

É certo que a empreitada será inevitavelmente incompleta, como alertou Sarlet²¹⁰ em obra sobre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, “especialmente considerando tudo que já se escreveu sobre o tema”. De toda sorte, procurar-se-á fazer uma aproximação das noções de dignidade e de pessoa humana, com a demarcação de um conteúdo ou significado preliminar, para os fins da presente pesquisa – e que, como se verá, coincide em grande parte com a visão personalista da bioética.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38.

²⁰⁸ Idem, p. 39.

²⁰⁹ A pré-compreensão de que se fala aqui, é aquela revelada por Gadamer (2004). No interior da viragem lingüística, uma vez despertada a consciência de que ser e ente encontram-se imersos, desde sempre, na linguagem, esta assume notável relevo, e permite antever que “Desde sempre já envolvemos numa rede antecipadora de pré-compreensão aquilo que nos parecia exterior e objetivo” (STEIN, 2003, p. 7). Reconhece-se, dessa forma, que o “sujeito que compreende não parte do zero, mas, ao contrário, conta com toda uma história que lhe caracteriza e mesmo define como sujeito” (LEAL, 1999, p. 114). Pois bem. Certos de que, quando acessa o ente, o ser já vem imbuído de pré-compreensões sobre o que aquele ente há de representar, a intenção é estipular um sentido irreduzível (mínimo) para a dignidade, do qual disporá o intérprete sempre que atravessado por qualquer discurso sobre o tema.

²¹⁰ SARLET, op. cit., p. 29.

Na persecução deste propósito, as lições de Immanuel Kant, em “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”²¹¹, afiguram-se oportunas, tanto por seu significado histórico, como pela influência que inegavelmente exerce na cultura filosófica contemporânea²¹². Nesta obra, Kant apresenta as noções primordiais à construção de sua concepção de moralidade, dentre as quais, destacadamente, a de dignidade.

Antes, entretanto, de centrar na elaboração kantiana, e, a partir dela, investigar sobre um significado possível para a dignidade da pessoa humana, vale fazer alguns registros históricos, não apenas para situar as próprias premissas kantianas, mas também para deixar claro que a concepção de dignidade é de origem remota, cuja longa trajetória confunde-se com a própria edificação dos direitos humanos – o que ficará mais evidente no capítulo que segue.

Apenas para mencionar alguns dos momentos históricos mais relevantes, refira-se que, tal como ocorre com o percurso humanista, a idéia de que existe um valor intrínseco à pessoa humana tem raízes no pensamento clássico e no ideário cristão²¹³. No pensamento filosófico e político da Antiguidade, Sarlet²¹⁴ verifica que a dignidade (ou *dignitas*) da pessoa humana era atrelada à posição social ocupada pelos membros da comunidade, sendo plausível falar em pessoas mais dignas ou menos dignas. No pensamento estóico, por outro lado, a dignidade seria considerada uma qualidade inerente ao ser humano, pelo que todos os seres humanos, no que diz com sua natureza, seriam iguais em dignidade²¹⁵.

Para a doutrina cristã, de outra parte, a premissa de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, presente tanto no Antigo quanto no Novo

²¹¹ Pepe (2006, p. 11-12) esclarece que “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” foi, tal como “Crítica da Razão Prática e “Metafísica dos Costumes”, uma obra dedicada a responder à segunda das três perguntas feitas por Kant a si mesmo, no intuito de apresentar seu interesse em “orientar-se para os problemas fundamentais do homem que demonstrem um interesse racional”. São as perguntas: “1. que posso saber? 2. que devo fazer? 3. que posso esperar?”.

²¹² Ressalta Pepe (2006, p. 11) que “O sistema de pensamento deixado por Immanuel Kant é considerado, se não o maior, mas um dos maiores sistemas filosóficos produzidos na Modernidade”. Por razões desta ordem, “É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2001, p. 34).

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

²¹⁴ Idem, *ibidem*.

²¹⁵ Idem, p. 30-31.

Testamento, afirma que o ser humano “é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”²¹⁶.

Sarlet²¹⁷ acentua, ainda, a contribuição de Francisco de Vitoria para a afirmação da idéia de dignidade humana, vez que este sustentou, com base no pensamento estóico e cristão, quanto ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos índios ocorrido no limiar da expansão colonial espanhola, que os indígenas, em função do direito natural e de sua natureza eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos.

Com o desenvolvimento do pensamento jusnaturalista nos séculos XVII e XVIII, não apenas a concepção da dignidade da pessoa humana, mas também a de direito natural, passaram por um processo de racionalização e laicização, no qual se manteve, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade²¹⁸. Desse período, remanesce, conforme Sarlet²¹⁹, a constatação de que uma determinada ordem constitucional, ao consagrar dignidade da pessoa humana, “parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana, e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados, por seus semelhantes e pelo Estado”. Na edificação desse entendimento, Sarlet²²⁰ evidencia as contribuições de Samuel Pufendorf – para quem a dignidade, entendida como “liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme seu entendimento e sua opção”, deveria ser respeitada até mesmo pelo monarca – e, especialmente, de Immanuel Kant.

Já aqui voltando atenções para as lições de Kant na obra antes referida, diga-se que a definição de dignidade lançada pelo filósofo é paradigmática, e dela emanarão as três características básicas do conceito, apontadas por Junges²²¹ – “*incondicionabilidade* (absoluta prioridade), *superioridade absoluta* (acima de qualquer preço) e *incomensurabilidade* (nenhum equivalente)”.

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

²¹⁷ Idem, p. 31.

²¹⁸ Idem, p. 32.

²¹⁹ Idem, p. 37.

²²⁰ Idem, p. 32.

²²¹ JUNGES, José Roque. O Respeito à Dignidade Humana como Fundamento de todo o Humanismo. In: OSOWSKI, Cecília Irene (org.). *Teologia e Humanismo Social Cristão: traçando rotas*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 149.

Proclama Kant²²²:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, *a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade* [Sem grifo no original].

Esquadrinhando o conceito lançado por Kant, merece atenção o fato de que suas considerações acerca da dignidade encetem com uma referência ao “reino dos fins”, ou seja, o lugar no qual todos conferem uns aos outros o tratamento mútuo de fins em si mesmos. Como assinala Junges²²³, este “fecundo conceito” será o “elo de ligação entre a moralidade e a dignidade”, sendo que, segundo o autor, em Kant a dignidade identifica-se com a própria moralidade²²⁴.

No reino dos fins dá-se, pois, o enlace da totalidade dos seres que possuem dignidade, por meio de leis comuns a todos. Cuida-se, todavia, não de leis heterônomas, mas sim daquelas que o indivíduo estabelece a si próprio como devidas, por serem expressão de uma vontade boa em si, capaz de tornar-se máxima²²⁵ universal. Sob este ângulo, “a dignidade do homem consiste em sua *autonomia*, isto é, na aptidão para formular próprias regras da vida”²²⁶. Em vista disso,

Todos os demais seres, do mundo, são heterônomos, porque destituídos de liberdade. É por isto que o homem não encontra no mundo nenhum ser que lhe seja equivalente, isto é, nenhum ser de valor igual. Todos os demais seres valem como meios para a plena realização humana. Ou, reformulando a expressão famosa de *Protágoras*, o homem é a medida de valor de todas as coisas²²⁷.

²²² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 65.

²²³ JUNGES, José Roque. O Respeito à Dignidade Humana como Fundamento de todo o Humanismo. In: OSOWSKI, Cecília Irene (org.). *Teologia e Humanismo Social Cristão: traçando rotas*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 20.

²²⁴ Idem, p. 149.

²²⁵ *Máxima*, em Kant, quer significar “o preceito particular [...] que põe, pelo menos implicitamente, em prática a minha acção” (SÈVE, 1997, p. 155).

²²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 73.

²²⁷ Idem, ibidem.

Desse modo, imbricam-se em Kant as formulações de dignidade, moralidade e autonomia. Silva Filho²²⁸ refere – passando pelos três conceitos – que a consciência moral será a justificativa da dignidade da pessoa humana, “pois, quando o homem se guia por ela, goza de autonomia, opondo-se à submissão heterônoma, tornando-se verdadeiramente livre”.

Lèvinas²²⁹ verifica, neste sentido, que “A vontade que obedece à ordem da vontade livre seria ainda uma vontade livre, como uma razão que se rende à razão”. A moralidade assim compreendida, como expressão da aceitação livre de um dever imposto pela própria razão, eleva-se ao patamar de imperativo ético incondicionado, ou categórico²³⁰, como esclarece Sève²³¹:

[...] a moralidade consiste na livre aceitação de um dever que a razão apresenta à vontade como necessário. Na medida em que o cumprimento deste dever lesa as minhas inclinações sensíveis, a lei moral é um constrangimento que se exprime num imperativo. Não o imperativo técnico condicionado, “hipotético”, que enuncia os *meios* necessários à procura de um fim subjectivamente escolhido [...], mas um imperativo ético incondicionado, “categórico”, o próprio *fim* [...] – e que me ordena não de maneira externa, como acontece com a legislação jurídica, mas interna: é isso que é próprio da lei *moral*, pois “nenhuma legislação exterior pode fazer que nos propunhamos um fim”.

Por tal viés, essa vontade legisladora²³², livre de toda a inclinação, será o esteio do agir moral, manifesto na primeira formulação do imperativo categórico: “age só

²²⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da *ipseidade*. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, UNISINOS, 2006, p. 126.

²²⁹ LÈVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 265.

²³⁰ O imperativo categórico – ao contrário dos imperativos hipotéticos, que “representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de conseguir qualquer outra coisa que se queira” – representa “uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim” (KANT, 2005, p. 45). Nos dizeres de Barreto (2001, p. 51), Kant “sustenta ser o comportamento moral resultante do agir da pessoa humana em obediência aos princípios da moralidade, que têm no imperativo categórico a sua formulação mais universal”.

²³¹ SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 154.

²³² Nos dizeres de Kant (2005, p. 62): “A vontade não está, pois, simplesmente submetida à lei, mas o está de tal maneira que possa ser também considerada legisladora ela mesma, e precisamente por isso então submetida à lei (de que ela própria se pode considerar como autora)”.

segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”²³³.

O primeiro imperativo, expressado nestes termos, servirá como prova da universalização, pedra angular da filosofia prática de Kant, segundo a qual a máxima somente será aceitável caso possa, sem se contradizer, tomar a forma de uma lei válida para todos e em toda parte, ou seja, caso todo o sujeito racional possa, livremente, torná-la máxima de sua própria ação²³⁴. Conclui-se, enfim, que “se a minha forma de agir nega, mesmo que a um único ser humano, esta qualidade de sujeito racional e livre, ela é imprópria para ser universalizada e, conseqüentemente, imoral”^{235 236}.

Binenbojm²³⁷, acompanhando reflexão empreendida por Sartre, vê certa aproximação desta com o primeiro imperativo categórico kantiano, introduzindo, por este meio, a idéia de *responsabilidade*. Assim, sustenta que a liberdade, cuja essência é a possibilidade de escolha, deve ser entendida como essencial à condição humana, visto que o homem, ao escolher, atribui um significado ao mundo e a si mesmo. A intencionalidade humana seria, desse modo, a circunstância comum a todos os homens e o fundamento único de todos os valores. E, enquanto as escolhas acabam por representar mais do que uma decisão meramente individual, devido a sua pretensão universalizante, assinalam ao homem a responsabilidade por suas escolhas²³⁸.

A noção de responsabilidade voltará a aparecer na segunda formulação do imperativo categórico, na qual Kant apresenta o “princípio fundamental da moralidade”²³⁹, que remeterá diretamente à idéia do homem como fim em si mesmo,

²³³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 51.

²³⁴ SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 155-156.

²³⁵ Idem, p. 156.

²³⁶ Assinala Sève (1997, p. 160), outrossim, que a aplicação prática da lei moral, ao contrário de sua formulação teórica, que exige rigor de conceitos, não é privilégio dos especialistas, posto que “Todos os homens são suficientemente perspicazes para saber perguntar-se: podes querer que a tua máxima se torne uma lei universal? – ou, sob uma forma popular: que aconteceria se toda a gente fizesse como tu?”. O autor argumenta, ainda, para aqueles que se manifestam contra o formalismo “vazio” do primeiro imperativo, que “O grande mérito do formalismo crítico é, ao contrário, não nos propor uma moral de confecção, mas um princípio gerador de moralidade, que não nos diz, em particular, aquilo que devemos fazer, mas como conduzir, em geral, o nosso entendimento para decidirmos, nós próprios, com toda a universalidade e todavia, de cada vez, acerca de determinadas medidas. Essa deontologia formal sem normas substanciais devolve-nos, assim, à nossa autonomia responsável, mas instruídos acerca das regras da sua utilização rigorosa”.

²³⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Direitos Humanos e Justiça Social: as Idéias de Liberdade e Igualdade no Final do Século XX*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 228.

²³⁸ Idem, p. 228-229.

²³⁹ SÈVE, op. cit., p. 156.

tal como anunciado no conceito de dignidade antes apresentado. Aliás, o segundo imperativo é construído exatamente sobre a concepção inicial do reconhecimento de que “o homem – e, de maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”²⁴⁰. A partir daí, uma vez estabelecida a existência humana como valor absoluto – manifestada de maneira singular na expressão “fim em si mesmo” – fica claro que esta jamais poderá ser tomada como instrumento para a realização de quaisquer inclinações.

Reza o segundo imperativo: “age de maneira tal que possas usar a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”^{241 242}.

Abrir-se-ia aí, pois, além da demarcação do *respeito de si* (objeto da regra da universalização), também o *respeito pelo outro*, a reciprocidade²⁴³, que exige do sujeito moral não apenas que se abstenha de utilizar o outro como simples meio, mas também que faça deste outro, que promova nele, um fim em si mesmo. Segundo Engelhardt Jr.²⁴⁴, Kant elabora uma “ética de respeito pelas pessoas”, quando mostra que “não podemos falar consistentemente de auto-respeito e de nós mesmos como digno de elogio ou culpa (isto é, dignos de felicidade ou indignos de felicidade) sem olhar para entidades semelhantes com respeito semelhante”.

Sève²⁴⁵ chega a conclusão semelhante quando chama atenção para as expressões “ao mesmo tempo” e “simplesmente” utilizadas no segundo imperativo. Após balizar o sentido da proibição de que se utilize o outro como meio, ressalta o autor, citando Kant:

²⁴⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 38.

²⁴¹ Idem, p. 59.

²⁴² A partir do segundo imperativo, Sève (1997, p. 162) ressalta a atualidade da filosofia kantiana: “[...] se o primeiro enunciado do imperativo categórico é expressamente formal, o segundo, pelo contrário, tem conteúdo: a humanidade como fim em si – veremos com clareza este conceito muito geral pode, entretanto, conduzir, ainda hoje, a opiniões morais num domínio biomédico que Kant não podia, ao seu tempo, ter praticamente nenhuma ideia”.

²⁴³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da *ipseidade*. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, UNISINOS, 2006, p. 127.

²⁴⁴ ENGELHARDT JR., Tristram H. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 135.

²⁴⁵ SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 156-157.

A moral não me proíbe de recorrer a outrem como a um meio, desde que tenha o seu acordo livre para tal: toda a vida social seria, evidentemente, impossível sem uma constante prestação de serviços de uns a outros, começando pela divisão do trabalho. Aquilo que é inaceitável é utilizar o ser humano como *puro* meio, desprezando a sua liberdade, ou, dito de outro modo, “exigir que outrem abdique de si próprio para se tornar escravo de uma finalidade” – e nem sequer de mim próprio posso fazer semelhante utilização. Pelo contrário, aquilo que este segundo enunciado exige de todo o sujeito moral não é apenas que não utilize os outros como um simples meio, “caso em que seria ainda igualmente possível ser indiferente relativamente a eles, mas é o dever de o homem fazer do homem, em geral, um fim”²⁴⁶.

Nestes termos, estará vetada a *coisificação* ou *instrumentalização* do homem, e demarcado um “dever positivo” (além do negativo de não utilizá-lo simplesmente como meio) ligado à exigência incondicional de respeitar a autonomia da vontade em todos²⁴⁷. Novamente aparecem aqui as noções de autonomia e moralidade ligadas à de dignidade (ou de fim em si mesmo). Assim, de acordo com Sève²⁴⁸, é na moralidade revelada pela obediência a um dever estabelecido pelo sujeito racional e livre que se anunciam os fundamentos da universalização e do respeito²⁴⁹, e o surgimento da idéia de *pessoa*:

Fonte autônoma da moralidade, o ser humano tem enquanto tal, “um valor intrínseco, isto é, uma dignidade”. Eis o que significa dizer que ele é uma *pessoa*, por oposição à coisa que apenas vale como *meio*. Na pessoa, manifesta-se a dimensão ética da humanidade²⁵⁰.

Interessa perceber, nesta altura, que o conceito de *dignidade*, quando assinala um valor intrínseco ao ser humano, acaba por vincular-se fortemente com um outro conceito, o de *pessoa*. Barreto²⁵¹ salienta, aliás, que a dignidade humana (conceito

²⁴⁶ SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 156-157.

²⁴⁷ Idem, p. 157.

²⁴⁸ Idem, p. 157-158.

²⁴⁹ Destaca Sève (1997, p. 157-158) a importância da autonomia: “Ser autônomo, por outras palavras, conduzir-se como um sujeito ‘que institui uma legislação universal’ à qual se submete, é, portanto, menos um terceiro imperativo que ‘o único princípio da moral’, aquele que subentende os outros dois, tanto a exigência de universalização – não posso querer para mim uma lei que não valesse para todos –, quanto a do respeito humano – legislador moral, todo ser racional é um fim em si”.

²⁵⁰ SÈVE, op. cit., p. 157-158.

²⁵¹ BARRETO, Vicente de Paulo. A Idéia de Pessoa Humana e os Limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 220.

ético) é uma idéia-valor resultante de uma compreensão específica da natureza da pessoa humana e da sociedade.

Não é desconhecida, neste particular, a circunstância de que Kant constrói sua concepção de dignidade a partir da natureza racional do ser humano²⁵² – o que não surpreende, visto que, como se disse acima, o postulado kantiano emana exatamente do movimento jusnaturalista/racionalista que caracterizou os séculos XVII e XVIII. Para certificar-se desse fato, basta atentar à definição kantiana de “Homo Noumenon”, que atribui a categoria de pessoa apenas ao ser humano “sujeito de uma razão prático-moral”²⁵³. Portanto, como assinala Barreto²⁵⁴, “O filósofo alemão vincula a idéia de pessoa humana à questão da liberdade racional”, sendo que tal idéia de pessoa servirá como limite para a interferência do arbítrio de outrem.

Essa conexão indelével entre pessoa e racionalidade, que coloca a razão no cerne da própria noção de dignidade, conduz, ao menos em tese, de acordo com Sarlet²⁵⁵, a algumas críticas ao postulado kantiano. Por um lado, este poderia ser acusado de um excessivo antropocentrismo, exatamente por sustentar “que a pessoa humana, em função de sua racionalidade, ocupa lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos”²⁵⁶. Outra objeção poderia ser, ainda, como registra Sarlet²⁵⁷, de que “a concepção kantiana, ao menos se interpretada restritivamente, acaba por remeter à pergunta (que, de resto, ainda não obteve resposta consensual) sobre o início e o fim da dignidade da pessoa, além de toda uma gama de outros questionamentos [...]”.

²⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32.

²⁵³ JUNGES, José Roque. O Respeito à Dignidade Humana como Fundamento de todo o Humanismo. In: OSOWSKI, Cecília Irene (org.). *Teologia e Humanismo Social Cristão: traçando rotas*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 151.

²⁵⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. A Idéia de Pessoa Humana e os Limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 235.

²⁵⁵ SARLET, op. cit., p. 35.

²⁵⁶ Idem, p. 34-35.

²⁵⁷ Idem, p. 35.

Quanto a esta última impugnação, vale mencionar a idéia defendida por Engelhardt Jr.²⁵⁸ que, adotando premissas kantianas²⁵⁹, apregoa que as pessoas “Precisam ser criaturas *racionais*”. Prossegue o autor: “Essa racionalidade deve incluir uma interpretação da noção de merecimento de acusação ou elogio: *um sentido moral mínimo*”²⁶⁰. Desse modo, pessoas seriam somente as entidades capazes de discurso moral, capazes de dar permissão²⁶¹, caracterizadas por sua autoconsciência, racionalidade, sentido moral e liberdade²⁶². Logo, Engelhardt Jr.²⁶³ convence-se de que “Os fetos, os bebês, os deficientes mentais e aqueles que se encontram em coma, sem possibilidade de recuperação, são humanos, mas não são pessoas”.

A objetividade (e certa crueza) do pensamento de Engelhardt Jr. é alvo de críticas. Conforme a interpretação de Barreto²⁶⁴, essa leitura do postulado neokantiano é insuficiente. Isso porque desconsidera o fator “natureza” na determinação da pessoa, fundando-a exclusivamente no critério moral, sendo necessário encontrar um outro que demonstre “como a consciência moral realiza-se na objetividade corpórea do ser humano e não na simples afirmação de princípios de moralidade”²⁶⁵. Nem sequer o conceito de “pessoa potencial” desenvolvido por Engelhardt Jr. responderia satisfatoriamente ao impasse, consideradas as controvérsias acerca do início da vida humana e o começo da pessoa²⁶⁶.

O que se vê neste particular é que se, por um lado, a idéia de dignidade firmada por Kant tem plasticidade e abrangência, – visto que percebe um valor intangível no homem, considerando-o fim em si mesmo, e, ao mesmo tempo, estende esse reconhecimento da dignidade ao outro, fazendo-o acompanhar de respeito e responsabilidade para com este outro –, o que a torna capaz de chegar aos dias de hoje

²⁵⁸ ENGELHARDT JR., Tristram H. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 174.

²⁵⁹ Barreto (2003) elenca Engelhardt como integrante do modelo neokantiano de explicação para a natureza da pessoa. As correntes vitalista e neokantiana serão, no decorrer do texto, mencionadas a partir da lição de Barreto (2003).

²⁶⁰ ENGELHARDT JR., op. cit., p. 174.

²⁶¹ A capacidade de dar permissão é essencial para a construção de Engelhardt Jr. (1998) na medida em que a “moralidade secular do respeito mútuo”, para o autor, diz respeito àqueles que têm “capacidade de entrar nesta prática de resolver controvérsias morais por meio do acordo” (ENGELHARDT JR., 1998, p. 174).

²⁶² ENGELHARDT JR., op. cit., p. 174.

²⁶³ Idem, *ibidem*.

²⁶⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. A Idéia de Pessoa Humana e os Limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 239.

²⁶⁵ Idem, *ibidem*.

²⁶⁶ Idem, p. 242.

preservando sua atualidade, o mesmo não ocorre com a noção de pessoa. Aliás, ao colocar a racionalidade como exigência do surgimento da pessoa, fica tolhida a própria idéia de dignidade, a qual somente poderá ser encontrada em certos seres humanos – aqueles capazes de opções racionais livres²⁶⁷. Ficariam de fora do espectro da dignidade, portanto, os nascituros, as crianças e os indivíduos comprometidos, congênita ou circunstancialmente, em sua capacidade cerebral, apenas para citar alguns exemplos.

Assim, caso se queira defender – como é o caso – que a dignidade é uma “qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana”, e que, como tal, deve ser “reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo [...] ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”^{268 269}, não parece correto atrelá-la a uma concepção tão estrita de pessoa.

Ainda mais quando, na medida em que avançam os estudos acerca da pessoa humana, parece pouco apropriado caracterizá-la somente por seu atributo racional. Um dos aspectos dessa inadequação é ressaltado por Groeninga²⁷⁰ ao declarar que as pessoas não são apenas *razão*: são também *desrazão*, inconsciente e subjetividade²⁷¹.

Conforme a autora, com esta compreensão mais abrangente de pessoa, exsurgiria a capacidade de “dar ciência à inconsciência”, considerando-a como parte integrante do sujeito, este apreendido não mais de maneira parcial, fragmentada,

²⁶⁷ Ao lado de Kant, Clotet e Feijó (2005, p. 18) destacam, no que refere à caracterização da pessoa a partir da racionalidade, a definição proposta por Boetius (ou Boécio), que “em sua obra *Liber de persona et duabus naturis*, capítulo III”, prega que “a pessoa é uma substância individual de natureza racional”.

²⁶⁸ Ao firmar que a dignidade é um valor ou atributo inerente à pessoa humana, está-se a rechaçar a concepção da dignidade como prestação, recordada por Sarlet (2001). No entendimento prestacional, a dignidade seria “uma condição conquistada pelo [sic] ação concreta de cada indivíduo, não sendo tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim as condições para realização da prestação” (SARLET, 2001, p. 48). Levada ao extremo, dita concepção acabaria, nos dizeres de Sarlet (2001, p. 49), “por colocar desnecessariamente em risco uma proteção jurídica efetiva da dignidade da pessoa humana”.

²⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 41.

²⁷⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 256.

²⁷¹ Não se está a afirmar – é importante que se diga – que Kant desconhecia os aspectos não-racionais que constituem o ser humano, mas sim que, ao desenvolver sua idéia de pessoa e de dignidade, priorizou o atributo racional. Na perspectiva ora introduzida, por sua vez, a desrazão, o inconsciente e a subjetividade ascendem em visibilidade e relevância, fazendo par à razão como atributos caracterizadores da pessoa.

apenas enquanto ser racional – ou Sujeito do Direito – mas também como Sujeito do Desejo, integrando subjetividade à razão²⁷². Leciona Groeninga²⁷³:

A partir da descoberta de Sigmund Freud, de um inconsciente que é estruturado com uma lógica que lhe é própria, tivemos acesso a outro sujeito além do Sujeito do Direito. Buscamos a integração diferenciada desses dois sujeitos, ou melhor, desses aspectos de um mesmo sujeito, e não mais a disjunção.

Pleiteia a autora, por este motivo, que

A combinação da subjetividade e da objetividade, ao invés de estarem dissociadas em apanhados parciais dos relacionamentos humanos, acaba por atender à demanda de reconhecimento da dignidade humana, respeitado o sujeito em sua integridade, em vez de mutilá-lo em aspectos que lhe são essenciais²⁷⁴.

Na mesma linha, Junges²⁷⁵ – para quem, como se viu em ponto anterior, a pessoa é formada por estruturas (corpo, psiquismo e espírito) que são um dado que é necessário levar à expressão pela mediação do sujeito, a qual ocorre através das relações de objetividade (mundo), intersubjetividade (outro) e transcendência (absoluto) – defende que “o eu consciente afunda-se também no inconsciente, isto é, existem elementos não alcançados pela unificação consciente, como é o caso dos estados oníricos e paranormais”. Desse modo, seria necessário chegar, segundo o autor, a uma “unidade consciencial” pela qual o sujeito define-se como sentimento de si através das duas vertentes do psiquismo: o imaginário (mundo da representação) e o afetivo (mundo do desejo). Sendo assim, o autor pugna que “Não existe respeito à dignidade humana sem atenção ao mundo interior da pessoa” – motivo pelo qual a bioética não poderia desconsiderar este aspecto²⁷⁶.

²⁷² GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 252.

²⁷³ Idem, *ibidem*.

²⁷⁴ Idem, p. 254.

²⁷⁵ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 80.

²⁷⁶ Idem, p. 81.

Morin²⁷⁷ também colabora para o entendimento de que a racionalidade corresponde a apenas uma porção da realidade. Pondera o autor: “La patología de la razón es la racionalización, que encierra a lo real en un sistema de ideas coherente, pero parcial y unilateral, y que no sabe que una parte de lo real es irracionalizable, ni que la racionalidad tiene por misión dialogar con lo irracionalizable”²⁷⁸.

Persistir na defesa da racionalidade como característica essencial para a caracterização da pessoa, mesmo diante da constatação de que o racional representa apenas uma parcela desta²⁷⁹, e também da realidade²⁸⁰, é, pois, uma escolha restritiva. Isto é, ao seguir a medida exclusiva da racionalidade, quando outras facetas da pessoa se mostram igualmente relevantes, é optar por restringir o alcance da dignidade.

Por considerações desta ordem, toma-se a liberdade de adotar o preceito básico da dignidade firmado por Kant – de que a pessoa possui valor em si mesma, vedada a sua instrumentalização, e assentado o decorrente dever de respeito à dignidade do outro –, revitalizando-o, no entanto, com uma noção mais plena de pessoa humana, de modo a torná-lo consentâneo com a função que se pretende atribuir à dignidade na contemporaneidade. Outros aspectos da pessoa, além da racionalidade, poderão, desse modo, ser resgatados, permitindo apreendê-la de forma mais abrangente, para que com isso a dignidade seja nela resguardada de maneira também mais completa.

Sabe-se, contudo, das dificuldades de delimitação do conceito de pessoa humana – entendido por Barreto²⁸¹ como um limite imposto à bioética, e que carece de reflexão filosófica adequada para assegurar a plena realização individual e social. São dificuldades que, segundo Sève²⁸², não surgem porque o termo se recuse a uma definição, mas porque admite muitas definições, “que não se percebe bem como poderiam ser compatíveis”.

²⁷⁷ MORIN, Edgar. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 34.

²⁷⁸ Idem, *ibidem*.

²⁷⁹ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

²⁸⁰ MORIN, op. cit., 1997.

²⁸¹ BARRETO, Vicente de Paulo. A Idéia de Pessoa Humana e os Limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

²⁸² SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 18.

Os obstáculos ficam particularmente nítidos quando se dedica atenção às divergências acerca da determinação dos momentos de início e fim da pessoa ou, mais especificamente, da atribuição de um estatuto ao embrião. Apenas para fins ilustrativos, vale mencionar as duas principais correntes que têm atendido ao tema: a vitalista (ou realista) que “considera como pessoa humana todo o ser que possui o genoma humano”, e a kantiana (ou cultural), que “exige [...] uma possível manifestação atual ou futura, de consciência moral e racionalidade, condições para que possa participar da comunidade humana de pessoas livres, caracterizadas pelo exercício da autonomia moral”²⁸³. Ambos os modelos, contudo, de acordo com Barreto²⁸⁴ são “problemáticos do ponto de vista moral e, portanto, insuficientes para que se possa justificar eticamente uma resposta jurídica no quadro de um estado democrático de direito”.

Fica evidente que o assunto abre uma infinidade de possíveis debates e reflexões os quais, ainda que se optasse por percorrê-los, provavelmente não conduziriam a uma definição peremptória. Por esta razão, o tema será aqui enfrentado nos limites do necessário à discussão proposta, em especial ressaltando os aspectos a serem considerados, não tanto para o estabelecimento de um conceito, mas principalmente para permitir uma compreensão mais vasta da pessoa, e de suas relações com o mundo.

Antes de mais, vale reparar no uso, muitas vezes indistinto, dos termos *indivíduo*, *sujeito*, *ser humano* e *pessoa*²⁸⁵. Não se pretende aqui criar nichos de utilização semântica mais adequada para cada uma das expressões, nem mesmo fixar-lhes um sentido estrito e definitivo, mas apenas estabelecer que, com o uso da palavra *pessoa*, notadamente quando conjugada com *dignidade*, se está a invocar um sentido mais amplo do que aquele puramente biológico ao qual qualquer das demais expressões poderia remeter.

²⁸³ BARRETO, Vicente de Paulo. A Idéia de Pessoa Humana e os Limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 231-232.

²⁸⁴ Idem, p. 230.

²⁸⁵ A este propósito, Barreto (2003) refere: “o emprego na linguagem comum das expressões ‘ser humano’ e ‘pessoa humana’, como sinônimos, levou a que se entendesse a pessoa como sendo característica do ser humano. Os problemas com que se defrontam atualmente a bioética e o biodireito, em consequência dos avanços do conhecimento científico, mostram a inconsistência do uso, como sinônimos, das duas expressões”.

Com efeito, a pessoa, percebida pelo enfoque puramente *biologicista*²⁸⁶, poderia ser tomada como um amontoado de manifestações orgânicas inatas que, contudo, não a podem definir. Repare-se, com Sève²⁸⁷, que “O indivíduo faz parte dos conceitos da ciência biológica; a pessoa não”. Portanto, “aquilo que visamos no ser humano, ao nomeá-lo pessoa, é de ordem incorporeal”. E, justamente em função disso, dessa perspectiva pluridimensional, é possível inferir que, para a pessoa, inclusive em se tratando da ética médica, não são apenas as ciências biológicas que importam, mas também as ciências humanas. Como prega Sève²⁸⁸: “[...] em qualquer domínio da ética biomédica, antes de se pretender reger os valores, procuremos conhecer as realidades – as da biologia, e também as das ciências humanas, pois o homem é também muito mais que um organismo”.

Nessa linha, com mira nas lições de Kant, Sève²⁸⁹ argumenta que:

Quem diz pessoa diz portanto, simultaneamente, sujeito e liberdade. Enquanto ser natural, o homem está, bem entendido, submetido a determinismos orgânicos. Mas, enquanto ser de razão, é capaz de determinações éticas “independentes dos impulsos sensíveis”. Já não são, então, as leis naturais que o constroem, mas as da sua vontade autônoma que o obrigam [...]. Apenas a este título ele é uma pessoa.

Ainda, diferenciando ser humano e pessoa, Sève²⁹⁰ diz que, naquele, a humanidade aparece como fato, ao passo que nesta a humanidade teria caráter de valor²⁹¹. “Em suma, se a vida produz humanos, apenas numa comunidade instauradora

²⁸⁶ O enfoque biologista da pessoa humana é descrito por Silva Filho (2006, p. 117) como “uma versão desviada e unilateral do enfoque biológico” posto que, por maior que seja a importância da biologia na definição do homem e da vida, este “não pode ser definido apenas com base nesses critérios, pois se é certo que o fato de um indivíduo pertencer à espécie humana lhe proporciona certas capacidades, estas, por sua vez, se manifestam culturalmente”. Por isso, o enfoque biologista seria “uma visão científico-natural do homem que praticamente torna obsoleta qualquer outra explicação a respeito do que define o humano, inclusive e suas especificidades individuais e até mesmo em suas ações” (SILVA FILHO, 2006, p. 117).

²⁸⁷ SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 19.

²⁸⁸ Idem, p. 34.

²⁸⁹ Idem, p. 20.

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ Nas palavras de Sève (1997, p. 21): “O ser humano é humano porque tem como ponto de partida a humanidade como espécie biológica. A pessoa é humana num sentido completamente diferente: pelo facto de tomar como fim a humanidade como ideal regulador. No ser humano, a humanidade está presente a título de facto. Na pessoa, ela está representada como um valor”.

de regras morais e jurídicas se produzem pessoas”²⁹². Logo, “a palavra *pessoa* aponta para uma verdadeira construção cultural e que, tal qual chegou aos dias presentes, indica muito mais do que apenas um ser biológico”²⁹³. Ou, conforme a expressão usada por Lafer²⁹⁴, o valor da pessoa humana é uma conquista “histórico-axiológica”.

Mas o que de fato move estas rápidas considerações é revelar, no processo de constituição da pessoa, a insuficiência de apreensões parciais, que por sua vez se desdobram em perspectivas atrofiadas de sua dignidade. Se a pessoa não se esgota em sua feição biológica, então a biologia tampouco servirá para circunscrever sua dignidade. Em uma palavra: a dignidade estará para além da simples manutenção da vida. A pessoa – e a dignidade, por consequência – estará na sua história, nas suas circunstâncias, no que lhe há de individual e, em igual medida, no que lhe há de coletivo/relacional.

Sève²⁹⁵, chega à idéia de pessoa como *relação* ao analisar a transformação da “ficção abstrata da pessoa” para a “realidade concreta de uma pessoa” (ou do surgimento, no indivíduo, “de prerrogativas que obrigam todos os outros”). Para tanto, o autor segue – livremente, como trata de dizer – a análise de Ricoeur acerca da *ascrição*²⁹⁶, inferindo que

a ascrição de uma *dignidade* é o processo pelo qual o ser individual vem a deter em-si e por-si a qualidade de associado do gênero humano. [...] possuir o estatuto de pessoa identifica-me em dignidade com todos os outros; ligado a esta dignidade, sou corresponsável com todos os outros pelo seu estatuto. A pessoa é uma *relação* humana, uma prerrogativa ética que, ao mesmo tempo, me pertence e me ultrapassa: aquilo que, nela, me pertence ultrapassa-me, aquilo que, nela, me ultrapassa pertence-me.

²⁹² SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 23.

²⁹³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da *ipseidade*. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, UNISINOS, 2006, p. 117.

²⁹⁴ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 118.

²⁹⁵ SÈVE, op. cit., p. 73-74.

²⁹⁶ *Ascrever* seria, segundo Sève (1997, p. 73-74), “atribuir a alguém um modo de se comportar”, diferente de “descrever” ou “prescrever”, que apenas conviria quando reportasse “ao ser individual características universais da pessoa”. Silva Filho (2006), também com apoio nas lições de Ricoeur, explora as noções de *ascrição* e *atestação* para vencer a universalidade do gênero humano inaugurada pela identidade moral kantiana, a qual não propiciaria o espaço para a efetiva consideração das diferenças entre as pessoas, já que as aprecia sob um enfoque analítico e desconcontextualizado.

O relevo conferido ao aspecto relacional põe em evidência um fator determinante para a constituição da pessoa: a *alteridade*. Torna-se particularmente importante a constatação de “não há um sujeito sem mundo”²⁹⁷, assim como não há, igualmente, um sujeito isolado dos outros”²⁹⁸, e que o próprio sentido de mundo vem à pessoa exatamente através do contato com os outros”²⁹⁹.

Interessante notar, aliás, que as relações da pessoa com o mundo, de maneira especial com a família, ocorrem a partir da afetividade, a qual, por sua vez, se desenvolve na porção inconsciente, subjetiva da pessoa (na esfera da “desrazão”, antes referida)³⁰⁰.

Com Eco³⁰¹, é possível dizer: “A dimensão ética começa quanto entra em cena o outro. Toda lei, moral ou jurídica, regula relações interpessoais, inclusive aquelas com um Outro que a impõe”. E isso porque, “Assim como nos ensinam mesmo as mais laicas entre as ciências, é o outro, é seu olhar, que nos define e nos forma”³⁰².

Prossegue o autor:

²⁹⁷ Mundo este no qual se inclui o próprio homem, aqui entendido não simplesmente como “substância objetiva colocada diante dos olhos humanos, mas sim uma percepção da natureza, dos objetos, e de si e dos outros mediada por um sentido que é sempre apreendido por alguém, e a partir do qual, se pode dizer que *mundo* só o *ser-aí* o tem, assim como o próprio *ser-aí* só se revela enquanto ente a partir de uma compreensão existencial, e não, simplesmente, da mera existência física e biológica do homem” (SILVA FILHO, 2006, p. 123).

²⁹⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da *ipseidade*. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, UNISINOS, 2006, p. 129.

²⁹⁹ Acompanhando Silva Filho (2006, p. 119) nas aproximações com a hermenêutica filosófica, registre-se que “[...] quando o homem se dá conta de si, quando desenvolve sua autoconsciência, a percepção que possui das coisas que estão à sua volta e de si mesmo já é desde sempre mediada pelo sentido. Que sentido? Aquele que é transmitido pelo horizonte histórico-cultural do qual emerge, aquele que ultrapassa a sua constituição genética, aquele que lhe é transmitido a partir do contato com os outros”.

³⁰⁰ Groeninga (2004, p. 255-256) auxilia no escrutínio do papel da afetividade na constituição da pessoa, destacando o papel da família neste desenvolvimento. A autora começa afirmando que “O que garante o senso comum é, além de nossa constituição física semelhante e o uso de nossos sentidos, a nossa constituição psíquica semelhante, pois todos nós passamos por vivências afetivas comuns, universais”. E prossegue com amparo em Freud: “Para pensar a constituição do ser humano e as relações, desde seu início, Freud buscou o mito do Édipo. Em suma, este é o paradigma utilizado pela Psicanálise para pensar o desenvolvimento do ser humano por meio da vivência da ambivalência afetiva originária – amor e ódio dirigidos aos pais. E é na família que aprendemos e elaboramos esses sentimentos em maior ou menor sintonia com o pensamento; é na família, por meio destas vivências, que aprendemos a linguagem, também a linguagem dos afetos, desenvolvemos o pensamento, a moral e a ética”.

³⁰¹ ECO, Umberto. Quando o outro entra em cena, nasce a ética. In: ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que crêem os que não crêem?* Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2001

³⁰² A propósito da “humanização”, ver Silva Filho (2006, p. 120), que recorda a trajetória de Amala e Kamala e de Kaspar Hauser, crianças crescidas alijadas do convívio humano, e que, a despeito de suas condições genéticas, não manifestavam, “em seu comportamento, as características pelas quais costuma-se atribuir a qualificação de humano”.

Nós (assim como não conseguimos viver sem comer ou sem dormir) não conseguimos compreender quem somos sem o olhar do outro e a resposta do outro. Mesmo quem mata, estupra, rouba, espanca, o faz em momentos excepcionais, e pelo resto da vida lá estará a mendigar aprovação, amor, respeito, elogios de seus semelhantes. E mesmo àqueles a quem humilha ele pede o reconhecimento do medo e da submissão. Na falta desse reconhecimento, o recém-nascido abandonado na floresta não se humaniza (ou, como o Tarzan, busca o outro a qualquer custo no rosto de uma macaca), e poderíamos morrer ou enlouquecer se vivêssemos em uma comunidade na qual, sistematicamente, todos tivessem decidido não nos olhar jamais ou comportar como se não existíssemos”³⁰³.

Lèvinas³⁰⁴ assegura que “O ente como tal (e não como encarnação do ser universal) só pode ser numa relação em que o invocamos. O ente é o homem, e é enquanto próximo que o homem é acessível. Enquanto rosto”. Este determinante encontro com outrem, por sua vez, “consiste no fato de que, apesar da extensão da minha dominação sobre ele e de sua submissão, não o possuo. [...] Compreendo-o, a partir de sua história, do seu meio, de seus hábitos. O que nele escapa à minha compreensão é ele, o ente”³⁰⁵. Afirma o autor, neste sentido, que “é na relação pessoal, do eu ao outro, que o ‘acontecimento’ ético, caridade e misericórdia, generosidade e obediência, conduz além ou eleva acima o ser”³⁰⁶.

Por este viés é que se quer reivindicar que, para a compreensão plena da pessoa e da dignidade que lhe é atribuída, *o outro* é fundamental, não apenas como merecedor de respeito a uma dignidade que lhe é própria, mas igualmente como instância fundadora da dignidade do “eu”, já que somente nas relações com o outro a pessoa se constituirá como tal.

Nos dizeres de Junges³⁰⁷, “o sujeito é reconhecido como sujeito, quando reconhece o outro como sujeito”. Trata-se, como refere o autor, de uma dialética da alteridade ou “da relação essencial e constitutiva do sujeito, enquanto situado e finito,

³⁰³ ECO, Umberto. Quando o outro entra em cena, nasce a ética. In: ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que crêem os que não crêem?* Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2001, p. 83-84.

³⁰⁴ LÈVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 30-31.

³⁰⁵ Em vista dessa não submissão do outro, Lèvinas (1997, p. 31-32) conclui que “Outrem é o único ser que posso querer matar”, e que, no entanto, o triunfo deste querer/poder, é sua derrota como poder: “No preciso momento em que meu poder de matar se realiza, o outro se me escapou”. Assim, “Estar em relação com outrem face a face – é não poder matar”. No encontro do rosto, por isso, reside a consciência moral (LÈVINAS, 1997, p. 33).

³⁰⁶ LÈVINAS, op. cit., p. 269.

³⁰⁷ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 90-91.

com o outro, implicando necessariamente a passagem do outro-objeto para o outro-sujeito e instaurando a reciprocidade”.

Segundo Groeninga³⁰⁸, esta vinculação ao outro se estende por toda a existência da pessoa, ainda que esta relação modifique-se ao longo do percurso:

Espehamo-nos no olhar de um outro desde o nascimento. Nascermos seres dependentes não só física, mas psicologicamente. O amadurecimento modifica a qualidade da dependência, a qual mantemos sob diversas formas por toda a vida; nos reconhecer nas semelhanças e diferenças que se refletem no olhar do outro é uma necessidade que atravessa nossa existência. Este outro que só é objeto, por se contrapor ao sujeito, não objeto entendido como coisa em relação ao qual poderíamos nos manter neutros.

Ocultar ou desmerecer essa ligação ineludível entre o ser e o outro, seria obstar o surgimento de uma “ética das relações” ou “ética do afeto” vislumbrada por Groeninga – ou seja, uma ética que abarque a pessoa em sua totalidade e seja, por isso, mais situada –, a qual se dá

[...] por meio do desenvolvimento da capacidade de empatia³⁰⁹, que implica reconhecer-se e ser reconhecido em nossa humanidade no olhar do outro. Empatia que é produto da integração do pensamento e do sentimento, um delicado instrumento, dentre outros, de conhecimento³¹⁰.

Inegável que o sentido de dignidade humana que aqui se alcança é bastante abrangente, já que “estamos considerando todos os níveis de nossa constituição [...] espírito, mente e corpo; o individual e o coletivo”³¹¹. Fica claro que a compreensão da dignidade de si apenas é possível quando percebida no outro. Antes do outro, no isolamento, o ser não é capaz de admirar sequer sua própria dignidade, sua condição de “fim em si mesmo”. Portanto, no reconhecimento do papel do outro, instaura-se a necessidade intransigente de resguardar, também nele, aquelas “exigências que para

³⁰⁸ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 250.

³⁰⁹ A autora recorda a origem grega da palavra *empatia*: *em*, dentro de, mais *pathos*, sofrimento, dor (GROENINGA, 2004, p. 253).

³¹⁰ GROENINGA, op. cit., p. 253.

³¹¹ Idem, p. 254.

nós são inabdicáveis”³¹², e assim apreender e respeitar a dignidade tanto naquilo que as pessoas têm de único, singular, como, do mesmo modo, naquilo que têm de igual, e que faz surgir um sentido de humanidade.

Frente a tais observações, torna-se plausível sustentar, como faz Sarlet³¹³, que a dignidade possui uma dimensão dúplice, sendo simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana – “vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência” – e da necessidade de sua proteção pelo Estado, “especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação”³¹⁴. Ou seja, encontrando-se a pessoa diminuída ou privada de sua capacidade racional ou de autodeterminação, a proteção da dignidade terá sentido justamente porque se reconhece, também nesta pessoa, a dignidade que o outro percebe em si em função das relações, ou da alteridade. A falta de racionalidade, ou de manifestação da racionalidade – ou de “consciência da própria dignidade”³¹⁵ – é suprida pela intersubjetividade que faz aparecer no outro, e na relação com este, a dignidade que há em si e em todos³¹⁶.

Por óbvio as considerações elaboradas acerca da dignidade e da pessoa não encerram as discussões que ambas as expressões provocam, nem sequer era este o objetivo. A intenção era, ainda que de maneira singela, delinear o sentido ao qual se quer fazer alusão nas muitas vezes em que ainda serão conclamadas – pessoa e dignidade – ao longo do trabalho. Sentido este que, sem restringir as indagações e incertezas levantadas pelo tema, possa, ao menos, firmar um entendimento inicial de que a pessoa, enquanto imbuída de dignidade, merece um respeito que não se funda unicamente por em sua potencialidade racional, e que não se esgota na subsistência

³¹² ECO, Umberto. Quando o outro entra em cena, nasce a ética. In: ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que crêem os que não crêem?* Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2001, p. 84.

³¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

³¹⁴ Idem, p. 49.

³¹⁵ DWORKIN (apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50).

³¹⁶ Nessa linha o argumento de Sarlet (2001, p. 54-55), quando infere que “a dignidade da pessoa humana [...], sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e é também por esta razão que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade”.

física. Para além destas, situam-se aspectos primordiais de sua própria constituição, no inconsciente, na afetividade, na historicidade e nos relacionamentos com o outro.

De modo mais direto, considera-se que nessa construção da idéia de pessoa, que passou pelas considerações da unicidade da pessoa, do carácter relacional e intersubjetivo do humano e da comunicação e solidariedade em sociedade – em consonância com a elaboração antes acompanhada acerca do modelo personalista da bioética –, chega-se, pois, a uma síntese do que aqui se pretende que a pessoa e a dignidade devem representar. Na consideração da singularidade, há a abertura para o concreto, para as circunstâncias reais em que o indivíduo está inserido. E, ao mesmo tempo, ao perceber o quanto o desenvolvimento da singularidade depende e está ligado ao coletivo, tem-se o espaço para desenvolvimento de uma ética de carácter universal, na percepção do traço de humanidade que cada pessoa guarda. Humanidade esta que se desdobra em responsabilidade.

Por outro lado, é relevante que se diga, com Sarlet³¹⁷ que a dignidade “é um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento”. Trata-se, assim, de uma “categoria axiológica aberta”, que “não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas”. É dizer: capturar um sentido de dignidade em um conceito pretensamente definitivo e imutável corresponderia a ignorar a passagem do tempo, impedindo que outros aspectos da pessoa, ainda não suficientemente estudados, fossem incorporados ao sentido da dignidade, ou mesmo que a transformação dos valores fosse considerada, tornando o conceito, de início, fadado ao envelhecimento.

Verifica-se, desse modo, que a maleabilidade do conceito de dignidade traz dois resultados: o primeiro, já salientado acima, é que a dignidade tem a aptidão de acompanhar a evolução da história mantendo-se atual. O outro, é que, para que tal flexibilidade seja mantida, a dignidade não comporta uma definição peremptória. Embora seu *sentido* amplo permaneça, o *conteúdo* variará de acordo com as circunstâncias concretas – o que, inclusive, pode servir de escudo contra a

³¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 40.

transformação da dignidade em mero apelo ético, como registra Sarlet³¹⁸, lembrando a lição de Ernest Benda:

Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais³¹⁹.

Ainda assim, feitas todas essas considerações, tem-se que, para o presente trabalho, o sentido de dignidade que se pretende resguardar pauta-se nas seguintes premissas básicas: (a) a pessoa deve ser entendida e promovida como um fim em si mesma, possuidora de uma dignidade que veda sua utilização como meio ou instrumento para realização de um fim alheio a ela; (b) a pessoa de que aqui se trata, é constituída por várias dimensões, consideradas aí o corpo, o psiquismo, o espírito e, em especial, as relações com o outro, a partir das quais esta estrutura adquire expressão e a pessoa identifica-se como tal; (c) uma vez reconhecida a pluridimensionalidade da pessoa, fica firmado que esta não se restringe à dimensão estritamente biológica ou racional, devendo ser considerada na totalidade de seus atributos (presentes ou potenciais); (d) diante da importância assumida pela intersubjetividade, torna-se explícita a responsabilidade e dever de respeito pelo outro presentes na dignidade, especialmente quanto este outro não esteja em condições de fazer valer sua dignidade.

Por fim, ao elaborar uma definição para a dignidade (abrangente e, na medida do possível, flexível), Sarlet³²⁰ aduz outro aspecto relevante, ao representar a dignidade na forma de “direitos e deveres fundamentais”. Neste sentido, afirma o autor que a dignidade implica em

³¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 46.

³¹⁹ Idem, p. 40.

³²⁰ Idem, p. 60.

[...] um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Quando liga a dignidade à noção de direito, Sarlet³²¹ prepara a transição que agora se faz, no presente trabalho, da bioética, onde a dignidade e a pessoa são tomadas como base de uma reflexão de cunho ético, para os direitos humanos, onde estes mesmos fundamentos aparecerão a justificar direitos sem os quais se entende que a própria pessoa (e sua dignidade) não se realizará plenamente.

No segundo capítulo, portanto, serão analisadas a origem e evolução dos direitos humanos situando, como seu fundamento, a dignidade da pessoa humana e descortinando, desse modo, a capacidade transdisciplinar dos direitos humanos em promover o diálogo entre os saberes éticos e jurídicos.

³²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

2 DOS DIREITOS HUMANOS À BIOÉTICA: O LUGAR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA OS DIREITOS HUMANOS

Quando se atribui aos direitos humanos o mister de personificar os princípios que irão guiar o biodireito – ou, em outras palavras, fornecer uma “fundamentação moral para a ordem jurídica do biodireito”³²² –, é necessário algum esforço para não deixar escapar de vista questões nodais ao próprio debate dos direitos humanos.

Essencial perceber, por um lado, a circularidade inerente à relação direitos humanos-bioética em âmbito biotecnológico, em especial dos direitos reprodutivos, que não apenas impõe à bioética o debate humanista, mas também aos direitos humanos sugere uma reflexão de ordem bioética. Desse modo, para que possam constituir-se em fundamentos éticos do biodireito, carecem, os próprios direitos humanos, de uma apreciação bioética prévia e constante, que viabilize o reconhecimento dos limites ao exercício das capacidades biotecnológicas. É a complexidade requisitando, uma vez mais, a prática transdisciplinar.

De outra parte, e antes mesmo da constatação circular/transdisciplinar, é necessário reconhecer que os direitos humanos são permeados por diversas contendas internas, atinentes a questões tais como natureza, fundamentação, implementação e condições de universalidade. Verifica-se desse modo que a presença do discurso humanista nos debates da atualidade, não o livra de incertezas, dúvidas, contradições e ambigüidades – o que, é bom que se diga, não minimiza, mas aumenta a importância e a necessidade de que os temas relativos aos direitos humanos sejam colocados, insistentemente, em pauta.

Não é preciso ir muito longe para notar os obstáculos de que se fala. Uma das primeiras dificuldades apresenta-se tão logo a expressão *direitos humanos* é empregada: ainda que as referências sejam recorrentes, não necessariamente evocam um mesmo *sentido*. Não há, portanto, uma significação unívoca para a expressão, esta

³²² BARRETO, Vicente de Paulo. *Bioética, Biodireito e Direitos Humanos*. [s. l.; s. d.] Disponível em <<http://www.uerj.br>>. Acesso em: 18 mar. 2005, p. 30.

adotada muitas vezes com significados diversos e com indeterminação e imprecisão notáveis³²³. É de se indagar porque isso acontece.

Talvez uma das primeiras observações que deva ser feita, nesse sentido, é de que uma série de outras terminologias – tais como as lembradas por Sarlet³²⁴: “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos fundamentais” e, a eleita pelo autor, “direitos fundamentais” – são utilizadas como sinônimos ou equivalentes a “direitos humanos”, o que pode gerar certa confusão. A objeção mais abrangente parece ser de que muitos dos termos usados como análogos a “direitos humanos”, acabariam por restringir-lhe o sentido, prejudicando sua compreensão e abrangência.

É este o argumento usado em desfavor de duas das expressões mais frequentes (ao menos nos limites da presente exposição): “direitos do homem” e “direitos fundamentais”.

A primeira delas estaria aludindo, segundo Sarlet³²⁵, a direitos naturais (ainda) não positivados, de conotação marcadamente jusnaturalista, ao passo que os direitos humanos representariam a positivação desses direitos na esfera internacional. Ainda que a diferenciação pudesse ter algum fundamento – principalmente por acentuar o cariz jusnaturalista da terminologia, em uma matriz de pensamento que apregoou os direitos “do homem”, em época na qual isso efetivamente significava ressaltar a proeminência do “homem” em face da “mulher” – não se percebe aqui grande utilidade em acompanhá-la. A uma porque a positivação internacional dos direitos humanos não significou a superação da concepção jusnaturalista que a impulsionou. Logo, conectar a expressão “humanos” à positivação parece incorreto. A duas porque, na medida em que a “igualdade” de que se falava nos primórdios, passou a ser estendida à mulher (pelo menos em teoria), parece não haver razão em insistir na suspeita de que a troca de termos (“humanos” por “do homem”) carregue, ainda hoje, sentido propositalmente restritivo. Neste particular, optou-se por deixar de lado o preciosismo interpretativo adotado por alguns que nela percebe um privilégio ao

³²³ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 22.

³²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 29.

³²⁵ Idem, p. 32.

“homem” enquanto gênero, para ver tão-somente o que de fato ocorre na língua portuguesa, que é a utilização do masculino como referente ao homem e à mulher em conjunto.

Já no segundo caso, o termo “direitos fundamentais” limitaria a abrangência de “direitos humanos”, quando usado como equivalentes. Isso porque, como leciona Sarlet³²⁶,

o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas disposições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Ou seja, ao falar em *direitos fundamentais*, a referência seria a determinados *direitos humanos*, constitucionalizados em determinado âmbito estatal³²⁷. O caráter seria, portanto, mais concreto e, também, mais limitado.

Por sua evidente facilitação didática, acompanha-se neste trabalho a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos proposta por Sarlet³²⁸, prevenindo, entretanto, que por vezes haverá referências a direitos *fundamentais* no sentido de *essenciais*, o que, no contexto, ficará evidente. De toda sorte, servindo, quem sabe, de escusa para esta eventual impropriedade, o próprio autor refere que, na sua vertente histórica, direitos humanos e fundamentais estão ligados. Diz ele que ambos “radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem

³²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31.

³²⁷ Moraes (2002, p. 62) adota tal distinção entre direitos humanos e fundamentais, entendendo serem estes o catálogo positivado dos direitos humanos em uma certa ordem jurídica. Destaca-se nesse viés o papel do Estado, que seria, no âmbito nacional, necessário à concretização dos direitos humanos, por via de sua institucionalização. Portanto, pugna o autor que “Não podemos abandonar a certeza de que, com os matizes que são necessários, o constitucionalismo desempenhou/desempenha – talvez por isso mesmo tantos se empenhem em desacreditá-lo ou fragilizá-lo – um papel fundamental, se não para o desenvolvimento, para o asseguramento de parâmetros mínimos de vida social democrática e digna” (MORAIS, 2002, p. 65).

³²⁸ SARLET, op. cit..

que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supra-estatal”³²⁹.

Ao lado da discussão terminológica, pressupondo um consenso sobre a escolha da expressão “direitos humanos”, tem-se que a referência a estes pode dar-se de diversos prismas. Há, assim, quem os conceba quer de um viés religioso, racionalista, socialista ou contratualista, ou confira-lhes índole ora universal, ora cultural. O motivo para tal miríade de significados possíveis parece ser que os direitos humanos não são nem uma coisa, nem outra. São, isso sim, o resultado do embate de todas elas, sujeitos às opções epistemológicas de cada autor, que lhes enfatizam os atributos que julgam mais apropriados. Evidente que não se trata de uma opção aleatória ou arbitrária. É o próprio percurso de afirmação dos direitos humanos que, tendo perpassado cada uma destas realidades, permite os mais diversos entendimentos.

Ciente disso, Luño³³⁰ apresenta uma proposta de definição de direitos humanos que julga capaz de indicar como esta deve ser usada na teoria jurídica e política com clareza e rigor. Nela, estariam conjugadas as duas grandes dimensões que integram a noção geral de direitos humanos: a exigência jusnaturalista acerca de sua fundamentação, e as técnicas de positivação e proteção que dão a medida de seu exercício³³¹. Segundo ele, portanto,

[...] los derechos humanos aparecen como *un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*³³² [grifado no original].³³³

³²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 32.

³³⁰ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 48.

³³¹ Idem, p. 51.

³³² O autor chama atenção para alguns aspectos da definição proposta. Primeiro, para o sentido histórico do conceito, aduzindo que a própria experiência teria se encarregado de desvanecer a ilusão iluminista de direitos humanos válidos sempre e para todos (“*semper et ubique*”) (LUÑO, 1995, p. 49). Depois, quanto à necessidade de positivação dos direitos humanos, ressalva que lhe confere um sentido amplo, que inclui não apenas os instrumentos normativos de positivação, mas também as técnicas de proteção e garantia (LUÑO, 1995, p. 51). Afirma, outrossim, que os valores referidos – dignidade, liberdade e igualdade – constituem os três eixos fundamentais em torno dos quais se concentram as reivindicações pelos direitos humanos, muito embora estes se revistam, “en distintos momentos históricos un contenido diverso, el conjunto de facultades e instituciones destinadas a explicitarlos” (LUÑO, 1995, p. 49).

Note-se, aliás, que Luño³³⁴, em seu esforço conceitual, colocou, lado a lado com as dimensões de fundamentação e positivação, a dimensão histórica dos direitos humanos, deixando assentado que se tratam de faculdades e instituições concretizadas em *cada momento histórico*. A ênfase no aspecto histórico, temporal dos direitos humanos mostra-se útil para conciliar, ou melhor, dispensar que se faça uma escolha forçada entre sua raiz filosófica e sua manifestação prática, circunstancial. Explica-se: ao dizer que os direitos humanos *manifestam-se* em determinados momentos históricos, não se exclui a possibilidade de que tenham desde sempre existido (de que sejam, por exemplo, inerentes ao ser humano, de um viés jusnaturalista moderno), nem tampouco afasta a relevância de que sejam trazidos à lume em textos positivos (quanto mais não seja pela necessidade de instrumentos de proteção).

Pelo prisma histórico, pode-se dizer, como fez Bobbio³³⁵, que os direitos humanos “Nascem quando devem ou podem nascer”³³⁶, “não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”^{337 338}. Aliás, em passagem que serve de forma especial aos direitos surgidos sob os influxos da ciência, de que cuida o presente trabalho, diz o autor:

Nascem [os direitos] quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor³³⁹.

³³³ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 48.

³³⁴ Idem.

³³⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 26.

³³⁶ Idem, *ibidem*.

³³⁷ Assenta Bobbio (2004, p. 25): “[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

³³⁸ BOBBIO, op. cit., p. 25.

³³⁹ Idem, p. 26.

O aspecto histórico é igualmente destacado por Mbaya³⁴⁰, ao afirmar que “Os direitos humanos correspondem a certo estado da sociedade”, os quais, “Antes de serem inscritos numa constituição ou num texto jurídico, anunciam-se sob a forma de movimentos sociais, de tensões históricas, de tendência insensível das mentalidades evoluindo para outra maneira de sentir e pensar”. Mbaya³⁴¹ toma o cuidado, entretanto, de esclarecer que o enraizamento social dos direitos humanos não significa que estes sejam fruto de determinismo social. Aduz, neste sentido, que “mesmo movido por potentes molas sociais, o homem conta como tal em sua interpretação da história, em sua maneira de governar e pensar as forças individuais e coletivas que o agitam e provocam”³⁴².

Convergente é a contribuição de Comparato³⁴³ ao registrar que “[...] Na verdade, todos os direitos, e não apenas os fundamentais, são historicamente relativos porque a sua fonte primária – a pessoa humana – é um ser essencialmente histórico [...]”. Aliás, Lèvinas³⁴⁴ apregoa que a essência formal dos direitos do homem é percebida justamente “a partir do lugar excepcional do homem no determinismo do real”, recebendo a partir daí uma característica concreta e um conteúdo.

Lafer³⁴⁵, em seu diálogo com a obra de Hannah Arendt, também apreende os direitos humanos como uma conquista histórica e política, ou ainda, uma “invenção”, fruto do consenso entre os homens que organizam a comunidade política, levados pelos “fatos históricos que tornaram politicamente viável e intelectualmente razoável a *‘powerful eloquence’* que anima a tutela dos direitos humanos”.

Compartilha deste entendimento Peces-Barba Martinez³⁴⁶, que firma o conceito histórico dos direitos humanos ao dizer que estes não podem ser plenamente entendidos sem o material fornecido pela história. O autor sustenta, nesse viés, que a Declaração de 1789 é a expressão das lutas, das propostas opostas que vencem ou são

³⁴⁰ MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos Frente à Diversidade de Culturas. *Estudos Avançados*. São Paulo: USP, maio/ago., 1997, p. 20.

³⁴¹ Idem, ibidem.

³⁴² Idem, ibidem.

³⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 60.

³⁴⁴ LÈVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 264.

³⁴⁵ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 124.

³⁴⁶ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 23.

vencidas em votos, pelo que “Una discusión distinta y unas votaciones diferentes huberian hecho que los derechos innatos fueran otros, dentro, claro está, de los limites de la idea de dignidad humana”³⁴⁷.

O que importa ressaltar, por ora, na medida em que se afigura adequada a perspectiva histórica para o tema em debate, é que as potencialidades que se pretende explorar nos direitos humanos – e que levam a falar de uma *linguagem comum* entre estes e a bioética, representada pela dignidade da pessoa humana – são colhidas ao longo de uma trajetória extensa e de influxos múltiplos, não plenamente configurada em um único momento histórico, mas sim na confluência de todas as sendas percorridas, e que pode apontar para novos rumos à medida que os caminhos são trilhados.

Importante conhecer, pois, ainda que de forma breve, a trajetória de que se falou, pela qual andaram os direitos humanos desde sua idealização intelectual até o momento presente, no qual se busca apressadamente por proteção das ameaças que a humanidade é capaz de infligir a si mesma. Como guia, adotar-se-á as três etapas percebidas por Bobbio, a primeira ligada a sua *construção filosófica*, a segunda à *positivação interna* e a terceira à *internacionalização*.

Nada obstante a inegável facilitação didática do esquema visualizado por Bobbio³⁴⁸, pelo qual se optou, importante ressaltar de antemão, mesmo que com certa obviedade, que as etapas adiante apresentadas não se constituem em momentos isolados e nitidamente delimitados, como poderia parecer. Dessa forma, em cada uma delas notar-se-á as influências do ciclo anterior e antecipações do seguinte, em referências mútuas e constantes – o que, de resto, caracteriza a evolução histórica.

³⁴⁷ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 40.

³⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

2.1 PANORAMA SOBRE A ORIGEM E O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

2.1.1 Construção Filosófica

Afirma Bobbio³⁴⁹ que se poderia distinguir ao menos três fases na história da formação das declarações de direitos, orientando que a primeira delas deveria ser “buscada na obra dos filósofos”, visto que, segundo o autor, as declarações “nascem como teorias filosóficas”.

De fato, quando se trata de ordenar as etapas cumpridas pelos direitos humanos até a época atual, as referências iniciais são, de regra, à filosofia desenvolvida entre os séculos XVII e XVIII, indicada como propulsora do processo de positivação concretizado nas Declarações. É o que faz Bobbio³⁵⁰, abreviando a digressão filosófica (sem ater-se à idéia estoíca de sociedade universal dos homens racionais³⁵¹, a qual menciona de passagem) e atribuindo ao jusnaturalismo moderno, especialmente a partir de John Locke, “a idéia de que o homem enquanto tal tem direitos, por natureza, que ninguém (nem mesmo o Estado) lhe pode subtrair, e que ele mesmo não pode alienar (mesmo que, em caso de necessidade, ele os aliene, a transferência não é válida)”³⁵².

³⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 48.

³⁵⁰ Idem, *ibidem*.

³⁵¹ Sobre a escola estoíca, Soder (1960, p. 21) escreve que possui uma concepção de Estado diversa do que até então era ensinado na Grécia. A *polis* havia sido absorvida pelo império de Alexandre Magno, desaparecendo a diferença entre gregos e bárbaros, bem como “o microcosmo da ‘Polis’ grega, cedendo lugar ao macrocosmo da natureza, à cosmo-polis, ao Estado universal, à sociedade do gênero humano”. Ou seja, o estoicismo “atribuiu ao indivíduo que tinha perdido a qualidade de cidadão, para se converter em súdito das grandes monarquias, uma nova dignidade”, resultante do “significado filosófico conferido ao universalismo de Alexandre” (LAFER, 1988, p. 119). Segundo este pensamento, esclarece Lafer (1988, p. 119): “O mundo é uma única cidade – *cosmo-polis* – da qual todos participam como amigos e iguais. À comunidade universal do gênero humano, corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum [...]”. Daí o porquê de Comparato (1998, p. 57) destacar a filosofia estoíca como o grande exemplo do período clássico de justificação ética da conduta humana, sem recurso à divindade.

³⁵² Peces-Barba Martinez (1993, p. 47), tal como Bobbio, destaca a atuação de John Locke como maior influência intelectual de um autor sobre as Declarações liberais, aferindo que os influxos das declarações americanas sobre a francesa remetem-nas, de forma genérica, à paternidade comum do autor inglês. Sobre o pensamento de Locke, Sarlet (1998, p. 40) consigna, resumidamente, que foi “o primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social, ressaltando-se, todavia, a circunstância de que, para Locke, apenas os cidadãos (e proprietários, já que identifica ambas as situações) poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos, e não meros objetos do governo”.

Ao aproximar-se do assunto, e da afirmação jusnaturalista de que os homens possuem direitos *por natureza*, há que se ter em mente, preliminarmente, que o conceito de *direito natural*, de acordo com Goyard-Fabre³⁵³, além de ser um dos mais antigos da filosofia, é também um dos mais polêmicos, devido à considerável evolução semântica pela qual passou. Desse modo, a autora destaca duas fases, a primeira denominada *clássica*, na qual o direito natural é ontologicamente fundado, ligado à idéia de “natureza das coisas”, essencialmente metafísica³⁵⁴. O conceito *moderno* de direito natural, de outra parte, teria emergido já no século XVII, segundo Goyard-Fabre, com a “descoberta metafísica do homem” operada por Descartes, a qual promovera uma reviravolta na teoria jusnaturalista, com a antropologização do Direito. Nesta etapa, a preocupação do direito natural seria transferida da “natureza das coisas” para a “natureza humana”, marcando o conceito moderno de uma “obsessão individualista”³⁵⁵.

Assevera Lafer³⁵⁶, inclusive, que é esse “deslocamento do objeto de pensamento, da natureza para o homem, que caracteriza a modernidade”. Do mesmo modo em que Comparato³⁵⁷ certifica que, antes disso, até a Idade Moderna, “a justificativa ética que servia de fundamento ao Direito vigente apresentava-se sempre com transcendente: a divindade, segundo uns, ou a natureza entendida como princípio fundamental de todos os seres, segundo outros”.

De toda sorte, ainda que, como se disse antes, o jusnaturalismo moderno seja o principal marco da elaboração filosófica dos direitos humanos, é importante sublinhar que o valor atribuído à pessoa humana, o qual veio a servir de fundamento desses direitos, é parte de uma *tradição*³⁵⁸. É dizer, ainda que a filosofia da Modernidade seja merecedora do destaque que lhe é reservado, seu surgimento deu-se como parte de uma evolução, inaugurada com o pensamento clássico – do qual, aliás, não chegou a

³⁵³ GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁵⁴ Idem, p. 5.

³⁵⁵ Idem, ibidem.

³⁵⁶ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 37.

³⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 57.

³⁵⁸ LAFER, op. cit., p. 118.

desprender-se totalmente, como assegura Soder³⁵⁹, ao escrever que os elementos fundamentais do jusnaturalismo moderno, os direitos assinalados ao homem, concordam com o direito natural clássico. Soder³⁶⁰ evidencia esse sentido de continuidade ao afirmar que “a concepção de direitos do homem na história moderna, mormente a partir do século XVIII, originou-se da idéia de direito natural, elaborada pela antiguidade grega, transmitida à idade média e esposada pela época moderna”.

Nesse viés, verifica-se que apenas foi possível alcançar a etapa da “desnaturalização do direito natural”³⁶¹, operada pelos modernos, porque antes havia sido semeada a idéia da “naturalização”, de onde se recolhiam noções tais como “bem comum” – para o qual as leis das cidades deveriam estar voltadas, sendo que o bem do homem corresponderia ao que conviesse a sua natureza – e de um Direito que deveria ser enraizado na ordem natural do mundo – vez que a imutabilidade universal da natureza seria o fundamento das leis contingentes das cidades, pelo que a lei natural seria “o fundamento de todas as leis positivas que, no mundo dos homens, são uma tradução ou transposição dela”³⁶².

Nesse norte, Sarlet³⁶³ constata que algumas das idéias chave que influenciaram o pensamento jusnaturalista foram legadas pelo mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, notadamente os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens, que tinham raízes na filosofia clássica – greco-romana em especial – e no pensamento cristão.

No que tange à influência filosófica, Soder³⁶⁴ refere que embora a organização estatal greco-romana não tivesse chegado a reconhecer os direitos do homem, a filosofia teria colocado o fundamento desses direitos através de sua doutrina sobre o direito natural. Nessa direção, a concepção jurídica do direito natural e sua primeira formulação na história do pensamento ocidental estariam na obra filosófica grega, cujos pensadores teriam realizado a gigantesca obra de formular o Direito como

³⁵⁹ SODER, José. *Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 65.

³⁶⁰ Idem, p. 7.

³⁶¹ GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁶² Idem.

³⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 38.

³⁶⁴ SODER, op. cit., p. 23.

realidade proveniente da natureza do homem e das coisas (idéia esta que mais tarde viria a ser propugnada pelo cristianismo)^{365 366}.

De outra parte, e ainda na fase clássica, grande destaque é reservado à contribuição do cristianismo, freqüentemente lembrado pela influência que exerceu na formação da idéia de “valor da pessoa humana”, notadamente por propagar, com a evangelização, a noção “de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação”³⁶⁷. Para Soder³⁶⁸, foi o cristianismo, com sua concepção transcendental da dignidade humana, o fator primordial que levou à eclosão das modernas declarações dos direitos. Foi, nas palavras do autor, “a grande mola que acionou tôda [sic] a evolução jurídica no sentido de uma centralização sempre maior em tórno [sic] do homem, reconhecido seu valor inalienável de pessoa”³⁶⁹. Teria contribuído para isso a concepção de Estado que, sob a influência cristã, deixa de ser a entidade absoluta do mundo greco-romano, uma vez que somente a pessoa possuiria valor absoluto, modificando, portanto, a relação entre ambos (pessoa e Estado)³⁷⁰. Ergue-se, desse modo, o direito de resistência ao poder público outorgado pela Idade Média aos súditos, para o caso de o Estado menosprezar o Direito^{371 372}.

³⁶⁵ SODER, José. *Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 24.

³⁶⁶ Dentre os representantes de tal pensamento destaca-se, seguindo Soder (1960, p. 26), Aristóteles, com as lições de seu *Ética a Nicômaco*: “Existe um direito natural que é igual em toda parte e possui força de lei universal, seja reconhecido como tal, ou não o seja; o direito feito pelos homens, porém, difere de lugar para lugar”. Soder (1960, p. 26) sublinha a “clareza meridiana” da definição de Aristóteles, com a qual teria sido traçado o perfil clássico do Direito Natural: inato, universal como a natureza humana e válido em toda a parte.

³⁶⁷ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 119.

³⁶⁸ SODER, op. cit., p. 27.

³⁶⁹ Idem, *ibidem*.

³⁷⁰ Idem, p. 28-29.

³⁷¹ Idem, p. 44.

³⁷² Complementa Soder (1960, p. 44), indicando que esse direito de resistência “reconhecido e praticado nos Estados cristãos medievais, traduz, insofismavelmente [sic], a convicção de súditos e soberanos, de que existe um Direito acima do Estado e que o indivíduo não está, simplesmente, à mercê dos poderes públicos”. O pensamento de Santo Tomás de Aquino é destacado por Sarlet (1998, p. 38) como de particular relevância para o desenvolvimento de tais postulados. De acordo com Sarlet (1998, p. 38-39), além de pregar a igualdade dos homens perante Deus, Tomás de Aquino professava a existência de duas ordens distintas, uma do direito natural (tomado como pela expressão da natureza racional do homem) e outra do direito positivo, “sustentando que a desobediência do direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência por parte da população”.

De todo modo, Goyard-Fabre³⁷³ esclarece que o fato de a doutrina jusnaturalista passar, com o cristianismo, de cosmológica a teológica, não alterou o cerne do problema jurídico, posto que, “para os pensadores cristãos, o direito natural continua sendo a norma universal do justo”³⁷⁴. Equivale a dizer, então, que para o jusnaturalismo clássico, de um modo geral,

O direito não é constituído por uma soma de convenções. Só é direito e, como tal, apto a administrar a justiça, porque participa de um horizonte de idealidade que lhe confere sua essência e normatividade. Direito natural e ideal confundem-se. A ordem jurídica das Cidades não decorre do poder instituinte da vontade dos homens, mas da capacidade que a inteligência tem de apreender o valor eminente e paradigmático do Ser³⁷⁵.

Dito isso, a despeito das variações existentes entre as vertentes ditas de direito natural, Lafer³⁷⁶ procura indicar algumas notas que permitam identificá-lo – o direito natural – como um “paradigma de pensamento”. Dentre tais características estariam a idéia de (a) *imutabilidade*, segundo a qual alguns princípios seriam “intemporais”, escapando à história, (b) princípios este dotados de *universalidade*, e (c) passíveis de ser acessados através da *razão*, da *intuição* ou da *revelação* (sendo, dessa forma, *dados*, e não *convencionados*). Adviria daí a noção, igualmente comum às doutrinas de direito natural, de que (d) “a função primordial do Direito não é comandar, mas sim *qualificar* como boa e justa ou má e injusta uma conduta”, conduzindo a uma “contínua vinculação entre norma e valor e, portanto, uma permanente aproximação entre Direito e Moral”³⁷⁷.

Há que se assinalar, contudo, de modo a indicar alguns motores para a passagem da fase clássica à moderna, que a doutrina cristã, conquanto pregasse a igualdade, reservava-a para após a morte, no plano espiritual, ao passo em que, no plano terreno, convivia e aquiescia com uma organização hierárquica e estamental da sociedade. Por outra parte, as “guerras de religião” (“católicos x protestantes”)

³⁷³ GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁷⁴ Idem, p. 36.

³⁷⁵ Idem, p. 38.

³⁷⁶ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 36.

³⁷⁷ Idem, ibidem.

levaram a que, na Europa Ocidental do século XVII, fosse iniciada a pesquisa por um fundamento exclusivamente terreno para a validade do Direito³⁷⁸, o que leva Comparato³⁷⁹ a afirmar que “A Idade Moderna [...] assistiu ao esfacelamento dos fundamentos divinos da ética, na cultura ocidental, de formação judaico-cristã”.

A busca por um fundamento “terreno” para o Direito teria aberto duas sendas, de acordo com Comparato³⁸⁰. Uma, levaria à “ressurreição moral naturalista estóica e a construção do chamado jusnaturalismo (as leis positivas, em todos os países, têm a mesma validade fundada no Direito natural, sempre igual a si mesmo)”. A outra, conduziria ao “antinaturalismo ou voluntarismo de Hobbes, Locke e Rosseau, segundo o qual a sociedade política funda-se na necessidade de proteção do homem contra os riscos de uma vida segundo o ‘estado de natureza’, onde prevalece a insegurança máxima”³⁸¹.

Ainda que as denominações utilizadas por Comparato³⁸² não estejam em exata consonância com as ora adotadas – o autor reserva a expressão “jusnaturalismo” apenas à derivação do direito natural clássico, ao passo que chama “antinaturalismo” o processo de “antropologização do direito”, aqui denominado ainda como “jusnaturalismo”, não mais clássico, e sim *moderno* –, é interessante perceber como o movimento jusnaturalista moderno (ou, o “antinaturalismo” na visão do autor), imbrica-se com o positivismo jurídico – que por sua vez preparou e proclamou a morte da teoria jusnaturalista³⁸³. Observa Comparato³⁸⁴:

Esse antinaturalismo é a matriz do positivismo jurídico, que se tornou concepção predominante a partir do séc. XIX. Segundo a teoria positivista, o fundamento do Direito não é transcendental ao homem e à sociedade, mas se encontra no pressuposto lógico (o ‘contrato social’, ou a norma fundamental) de que as leis são válidas e devem ser obedecidas, quando forem editadas segundo um processo regular (isto é, organizado por regras aceitas pela comunidade) e pela autoridade competente, legitimada de acordo com

³⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 58.

³⁷⁹ Idem, p. 57.

³⁸⁰ Idem, p. 58.

³⁸¹ Idem, *ibidem*.

³⁸² Idem.

³⁸³ GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

³⁸⁴ COMPARATO, op. cit., p. 58.

princípios também anteriormente estabelecidos e aceitos. É a explicação formal da validade do Direito³⁸⁵.

Em análise convergente, Soder³⁸⁶ indica que, em sua estrutura íntima, o

Direito Natural do iluminismo e racionalismo põe a descoberto um germen corrosivo. A proveniência longínqua do nominalismo pós-medieval e a ausência de base metafísica sustentável transformam, lentamente, êste [sic] jusnaturalismo em positivismo camuflado.

Nessa rota que conduziu do jusnaturalismo clássico ao moderno, e deste ao positivismo, cumpriram-se algumas etapas para que a transição fosse operada. Lafer³⁸⁷ elenca os processos de *secularização*, *sistematização*, *positivação* e *historicização* do Direito, como responsáveis pela “erosão da crença generalizada na existência de um Direito Natural e, por via de consequência, à desagregação, no correr do tempo, de seu paradigma de pensamento”³⁸⁸.

A *antropologização do direito*, nas palavras de Goyard-Fabre³⁸⁹, marca esta passagem, que inicia com a disseminação da idéia de que as leis positivas do reino seriam deduções ou aplicações, por parte do legislador ou magistrado, das disposições gerais da lei natural ou divina, “procedimento lógico através do qual se exprimem correlativamente os atos da *vontade* e da *razão* humanas”³⁹⁰. Estaria aí a origem da antropologização da ordem jurídica, reconhecida a necessidade da intervenção expressa do legislador humano³⁹¹.

Na Filosofia do Renascimento a transição colocar-se-ia de forma ainda mais contundente – apesar das hesitações e ambigüidades ainda existentes entre o antigo e o moderno – pela instauração de uma tendência geral no sentido de que o direito natural

³⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 58.

³⁸⁶ SODER, José. *Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 66.

³⁸⁷ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 38.

³⁸⁸ Idem, p. 40.

³⁸⁹ GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁹⁰ Idem, p. 41.

³⁹¹ Idem, *ibidem*.

já não fosse reportado à natureza das coisas desejada por Deus, e sim à natureza humana^{392 393}. Logo, com a crescente autoridade do homem, “parece que o direito dos homens, feito para os homens, só pode fundamentar-se no homem”³⁹⁴. Nesse sentido, a declaração de Comparato³⁹⁵: “Ora, a razão justificativa última dos valores supremos encontra-se no ser que constitui, em si mesmo, o fundamento de todos os valores: o próprio homem”.

Evoluem, a partir daí, no decorrer dos séculos XVII e XVIII os conceitos-chave da compreensão moderna de direito natural, que irão subverter a tradição clássica: *humanismo*, *individualismo* e *racionalismo*³⁹⁶. De efeito, os conceitos são umbilicalmente ligados, e o estudo de qualquer um deles conduzirá aos demais, ainda que indiretamente. Dessa maneira, Goyard-Fabre³⁹⁷ atém-se ao *racionalismo*, assentando que o esforço de racionalização destina-se a elucidar os axiomas e estruturas básicos dos sistemas científico ou jurídico-político. Destaca neste viés – além da inafastável presença de Descartes – a atuação de Hobbes, o qual “confere ao individualismo a posição de uma categoria epistemológica que abala a teoria jusnaturalista tradicional”, na medida em que, “tendo descoberto o lugar específico que o homem ocupa na natureza, só se pode chegar a compreender a ordem da *Civitas* partindo do homem, e não de Deus”^{398 399}.

³⁹² GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

³⁹³ Cabe realizar, com Soder (1960, p. 53-54), algumas rápidas anotações sobre o espírito da Renascença. Conforme o autor, a concepção tradicional do homem sofre profunda modificação nessa etapa da história, em particular pela influência do movimento filosófico do nominalismo, que coloca o ente concreto (e não mais o abstrato) no centro de suas pesquisas. É dizer: “Valor primordial e interesse preponderante já não possuía [sic] a espécie, o gênero abstrato, mas o indivíduo, o homem concreto em sua realidade existencial” (SODER, 1960, p. 53).

³⁹⁴ GOYARD-FABRE, op. cit., p. 43.

³⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 59.

³⁹⁶ GOYARD-FABRE, op. cit., p. 44.

³⁹⁷ Idem, p. 46.

³⁹⁸ Ainda sobre o postulado hobbesiano, pontua Goyard-Fabre (2002, p. 47) que o Estado-Leviatã, em sua gênese e natureza, é “um ‘homem artificial’ erigido por homens naturais”. Prossegue a autora: “por uma poderosa vontade de racionalidade, que se traduz em um cálculo teleológico de interesses, eles [os homens naturais] constroem, sob o Deus imortal, um ‘Deus mortal’”, que se torna o único legislador habilitado a definir o direito como “um conjunto de ‘regras e medidas’ que, aplicadas a particulares, são mandamentos de seu poder supremo” – poder este que lhe é conferido no contrato social (GOYARD-FABRE, 2002, p. 47). Ao mesmo tempo em que o Estado (tal como as leis) passa a ser instituído pelo procedimento racional do contrato, fundando “uma teoria científica de tipo mecanicista – portanto, individualista ou atomista – da natureza humana”, que desnaturaliza a ordem jurídica (GOYARD-FABRE, 2002, p. 48), Hobbes promoveria ainda uma transformação no conceito de “direito de natureza”. Para o filósofo, o direito de natureza já não designaria a “ordem harmônica das coisas”, e sim à “potência [...] que o indivíduo tem de fazer uso das capacidades que dispõe para preservar sua vida” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 48). Desse modo, “Hobbes

Lafer⁴⁰⁰, por sua vez, concentra-se no *individualismo*, indicando que este fomenta a noção de que “o dado fundamental da realidade” vem do indivíduo e de sua subjetividade, concebida a liberdade como “a faculdade de autodeterminação de todo ser humano”⁴⁰¹. Derivam desta concepção, de acordo com o autor, os conceitos de *direito subjetivo* (“palavra-chave do Direito Moderno”, em referência aos poderes de agir atribuídos ao indivíduo), *direitos do homem* e da *personalidade*⁴⁰².

No “campo da salvação” o individualismo encontra expressão na Reforma, que “trouxe a preocupação com o sucesso no mundo como sinal da salvação individual”, rompendo, desta forma, com “a concepção hierárquica de vida no plano religioso”⁴⁰³. Conforme Soder⁴⁰⁴, “o nominalismo individualista e o humanismo irmanaram-se no campo religioso com o movimento da reforma protestante”, com o que a liberdade do indivíduo encontra acentuação teórica até então desconhecida. Prossegue o autor:

A consciência individual, a interpretação pessoal das Sagradas Escrituras, foi arvorada em fonte suprema da religião. Era a autonomia religiosa da pessoa individual, que teve, mais tarde, no campo ético, a formulação magistral no imperativo categórico de Kant^{405, 406}.

Da Reforma advém, pois, de acordo com Lafer⁴⁰⁷, “a *laicização* do Direito Natural a partir de Grócio e o conseqüente apelo à *razão* como fundamento do Direito, aceitável, por isso mesmo, por todos, porque comum aos homens independentemente de suas crenças religiosas”.

substitui deliberadamente [...] a idéia do direito natural da comunidade [...] pela idéia do direito natural do indivíduo”, inaugurando a corrente filosófica do *individualismo* e, conseqüentemente, o direito natural moderno (GOYARD-FABRE, 2002, p. 49).

³⁹⁹ GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46-47.

⁴⁰⁰ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 120.

⁴⁰¹ Idem, *ibidem*.

⁴⁰² Idem, p. 121.

⁴⁰³ Idem, *ibidem*.

⁴⁰⁴ SODER, José. *Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 54.

⁴⁰⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁰⁶ De acordo com Lafer (1988, p. 121), é dessa ruptura da unidade religiosa que deriva o primeiro direito individual reivindicado: o direito à liberdade de opção religiosa.

⁴⁰⁷ LAFER, op. cit., p. 121.

Desenha-se, desse modo, a primeira das etapas de erosão do paradigma do direito natural traçada por Lafer⁴⁰⁸, a *secularização*, que consistiu no afastamento das crenças religiosas e do Direito, no intuito de que este fosse situado e fundado para além das querelas existentes acerca da existência de Deus. Assim, com a laicização e racionalização do fundamento, esperava-se que o Direito pudesse ser reconhecido pela totalidade dos homens e dos Estados.

Emerge, nesse passo, “a teoria do Direito Natural baseado nas concepções do iluminismo⁴⁰⁹ e do racionalismo^{410,411}”. Nessa doutrina, o Direito será essencialmente supra-positivo, guardando traços comuns com o direito natural clássico⁴¹². “Parte, porém, de premissas diversas, logicamente [sic], a conclusões igualmente discrepantes”⁴¹³.

Ganham repercussão os conceitos de *direitos inatos*, de *estado de natureza* e de *contrato social*, os quais, “embora utilizados com acepções variadas, permitiram a

⁴⁰⁸ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

⁴⁰⁹ Elucida Soder (1960, p. 58), que o iluminismo foi um movimento cultural que predominou, tal como o racionalismo, na Europa, a partir do século XVII, exercendo influência nas concepções jurídicas e estatais até o século XIX. Suas características abrangeriam um elemento negativo e outro positivo. O lado negativo seria a tendência à libertação do jugo da autoridade, ao passo que o lado positivo é o que salienta o valor e a atividade racional individual e independente. Em uma palavra, “O elemento positivo preponderante do iluminismo é o racionalismo” (SODER, 1960, p. 58). Levado ao extremo, o iluminismo representa a rejeição da religião tradicional e dogmática, “colocando em seu pedestal uma religião puramente natural” (SODER, 1960, p. 58): “Mantendo o elemento comum a vários credos, chegou-se a uma religião da pura razão, uma religião meramente natural na forma do ‘deísmo’, que exclui a revelação sobrenatural e a direção do mundo pela Providência”. Os representantes mais influentes do “iluminismo de inspiração jusnaturalista” são, conforme Sartre (1998, p. 41), Rousseau, na França, Paine, na América e Kant na Alemanha (Prússia).

⁴¹⁰ Soder (1960) esclarece as características do racionalismo no momento histórico aqui retratado. Declara o autor que a razão humana, nesse contexto, é “autônoma e onipotente, explica e resolve tudo”, reinando “em lugar da autoridade, do dogma, da tradição, tanto religiosa como civil” (SODER, 1960, p. 58-59). Mais: “Torna o homem independente. Dignifica-o” (SODER, 1960, p. 59). “Fundamenta-se, em boa parte, no empirismo e no naturalismo, onde a razão, através da experiência, capta as leis da natureza e as canaliza, através da técnica, para a utilidade na vida cotidiana” (SODER, 1960, p. 59). Mas o que de mais relevante se pretende destacar, é a seguinte reflexão acerca do racionalismo entabulada por Soder (1960, p. 58), e que vem ao encontro do que se disse, no ponto sobre a dignidade e a pessoa humana: “Racionalismo significa sempre acentuação unilateral da razão humana. Esta não é o homem todo, mas uma parte, embora preponderante e característica, do composto humano. Na metafísica clássica, a visão do homem abrangia a totalidade; no racionalismo iluminista a parte é tomada pelo todo. O homem aqui é só ‘razão’; esta é toda poderosa e independente. Nesta estima exagerada do valor da razão humana consiste o engano do iluminismo radical. Descartes orientou sua filosofia pela metafísica tradicional. Exagerou, porém, o elemento racional, tornando-se o pai do racionalismo moderno, exigindo da pura razão o que ela não pode prestar. O mesmo fenômeno repetir-se-á com o Direito Natural do iluminismo racionalista” (SODER, 1960, p. 59).

⁴¹¹ SODER, José. *Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 57.

⁴¹² Idem, *ibidem*.

⁴¹³ Idem, *ibidem*.

elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno”⁴¹⁴.

As teses contratualistas, entende Soder⁴¹⁵, vieram como reação ao absolutismo reinante especialmente na Inglaterra e na França nos séculos XVI e XVII, o qual “negava quaisquer delimitações do poder estatal”. De fundo jusnaturalista, tais teses constituem, ainda segundo o autor, novas edições de teorias já existentes (porém mantidas em estado latente), provindas do direito natural clássico e da noção medieval de Estado⁴¹⁶. De acordo com as premissas básicas do contratualismo, o Estado teria sua origem através de um pacto entre os cidadãos, que os teria conduzido de um estado anterior (estado de natureza), em que os homens viviam “entregues a si, em plena independência individual”, para outro, no qual constituíram o poder ao qual passaram a submeter-se (estado de sociedade)⁴¹⁷. A chave para esta passagem seria, pois, a “auto-obrigação” no momento do contrato social, resultando daí que o Estado e o Direito seriam uma construção convencional, fruto da vontade dos indivíduos, e não uma derivação ou prolongamento de uma organização originária como a família, nem tampouco fundados no poder irresistível de Deus ou do soberano^{418 419}.

Lafer⁴²⁰ repara que o contratualismo serve não apenas como explicação à origem do Estado, da sociedade e do Direito, mas igualmente, com a noção de “auto-obrigação dos governados”, resolve “um dos problemas básicos da Filosofia Jurídica individualista, que é o de explicar como é que o Direito, que deve servir aos indivíduos, pode também vinculá-los e obrigá-los”. Há que se destacar ainda, acompanhando Soder⁴²¹, o grande relevo obtido pelos direitos individuais na teoria contratualista, para a qual os indivíduos possuíam direitos específicos antes da

⁴¹⁴ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 38.

⁴¹⁵ SODER, José. *Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 67.

⁴¹⁶ Idem, *ibidem*.

⁴¹⁷ Idem, p. 68.

⁴¹⁸ Neste particular, Lafer (1988, p. 122) refere, com apoio nos ensinamentos de Hannah Arendt, que os indivíduos, até mesmo no contratualismo de Hobbes – este denominado por Arendt de vertical, vez que instaurador do poder do Leviatã – retêm o direito inalienável à vida, ao passo que no contratualismo de Locke – considerado por Arendt horizontal, porque criador de uma *societas* entre indivíduos – o Estado e o Direito são um meio-termo que compatibiliza a liberdade do estado de natureza com as exigências da vida em sociedade.

⁴¹⁹ LAFER, op. cit., p. 122.

⁴²⁰ Idem, *ibidem*.

⁴²¹ SODER, op. cit., p. 68-69.

instituição do Estado (principalmente a liberdade e a propriedade particular), aos quais não renunciaram. Teriam concordado, tão-somente, em restringi-los, em benefício próprio (o Estado haveria de garantir-lhes o exercício desses direitos) e da coletividade⁴²².

Voltando a focar o processo de secularização, Peces-Barba Martinez⁴²³ indica outro resultado, que seria a modificação da relação entre Direito e moral na medida em que entra em crise a idéia do direito natural com forma direta de influência da moral sobre o Direito. Nesse sentido, assevera o autor que as teses contratualistas contribuem para debilitar “las ideas de que el Derecho debe ser justo para ser considerado como tal”, inclusive a partir de Hobbes, para quem “la única norma del Derecho natural es que debe ser obedecido el Derecho positivo”⁴²⁴.

Sinale-se, todavia, que a fragilização do direito natural não significa a eliminação de seus aportes filosóficos. Como registra Peces-Barba Martinez⁴²⁵, com o contratualismo, o jusnaturalismo racionalista incorpora à cultura jurídica e política da modernidade uma contradição que se arrastou no tempo, acerca da dialética entre direito natural e direito positivo. Isso porque, para o contratualismo, os direitos do homem participariam tanto das condições de direito natural, como de direito positivo. Na Declaração de 1789, a contradição tomaria expressão na medida em que, no preâmbulo, fala em direitos naturais, ao passo que nos artigos 2 e 4 estabelece que tais direitos sejam limitados por lei⁴²⁶.

Imbuído de tais noções, o jusnaturalismo moderno reverberou na prática jurídica do século XIX, seja na teoria constitucional, seja na obra de codificação⁴²⁷. No constitucionalismo⁴²⁸, a inspiração jusnaturalista conduz a que “os direitos do homem sejam vistos como direitos inatos e tidos como verdade evidente, a compelir a mente”,

⁴²² SODER, José. *Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 69.

⁴²³ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 14.

⁴²⁴ Idem, *ibidem*.

⁴²⁵ Idem, p. 43.

⁴²⁶ Idem, *ibidem*.

⁴²⁷ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 38.

⁴²⁸ Aqui, o contratualismo manifesta-se na idéia de *poder constituinte originário*, segundo a qual a nação elaborará a Constituição, fundando “o pacto que dá início à ordem jurídica e que constitui o título em que se baseiam os poderes constituídos” (LAFER, 1988, p. 123).

pelo que dispensariam a persuasão e o argumento⁴²⁹. A codificação, de outro lado, é apontada por Lafer⁴³⁰ como “ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico”; portanto, se por um lado serviu para caracterizar o movimento jusnaturalista da época, por outro, acabou por contribuir para sua corrosão.

Entra aqui a idéia de *sistematização*, pela qual o jusnaturalismo moderno corporificaria “o ideal de um saber lógico-demonstrativo” que demandaria uma “ordenação exaustiva e universal de todas as diferenças possíveis”⁴³¹. Assim, mediante “a visão jusnaturalista de um Direito racional de sistemático, foi perdendo significado a idéia de um outro Direito que não o Direito do Código e da Constituição”⁴³². De acordo com Lafer⁴³³, com este movimento, passa-se a buscar o fundamento do Direito não mais nos fundamentos da razão, mas sim na vontade do legislador, com o que a laicização e a sistematização do Direito confluem com o fenômeno da crescente *positivação* do Direito. Deriva da positivação, diz Lafer⁴³⁴, a identificação entre Direito e Poder, inspirada em uma matriz de pensamento representada por Hobbes, que faz do Direito “um instrumento de gestão governamental, criado ou reconhecido por uma vontade estatal soberana e não pela razão dos indivíduos ou pela prática da sociedade”.

Some-se aos processos de secularização, sistematização e positivação, o da *historicização* do Direito, que põe de frente as aspirações de universalidade e imutabilidade jusnaturalistas com a realidade de direitos históricos, contingentes e variáveis⁴³⁵, e o jusnaturalismo terá atingido um ponto fulcral de deterioração e abalo de credibilidade, propícios à instauração do positivismo jurídico.

Feito o breve inventário da matriz jusnaturalista, cabe sublinhar o eco produzido nas fases seguintes, notadamente nas declarações de direitos, e que a levaram a ocupar o posto de primeira grande influência recebida pelos direitos humanos em sua gênese.

⁴²⁹ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 123.

⁴³⁰ Idem, p. 38-39.

⁴³¹ Idem, p. 39.

⁴³² Idem, *ibidem*.

⁴³³ Idem, *ibidem*.

⁴³⁴ Idem, *ibidem*.

⁴³⁵ Idem, *ibidem*.

Na seção I da Declaração da Virgínia, por exemplo, Luño⁴³⁶ reconhece, como testemunho desta ideologia, a passagem que proclama que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, tendo certos direitos inatos indisponíveis, como o gozo da vida e da liberdade, com os meios de aquisição e posse da propriedade, e de busca e obtenção da felicidade e da segurança. Já na Declaração da Independência americana, de 4 de julho de 1776, a índole jusnaturalista estaria em evidência quando apregoado que os homens são criados iguais e dotados pelo Criador de direitos inalienáveis, dentre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade, revelando assim a influência jusnaturalista⁴³⁷. Avançando ainda mais no tempo, Bobbio⁴³⁸ demonstra, a partir das palavras de abertura da Declaração Universal dos Direitos Humanos (“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”), que ainda ali se manteve uma maneira diferente de dizer que os homens são livres e iguais *por natureza*.

Para além das alusões expressas à raiz jusnaturalista presentes nas declarações, constituições e tratados internacionais, que são inúmeras e, por isso mesmo, não cabe aqui enumerar exaustivamente, outro aspecto exsurge como de grande interesse. Com efeito, boa parte dos direitos humanos apontados como *fundamentais* ou, quiçá, *absolutos*, e cujo desenvolvimento procura firmar-se como justificativa da construção humanística em si, remontam a essa época.

Mesmo sem avançar na questão da fundamentação, que se verá com maior vagar adiante, vale notar que os postulados da *igualdade e liberdade*, amalgamados no discurso humanista hodierno, foram erguidos como bandeira para a construção primeira dos direitos humanos. Ou seja, remetem ao jusnaturalismo moderno que serviu de inspiração para a declaração de tais direitos, tidos como *inatos* ao homem.

Com ênfase ainda maior, fala-se também da *dignidade humana*, que encabeça grande parte não apenas dos discursos, mas também das convenções de direitos humanos. E, com efeito, a idéia de que o homem seria imbuído de uma dignidade, que o diferenciaria dos demais animais pela racionalidade (e conseqüente autonomia),

⁴³⁶ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 117.

⁴³⁷ Idem, p. 116.

⁴³⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 48.

colocando-o acima de qualquer preço, igualmente é expressão do paradigma jusnaturalista moderno – de raiz kantiana, em especial. Nesse sentido o entender de Soder⁴³⁹, ao inferir que o primeiro motivo para que se busque pela “origem ideológica” das declarações na “corrente de idéias e tradições que dominava no mundo anglo-saxão e na Europa dos séculos XVII e XVIII”, é a noção de dignidade do homem, “traduzida na convicção da existência do Direito Natural, cujo aspecto concreto são os direitos inalienáveis e as liberdades individuais”.

Isso tudo quer dizer que o interesse na construção filosófica dos direitos humanos não é meramente informativo ou “histórico”, no sentido de “passado”. É o que entende Peces-Barba Martinez⁴⁴⁰, quando postula que rememorar os acontecimentos que culminaram com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é refletir também para o presente e para o futuro: a Declaração representaria a cristalização de um primeiro momento dos direitos humanos, a partir do qual estes seguiram evoluindo até hoje, com projeções para o futuro. Dessarte, por mais que a doutrina jusnaturalista tenha-se enfraquecimento ao longo do tempo, caído em desuso ou, em outras palavras, não esteja em voga, é a ela que o pensamento humanista recorre toda vez que procura instituir ou explicar o porquê de o homem ser sujeito de direitos inarredáveis, a ele conferidos pelo simples fato de sê-lo. Foi nesse cenário que os direitos humanos deram seus primeiros passos.

De todo modo, Bobbio⁴⁴¹ realça que, neste primeiro momento, os direitos humanos têm conteúdo universal, porquanto são dirigidos a um homem racional, abstraído do espaço e do tempo, ao qual a liberdade e a igualdade são atribuídas não *de fato*, mas com relação a um nascimento ou natureza ideais que habitavam a mente dos jusnaturalistas quando falavam de um estado de natureza. À tal universalidade corresponderia, em contrapartida, uma eficácia extremamente limitada, segundo Bobbio⁴⁴², na medida em que as primeiras afirmações dos direitos humanos seriam, na melhor das hipóteses, “propostas para um futuro legislador”. É exatamente a busca por

⁴³⁹ SODER, José. *Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 82-83.

⁴⁴⁰ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 23.

⁴⁴¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 49.

⁴⁴² Idem, *ibidem*.

uma maior efetividade dos direitos apregoados pelo jusnaturalismo que conduz à segunda etapa, em que são objeto de positivação, como se vê a seguir.

2.1.2 Positivação Interna

Nessa etapa do desenvolvimento dos direitos humanos, da positivação interna, Bobbio⁴⁴³ refere-se à “passagem da teoria à prática, do direito somente pensado ao direito realizado”. Trata-se do momento em que os direitos humanos passam a valer como autêntico direito positivo, no interior dos Estados que os reconhecem e sistematizam. Sendo assim, a afirmação dos direitos humanos, nessa transição, “ganha em concreticidade, mas perde em universalidade”, posto que “são direitos do homem somente enquanto são direitos do cidadão deste ou daquele Estado particular”.

Lafer⁴⁴⁴ identifica, neste movimento de “positivação das declarações nas constituições, que se inicia no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa”, o objetivo “de conferir aos direitos nela contemplados uma dimensão permanente e segura”⁴⁴⁵, que tornaria aceitável a variabilidade do Direito positivo⁴⁴⁶.

Uma ressalva merece ser feita, já de início. Quando Bobbio⁴⁴⁷ apresenta a questão da positivação como “prática”, contraposta à etapa antecedente, tida por “teórica”, poderia soar como se consistissem, teoria e prática, em categorias estanques e independentes. Pois um elucidativo contraponto é colhido em Luño⁴⁴⁸ que entende a positivação dos direitos humanos como produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento no plano técnico dos sistemas de positivação, e a paulatina afirmação no terreno ideológico das idéias de liberdade e dignidade humanas. Acentua o autor, quanto à necessidade, na positivação, de atenção ao plano ideológico antecedente:

⁴⁴³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 49.

⁴⁴⁴ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 123.

⁴⁴⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁴⁶ Ainda que permanência e segurança fossem os objetivos do processo de positivação, Lafer (1988, p. 124) comenta que este não chegou a desempenhar tal papel, o que seria visível pela alteração do elenco dos direitos do homem sofrida depois do século XVIII até a atualidade, de acordo com as mudanças históricas.

⁴⁴⁷ BOBBIO, op. cit.

⁴⁴⁸ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 109.

La propia sede habitual de positivación jurídica de tales derechos fundamentales [...], revela la constante tensión dialéctica entre el plano ideológico, si se quiere en el terreno iusnaturalista, de las aspiraciones políticas, y el plano técnico en el terreno de la positividad de las normas jurídicas. *De ahí que cuando se pretende estudiar el proceso de positivación jurídica de los derechos fundamentales en su mera dimensión formal, a través de su plasmación en normas de derecho positivo y al margen de los presupuestos que lo motivaron, se incurra “en la engañosa ilusión – ya evidenciada por Del Vecchio – por la cual un principio parece inútil después que del mismo se han deducido las consecuencias”*⁴⁴⁹. [Grifou-se]

Verifica-se, dessarte, que o ingresso na fase de positivação não implica na crua superação da etapa precedente, constituindo-se muito mais como um consectário lógico das concomitantes evoluções filosófica e técnica experimentadas no decorrer dos séculos XVIII e XIX. Aliás, de forma até irônica, pode-se dizer que a crise pela qual passou o direito natural – explicitada acima –, coincidiu com o triunfo de seus postulados na revolução liberal de fins do século XVIII, com a independência americana e revolução francesa, como assinala Peces-Barba Martinez⁴⁵⁰.

Dito isso, aproveita-se novamente a lição de Luño⁴⁵¹ para apresentar, segundo um viés doutrinário (ou das construções teóricas), três diferentes perspectivas pelas quais o processo de positivação pode ser entendido – *jusnaturalista*, *positivista* e *realista*. Segundo cada uma destas óticas, a manifestação positivada dos direitos humanos adquire dimensões de relevância radicalmente distintos, podendo ser concebida ora como imprescindível para a afirmação destes direitos, ora como totalmente dispensável.

A primeira perspectiva oferecida por Luño⁴⁵² é a *jusnaturalista*. A par da heterogeneidade existente entre as teorias alinhadas sob o rótulo de jusnaturalismo, conforme visto alhures, o autor avista uma convergência entre elas no ponto em que afirmam a existência de postulados de juridicidade que antecedem e justificam o direito positivo. Esclarece o autor:

⁴⁴⁹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 131.

⁴⁵⁰ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y Derechos Fudamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 14.

⁴⁵¹ LUÑO, op. cit.

⁴⁵² Idem.

Las teorías jusnaturalistas coinciden en contemplar el proceso de positivación de los derechos humanos como la consagración normativa de unas exigencias previas, de unas facultades que le corresponden al hombre por el mero hecho de serlo; esto es, por su propia naturaleza⁴⁵³.

Em vista disso, Luño⁴⁵⁴ entende que, desde a perspectiva jusnaturalista, a positivação assume caráter puramente declarativo, considerada como “la culminación de un proceso que tiene su origen en las exigencias que la razón postula como imprescindibles para la convivencia social”. Ou seja, os direitos humanos são *pré-jurídicos*: reconhecidos, declarados na positivação, mas não outorgados por ela.

Em posição francamente antagônica, situa-se a segunda tese, *positivista*. Aqui, a juridicidade corresponde, equivale à positivação, ou nas palavras de Luño⁴⁵⁵ “la juridicidad se identifica con la noción del derecho positivo, con las normas jurídicas positivamente establecidas”. Por isso, “Cualquier creencia en normas objetivamente válidas anteriores a tal derecho aparece como el producto de una posición metafísica e inaceptable”⁴⁵⁶. Um panorama da postura positivista é delineado por Soder⁴⁵⁷, quando afirma que, para o positivismo, o homem não possui direitos congênitos, sendo estes criados pela sociedade e, por conseguinte, ficando sujeitos às vicissitudes das coisas humanas dentro da sociedade.

⁴⁵³ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 54.

⁴⁵⁴ Idem, *ibidem*.

⁴⁵⁵ Idem, p. 56.

⁴⁵⁶ Como porta-vozes da tese positivista, Luño (1995) recorda Bentham e Austin. Refere que, na opinião de Bentham, onde não existem leis positivadas nem Estado não há direito – o que se evidenciaria na necessidade de recorrer à lei escrita para definir os direitos naturais do homem (LUÑO, 1995, p. 56). Para Austin, os direitos naturais não seriam senão um setor de regras que integrariam a moralidade pública, as quais, apesar de influenciarem o direito, não seriam direito, passando a sê-lo apenas quando as regras fossem promulgadas através de mandatos que impusessem deveres e implicassem em sanções (LUÑO, 1995, p. 57). No âmbito da teoria positivista, Luño (1995, p. 57) destaca o surgimento de uma nova categoria, a dos *derechos públicos subjetivos*, em substituição às teorias de direito natural – estas abaladas pela ascensão positivista na ciência jurídica alemã do final do século XIX, início do século XX. A intenção seria, pois, oferecer uma configuração jurídico-positiva de afirmação das liberdades do indivíduo frente à autoridade do Estado. Para tanto, reconhecia-se personalidade jurídica ao Estado, atribuindo-lhe direitos e obrigações para com os cidadãos, de modo que fosse possível a instauração de relações jurídicas entre este e os particulares (LUÑO, 1995, p. 57). Conforme Luño (1995, p. 58), tal teoria dos direitos públicos subjetivos dotou a dogmática dos direitos fundamentais de um suporte rigoroso de estrita positividade, ante o qual a positivação é vista como um ato constitutivo do direito, e não de reconhecimento ou declaração: “Con anterioridad a la positivación podrán reconocerse expectativas de derecho o postulados sociales de justicia, pero nunca derechos” (LUÑO, 1995, p. 58).

⁴⁵⁷ SODER, José. *Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 7.

Por fim, agrupados na terceira corrente, denominada *realista*, Luño⁴⁵⁸ situa aqueles que não creditam à positivação nem o papel declarativo de direitos (tese jusnaturalista), nem constitutivo (tese positivista), mas sim os que a vêem como um requisito a mais para o efetivo e real desfrute de tais direitos. “La positivación no se considera, por tanto, el final de un proceso, sino una condición para el desarrollo de las técnicas de protección de los derechos fundamentales, que son las que en definitiva definen su contenido”⁴⁵⁹.

Para esta tese, o significado dos direitos humanos está ligado à prática humana, a qual lhe serve de pauta orientadora, posto que são os homens que usufruem destes direitos e, com seu comportamento, contribuem para sua formação em cada situação histórica⁴⁶⁰. A positivação seria, pois, um instrumento que permite melhor definir e concretizar os direitos humanos; todavia, seriam as condições sociais que lhes determinariam o sentido real, já que delas depende sua salvaguarda e proteção^{461 462}.

Como se pôde aferir a partir das lições de Luño⁴⁶³, a positivação adquire graus de importância dissonantes, de acordo com o enfoque doutrinário que se lhe dá. Assim, atua como coadjuvante na tese jusnaturalista, para a qual a existência dos direitos humanos é anterior à positivação, conferida ênfase ao plano filosófico. Para a tese positivista, como não poderia deixar de ser, a positivação é protagonista, e somente a partir dela surgem os direitos. E, na tese realista, a positivação tem papel acessório, vez que não cria os direitos (o que cabe à realidade social), mas é fundamental para garantir seu exercício.

⁴⁵⁸ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 59.

⁴⁵⁹ Idem, *ibidem*.

⁴⁶⁰ Idem, *ibidem*.

⁴⁶¹ Marx, Bobbio e Peces-Barba Martinez são arremetidos por Luño (1995) como representantes da atitude realista. Luño (1995, p. 60) vê em Marx, desde seus escritos iniciais, a preocupação em enfrentar o problema dos direitos fundamentais de um plano real, o que seria perceptível tanto em sua distinção entre os direitos do homem (direitos do indivíduo egoísta e burguês, enquanto membro da sociedade civil) e os direitos do cidadão (exercidos pelo integrante da comunidade política, que participa na vida social com os demais membros desta mesma comunidade), como também no esforço por conceber os direitos humanos como direitos políticos em cujo exercício o homem seja um membro que participa solidariamente com seus concidadãos nas formas da comunidade política. Bobbio, de sua parte, teria resumido a atitude de inúmeros realistas da atualidade com sua tese de que o problema básico dos direitos humanos não é justificá-los, mas sim protegê-los (LUÑO, 1995, p. 61). Já Peces-Barba situar-se-ia, de acordo com Luño (1995, p. 61), como defensor da tese que concebe a proteção processual dos direitos humanos como o fator chave de sua significação, uma vez que apregoaria que um direito fundamental que não possa ser alegado por seu titular, visando sua proteção, é como um direito inexistente.

⁴⁶² LUÑO, op. cit., p. 61.

⁴⁶³ Idem.

Guardadas as incontestáveis divergências havidas entre as correntes, o próprio autor reconhece que, na prática, as três condicionam-se mutuamente, sendo todas elas necessárias ao desenvolvimento da positivação dos direitos humanos. Desse modo, se no estudo do processo de positivação o enfoque jurídico (da tese positivista), supera o filosófico (jusnaturalista) ou o político (realista), isso não implica que estes últimos possam ser afastados. Ao contrário: sobre a significação jurídica gravitam determinadas concepções filosóficas que, em última análise, formam seu suporte ideológico, ao mesmo tempo em que se vincula a fatores sociais e técnicas jurídicas determinantes de sua garantia⁴⁶⁴.

Desse modo, privilegiando, por ora, o prisma positivista, para focar as manifestações jurídico-positivas dos direitos humanos, já na Idade Média seria possível vislumbrar o início do processo de positivação dos direitos humanos. É o que ensina Luño⁴⁶⁵ quando informa que nesta época encontram-se os primeiros documentos jurídicos nos quais, ainda que de forma fragmentária e com significações diversas, aparecem recolhidos certos direitos fundamentais. São pactos de caráter privatista, à semelhança de contratos firmados entre estamentos para conciliação de seus interesses, dentre os quais se destaca a Carta Magna, subscrita pelo rei, bispos e barões da Inglaterra em 15 de junho de 1215^{466 467}.

Paulatinamente, especialmente com a dissolução do sistema estamental do feudalismo, as declarações de direitos transformam-se, passando a representar a expressão do princípio da soberania popular, mediante uma lei geral imposta inclusive ao príncipe. Passam desse modo do âmbito privado ao de direito público⁴⁶⁸.

Assim, se na Era Medieval as declarações de direitos são documentos que tendem a consagrar princípios considerados anteriores ao próprio ordenamento

⁴⁶⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 62.

⁴⁶⁵ Idem, p. 111-112.

⁴⁶⁶ Idem, p. 112.

⁴⁶⁷ Sarlet (1998, p. 42), no entanto, faz questão de descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses “direitos” e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se, mais propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população de seu gozo”.

⁴⁶⁸ LUÑO, op. cit., p. 113.

positivo do Estado, no momento que segue – e que Luño⁴⁶⁹ denomina de “constitucionalização dos direitos fundamentais” – tais direitos são reconhecidos pelo poder constituinte, devendo tomar parte na constituição, tida esta como instrumento fundamental da convivência política⁴⁷⁰. Em razão disso, as declarações modernas estariam estreitamente ligadas ao desenvolvimento do constitucionalismo^{471 472}. Explica Luño⁴⁷³:

A partir del siglo XVIII se considerará que las constituciones deban contener [...] unas disposiciones que proclamen los principios fundamentales que deben inspirar el funcionamiento de todos los órganos del Estado. Estas últimas venían enunciadas en las declaraciones de derechos que caracterizarán la propia naturaleza y fines del Estado.

Nesse contexto, grande destaque é conferido às declarações americanas e à francesa⁴⁷⁴. Mais especificamente, Peces-Barba Martínez⁴⁷⁵ nomeia, entre as declarações, a Declaração de 1789 e os textos das colônias inglesas que se separaram da metrópole, dentre as quais a Declaração de Independência, de 4 de julho de 1776, a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776, e mais adiante as dez primeiras emendas à constituição americana de 1787, aprovadas em 1791.

Em vista da distância cronológica entre as declarações americanas e francesa, Luño⁴⁷⁶ recorda a controvérsia doutrinária acerca dos motivos que teriam inspirado à última. O debate vem representado por Jellinek e Boutmy: enquanto o primeiro

⁴⁶⁹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 114.

⁴⁷⁰ Idem, *ibidem*.

⁴⁷¹ Idem, p. 115.

⁴⁷² Em igual sentido, Sarlet (1998, p. 37) apregoa que “a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu *status* constitucional material e formal”, e afirma, a partir das lições de K. Stern, que a fase da constitucionalização tem início em 1776, com as declarações de direitos dos novos Estados americanos.

⁴⁷³ LUÑO, op. cit., p. 115.

⁴⁷⁴ Faça-se, ainda, uma breve referência às declarações inglesas, antecessoras das americanas, dentre as quais Sarlet (1998, p. 43) enumera a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, resultante da Revolução Gloriosa, de 1688. A positivação de direitos e liberdades civis contida nesses documentos, teria tido importância como inspiração de declarações posteriores e como condutora de limitações do poder real em favor da liberdade individual como relata Sarlet (1998, p. 44). A “constitucionalização” desses direitos, entretanto, somente teria operado, efetivamente, com as declarações americanas, pelo que teriam tido significados distintos na Inglaterra e na América (LUÑO, 1995).

⁴⁷⁵ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 23-24.

⁴⁷⁶ LUÑO, op. cit., p. 118.

considerara a Declaração francesa “filha” das declarações americanas, principalmente a da Virgínia, o segundo defendera que fosse fruto dos movimentos intelectuais do século XVIII, com influência decisiva de Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau⁴⁷⁷. Luño⁴⁷⁸ considera ambas as teses compatíveis, acentuando que a proposta de promulgar uma declaração de direitos foi avançada, na França, por Lafayette, que por sua vez havia participado ativamente da luta pela independência norte-americana. E, por outro lado, as declarações teriam afinidades inegáveis, especialmente quanto aos influxos do jusnaturalismo racionalista que, aliás, estaria presente em todas as declarações de direitos do século XVIII⁴⁷⁹.

Apesar das convergências e semelhanças, as Declarações ganham realce distinto dependendo de quem as mira. Desse modo, parte da doutrina confere maior relevo à Declaração oriunda da França, como é o caso de Soder⁴⁸⁰ ao registrar que esta exerceu influência muito maior do que a americana (muito embora posterior e interna e externamente ligada a ela), “tornando-se o protótipo das liberdades fundamentais”. Do mesmo modo Sarlet⁴⁸¹ que, citando a lição de Martin Kriele, afirma que “enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos”.

Outra, entretanto, é a perspectiva de Arendt⁴⁸², que se empenha em ressaltar as qualidades da Revolução Americana, bem como da Declaração de Independência e Constituição que se lhe seguiram. Diz a autora, neste sentido, que no caso da Revolução Americana – e ao revés do caso francês –, após a proclamação da independência, a questão principal não seria limitar o poder, mas estabelecê-lo. Deste modo, no seu entender, a Constituição Americana teria consolidado o poder da revolução, e desde que a meta da revolução era a liberdade, ela teria sido a verdadeira “*Constitutio Libertatis*”, o fundamento da liberdade.

⁴⁷⁷ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 117.

⁴⁷⁸ Idem, p. 118.

⁴⁷⁹ Idem, ibidem.

⁴⁸⁰ SODER, José. *Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 97.

⁴⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 46.

⁴⁸² ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. São Paulo: Ática, 1994.

De toda sorte, ambas as revoluções sintetizariam, segundo Luño⁴⁸³, os princípios essenciais da ideologia jusnaturalista de cariz individualista e liberal. Nesse rumo, Lafer⁴⁸⁴ alude à fundamentação contratualista de inspiração individualista que embasa a Declaração de Virgínia e a Declaração Francesa, nas quais os direitos humanos são vistos como “inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social”⁴⁸⁵. Leciona, então, que são direitos individuais quanto ao modo de exercício (afirmam-se individualmente, como a liberdade de opinião) e quanto ao sujeito passivo do direito (podem ser afirmados em relação a todos os demais indivíduos, tendo como limite o reconhecimento do direito do outro)⁴⁸⁶. O Estado, nessa relação, assume a função de árbitro das relações entre os indivíduos, abstendo-se tanto quanto possível, de interferir diretamente. Em outras palavras, é demarcada “uma zona de não-interferência do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”, motivo pelo qual seriam direitos de “cunho negativo”⁴⁸⁷.

Seriam direitos dessa espécie, conforme Sarlet⁴⁸⁸, o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei (incluídas aí algumas garantias processuais, como devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição), à liberdade de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa manifestação, reunião, associação, etc.).

Sinale-se, em tempo, que o liberalismo consagrado pelas revoluções burguesas proclamava uma igualdade formal limitada à “igualdade perante a lei e à proibição dos privilégios até então existentes em benefício da nobreza e do clero”⁴⁸⁹. De fato, foi a desconfiança frente ao poder absoluto – como acerca da “intervención de la fuerza estatal en el ámbito religioso y de las conciencias, o la dependencia de los tribunales

⁴⁸³ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 117.

⁴⁸⁴ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

⁴⁸⁵ Idem, p. 126.

⁴⁸⁶ Idem, p. 126-127.

⁴⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 48.

⁴⁸⁸ Idem, p. 48-49.

⁴⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e Justiça Social: as Idéias de Liberdade e Igualdade no Final do Século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 228.

del monarca la arbitrariedad de las penas y de los procedimientos” – que levaram ao progressivo consenso acerca da necessidade de garantir o indivíduo frente ao poder, conforme relata Peces-Barba Martinez⁴⁹⁰.

Em função disso, Luño⁴⁹¹ registra, em alusão à Declaração Francesa, que esta foi desenhada não para o homem em geral, e sim para o indivíduo burguês, que por sua vez participou dos movimentos que antecederam a elaboração do documento:

[...] es bien notorio el hecho de que los derechos del hombre que con tanta generosidad y amplitud formal recogen estos documentos no son los derechos de todos los hombres – recuérdese que la mayor parte de constituciones de esta época establecen el sufragio censatario –, sino los del hombre burgués, para quien el derecho de propiedad tiene el carácter de *inviolable et sacré*, según postula el artículo 17 de la Declaración de 1789⁴⁹².

Outrossim, a igualdade formal negligenciava as desigualdades resultantes do processo socioeconômico, “assumindo a feição de igualdade de chances ou de oportunidades [...] sem que isto importe qualquer compromisso com a igualdade de resultados”⁴⁹³. Como resume Binjenbojm⁴⁹⁴: “os homens eram igualmente livres para ser diferentes”.

A dicotomia entre igualdade formal e igualdade real adquire maior visibilidade, todavia, com o surgimento dos regimes comunistas e do Welfare State⁴⁹⁵. Como narra Luño⁴⁹⁶, ao longo do século XIX, na medida em que avançou o processo de industrialização, o proletariado ganhou protagonismo histórico e, ao adquirir consciência de classe, passou a reivindicar direitos econômicos e sociais frente aos

⁴⁹⁰ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 24.

⁴⁹¹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

⁴⁹² Idem, p. 120.

⁴⁹³ BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e Justiça Social: as Idéias de Liberdade e Igualdade no Final do Século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 238.

⁴⁹⁴ Idem, ibidem.

⁴⁹⁵ Idem, ibidem.

⁴⁹⁶ LUÑO, op. cit., p. 120.

clássicos direitos individuais. O Manifesto Comunista de 1848 teria sido o rito fundamental desse processo, demarcando o começo de uma nova etapa⁴⁹⁷.

Os direitos deixados pelas revoluções viriam, por este caminho, a ser historicamente complementados pelo legado do socialismo, é dizer, “pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do ‘bem-estar social’, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo”⁴⁹⁸.

São edificados, desse modo, direitos de cariz econômico, social e cultural, firmando-se a idéia de que, sem “as condições materiais mínimas, *e.g.*, de educação, saúde, alimentação, informação etc., os direitos individuais e políticos eram pouco mais que papel e tinta”⁴⁹⁹ ⁵⁰⁰. Seriam direitos compostos, de acordo com Lafer⁵⁰¹, por direitos de crédito do indivíduo com relação à coletividade, tais como direito ao trabalho, à saúde e à educação. O titular do direito continua o mesmo – o indivíduo –, porém o sujeito passivo passa a ser o Estado, uma vez que tais direitos são assumidos pela coletividade como de responsabilidade sua⁵⁰². Em outras palavras, são direitos com uma “dimensão positiva”: não se cuida mais de garantir a liberdade *do e perante* o Estado, e sim de assegurar a liberdade *por intermédio* do Estado⁵⁰³.

Sarlet⁵⁰⁴ alinha, nessa categoria de direitos, além dos direitos de cunho positivo, também as “liberdades sociais”, representadas pela liberdade de sindicalização, pelo direito de greve e pelo reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores (tais

⁴⁹⁷ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 120.

⁴⁹⁸ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 127.

⁴⁹⁹ A autora ressalta as dificuldades enfrentadas pelos direitos sociais, nada obstante a importância que lhes é reconhecida, como “imperativos da dignidade humana” (BARCELLOS, 2002, p. 15). A própria formulação de tais direitos tem sido problemática, consoante Barcellos, porque transitariam entre duas categorias: princípios (como o da valorização do trabalho humano e o que assegura o direito à saúde) e regras. A dificuldade maior seria, pois, quando os direitos sociais surgem sob a forma de princípios, como o da dignidade da pessoa humana, já que “tais normas não expressam de forma clara e precisa o efeito que pretendem produzir ou as condutas que se pode exigir de seu destinatário”. Em razão disso, “tudo que se lhes reconhece em termos de eficácia jurídica [...] é: (i) eficácia interpretativa e (ii) eficácia negativa” (BARCELLOS, 2002, p. 17-19).

⁵⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 13-15.

⁵⁰¹ LAFER, op. cit., p. 127.

⁵⁰² Idem, *ibidem*.

⁵⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 49.

⁵⁰⁴ Idem, p. 50.

como direito a férias, a repouso semanal remunerado, à garantia de um salário mínimo e à limitação de jornada)⁵⁰⁵.

Tais direitos teriam sido consagrados de maneira mais completa, isto é, com o reconhecimento dos deveres do Estado acompanhado da correspondente proclamação dos direitos correlatos dos cidadãos, apenas a partir dos textos constitucionais do século XX, “por força da influência da Revolução Russa, da Revolução Mexicana e da Constituição de Weimar”^{506 507}.

Vale destacar que tais direitos não substituem ou superam aqueles que os precederam, mas os complementam. Há um sentido de continuidade entre eles, sendo pertinente afirmar que estes “buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas”⁵⁰⁸. Aliás, Lafer⁵⁰⁹ pugna que é “da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo, apesar da heterogeneidade de suas origens”.

É este caráter aberto, de permanente incompletude do conceito de direitos humanos que permite que ainda outros direitos associem-se àqueles em momento mais recente, sem desbordar a complementariedade traçada.

São direitos de titularidade coletiva, ocupada por grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade⁵¹⁰. Por isso, usualmente são denominados como “direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo,

⁵⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 50.

⁵⁰⁶ Antes disso, conforme Lafer (1988, p. 127), havia instrumentos como as constituições francesas de 1791 e 1848, que faziam menção a deveres do Estado, no âmbito social, e que, no entanto, não reconheciam aos indivíduos os correspondentes direitos. De fato, a Constituição do México de 1917 é considerada por Luño (1995, p. 122) como o primeiro intento de conciliar os direitos de liberdade com a nova concepção de direitos sociais, exercendo considerável influência nas constituições posteriores América Latina. Todavia, a Constituição de Weimar de 1919 é tida pelo autor como a mais importante, e a que melhor reflete, no plano teórico, o novo estatuto jurídico dos direitos fundamentais – ainda que, na prática, tenha sido ineficaz em vista dos acontecimentos que se seguiram (LUÑO, 1995, p. 122-123). Já na experiência brasileira, o reconhecimento constitucional de tais direitos deu-se apenas com a Constituição de 1934, conforme lembra Lafer (1988, p. 127).

⁵⁰⁷ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 128.

⁵⁰⁸ Idem, p. 127.

⁵⁰⁹ Idem, p. 130.

⁵¹⁰ Idem, p. 131.

transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação”⁵¹¹.

Nesse rol de direitos Lafer⁵¹² inclui o direito à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao reconhecimento dos fundos oceânicos como patrimônio comum da humanidade. Sarlet⁵¹³, por sua vez, aduz o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação, bem como as garantias contra manipulações genéticas, ao direito de morrer com dignidade, ao direito à mudança de sexo, entre outros. Bonavides⁵¹⁴, por sua parte, acrescenta ainda o direito à democracia, ao pluralismo e à informação⁵¹⁵.

Para Bobbio⁵¹⁶, tais direitos “nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico”. Estariam aqui enquadradas, portanto, as questões relativas à bioética e ao biodireito, este entendido por Pereira e Silva⁵¹⁷ como “a nova fronteira dos direitos humanos”, fronteira esta que, “uma vez conquistada, não apenas amplia o território das prerrogativas reconhecidas pela consciência ética da humanidade, mas permite redefinir a própria idéia de dignidade humana”.

Ao se chegar neste ponto, que retrata o que de mais recente tem ocorrido na seara dos direitos humanos, cabe destacar que embora os direitos surjam em momentos históricos distintos, eles interagem entre si, expandindo a compreensão dos direitos humanos. Conforme Pereira e Silva⁵¹⁸, esse fato teria ficado acentuado na Proclamação do Teerã, de 1968, quando declara que “a plena realização dos direitos civis e políticos (direitos de liberdade) sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais (direitos de igualdade) é impossível [...]”, e reforçado pela Declaração e Programa de Ação de

⁵¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 51.

⁵¹² LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 131.

⁵¹³ SARLET, op. cit., p. 51-52.

⁵¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo (Org.). *Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. São Paulo: LTr, 1998, p. 19.

⁵¹⁵ Idem, ibidem.

⁵¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 229.

⁵¹⁷ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Biodireito: a Nova Fronteira dos Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 816, out. 2003, p. 63.

⁵¹⁸ Idem, p. 64.

Viena, de 1983, que reafirma que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados [...]”.

Releva por fim, enquanto o sentido de complementariedade fica assente, dizer ainda uma vez que os direitos humanos não formam um sistema fechado. Ao contrário, por estarem em estreita conexão com os fatos do mundo, e com as conseqüentes necessidades e mazelas humanas, em uma relação contínua e circular à toda prova, não podem ser desligados da história. É como pronuncia Pereira e Silva⁵¹⁹: “Apesar de ascenderem à consciência ética da humanidade progressivamente, os direitos humanos não devem ser colocados um ao lado do outro, de maneira incomunicável, nem um à frente do outro, de modo sucessivo”. E aduz: “Na verdade, todos os direitos humanos coexistem num mesmo território, o da dignidade humana”, território este em grande parte inexplorado e, portanto, propenso a novas descobertas.

Novamente, portanto, ao apresentar o terceiro patamar de afirmação dos direitos humanos, agora em âmbito internacional, é imprescindível que se tenha em mente que os direitos humanos são a possibilidade sempre aberta de que venham a ser outras coisas mais, sem nunca deixar de ser o que foram e são.

2.1.3 Internacionalização

O processo de internacionalização dos direitos humanos é relativamente recente. Como marco deste movimento é apontada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, data em que foi adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas⁵²⁰.

Ainda que precedida por outras cartas de direitos, a Declaração foi, para Gregori⁵²¹ “o primeiro documento que estabeleceu um ideal comum a ser seguido por todos os povos e nações”. Sua importância é recorrentemente exaltada, como faz

⁵¹⁹ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Biodireito: a Nova Fronteira dos Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 816, out. 2003, p. 63.

⁵²⁰ GREGORI, José. A Declaração Universal e a Cultura dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998; BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁵²¹ GREGORI, op. cit., p. 37.

Montoro⁵²² ao atribuir-lhe a posição de “maior documento do século 20”. E é com a Declaração que Bobbio⁵²³ demarca o início desta “terceira e última fase”, na qual a afirmação dos direitos humanos passa a ser, ao mesmo tempo, *universal e positiva*⁵²⁴. Ou, como sustenta Mbaya⁵²⁵, fase em que “foi abandonada, ao menos teoricamente, a idéia da exclusividade dos direitos humanos”, passando-se a um período de universalidade e inclusividade, contrário ao precedente, em que os direitos tendiam a funcionar em favor dos privilegiados.

De forma mais imediata – sem esquecer das fases até aqui visitadas, seguido o plano traçado por Bobbio⁵²⁶ –, os acontecimentos que conduziram à Declaração, tiveram início, segundo relata Montoro⁵²⁷ com a guerra de 1914, que pôs fim à euforia da *Belle Époque*, transformando-a em pesadelo. Conta o autor que, nos campos de batalha, ruíram as grandes esperanças do século XIX, este marcado por notável desenvolvimento científico e tecnológico. Nesse passo, a ciência e a técnica passaram a produzir “armamentos terríveis, metralhadoras, tanques, aviões de bombardeio”, levando a que inúmeros jovens perdessem a vida de maneira estúpida. Seguiu-se, pois, à Primeira Guerra Mundial, movimentos de reação e protesto, como o dadaísmo, o surrealismo e a angústia existencialista. O clima instaurado, de negativismo, desânimo e negação de valores foi ainda incrementado, segundo o autor, pela crise econômica, surgimento do fascismo, do nazismo e a Segunda Guerra Mundial.

⁵²² MONTORO, André Franco. Cultura dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 13.

⁵²³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 49.

⁵²⁴ Relembre-se que o autor considera que, na etapa precedente, da positivação, os direitos humanos perdem a universalidade de que estariam imbuídos enquanto construção filosófica. Portanto, quando Bobbio (2004) diz que os direitos humanos, com a internacionalização, são universais e positivos, é como se dissesse que alcançam, aí, o seu momento mais pleno, resgatada a universalidade. Luño (1995, p. 129) é ainda mais explícito ao afirmar a volta do caráter universal e supra-estatal operada com a internacionalização: “[...] la internacionalización ha supuesto, desde el punto de vista de la *fundamentación* de los derechos humanos, una vuelta a la reivindicación de su carácter universal y supraestatal”. Adiante, o autor ressalta o sentido assumido pelo jusnaturalismo em sua reaparição em sede de internacionalização: “[...] De ahí que la fundamentación iusnaturalista del proceso de internacionalización sea evidente, y aparezca reflejada expresa o implícitamente en los documentos más importantes que lo jalonan, si bien se trata de un iusnaturalismo penetrado de sentido histórico y abierto, por tanto, a las necesidades que en cada época y lugar requiere la vida de los hombres” (LUÑO, 1995, p. 129).

⁵²⁵ MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos Frente à Diversidade de Culturas. *Estudos Avançados*. São Paulo: USP, maio-agos., 1997, p. 18.

⁵²⁶ BOBBIO, op. cit.

⁵²⁷ MONTORO, op. cit., p. 13-14.

Para Luño⁵²⁸, a Segunda Guerra igualmente surge como decisiva para que a proteção dos direitos humanos deixasse de ser uma questão doméstica confiada ao arbítrio dos Estados, e passasse a ser um autêntico problema de direito internacional. No mesmo rumo, Piovesan⁵²⁹ sintetiza o contexto de surgimento do “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, como decorrência das “monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”. Os direitos humanos serviriam, pois, como “paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional”⁵³⁰, diametralmente oposto à lógica do “tudo é possível” do totalitarismo⁵³¹, onde o ser humano é considerado supérfluo⁵³².

No entanto, ainda que a “verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos” tenha surgido em meados do século XX, no segundo pós-guerra⁵³³, o processo de internacionalização encontraria seus precedentes históricos no Direito Humanitário⁵³⁴, na Liga das Nações⁵³⁵ e na Organização Internacional do Trabalho

⁵²⁸ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 126.

⁵²⁹ PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 134.

⁵³⁰ Idem, p. 133.

⁵³¹ Para Lafer (1988, p. 117), “O totalitarismo representa uma proposta de organização da sociedade que almeja a dominação total dos indivíduos” pela eliminação da espontaneidade (“a mais genérica e elementar manifestação da liberdade humana”), o que apenas se viabiliza plenamente nas condições do campo de concentração.

⁵³² LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 117.

⁵³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 139.

⁵³⁴ O Direito Humanitário ou o Direito Internacional da Guerra, conforme Piovesan (1996, p. 133), é o “Direito que se aplica na hipótese de guerra, no intuito de fixar limites à atuação do Estado e assegurar a observância de direitos fundamentais”, impondo uma “regulamentação jurídica do emprego da violência no âmbito internacional”. Nesse sentido, o Direito Humanitário seria “a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados” (PIOVESAN, 1996, p. 134). Tal Direito, segundo os ensinamentos de Jorge Miranda adotados por Piovesan (1996, p. 133), estaria ligado sobretudo à atuação da Cruz Vermelha, e remontaria à Convenção de 1846, tendo como fontes principais as quatro Convenções de Genebra de 1949.

⁵³⁵ A Liga das Nações, criada após a Primeira Guerra Mundial, tinha como finalidade a promoção da cooperação, paz e segurança internacional. Sua Convenção, datada de 1920, continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, dentre as quais os Estados comprometiam-se a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças. Representava, assim, um limite à concepção de soberania absoluta, “na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional aos Estados que violassem suas obrigações” (PIOVESAN, 1996, p. 134).

(OIT)^{536 537}. Com efeito, ter-se-ia criado, a partir daí, o anteparo necessário para que, com o advento da Segunda Guerra, fosse fortalecida a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deveria se reduzir à “competência nacional exclusiva” ou à “jurisdição doméstica exclusiva” do Estado, revelando-se como tema de legítimo interesse internacional⁵³⁸. E, nesse contexto, as conseqüências são justamente a revisão/relativização da tradicional noção de soberania, limitada em prol dos direitos humanos, e a resultante cristalização da idéia de que o indivíduo é sujeito de direitos protegidos em esfera internacional^{539 540}.

Em igual sentido, Luño⁵⁴¹ crê que o fenômeno da internacionalização está intimamente ligado ao reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo direito internacional, o que seria condição para o reconhecimento em escala mundial dos direitos fundamentais. Haveria, desse modo, a relativização da soberania estatal de que falava Piovesan, e que Luño⁵⁴² coloca nos seguintes termos:

De otro modo, si se mantuviese como absoluto el principio de la soberanía estatal, las posibles violaciones de los derechos humanos cometidos por el Estado contra sus ciudadanos o una parte de ellos (minorías étnicas, lingüísticas o religiosas...), o contra las personas que residen en su territorio (piénsese, por ejemplo, en los apátridas o las comunidades de trabajadores extranjeros), carecerían de relevancia jurídica internacional⁵⁴³.

⁵³⁶ Igualmente criada após a Primeira Guerra Mundial, a OIT “tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem estar” (PIOVESAN, 1996, p. 135). Juntos, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a OIT, “rompem com o conceito tradicional que concebia o Direito Internacional apenas como lei da comunidade internacional dos Estados e que sustentava ser o Estado o único sujeito de Direito Internacional”, uma vez que instituíam “obrigações internacionais a serem garantidas ou implementadas coletivamente que, por sua natureza, transcendiam os interesses exclusivos dos Estados contratantes” (PIOVESAN, 1996, p. 136-137).

⁵³⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 132.

⁵³⁸ PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 134.

⁵³⁹ Outro importante passo no sentido da revisão da noção de soberania e internacionalização dos direitos humanos foi o Tribunal de Nuremberg, lembrado por Piovesan (1996). O Tribunal, instituído em 1945 para o julgamento dos criminosos de guerra, teria, a um só tempo, consolidado a noção da necessária limitação da soberania e reconhecido que os indivíduos têm direitos protegidos pelo direito internacional.

⁵⁴⁰ PIOVESAN, op. cit., 1998, p. 135.

⁵⁴¹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 125.

⁵⁴² Idem, ibidem.

⁵⁴³ Idem, ibidem.

Nesta toada, surge, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU), demarcando o surgimento de “uma nova ordem internacional que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais”⁵⁴⁴. Com a Carta das Nações Unidas, é consolidado o movimento de internacionalização dos direitos humanos, estes elevados à condição de propósito e finalidade as Nações Unidas, colocando a relação dos Estados e seus nacionais como uma problemática internacional⁵⁴⁵.

De acordo com o que narra Barreto⁵⁴⁶, os membros da então recém-fundada ONU incumbiram uma comissão de pensadores e escritores (Comissão da UNESCO para as Bases Filosóficas dos Direitos Humanos) a tarefa de estabelecer uma fundamentação para os direitos humanos, “tendo em vista, precisamente, os problemas teóricos suscitados pela necessidade de uma declaração”⁵⁴⁷. A linha divisória dos debates teria sido traçada pela posição jusnaturalista, que sustentava serem os direitos humanos direitos naturais, cindindo a discussão em dois grupos: os que admitiam a existência de direitos relacionados à essência do homem, anteriores e superiores à sociedade (fundamentação naturalista), e os que rejeitavam essa fundamentação, acreditando que “o homem encontra-se imerso no processo histórico de diferentes sociedades e, por essa razão, possui direitos de conteúdo variável, sujeitos às mudanças ocorridas na evolução histórica” (fundamentação historicista)⁵⁴⁸. Explana Barreto⁵⁴⁹ que tal conflito, o qual poderia afigurar-se inconciliável no plano teórico, quando trazido para a prática, recebe atenuações, “pois tanto os jusnaturalistas quanto os historicistas admitem argumentos do outro grupo”⁵⁵⁰, de modo que, na atenuação das posições absolutas originais, criaram-se “as condições para que se estabelecesse um campo onde os dois grupos de defensores dos direitos humanos pudessem encontrar-se com vistas a definir uma pauta concreta de direitos, independente de sua

⁵⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 150.

⁵⁴⁵ Idem, p. 152.

⁵⁴⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

⁵⁴⁷ Idem, p. 511.

⁵⁴⁸ Idem, p. 512.

⁵⁴⁹ Idem, *ibidem*.

⁵⁵⁰ Assim, os primeiros admitem “que o progresso da consciência moral é que irá assegurar a explicitação desses direitos naturais, como normas de conduta moral”, enquanto os últimos reconhecem “também, existir, ao lado dos direitos que surgem no processo de evolução da sociedade, outros direitos mais anteriores, que se originam no próprio processo de formação da sociedade” (BARRETO, 2002, p. 512).

fundamentação”. E “a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em Paris em 10 de dezembro de 1948, expressou esse denominador comum”^{551 552}.

Assim é que, após o surgimento da ONU, seguiu-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada por quarenta e oito Estados, com oito abstenções⁵⁵³. Justamente a inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração e a inexistência de qualquer voto contrário a suas disposições, conferiram-na o significado de um “código e plataforma comum de ação”, que “consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal, a serem seguidos pelos Estados”⁵⁵⁴.

Piovesan⁵⁵⁵ repara que a Declaração estabelece duas categorias de direitos: os civis e políticos, e os econômicos, sociais e culturais, combinando, portanto, os discursos liberal e social, e os valores da liberdade e igualdade. Deixando claro, uma vez mais, que não são direitos opostos ou excludentes, mas que, ao revés, formam uma *unidade*, qualificada pela autora como “interdependente, inter-relacionada e indivisível”⁵⁵⁶. Por esse prisma, os direitos humanos seguiriam a idéia de expansão, cumulação e fortalecimento, complementando-se e interagindo constantemente⁵⁵⁷. Esta seria a concepção contemporânea dos direitos humanos, expressa, aliás, na Resolução n.32/130 de 1977 da Assembléia Geral das Nações Unidas⁵⁵⁸, e reiterada na Declaração de Viena de 1993⁵⁵⁹.

⁵⁵¹ BARRETO, Vicente de Paulo. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 512.

⁵⁵² Diante da trajetória descrita, ressalta Barreto (2002, p. 512) que “não existem fundamentos teóricos comuns para os direitos humanos, mas exclusivamente uma concordância em torno de critérios mínimos que abarcam diferentes posições ideológicas e que são formalmente aceitos em diferentes sistemas jurídicos nacionais”.

⁵⁵³ Piovesan (1998, p. 135) lista as oito abstenções: Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, União Soviética, África do Sul e Iugoslávia.

⁵⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 135-136.

⁵⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 156.

⁵⁵⁶ PIOVESAN, op. cit., 1998, p. 137.

⁵⁵⁷ Idem, p. 138.

⁵⁵⁸ A seguinte passagem da Resolução 32/130 é citada por Piovesan (1996, p. 161): “todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam entre si, e são indivisíveis e interdependentes”.

⁵⁵⁹ PIOVESAN, op. cit., 1998, p. 139.

Nada obstante, é necessário reconhecer que a Declaração tinha limitações, como acentua Mbaya⁵⁶⁰, arrolando algumas delas, como a falta de imposição de qualquer obrigação⁵⁶¹, a formulação imprecisa de direitos e inexistência de previsão de organismos de controle. Aliás, é interessante apontar que Bobbio⁵⁶² atribui à Declaração a inauguração de uma terceira e *última* fase da afirmação dos direitos humanos, apregoando que esta

contém em germe a síntese de um movimento dialético que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.

Não deixa de consignar, contudo, que “A Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver” – daí a expressão “contém em germe”. Nesse sentido, reconhece que “A Declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas”.

Em decorrência disso, a Declaração foi paulatinamente suplementada, sendo que grande número de imperfeições foi corrigido pela evolução posterior da ONU, como assume Mbaya⁵⁶³. Desse modo, revelou-se necessário e indispensável, segundo

⁵⁶⁰ MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos Frente à Diversidade de Culturas. Estudos Avançados*. São Paulo: USP, maio/agos., 1997, p. 18.

⁵⁶¹ Inclusive, como esclarece Piovesan (1996, p. 162), existe uma certa divergência acerca de qual seria o real valor jurídico da Declaração. Assim, tendo sido adotada pela Assembléia Geral como resolução (e não com tratado), alguns entendem, em um enfoque estritamente legalista, que a Declaração não possui força de lei. Desse modo, seu propósito seria o de promover o reconhecimento universal dos direitos humanos, sendo concebida como “a interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’”. De outro lado estariam posicionados os que defendem a força vinculante da Declaração por entendê-la como integrante do direito costumeiro internacional ou dos princípios gerais de direito, pelo que seria aplicável a todos os Estados, e não somente aos signatários (PIOVESAN, 1996). A autora, diante dessas correntes opostas, posiciona-se contra a ótica puramente legalista (PIOVESAN, 1996, p. 175), mas o faz de maneira pouco elucidativa, afirmando que “a Declaração se impõe como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional”, cujo principal significado “é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos” (PIOVESAN, 1996, p. 166). Diz ainda que a Declaração exerce impacto nas ordens jurídicas nacionais “na medida em que os direitos nela previstos têm sido incorporados por Constituições nacionais e, por vezes, servem como fonte para decisões judiciais nacionais”.

⁵⁶² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 50.

⁵⁶³ MBAYA, op. cit., p. 19.

o autor, que a “força obrigatória” dos direitos humanos fosse explicitada “pela adoção de certo número de convenções que os Estados tinham a faculdade de ratificar”⁵⁶⁴.

Forma-se, assim, de acordo com Piovesan⁵⁶⁵ o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas, integrado por instrumentos de alcance geral (como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁵⁶⁶) e específico (como as Convenções Internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outros). Os sistemas geral e especial de proteção desenvolvem-se como coexistentes e complementares: enquanto o sistema geral dirige-se a toda e qualquer pessoa, “concebida em sua abstração e generalidade”, o sistema específico “realça o processo de especificação do sujeito de direito”⁵⁶⁷.

Alia-se a este sistema normativo global, ainda um sistema normativo regional de proteção, que “busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional”, como ocorre particularmente na Europa, América e África⁵⁶⁸. Também estes sistemas – global e regional –, a exemplo do geral e do específico, não são dicotômicos, mas sim complementares. “Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano

⁵⁶⁴ MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos Frente à Diversidade de Culturas. *Estudos Avançados*. São Paulo: USP, maio-agos., 1997, p. 19.

⁵⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 140.

⁵⁶⁶ Em nada diminuindo a falada complementariedade entre a primeira e a segunda gerações de direitos, as diferenças existentes entre elas conduziram a que, no plano internacional, fossem firmadas em dois pactos distintos, um para os direitos civis e políticos e outro para os direitos econômicos e sociais (LAFER, 1988, p. 129). Assim, Lafer (1988, p. 129) distingue-os relatando que “os direitos civis e políticos comportam o processo de reclamação ou petição individuais a um organismo internacional, que pode resultar de uma garantia-coletiva criada pelos Estados-Parte de uma convenção sobre direitos humanos”. De outro lado, “os direitos econômico-sociais e culturais, pelas suas características de ‘objetivos’ a serem realizados progressivamente por uma coletividade, através da ação estatal, são menos suscetíveis de aplicação imediata”, motivo pelo qual sua tutela, no plano internacional, faz-se “através de relatórios sobre situações prevalentes que afetam grupos ou coletividades humanas e que são discutidos ou examinados por um organismo internacional” (LAFER, 1988, p. 129).

⁵⁶⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 140.

⁵⁶⁸ Idem, ibidem.

internacional”⁵⁶⁹. Em face desta interação, complementariedade e inspiração comum, de acordo com Piovesan⁵⁷⁰, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, geral ou específico.

No Brasil, Piovesan⁵⁷¹ pontua que a ratificação de relevantes tratados internacionais de direitos humanos somente ocorreu após o processo de democratização do país deflagrado em 1985⁵⁷². A recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, que já tinham, a partir da Constituição Federal de 1988, força de norma constitucional, foi incrementada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. A Emenda acresce ao artigo 5º da Constituição Federal 88 o parágrafo 3º, no qual é aberta a possibilidade de, mediante a aprovação das duas Casas do Congresso Nacional, ter validade equivalente a de emenda constitucional⁵⁷³.

De toda sorte, o impacto jurídico que os tratados podem ter no universo dos direitos nacionalmente consagrados, podem ser de três níveis, no entender de Piovesan⁵⁷⁴, “ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos”. Em qualquer das hipóteses, entretanto, os direitos veiculados em instrumentos internacionais “apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou

⁵⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 141.

⁵⁷⁰ Idem, *ibidem*.

⁵⁷¹ Idem, *ibidem*.

⁵⁷² O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais seria, de acordo com Piovesan (1998, p. 141), a ratificação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 1989.

⁵⁷³ Diz o parágrafo 3º: “§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Outrossim, é bom esclarecer que, em que pese o entendimento de que os tratados internacionais de direitos de humanos ratificados pelo governo teriam status imediato de norma constitucional mesmo antes da Emenda 45, a regra geral prevista na Constituição Federal para incorporação de tratados internacionais – seguindo o caminho que se inicia na celebração do tratado, passa pela ratificação deste pelo Congresso Nacional e termina com a promulgação do decreto pelo Presidente da República –, os colocaria em posição de equivalência a lei ordinária. Tal regra, para o Supremo Tribunal Federal serviria inclusive para tratados internacionais de direitos humanos. Portanto, mesmo após a Emenda 45, permanece o debate acerca do status a ser reconhecido aos tratados promulgados antes desta.

⁵⁷⁴ PIOVESAN, op. cit., p. 151.

debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional⁵⁷⁵.

Enfim, feita a revisão, ainda que rápida e, portanto, certamente lacunosa, da escalada dos direitos humanos, desde sua gestação intelectual até a atual etapa de sua internacionalização, há lugar aqui para uma última reflexão. Se, como se disse antes, todas as fases guardam entre si um sentido de continuidade, que as levou da condição de “simples” formulação teórica, ambiciosa, porém frágil, ao patamar de direitos merecedores de atenção internacional, é porque algo há a sustentar essa demanda. Algo há a assinalar a importância crescente dos direitos humanos, que os faz sempre e cada vez mais avançar, e não retroceder (ao menos na intenção dos discursos e dos instrumentos normativos). Algo há que faz crer, com Gregori⁵⁷⁶ (1998: 39), que

[...] os direitos humanos não são uma abstração de intelectuais ou uma utopia de sonhadores, mas um objetivo a ser alcançado na realidade do cotidiano. Os direitos humanos são, na verdade, condição prévia para a realização das potencialidades humanas.

E mais: algo há que faz crer que tais potencialidades humanas têm relevância e prioridade para merecerem a atenção da totalidade dos homens. No ponto que se segue, o intuito é o de revelar um argumento possível a justificar tamanha persistência, e a constante ascensão, dos direitos humanos.

2.2 A DIGNIDADE DA (E A) PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO(S) DOS DIREITOS HUMANOS

Dentre as muitas incertezas e hesitações situadas no âmbito dos direitos humanos, as referentes a sua fundamentação são das mais intensas. O desacordo reside

⁵⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 151.

⁵⁷⁶ GREGORI, José. A Declaração Universal e a Cultura dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 39.

não apenas na decisão acerca da necessidade ou não de buscar os fundamentos destes direitos – ou “argumentos racionais e morais, que justifiquem a sua pretensão a uma validade universal”⁵⁷⁷ –, como também, em escolhendo fazê-lo, sobre qual o fundamento que melhor lhes serviria⁵⁷⁸.

A extensão e profundidade da temática podem de ser percebidas, como registrou Comparato⁵⁷⁹, com um simples passar de olhos na bibliografia existente. Portanto, melhor que se lhe façam alguns cortes didáticos, tal como fez o autor, para situar o debate dentre dois eixos básicos, que vão desde os que negam a possibilidade ou utilidade teórica da fundamentação, fixando-se no problema de sua aplicabilidade e eficácia, até os que constroem estruturas argumentativas para tanto.

Aliando-se à primeira linha, é muito citada a passagem na qual Bobbio afirma que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um tema não filosófico, mas político”⁵⁸⁰. Para o autor, um sistema de valores poderá ser considerado humanamente fundado através de uma única prova, qual seja o *consenso geral* acerca de sua validade, do que a Declaração Universal seria expressão^{581 582}.

⁵⁷⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 510.

⁵⁷⁸ Para alguns autores, a própria expressão *fundamentação* pode gerar controvérsia, como é o caso de Torres (2002). O autor delinea sentidos distintos para os termos *legitimação* (conceito que elege), *legitimidade* e *fundamento*. Para ele, “Fundamento é causa, origem ou fonte do ordenamento jurídico e dos direitos” (TORRES, 2002, p. 401), e a principal diferença em relação à legitimação, é de que esta “é buscada fora do ordenamento ou do direito a ser justificado, enquanto o fundamento pode ser coextensivo ao próprio objeto a se justificar [...]” (TORRES, 2002, p. 403-404). Sendo assim, poderia haver um *fundamento* positivista para os direitos humanos, mas já a *legitimação*, para os positivistas, não faria sentido. De outra parte, o que distanciaria *legitimidade* de *legitimação* seria o fato de que “aquela se apóia no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores, enquanto a legitimação consiste no próprio processo de justificação da Constituição e de seus princípios fundamentais” (TORRES, 2002, p. 407). Em que pese interessante a diferenciação conceitual construída por Torres (2002), aqui, a expressão *fundamentação* é empregada como sinônimo de justificação (adquirindo, portanto, o sentido que o autor reserva para legitimação).

⁵⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 105.

⁵⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43.

⁵⁸¹ Defende o autor que o “fundamento histórico do consenso é o único que pode ser factualmente comprovado”, aduzindo que “A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada dos *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores” (BOBBIO, 2004, p. 47). De forma ainda mais enfática, adiante Bobbio (2004) completa seu pensamento, explicitando o peso que confere não apenas ao consenso, como prova do fundamento histórico dos direitos humanos, mas também a Declaração, como expressão desse consenso: “Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens” (BOBBIO, 2004, p. 48).

Assertivas desta espécie agrupam-se em uma corrente que Luño⁵⁸³ denomina *realista*, e disseminam a noção de que os direitos humanos, em razão de sua ampla difusão, já têm como resolvido o problema de sua justificação⁵⁸⁴, motivo pelo qual a consideram supérflua⁵⁸⁵. Por esta senda, no entanto, como assevera Barreto⁵⁸⁶, “Reduz-se [...] a questão da fundamentação dos direitos e de sua aplicação às soluções encontradas pelo direito positivo, ignorando-se que a natureza desses direitos remete para a questão mais abrangente e complexa da moralidade e da racionalidade”.

Os mesmos caminhos que levaram Bobbio⁵⁸⁷ a crer na superação da fundamentação, ou seja, de que as constantes afrontas aos direitos humanos serviriam para ressaltar a necessidade de que fossem *defendidos*, em detrimento de *fundamentados*, conduziram Luño⁵⁸⁸ a conclusão oposta. Para este, a constante violação dos direitos humanos, mostra justamente a falta de arraigo e a precariedade do suposto consenso existente sobre os fundamentos, o que indicaria a necessidade de que se argumentasse em seu favor⁵⁸⁹. Nestes termos, a concepção realista é rechaçada.

Percorrendo trilha não muito distante, posiciona-se a linha *positivista*, que segue entendendo dispensável a fundamentação dos direitos humanos, tida agora como *inútil*, em vista da impossibilidade de demonstração científica – logo racional – dos fundamentos⁵⁹⁰. Dessarte, enquanto a postura realista considera resolvido o problema da fundamentação, e por isso supérfluo, para postura positivista o tema é inútil exatamente por não poder ser resolvido^{591 592}. Barreto⁵⁹³ igualmente repara, no que refere à fundamentação, que

⁵⁸² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 46.

⁵⁸³ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

⁵⁸⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 107.

⁵⁸⁵ LUÑO, op. cit., p. 133.

⁵⁸⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 508.

⁵⁸⁷ BOBBIO, op. cit., 2004.

⁵⁸⁸ LUÑO, op. cit..

⁵⁸⁹ Idem, p. 133.

⁵⁹⁰ Idem, p. 133-134.

⁵⁹¹ Luño (1995, p. 134) entende que Kelsen estaria posicionado nesse quadrante, uma vez que este apregoa a separação de realidade e valor, sendo que as controvérsias sobre os valores entre pessoas de crenças políticas ou religiosas distintas teriam sempre a forma de juízos de valor subjetivos e, portanto, relativos.

⁵⁹² LUÑO, op. cit., p. 133.

⁵⁹³ BARRETO, op. cit., p. 506.

a influência positivista na teoria do direito aprisionou a temática dos direitos humanos dentro dos seus próprios parâmetros conceituais e metodológicos, fazendo com que a análise da sua fundamentação fosse considerada uma questão metajurídica e, como tal, irrelevante para a prática jurídica.

Pois, em contrapartida àqueles que menosprezam a necessidade de fundamentação, há os que consideram essencial para uma adequada apreensão do significado dos direitos humanos, a dimensão ético-filosófica que se revela na fundamentação – ou, ainda, os que, mesmo que não de maneira engajada ou proposital, ao falar de direitos humanos, atribuem-lhes alguma espécie de *razão de ser*.

Comparato⁵⁹⁴, aliás, apresenta como a “grande falha teórica do positivismo”, conforme teriam demonstrado cruamente as experiências totalitárias do século XX, “a sua incapacidade (ou formal recusa) em encontrar um fundamento ou razão justificativa para o Direito, sem recair em mera tautologia”⁵⁹⁵, o que significaria, 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 Direito⁵⁹⁶.

Também Peces-Barba Martinez⁵⁹⁷ repara que, principalmente a partir das catástrofes produzidas pelo totalitarismo, volta-se a apregoar a necessidade de comunicação entre Direito e moral, aflorando uma volta ao direito natural. Todavia, o

⁵⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 59.

⁵⁹⁵ Neste particular, explica o autor: “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. Assim, o fundamento do poder constituinte, ou a legitimidade da criação de um novo Estado, sobretudo após uma revolução vitoriosa, não se encontram em si mesmos, mas numa causa que os transcende. Analogamente, na ausência de uma razão justificativa exterior e superior do sistema jurídico, um regime de terror, imposto por autoridades estatais investidas segundo as regras constitucionais vigentes, e que exercem seus poderes dentro da esfera formal de sua competência, não encontra outra razão justificativa ética, senão a sua própria subsistência” (COMPARATO, 1998, p. 58).

⁵⁹⁶ COMPARATO, op. cit., p. 59.

⁵⁹⁷ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 15.

autor não deixa de mencionar os inconvenientes de tal retorno, que reacenderia os problemas teóricos antes existentes^{598 599}.

Em que pese as impugnações ao retorno do direito natural sejam em grande parte pertinentes, por ora, afigura-se mais adequado acompanhar Luño⁶⁰⁰, quando este acata a idéia expressada por Crawford B. Macpherson para afirmar que “cualquier doctrina de los derechos humanos debe constituir, en cierto sentido, una doctrina de los derechos naturales”. Sentencia o autor:

[...] cualquier justificación consciente, que no pretenda adolecer del más craso agnosticismo histórico e cultural, y que, por el contrario, reivindique un uso histórico de las categorías filosófico-jurídicas, no puede prescindir de conectar el fundamento de los derechos humanos con la tradición cultural en la que surgieron y fueron elaborados doctrinalmente, o sea, con la teoría iusnaturalista⁶⁰¹.

Dessume-se daí, na medida em que Luño⁶⁰² afasta-se das posturas realista e positivista, considerando-as incapazes de oferecer um marco teórico para focar a questão da fundamentação, que somente sob um enfoque jusnaturalista o tema teria sentido. Todavia, Luño⁶⁰³ em tempo adverte (e novamente aqui se lhe acompanha) que

⁵⁹⁸ Por todas as críticas que se pode fazer ao direito natural moderno, e ressabidas impropriedades que este conceito é capaz de carregar, fica a seguinte passagem de Soder (1960, p. 60): “O Direito Natural iluminista não considera o todo humano, mas puramente a razão. Esta é o homem, explica-o e o constitui. Decompõe, analisa [sic], sintetiza, deduz. Os processos de conhecimento que emprega na filosofia e nas ciências naturais aplica-os, do mesmo passo, ao Direito. Destarte, o Direito Natural se constitui num acervo [sic] de normas puramente racionais, apriorísticas deduzidas umas das outras. É a concatenação de direitos abstratos que vão até aos pormenores, procurando reger o conjunto da vida social” (SODER, 1960, p. 60). Nada obstante, reflete o autor que, apesar de serem muitas vezes procedentes os ataques ao direito natural, é de se lamentar que sejam dirigidos frontalmente ao direito natural como tal, “quando deveriam ser dirigidos apenas contra os excessos provindo precisamente do jusnaturalismo iluminista e racionalista” (SODER, 1960, p. 66). De todo modo, Comparato (2002, p. 128), aproveita a lição de Nicolás María López Calera para retratar a superação histórica do jusnaturalismo em suas diferentes versões: “Os distintos catálogos de direitos humanos que se oferecem com uma fundamentação jusnaturalista, a ineficácia social que freqüentemente comporta a argumentação jusnaturalista e a variabilidade histórica sobre o que se entende a cada momento por direitos humanos fizeram com que a fundamentação jusnaturalista, que ademais ostentava umas pretensões de absolutismo definitivo incompatível com o pluralismo moderno, passasse cada vez mais a um segundo plano na atual teoria e praxes dos direitos humanos” (CALERA apud COMPARATO, 2002, p. 128; tradução livre do autor).

⁵⁹⁹ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 41.

⁶⁰⁰ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 136-137.

⁶⁰¹ Idem, p. 180.

⁶⁰² Idem.

⁶⁰³ Idem, p. 137.

o termo “jusnaturalismo” é, neste momento, utilizado em uma acepção deontológica, funcional e aberta, entendido como “un conjunto de tesis metaéticas que coinciden en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos de quienes lo integran, así como las teorías que defienden la posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales derechos”.

Mesmo estabelecido um acordo acerca da inadequação das posturas realista e positivista, bem como de que o terreno mais promissor para os debates acerca da fundamentação dos direitos humanos é o jusnaturalista em sentido aberto, conforme Luño⁶⁰⁴, ainda assim restarão escolhas por fazer. Isso porque, uma vez aberta a senda jusnaturalista, e firmado entendimento de que uma fundamentação é necessária e possível, várias são as trilhas que se escrutinam.

Também aqui, a doutrina é profícua em criar classificações facilitadoras para a apreensão das diferentes fundamentações possíveis. Comparato⁶⁰⁵, por exemplo, identifica duas possibilidades de fundamentação dos direitos humanos: a jusnaturalista e a ética⁶⁰⁶.

A fundamentação jusnaturalista – já o nome o diz – evoca diretamente o conceito de direito natural. Comparato⁶⁰⁷ percebe aqui duas correntes, uma *jusnaturalista tradicional* – que conduz exatamente ao conceito de lei natural e direito natural, donde haveria uma natureza humana comum e universal, e com ela a existência de direitos que o homem possuiria independentemente de seu reconhecimento pelo direito positivo –, e outra *jusnaturalista atenuada* (ou deontológica) – na qual se considera o direito natural como uma ordem de princípios

⁶⁰⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

⁶⁰⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 126.

⁶⁰⁶ Antes disso, Comparato (2002) distingue, dentre as razões que legitimam e motivam o reconhecimento dos direitos humanos, duas grandes matrizes acerca da viabilidade da construção de uma justificação racional para os direitos humanos. São elas: (a) subjetivismo axiológico, que nega a possibilidade de fundamentação racional e parte “da idéia de que os juízos de valor, em especial os morais, não dizem respeito ao mundo do ser, e portanto não são passíveis de verificação, isto é, de verificação empírica”, pelo que não poderiam ser considerados verdadeiros ou falsos, “derivando da subjetividade de quem os emite”; esta concepção seria a que informa todo o esforço metodológico do juspositivismo (COMPARATO, 2002, p. 113-114); (b) objetivismo axiológico, que afirma “a existência de uma ordem de valores, regras ou princípios que possuem validade objetiva, absoluta e universal, independentemente da experiência dos indivíduos ou de sua consciência valorativa” (COMPARATO, 2002, p. 120). Seria, pois, dentro desta percepção objetiva dos valores, que emergiriam as duas possibilidades de fundamentação mencionadas – jusnaturalista e ética (COMPARATO, 2002, p. 126).

⁶⁰⁷ COMPARATO, op. cit.

jurídicos suprapositivos e objetivamente válidos que têm fundamento suficiente na natureza humana. Outrossim, na medida em que a matriz jusnaturalista deriva – sem afastar-se – do direito natural, as críticas feitas a este, àquela se estendem.

A fundamentação ética, por sua vez, apareceria como forma alternativa de justificação racional dos direitos humanos, na qual estes seriam considerados *direitos morais*⁶⁰⁸. Os direitos humanos teriam aqui uma fundamentação ética ou axiológica, a qual atribuiria ao seres humanos, pelo simples fato de serem seres humanos, “exigências éticas, bens, valores, razões ou princípios morais de especial importância [...]; e têm a pretensão de serem incorporados ao ordenamento jurídico como direitos jurídico-positivos, se já não o estiverem”^{609 610}. Logo, “a fundamentação ética dos direitos humanos identifica-se com os valores e exigências éticas que respaldam esses direitos e são o conteúdo dessa fundamentação, remetendo-se à idéia de dignidade da pessoa humana”⁶¹¹. A principal crítica à fundamentação ética advém, por sua parte, pela inserção dos direitos em uma dimensão acultural e ahistórica, que coloca sua existência e exigibilidade em uma instância pré-jurídica ou pré-institucional. Ou seja, a fundamentação ética dos direitos humanos anularia a separação entre Direito e moral⁶¹².

Adotando um feixe mais amplo de categorias fundamentadoras dos direitos humanos, as quais denominará de *objetivista*⁶¹³, *subjativista*⁶¹⁴ e *intersubjetivista*,

⁶⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 129.

⁶⁰⁹ JOSÉ GARCIA AÑÓN (apud COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 130).

⁶¹⁰ Interessante perceber que a idéia de que há direitos inerentes à natureza humana aparece nas duas correntes, aproximando-as de certa forma. Aqui, na fundamentação ética, diz-se que há direitos do homem pelo simples fatos de serem humanos. Na fundamentação jusnaturalista, por sua vez, “reconhece-se a existência de uma ordem prévia de valores naturais, inerente à condição humana” (COMPARATO, 2002, p. 134). A constatação acaba prestando-se a ratificar o parecer de Luño (1995), que acredita ser possível tratar do tema da fundamentação somente sob um viés jusnaturalista, como se viu acima.

⁶¹¹ COMPARATO, op. cit., p. 134.

⁶¹² Idem, p. 132-133.

⁶¹³ A fundamentação objetivista consiste, em suma, nas posturas doutrinárias que afirmam a existência de uma ordem de valores, regras ou princípios com validade objetiva, absoluta e universal, independente da experiência dos indivíduos ou de sua consciência valorativa (LUÑO, 1995, p. 137). Luño (1995) irá ramificar esta corrente em duas: *ética material de valores* – que traduz os valores como essências ideais existentes *per se* antes e independente da experiência (logo invariáveis), sendo inacessíveis pela razão, mas somente pela intuição e sentimento (LUÑO, 1995, p. 138-139) – e *objetivismo ontológico cristão* – que recupera a tradição aristotélico-tomista na intenção de religar *ser e valor*, preenchendo o vazio de uma ordem de valores ideais e apriorísticos pela idéia de natureza humana (LUÑO, 1995, p. 141-142). De acordo com Luño (1995, p. 176), a fundamentação objetivista, presente na jurisprudência alemã imediata ao segundo pós-guerra, teria sofrido críticas pelo perigo intrínseco de traduzir-se em pura intuição de valores, arbitrária e decisionista, a qual poderia gerar uma tirania dos valores.

Luño⁶¹⁵ procurará, ao filiar-se à última das correntes, driblar o caráter acultural e ahistórico atribuído à fundamentação dos direitos humanos. Perceba-se, neste sentido, que quando o autor ressalva o caráter *aberto* do jusnaturalismo dentro do qual as justificativas se fariam possíveis, antecipa exatamente a preocupação de que os fatos da vida humana possam ser absorvidos pela justificação humanista.

Ao aceitar a fundamentação intersubjetivista⁶¹⁶ – sob a ressalva de que não há fundamentação absoluta –, Luño⁶¹⁷ crê na possibilidade de consenso (aberto e revisável)⁶¹⁸ sobre o fundamento, o qual receberia conteúdo material do sistema de necessidades básicas ou radicais⁶¹⁹ que constitui seu suporte antropológico, entendidas as necessidades como “datos social e historicamente vinculados a la experiencia humana”, os quais “poseen una objetividad y una universalidad que posibilitan su generalización, a través e la discusión racional y el consenso, y su concreción en postulados axiológicos-materiales⁶²⁰”.

Segundo o autor, essa fundamentação permitiria abolir a rígida distinção entre “ser” e “dever-ser”, sem que isso implique em identificá-los. Isso porque, sem apoio

⁶¹⁴ Subjetivista é, de acordo com Luño (1995), a fundamentação que reivindica a autonomia humana como fonte de todos os valores, situando na razão a regra de conhecimento e atuação destes (LUÑO, 1995, p. 145). É a fundamentação cristalizada nas Declarações e constituições do século XVIII (LUÑO, 1995, p. 145). A matriz apresenta duas nuances distintas: (a) uma de interpretação radical do subjetivismo que coloca liberdade e igualdade como antinômicas, prevalecendo a primeira, e confere interpretação econômica aos direitos humanos priorizando o direito de propriedade (LUÑO, 1995, p. 149); e (b) outra que engloba teses neocontratualistas e neoliberais que concebem os direitos humanos como categorias a serviço da individualidade (LUÑO, 1995, p. 162). A perspectiva subjetivista, para Luño (1995, p. 176), ter-se-ia mostrado, na prática, incapaz de incorporar à teoria dos direitos fundamentais a garantia jurídica das condições materiais e culturais de existência, que estariam na base da reivindicação dos direitos sociais.

⁶¹⁵ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

⁶¹⁶ No intersubjetivismo, os direitos humanos serão concebidos como valores intrinsecamente comunicáveis, isto é, categorias que, por expressarem necessidades social e historicamente compartilhadas, podem suscitar um *consenso geral* sobre sua justificação (LUÑO, 1995, p. 162). Desse modo, o intersubjetivismo operaria uma revalorização do papel do sujeito na identificação e justificação racional dos valores (em oposição à corrente objetivista), e criaria a possibilidade de uma “objetividade intersubjetiva” de valores a partir da intercomunicação antropológica (ao revés do subjetivismo) (LUÑO, 1995, 162-163). A referência a Habermas é declarada no que refere ao consenso.

⁶¹⁷ LUÑO, op. cit., p. 181.

⁶¹⁸ Curioso notar como, com a idéia de consenso, Luño (1995) e Bobbio (2004) aproximam-se. Apesar de Bobbio (2004, p. 47) dizer-se despreocupado com a fundamentação, assevera que o único modo pelo qual é possível justificar valores é através do consenso (o que cria um fundamento histórico, não absoluto), cuja prova seria a intersubjetividade. A diferença, no entanto, é que Bobbio (2004) considera que o consenso está suficientemente (e definitivamente) manifestado na Declaração, premissa essa não acatada por Luño (1995), que apregoa o caráter aberto e revisável do consenso.

⁶¹⁹ Aqui o autor faz referência às categorias de *necessidade* usadas por Marx e lembradas por Agnes Heller que consistem, em poucas palavras, em: (a) necessidade natural, referente à autoconervação da vida; (b) necessidade necessária, de índole cultural, moral ou costumeira; e (c) necessidade radical, que diz respeito a opções axiológicas conscientes.

⁶²⁰ LUÑO, op. cit., p. 182.

na experiência das necessidades, os direitos humanos correriam o risco de tornarem-se ideais vazios, ao passo que, sem a referência ao dever-ser perderiam seu horizonte utópico-emancipatório⁶²¹. Na questão particular das necessidades, uma vez que se as tome como fonte para a inscrição de direitos humanos, interessante ver como Mbaya⁶²² alude à sua interação com o Direito, certificando que: “Não há, obrigatoriamente, correspondência direta entre um direito e cada necessidade, mas pode ser afirmado que a consagração de uma necessidade em termos jurídicos intervém quando a demanda de satisfação é particularmente intensa”.

Diante disso é possível entender porque, quando se trata de apontar possíveis fundamentos aos direitos humanos – assumindo portanto que seja possível fundamentá-los –, é com frequência que se o associa com valores como a *dignidade*, a *liberdade* e a *igualdade*. Cuida-se de conceitos através dos quais é possível alcançar uma diversidade de necessidades/direitos manifestos na concretude da experiência humana. Parece chegar-se, nestes termos, a um acordo mínimo sobre o que há de realmente fundamental a todas as pessoas.

Dignidade, liberdade e igualdade alternam-se, desse modo, na preferência dos autores, os quais lhes atribuem graus de importância distintos, fazendo-o especialmente com relação à liberdade e à igualdade. A dignidade, por seu turno, é em momentos apresentada lado a lado com os outros valores, fazendo-lhes par, e, em outras ocasiões, é tida como um princípio mais abrangente, do qual a igualdade e a liberdade seriam derivações. Para a liberdade, Luño⁶²³ reserva o lugar de princípio aglutinante da luta pelos direitos humanos, asseverando que durante muito tempo a idéia de liberdade, em suas diversas manifestações, identificou-se com a própria noção de direitos humanos⁶²⁴. A igualdade, por sua vez, consistiria para o autor no direito humano mais importante de nosso tempo “al ser considerado como postulado

⁶²¹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 184.

⁶²² MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos Frente à Diversidade de Culturas. *Estudos Avançados*. São Paulo: USP, maio-agos., 1997, p. 39.

⁶²³ LUÑO, op. cit., p. 49.

⁶²⁴ Luño (1995, p. 49-50) salienta a relevância da liberdade lembrando que, na atualidade, o estudo de Herbert Hart sobre a existência de direitos naturais, desenvolvido como uma dos mais decididos movimentos de crítica à tradição metafísica, reconheceu como único direito natural a liberdade.

fundamentador de toda la moderna construcción teórica y jurídico-positiva de los derechos sociales”⁶²⁵.

Já a dignidade, esta Luño⁶²⁶ situa como ponto de referência de todas as faculdades que se dirigem ao reconhecimento e afirmação da dimensão moral da pessoa, atribuindo-lhe inegável importância na gênese da moderna teoria dos direitos humanos⁶²⁷. Ou, dito de outra forma, a dignidade seria uma constante na evolução da filosofia humanista, enquanto a positivação das faculdades que entranham tal dignidade, estas sim provocariam inquietude⁶²⁸.

Barcellos⁶²⁹ quando comenta a dimensão tomada pela discussão acerca dos direitos humanos e dos direitos fundamentais após a Segunda Guerra Mundial e a criação da ONU, refere que “O reconhecimento do dever de respeitar e promover a dignidade da pessoa humana [...] parecia ser o único ponto de acordo teórico entre os países divididos pela Guerra Fria”. Tal como a autora, inúmeros estudiosos dos direitos humanos percebem na dignidade da pessoa humana o “único valor apto a se constituir como referência universal, sem que isso signifique a absolutização das fórmulas e lugares onde e como tal resgate se deva promover”⁶³⁰.

O catálogo de referências à dignidade é mesmo bastante abrangente. Sendo impossível esgotá-lo, algumas são aqui lembradas.

Nesse sentido Comparato⁶³¹ reserva importância à dignidade enquanto substancial à idéia de *pessoa*, tomada como fundamento do Direito:

⁶²⁵ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 50.

⁶²⁶ Idem.

⁶²⁷ Idem, p. 49.

⁶²⁸ Idem, p. 53.

⁶²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 11-12.

⁶³⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan de. As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 59.

⁶³¹ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 60.

[...] Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse 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 secundárias⁶³².

Lafer⁶³³ também encontra no valor da pessoa humana o fundamento dos direitos humanos. Montoro⁶³⁴ faz o mesmo, ao comentar o espírito da Declaração Universal, encontrando a dignidade associada à noção de pessoa:

Na base da Declaração Universal, há um duplo reconhecimento: primeiro, que acima das leis emanadas do poder dominante, há uma lei maior de natureza ética e validade universal. Segundo, que o fundamento dessa lei é o respeito à dignidade da pessoa humana. Que a pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica. É a fonte das fontes do Direito.

Da mesma forma Luño⁶³⁵, ao relacionar as dimensões ética e jurídica dos direitos humanos, remete o seu significado ético à dignidade humana:

Por su significación ética los derechos humanos deberán hacer obligada remisión a la dignidad humana; mientras que por su dimensión jurídica tales derechos encarnarán la pretensión de incorporarse al ordenamiento jurídico-positivo para alcanzar su auténtica realización⁶³⁶.

Sarlet⁶³⁷, igualmente, atribui destaque à dignidade humana como meta da humanidade, do Estado e do Direito:

⁶³² COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 60.

⁶³³ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 118.

⁶³⁴ MONTORO, André Franco. Cultura dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 16.

⁶³⁵ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 77.

⁶³⁶ Idem, *ibidem*.

⁶³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27-28.

[...] o fato de que a dignidade vem sendo considerada [...] qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, [...] o respeito e a proteção da dignidade da pessoa [...] constituem-se [...] em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

Ao considerar a dignidade como “resumo das exigências imprescindíveis para a vida da pessoa humana”, Barreto⁶³⁸ infere que “A manutenção da dignidade humana constitui, assim, o cerne dos direitos humanos, pois é por meio deles que serão asseguradas as múltiplas dimensões da vida humana, todas asseguradoras da realização integral da pessoa”.

Por caminhos diversos, Peces-Barba Martinez⁶³⁹ também encontrará, em sua doutrina, papel determinante para a dignidade humana. Assim, quando o autor propõe uma relação atualizada entre Direito e moral, apregoa, dentre outras premissas⁶⁴⁰, que a *moralidade pública* (que importa ao ordenamento jurídico) distingue-se das várias formas de moralidade privada, assumindo caráter *procedimental*, estando embasada “en la dignidad del hombre y en los valores que la hacen posible – la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad jurídica –, para construir un sistema de convivencia que permita a cada uno elegir libremente su plan de vida, su moralidad privada”⁶⁴¹.

⁶³⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 521.

⁶³⁹ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 15.

⁶⁴⁰ Os outros pressupostos da construção de Peces-Barba Martinez (1993), além da assunção da moralidade procedimental, são de que: (a) o Direito existe independentemente do reconhecimento de uma determinada forma de moralidade; (b) na relação entre Direito e moral distinguem-se duas espécies de moralidade, a *moralidade crítica* (não incorporada em um sistema de direito positivo, constituindo-se em um conjunto de critérios, objetivos e fins que podem ser paulatinamente incorporados ao direito positivo) e a *moralidade legalizada* (que toma parte do sistema através de mecanismos de produção normativa, convertendo-se em critério material para identificar o Direito). No que tange à moralidade crítica e sua passagem à moralidade legalizada, o autor adverte: “Cuando los principios no son explícitos, es decir, no se formulan expresamente en una norma, o implícitos en el análisis de la estructura del Ordenamiento, que se concretan después en otra norma, normalmente jurisprudencial, con lo que se convierten ya en explícitos, estamos fuera del Derecho, en lo que llamamos moralidad crítica. Ésta es un depósito de juridicidad futura, que los operadores jurídicos autorizados y con los procedimientos adecuados incorporan al Derecho positivo, pero este proceso, explicable desde posiciones positivistas, como las que aquí se sostienen, en ningún caso puede ser razón o pretexto para fundamentar una vuelta al iusnaturalismo” (PECES-BARBA MARTINEZ, 1993, p. 18)

⁶⁴¹ PECES-BARBA MARTINEZ, op. cit., p. 15.

Portanto, quando a presente pesquisa propõe-se a encontrar um fundamento jusnaturalista “aberto”⁶⁴² para os direitos humanos, que resista à verificação histórica e consiga acompanhá-la, verifica-se que tal fundamento parece estar assentado, essencialmente, sobre a idéia de *dignidade*. É essa a noção que se pretende recolher daí, em nada prejudicando o fato de que as expressões dessa dignidade, na medida em que se procura torná-las mais concretas/efetivas pela positivação, não se revelam plenamente, de uma vez por todas. Impossível redigir um catálogo completo que inclua todos os méritos da dignidade. As circunstâncias que a promovem ou põem em xeque vão-se revelando paulatinamente em um processo que não acaba. Enquanto não acaba a história, não acabam as possibilidades.

Em outras palavras, é a *percepção* dos direitos humanos que está condicionada por fatores das mais diversas ordens – histórica, política, econômica, social e cultural –, pelo que “seu conteúdo real será definido de modo diverso e suas modalidades de realização variarão”⁶⁴³. Desse modo, todas suas *manifestações*, marcadas por circunstâncias espaço-temporais, são passíveis de questionamento. No entanto, o sentido da dignidade, este permanece.

Em suma, a dignidade da pessoa humana é um princípio suficientemente aberto e flexível para absorver os influxos históricos, ao mesmo tempo em que é estável o bastante a ponto de ser evocado – com certo consenso⁶⁴⁴ – como pedra-de-toque dos direitos humanos – ainda que, como percebe Militão da Silva⁶⁴⁵, “em uma sociedade onde predomine a lógica da produção coletiva e da apropriação privada dos bens e serviços de forma excludente e não includente, a experiência da dignidade humana não é encontrada facilmente”.

Outrossim, não se esquece do risco de que essa abertura e flexibilidade traduzam-se em indefinição, prestando-se ao uso retórico e vazio. Todavia, já se tomou

⁶⁴² LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

⁶⁴³ MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos Frente à Diversidade de Culturas. *Estudos Avançados*. São Paulo: USP, maio-agos., 1997, p. 21.

⁶⁴⁴ Sarlet (2001, p. 27) refere que, se por um lado há um virtual consenso relativo ao liame entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, esse limita-se ao reconhecimento da existência e da importância dessa vinculação. Já no que diz respeito à compreensão e ao significado da dignidade da pessoa humana *na e para* a ordem jurídica, o tema torna-se polêmico, ensejando farta discussão doutrinária e jurisprudencial.

⁶⁴⁵ MILITÃO DA SILVA, Jair. A Consideração da Dignidade Humana como Critério de Formação de Políticas Públicas. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 195.

o cuidado, ao menos nos limites da presente pesquisa, de fixar-lhe um sentido mínimo, no capítulo anterior, sem evidentemente chegar sequer perto de exaurir o tema, o que seria improvável mesmo que se lhe dedicasse todo um trabalho.

De toda sorte, chega-se aqui a um ponto crucial. Uma vez descortinada a inscrição da dignidade da pessoa humana nos direitos humanos, onde adquire o grau de *fundamento*, acaba revelando-se, por via transversa, o meio pelo qual os direitos humanos podem associar-se ao debate bioético da atualidade.

Ao acompanhar o progresso da trajetória humanista, procurou-se demonstrar – em que pese as diferentes circunstâncias e interesses postos em jogo neste caminho, o que se traduz em um processo de permanente inscrição de novos direitos, o qual revisa, em cada passo, as prioridades (históricas) da humanidade – que a dignidade é uma constante. E é na dignidade que os direitos humanos encontram um denominador comum, não apenas dos direitos entre si, mas também com a bioética.

Aliados na dignidade, direitos humanos e bioética complementam-se e fortalecem-se. Os direitos humanos porque encontram, nas questões bioéticas, a mais nova fronteira de direitos a serem resguardados ou, em outros termos, o mais recente desafio à compreensão e concretização da dignidade humana. E a bioética porque encontra nos direitos humanos o testemunho de uma reflexão ética de longo percurso, que auxilia na resolução das questões que lhe são impostas cada vez com maior gravidade e intensidade. Com a dignidade, os direitos humanos ganham uma posição privilegiada no diálogo transdisciplinar. De efeito, a comunicação bioética-biodireito, intermediada pela linguagem simbólica comum da dignidade da pessoa humana, pode ser desenvolvida de maneira bastante rica no âmbito dos direitos humanos.

Nesse sentido, Alexy⁶⁴⁶ enumera cinco *marcas* distintivas dos direitos do homem em relação aos outros direitos. Segundo o autor, os direitos humanos seriam, a um só tempo, *universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos*.

Sem enfrentar a análise pormenorizada de tais características, o que não cabe no presente momento (visto que cada uma de tais características desencadeia uma série de indagações particulares, que não interessam de maneira imediata a este trabalho),

⁶⁴⁶ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v.16, 1999.

ganha relevo a noção de que os direitos humanos possuem notas que os distinguem do direito tomado em sua acepção positivada, notas tais que o permitem melhor trânsito entre a moral/ética e o Direito. Logo, contribuem para aproximar bioética (plano ético) e biodireito (plano jurídico).

O fato de haver sido encontrado um conteúdo ou argumento mínimo para os direitos humanos, expresso na dignidade da pessoa humana, não encerra, entretanto, as indagações. Ao contrário, outras podem ser colocadas, e que dizem respeito ao próprio papel atribuído à dignidade em relação aos direitos humanos. Dois dos possíveis questionamentos mostram-se de particular interesse para o enfrentamento do tema colocado no próximo capítulo, que cuidará de escrutinar as bases e limites do direito de procriar.

A primeira interrogação põe em dúvida se a todos os direitos humanos pode ser atribuído um conteúdo de dignidade, ao menos de maneira direta. Nas palavras de Sarlet⁶⁴⁷, o problema é “saber quais direitos fundamentais efetivamente possuem um conteúdo em dignidade da pessoa humana, em outras palavras, se podem ser tidos como manifestação (exigência) direta, ou pelo menos, indireta desta dignidade”.

Registra Barreto⁶⁴⁸, nesse viés, que “A própria expansão do âmbito dos direitos humanos, englobando na sua regulamentação uma série de direitos que não se relacionam diretamente com a idéia de dignidade humana, suscitou diferentes tipos de problemas”. De modo que “os textos constitucionais definem de forma abrangente e incluem no estatuto especial dos direitos humanos uma variedade de direitos, que não se referem diretamente à dignidade do ser humano”⁶⁴⁹.

Acompanhando as questões contedísticas, poder-se-ia questionar, ainda, acerca da viabilidade – existindo dois direitos igualmente amparados sobre a idéia de dignidade humana – de que um venha a prevalecer sobre o outro. Em outras palavras, se é possível que a dignidade humana possa, ela também, ser *relativizada*, ou ainda,

⁶⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 121.

⁶⁴⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 524.

⁶⁴⁹ Idem, p. 525.

“até que ponto [...] pode efetivamente ser tida como absoluta, isto é, completamente infensa a qualquer tipo de restrição e/ou relativização”⁶⁵⁰.

Para chegar a tal assertiva, entretanto, Sarlet⁶⁵¹ não deixa de assentar, antes, o duplo caráter da dignidade, aferindo que esta possui “perspectiva dúplice [...] como elemento limitador e integrante (protetivo) dos direitos fundamentais”. Pelo vetor limitativo, portanto, seria pertinente questionar acerca da possibilidade de, “com o escopo de proteger a dignidade de alguém, afetar a dignidade do ofensor, que, pela sua condição humana, é igualmente digno, mas que, ao menos naquela circunstância, age de modo indigno e viola a dignidade dos seus semelhantes” – ainda que, no entanto, como giza o autor, “tal comportamento não resulte [...] na perda da dignidade”⁶⁵².

A questão é especialmente forte frente à dimensão intersubjetiva da dignidade⁶⁵³, assumindo relevância uma vez que se considere que todas as pessoas são iguais em dignidade, e, mais que isso, que a relação entre as pessoas faz parte da noção mesma de dignidade, na medida em que permite ao sujeito reconhecer em si a dignidade que percebe (e respeita) no outro. Sarlet⁶⁵⁴ apresenta o tema da seguinte maneira:

Sendo todas as pessoas iguais em dignidade (embora não se portem de modo igualmente digno) e existindo, portanto, um dever de respeito recíproco (de cada pessoa) da dignidade alheia (para além do dever de respeito e proteção do poder público e da sociedade), poder-se-á imaginar a hipótese de um conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas, impondo-se – também nestes casos – o estabelecimento de uma concordância prática (ou harmonização), que necessariamente implica a hierarquização (como sujeita Juarez Freitas) ou a ponderação (conforme prefere Alexy) dos bens em rota conflitiva, neste caso, do mesmo bem (dignidade) concretamente atribuído a dois ou mais titulares.

⁶⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 120.

⁶⁵¹ Idem, *ibidem*.

⁶⁵² Idem, p. 123.

⁶⁵³ O caráter intersubjetivo dos direitos humanos fica evidente na doutrina de Lèvinas (1997, p. 267): “Na boa filosofia, o que importa, sem dúvida, é não pensar os direitos do homem a partir de um Deus, desconhecido. É permitido aproximar a idéia de Deus, partindo do absoluto que se manifesta na relação a outrem”.

⁶⁵⁴ SARLET, op. cit., p. 121-122.

Chegado o momento de realizar a análise dos direitos reprodutivos, onde, no exemplo proposto do projeto monoparental feminino, estabelece-se um peculiar liame entre os direitos dos sujeitos (presentes e futuros) da relação parental, é bom que se tenha em mente as meditações aqui propostas.

3 DIREITOS REPRODUTIVOS: REPERCUSSÕES ÉTICAS E JURÍDICAS DO DIREITO DE PROCRIAR

Após transitar pelos domínios bioético e humanista, buscando neles encontrar um fundamento em comum – representado pela dignidade da pessoa humana –, que pudesse facilitar o enfrentamento transdisciplinar das questões complexas, inerentes ao mundo contemporâneo, coloca-se a presente pesquisa diante de um destes testemunhos da complexidade, manifesto nos direitos reprodutivos.

Como se adiantou já na introdução, os direitos reprodutivos têm traços que os tornam muito menos simples do que uma análise superficial poderia sugerir. Uma das principais amostras de sua natureza intrincada está na conexão com a tecnociência, por meio do aparato voltado ao controle e promoção da reprodução (e da saúde reprodutiva) humana.

A tecnociência, conforme se viu, possui uma dinâmica própria – veloz, circular e não planejada, tendente ao crescimento – que, aplicada à reprodução, é capaz de modificar e ampliar, a cada dia, os limites daquilo que o direito reprodutivo poderia significar. Para que tal interferência seja notada, sequer é necessária a apresentação de técnicas mirabolantes, bastando que se aumente ou que se faça novo uso das técnicas já disponíveis.

Isso fica bastante claro no caso da reprodução medicamente assistida – ou simplesmente *reprodução assistida*, definida por Badalotti⁶⁵⁵ como “um conjunto de técnicas laboratoriais que visa obter uma gestação substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo”. Com efeito, as técnicas de reprodução assistida que estavam vinculadas, a princípio, com o tratamento da esterilidade⁶⁵⁶, vêm hoje à cena não mais unicamente como recurso terapêutico, mas também como forma alternativa de acesso à reprodução. E, para que se tenha chegado neste ponto, a técnica em si não foi grandemente incrementada.

⁶⁵⁵ BADALOTTI, Mariângela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coords). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 153.

⁶⁵⁶ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999, p. 426.

Lembra Añón⁶⁵⁷, neste sentido, que a inseminação artificial em gado acontecia muito antes de sua generalização em seres humanos (portanto existia a técnica), sendo que há notícia de inseminações primitivas em mulheres já nos anos de 1776 e 1779⁶⁵⁸. Em 1884, o ginecologista Pancoast teria produzido a primeira gestação resultante de uma inseminação artificial com sêmen de outro que não o marido da mulher inseminada, o que se teria tornado uma prática sistemática, ainda que secreta, a partir de 1890, com Dickinson⁶⁵⁹. Anos mais tarde, a inseminação experimentaria um importante impulso com o congelamento de sêmen, realizada com sucesso em humanos em 1953, por Bunge e Sherman, técnica esta totalmente introduzida na prática clínica já a partir da década de 50, e com plena vigência desde os anos 70⁶⁶⁰.

Quanto à fecundação *in vitro* (ou extracorpórea), os primeiros êxitos teriam ocorrido em final dos anos 50, com animais, paralelamente às primeiras experiências de congelamento de embriões⁶⁶¹. Em humanos, o primeiro resultado positivo teria acontecido em julho de 1978, com o nascimento de Louise Brown – o primeiro “bebê de proveta” – promovido pelos cientistas britânicos Steptoe e Edwards⁶⁶². Em 1984, nasce Zoe Leyland, primeiro nascimento de embrião previamente congelado, resultante das experiências de Trouson e Mohr. E, três anos mais tarde, uma mulher sul-africana dá a luz a três bebês procedentes de óvulos de sua filha, tornando-se a primeira “mãe de substituição”⁶⁶³.

Como se vê, na temática da reprodução assistida, o uso (ou as expectativas de uso) atual da técnica é mais inovador do que a técnica em si: a novidade está na maneira com que a sociedade a incorpora, modificando-se a partir dela. Em outras

⁶⁵⁷ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho*: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trotta, 1999, p. 30.

⁶⁵⁸ Para situar o significado destas primeiras práticas da inseminação humana, Añón (1999, p. 30-31) apresenta dois dados. Primeiro, assinala o quão limitado era o conhecimento sobre a reprodução humana na época, posto que somente se chegou ao entendimento de que a fertilização consistia na união de um óvulo em um espermatozóide no último quarto do século XIX. E, por outro lado, o autor lembra que até o ano de 1677, quando John Ham afirmou que a esterilidade poderia decorrer também da ausência de espermatozoides, todo o tipo de esterilidade – com a conseqüente carga de rechaço social e conjugal que esta supunha – era atribuído exclusivamente à mulher. Aliás, segundo Añón (1999, p. 31), esta foi uma crença que se perpetuou durante ainda muito tempo, vez que estes primeiros casos de inseminação artificial eram dirigidos não à esterilidade masculina – para o que a técnica não era sequer cogitada –, mas sim para resolver certos “problemas femininos”.

⁶⁵⁹ AÑÓN, op. cit., p. 30-31.

⁶⁶⁰ Idem, p. 32.

⁶⁶¹ Idem, p. 33.

⁶⁶² Idem, ibidem.

⁶⁶³ Idem, p. 34.

palavras, a relevância dos avanços tecnocientíficos na vida humana não é aferida necessariamente pela dificuldade ou excentricidade da criação científica, mas pelos efeitos sociais provocados por sua aplicação.

É este o entendimento de Añón⁶⁶⁴, quando assevera que: “La verosimilitud de la perspectiva de las nuevas tecnologías reproductivas como vanguardia de las ciencias de la vida es más cierta desde el punto de vista social que del científico”. Reconhece o autor, desse modo, que não se pode considerar, do ponto de vista científico-biológico, que as tecnologias reprodutivas ocupem um lugar de vanguarda, ou que sejam expressão dos desenvolvimentos mais revolucionários. Mas, em contrapartida, do ponto de vista do impacto social do desenvolvimento das ciências da vida, tal posição de vanguarda dificilmente poderia ser negada.

Pelo viés da repercussão social, é possível observar a importância das conquistas tecnocientíficas na reprodução humana em duas etapas principais: primeiro, na forma de novos e revolucionários métodos anticoncepcionais; mais tarde, com a introdução de novas técnicas de reprodução medicamente assistida⁶⁶⁵. Nos dois casos, a disponibilização da técnica é apontada como epicentro de significativas transformações sociais.

Nesse rumo, refere Giddens⁶⁶⁶, quanto à contracepção efetiva, que esta “significava mais que uma capacidade aumentada de limitar a gravidez”. Associada a um movimento a favor do planejamento familiar, intensificado após a Primeira Guerra Mundial, a introdução de métodos anticoncepcionais eficazes afetou o tamanho da família e marcou uma transição na vida pessoal. A partir daí, “A sexualidade passou a fazer parte de uma progressiva diferenciação entre sexo e as exigências da reprodução”, diferenciação esta que, com a elaboração adicional de tecnologias reprodutivas, “hoje em dia tornou-se completa”.

Das técnicas de reprodução assistida, por outro lado, diz-se que, além de representarem “uma ‘liberação’ final para a sexualidade”, já que a reprodução pode

⁶⁶⁴ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho*: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trotta, 1999, p. 16.

⁶⁶⁵ Idem, p. 30.

⁶⁶⁶ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade*: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista (UNESP), 1993, p. 37.

ocorrer mesmo na ausência de atividade sexual⁶⁶⁷, provocam toda sorte de transformações na estrutura social. Brauner⁶⁶⁸, por exemplo, adiantando alguns juízos de valor sobre o tema, calcula que a biociência, tendo proporcionado ao homem a possibilidade de dominar os processos biológicos reprodutivos, modificou seu comportamento frente à sexualidade e à reprodução, instalando

uma mudança permanente de modo a perceber-se a erosão de valores sociais, na busca da satisfação individual, estabelecendo uma transformação de estilos de vida associada a uma ideologia de consumo, predominando a idéia de realização de todos os direitos e desejos do indivíduo, a partir da ênfase do individual e das preocupações hedonistas⁶⁶⁹.

Añón⁶⁷⁰, por seu turno, reflete que com ditas técnicas seria possível antever modificações sobre o humano e sobre os seres humanos, não apenas de forma material – sobre o corpo humano –, mas também simbólica – sobre as formas de representação dos seres humanos ou sobre as instituições culturais (inclusive jurídicas), com as quais se apreendem e institucionalizam as relações naturais dos indivíduos, ou destes com o meio.

Pois é exatamente este o ponto que se quer salientar: na medida em que o comportamento do homem perante a reprodução modifica-se, com ele alteram-se também as instituições sociais que servem como modelos através dos quais a sociedade organiza-se – e o Direito atua. De modo direto, é possível notar, por exemplo, como a introdução da tecnologia reprodutiva altera os pressupostos conformadores da família tradicional, em especial das relações de parentesco.

São reflexos dessa ordem que exigem uma observação e um acompanhamento mais intensos da inserção da tecnologia no âmbito reprodutivo. Aliás, não fossem os resultados sociais da tecnologia a dar visibilidade às questões relativas à reprodução, e provavelmente a própria construção da idéia de direitos reprodutivos estaria

⁶⁶⁷ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista (UNESP), 1993, p. 37.

⁶⁶⁸ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, não paginado.

⁶⁶⁹ Idem, não paginado.

⁶⁷⁰ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999, p. 17.

comprometida, visto que “não é imediato ou lógico imaginar que um impulso possa ser regulamentado”, conforme aduz Villela⁶⁷¹, ao tratar da forma pela qual o senso comum (ainda) apreende as noções de sexo e reprodução, como sendo “impulsos naturais”.

Se até aqui ficou claro que a tecnologia auxilia, e de certa forma instiga, a que o comportamento individual e, em conseqüência, social, altere-se, inclusive no que diz respeito à reprodução, este é o momento de perceber que a disponibilidade da tecnologia é *um* dos fatores que contribui para a elaboração dos direitos reprodutivos, mas não o único.

Há pelo menos um outro aspecto que merece atenção, e que se refere à existência de uma situação social favorável a sua própria transformação. Além da presença de grupos organizados interessados na promoção das tecnologias reprodutivas – como os médicos e investigadores, ou a indústria, lembrados por Añón⁶⁷² –, que colaboram para o estabelecimento de uma mentalidade propícia à absorção tecnológica, registra-se ainda uma outra espécie de movimento.

Nele, as possibilidades introduzidas pela tecnologia provocam mais do que mudanças furtivas, percebidas somente depois de instauradas. Antes disso, convergem com antigas reivindicações, tornando-se instrumentos facilitadores de mudanças ansiadas. Dito de outro modo, em um certo momento a própria sociedade (ou parte dela) clama por mudanças relativas (também) à reprodução, e conta com o auxílio da tecnologia para promovê-las.

Fala-se aqui do movimento feminista, um dos protagonistas da história recente de conquistas das mulheres⁶⁷³, no interior do qual os avanços tecnocientíficos fortalecem o discurso pela autonomia da mulher perante a sexualidade e a reprodução. Por esta trilha, os direitos reprodutivos (e sexuais, como se verá) são apontados como fruto da contribuição dos movimentos feministas mundiais que introduziram a discussão dos padrões socioculturais vigentes em relação à vida sexual e à reprodução

⁶⁷¹ VILLELA, Wilsa Vieira. Direitos Sexuais e Reprodutivos: afinal, de que falamos? In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 84.

⁶⁷² AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999.

⁶⁷³ VILLELA, op. cit., p. 81.

humana, e que resultaram, conseqüentemente, em conquistas concretas para as mulheres⁶⁷⁴.

Para que, no final do capítulo, se proceda à análise dos direitos reprodutivos pelo prisma da dignidade da pessoa humana (na bioética e nos direitos humanos), um primeiro passo, portanto, é revelar a origem e o fundamento dos direitos reprodutivos, dando atenção ao fato de que, no percurso que levou à elaboração de tais direitos, a presença do movimento feminista foi essencial. É o que se verá a seguir.

3.1 ORIGEM E FUNDAMENTOS DOS DIREITOS (HUMANOS) REPRODUTIVOS: COINCIDÊNCIAS COM A TRAJETÓRIA FEMINISTA

Subjacente à afirmação de que os direitos reprodutivos são resultado de reivindicações femininas (ou feministas, melhor dizendo), está o reconhecimento da necessidade, ou no mínimo da pertinência, de que tais direitos tenham sido reclamados *pelos mulheres*. Essa idéia vem apoiada em evidências que dão conta de uma tradição de primazia masculina e submissão feminina traduzida em manifestações de violência contra a mulher, não apenas física, mas também *simbólica*, para usar a expressão de Bourdieu⁶⁷⁵.

Dita violência simbólica, na lição do autor,

se institui por intermédio da adesão que o dominando não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais que de instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem esta relação ser vista como natural; ou, em outros termos, quando os esquemas que ele põe em ação para se ver e se avaliar, ou para ver e avaliar os dominantes [...], resultam da incorporação de classificações, assim naturalizadas, de que seu ser social é produto⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 8.

⁶⁷⁵ BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

⁶⁷⁶ Idem, p. 47.

Conforme Bourdieu⁶⁷⁷, o efeito dessa dominação simbólica, seja ela de etnia, gênero, cultura, língua, ou outro, não se dá na lógica pura das consciências cognoscentes, mas através de esquemas de percepção constitutivos do *habitus*, e que fundamentam uma relação de conhecimento obscura a ela mesma. A força simbólica exerceria, desse modo, um poder direto sobre os corpos, “como que por magia”, sem qualquer coação física; mas essa magia, diz o autor, “só atua com o apoio de predisposições colocadas, como molas propulsoras, na zona mais profunda dos corpos”.

Nesse sentido, a reconstituição histórica da posição social ocupada pela mulher – de como é percebida, e de como percebe a si mesma em sociedade – embora possa ser realizada de diversas maneiras, cada qual enfatizando determinado aspecto, acaba, de modo geral, levando à conclusão de que a mulher se encontra em condição acentuadamente desprivilegiada frente ao homem. E, de modo muito explícito, revela como tal disparidade é construída – e incessantemente reproduzida, inclusive por meio da família, da igreja, da escola e do Estado⁶⁷⁸ –, justificando-se através da separação biológica dos sexos.

Bourdieu⁶⁷⁹, por exemplo, faz um estudo da dominação masculina por meio daquilo que nomeia de “construção social dos órgãos sexuais”. Observa o autor que a oposição masculino/feminino, elaborada a partir de um processo que acentua diferenças e obscurece semelhanças, registra algo mais do que as perceptíveis diferenças naturais entre os sexos.

No entendimento do autor, os esquemas de pensamento de aplicação universal, nos quais a oposição masculino/feminino está inserida – formados por um “sistema de oposições homólogas, alto/baixo, em cima/embaixo, na frente/atrás, direita/esquerda, reto/curvo (e falso), seco/úmido, duro/mole, temperado/insosso, claro/escuro, fora (público)/dentro (privado) etc. [...]” –, apreendem o mundo social e suas arbitrárias divisões, a começar pela divisão entre os sexos, como naturais, evidentes, adquirindo,

⁶⁷⁷ BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 49-50.

⁶⁷⁸ Idem.

⁶⁷⁹ Idem, p. 22-23.

assim, todo um reconhecimento de legitimação, que acaba por encobrir a relação social de dominação que está em sua base⁶⁸⁰.

Para Bourdieu⁶⁸¹, “A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la”. A ordem social seria, nesse esteio, “uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça”^{682 683}. Em suma:

O mundo constrói o corpo como realidade sexuada e como depositário de princípios de visão e de divisão sexualizantes. [...] A diferença *biológica* entre os *sexos*, isto é, entre o corpo masculino e o corpo feminino, e, especificamente, a diferença *anatômica* entre os órgãos sexuais, pode assim ser vista como justificativa natural da diferença construída entre os *gêneros* e, principalmente, da divisão social do trabalho⁶⁸⁴.

Já para Pateman⁶⁸⁵, a condição de sujeição da mulher deita raízes na história (real ou hipotética, como trata de dizer) sobre a fundação de uma nova forma de sociedade civil e de direito político por meio do contrato social. De acordo com a autora, nas descrições clássicas do estado natural – que antecede ao contrato original – já haveria um tipo de sujeição entre homens e mulheres, posto que os teóricos clássicos, à exceção de Hobbes, não teriam considerado as mulheres como possuidoras dos mesmos atributos e capacidades dos “indivíduos”. Portanto, as mulheres não teriam participado do contrato original. Mais que isso, seriam o objeto do contrato⁶⁸⁶.

Desse modo, o pacto original seria “tanto um contrato sexual quanto social”: “é sexual no sentido de patriarcal – isto é, o contrato cria o direito político dos homens sobre as mulheres –, e também sexual no sentido do estabelecimento de um acesso

⁶⁸⁰ BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 16-17.

⁶⁸¹ Idem, p. 18.

⁶⁸² O autor ilustra a forma pela qual a dominação masculina é ratificada pela ordem social a partir dos seguintes exemplos: “é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembléia ou de mercado, reservado aos homens, e a casa, reservada às mulheres; ou, no interior, desta, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, a jornada, o ano agrário, ou o ciclo de vida, com momentos de ruptura, masculinos, e longos períodos de gestação, femininos” (BOURDIEU, 1999, p. 18).

⁶⁸³ BOURDIEU, op. cit., p. 18.

⁶⁸⁴ Idem, p. 20.

⁶⁸⁵ PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

⁶⁸⁶ Idem, p. 21.

sistemático dos homens aos corpos das mulheres”⁶⁸⁷. Os contratos que daí se seguem, como o de matrimônio ou casamento, continuam reproduzindo a lógica patriarcal, recolhendo a mulher à esfera privada e instituindo uma divisão sexual do trabalho no casamento. Na interpretação de Zilboorg, reproduzida pela autora, as mulheres, nesta cena primária, seriam “escravas sexuais e econômicas da família”, o que seguiria ocorrendo, em certa medida, uma vez que o casamento ainda seria economicamente vantajoso para as mulheres, estas alocadas em profissões de *status* inferior e mal remuneradas, como diz Pateman⁶⁸⁸.

Giddens⁶⁸⁹, por sua vez, percebe a subordinação feminina como resultado da construção social da sexualidade. De acordo com o autor, o prazer erótico transformase em sexualidade na medida em que a investigação acerca do assunto resulta em textos, manuais e estudos que distinguem a “sexualidade normal” de seus domínios patológicos⁶⁹⁰. Ou seja, a sexualidade não seria simplesmente um conjunto de estímulos biológicos que encontram ou não uma liberação direta, mas sim “uma elaboração social que opera dentro dos campos do poder”⁶⁹¹.

Sendo assim, vários discursos teriam sido criados sobre o sexo no decorrer do século XIX, dentre os quais um a respeito das mulheres, no qual “A sexualidade feminina foi reconhecida e imediatamente reprimida – tratada como a origem patológica da histeria”. Discursos haveriam sido destinados também ao casamento e à família, pregando a responsabilidade e o autocontrole do sexo no casamento, e desencorajando a contracepção já que se supunha que “o controle da dimensão da família devesse emergir espontaneamente da busca disciplinada pelo prazer”⁶⁹².

A idéia de “amor romântico”, desenvolvida a partir do final do século XVIII, com a incorporação de valores morais da cristandade a elementos do amor apaixonado, teria contribuído para a que se estabelecesse um ideal de relação no qual o “amor

⁶⁸⁷ PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 17.

⁶⁸⁸ Idem, p. 197.

⁶⁸⁹ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista (UNESP), 1993.

⁶⁹⁰ Idem, p. 30.

⁶⁹¹ Idem, p. 33.

⁶⁹² Idem, p. 30-31.

sublime” predominaria sobre o ardor sexual⁶⁹³ ⁶⁹⁴. Aliadas à noção de romance, estariam ainda outras elaborações, todas claramente associadas à subordinação da mulher ao lar e ao seu relativo isolamento do mundo exterior, como é o caso da “invenção da maternidade”. Na medida em que o tamanho das famílias diminui e as crianças são identificadas como vulneráveis, necessitando de “treinamento emocional a longo prazo”, o controle da mulher sobre a família aumenta, e a maternidade é idealizada, reforçando a imagem da “esposa e mãe” e “o modelo de ‘dois sexos’ das atividades e dos sentimentos”. Mais do que isso, a maternidade é associada à feminilidade, como sendo uma qualidade da personalidade⁶⁹⁵.

Em qualquer das versões ora apresentadas, e em outras mais que se pudesse apontar, um elemento comum pode ser notado nas teorias acerca da construção (social) dos papéis destinados ao homem e à mulher na sociedade. Ainda que com argumentos diversos, em geral o que se pretende revelar é a maneira pela qual o sexo, ou a biologia, tornou-se suficiente para justificar a ocupação de posições sociais desiguais pelo homem e pela mulher, como se estas lhes fossem naturais. Dito de outro modo, o objetivo é perceber o modo pelo qual se instituiu uma “natural” submissão da mulher ao homem, como se esta decorresse de uma impostura biológica ou de uma imanente condição do feminino. Disso resulta o que comumente é reputado de questão de *gênero*.

Pateman⁶⁹⁶ registra que o termo “gênero”, apesar de bastante divulgado, resta inoperante quando usado, inadequadamente, como sinônimo de “mulheres”. Esclarece, portanto, que “Falar em gênero, em vez de se falar de sexo, indica que a condição das mulheres não está determinada pela natureza, pela biologia ou pelo sexo, mas é resultante de uma invenção social e política”.

⁶⁹³ Giddens (1993, p. 10) descreve o “ethos do amor romântico” como tendo um impacto duplo sobre a situação das mulheres: por um lado, colocaria as mulheres “em seu lugar” – o lar; por outro, poderia significar um compromisso ativo e radical com o machismo da sociedade moderna.

⁶⁹⁴ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista (UNESP), 1993, p. 50-51.

⁶⁹⁵ Idem, p. 53-54.

⁶⁹⁶ PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 330.

No entender de Brauner⁶⁹⁷, a utilização da categoria de gênero tem o intuito de “compreender as designações e os pressupostos relativos ao sexo biológico como elemento definidor de características, qualidades e potencialidades de homens e mulheres, através da história e das diferenças culturais”.

Oliveira⁶⁹⁸, compreende, em igual sentido, que gênero “é uma categoria analítica”, que “trata do significado político, econômico, cultural e social da feminilidade e da masculinidade”. Portanto, conforme a autora, “quando dizemos opressão de gênero, estamos falando da opressão do sexo feminino e, ao mesmo tempo, tornando visível e questionando os privilégios masculinos”⁶⁹⁹.

Por fim, de forma sucinta, Grossi⁷⁰⁰ explica que gênero é “a forma como diferentes sociedades definem os papéis e lugares simbólicos de homens e mulheres”.

Pois é este o tema que ocupa o feminismo, desde o surgimento da “consciência de gênero”, na França e na Inglaterra, especialmente após a Revolução Francesa, quando os ideais de liberdade, igualdade e solidariedade teriam criado uma expectativa frustrada de inclusão das mulheres, o que impôs que tais direitos passassem a ser reivindicados como forma de reação, criando as bases para o movimento feminista⁷⁰¹.

No início do século XIX, e ao longo do século XX, duas foram as grandes lutas pela igualdade entre homens e mulheres, de acordo com Grossi⁷⁰²: a luta pelo voto e a luta trazida pelo movimento socialista de igualdade das mulheres no trabalho. Agora, neste início de milênio,

⁶⁹⁷ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana*: conquistas médicas e debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.

⁶⁹⁸ OLIVEIRA, Fátima. Direitos Humanos, Bioética, Gênero e Feminismo. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo; LAPA, Fernanda Brandão (Orgs.). *Bioética e Direitos Humanos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 92.

⁶⁹⁹ Idem, *ibidem*.

⁷⁰⁰ GROSSI, Miriam Pillar. Sexualidade e Reprodução Assistida, Direitos e Gênero. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo; LAPA, Fernanda Brandão (Orgs.). *Bioética e Direitos Humanos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 119.

⁷⁰¹ BRAUNER, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁰² GROSSI, *op. cit.*, p. 120-121.

o feminismo traz à ordem pública questões relegadas até então à ordem do privado, como a sexualidade e os sentimentos ligados a ela (amor, paixão, desejo) e à reprodução humana, espaço simbólico até recentemente entendido como de domínio exclusivo das mulheres (para o bem, quando tinham filhos, ou para o mal, quando eram consideradas inférteis)⁷⁰³.

A imbricação entre direitos reprodutivos e direitos da mulher pode ser notada também na exposição de Dora⁷⁰⁴, que percebe nos movimentos trabalhista e sufragista contribuições para a edificação do conceito de direitos reprodutivos:

O conceito de direitos reprodutivos critica o fato de que, embora as políticas demográficas tenham tradicionalmente sido destinadas às mulheres, que apareciam para a sociedade como os corpos que precisam ser regulados, ou controlados, as decisões tomadas não consultavam seus interesses ou opiniões. A partir desta crítica gesta-se o princípio de que, na vida reprodutiva, existem direitos a serem respeitados, mantidos ou ampliados. Estes são os direitos reprodutivos! Foram necessárias várias décadas de reivindicações e lutas durante o século XX para a construção deste conceito, a partir de pautas como proteção à maternidade no trabalho (regulada pela Convenção nº 3 da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, que ajudou a alterar a situação dramática de exploração a que mulheres grávidas eram submetidas). Também o movimento sufragista, além do direito ao voto, incluía o tema do acesso à educação para as mulheres e da autonomia para regulação da fecundidade, bandeira das mulheres até hoje.

A inclusão dos temas da sexualidade e da reprodução na agenda feminista pode ser justificada, portanto, pela forte carga simbólica que ambas as instâncias possuem no ideário que sustenta a desigual construção social dos papéis feminino e masculino. Com efeito, a sexualidade e a reprodução são apreendidas em um circuito de estruturas que subjuga a mulher, inclusive nestas instâncias, e que acaba por fazer delas as “principais vítimas da falta de direitos reprodutivos”⁷⁰⁵.

⁷⁰³ GROSSI, Miriam Pillar. Sexualidade e Reprodução Assistida, Direitos e Gênero. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo; LAPA, Fernanda Brandão (Orgs.). *Bioética e Direitos Humanos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 121.

⁷⁰⁴ DORA, Denise Dourado. No Fio da Navalha. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch da (Orgs.). *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, 1998, p. 37-38.

⁷⁰⁵ ALVES, José Eustáquio Diniz. *Direito Reprodutivo: o filho caçula dos Direitos Humanos*, [s. d.]. Disponível em <<http://www.dawn.org.br>>. Acesso em: 16 nov. 2005, p. 3.

Brauner⁷⁰⁶ indica, neste sentido, que o exercício da sexualidade e os cuidados reprodutivos têm impacto diferente para homens e mulheres. Assevera a autora, por exemplo, ao perquirir acerca das dificuldades pelas quais passam as mulheres no “mundo moderno”, que estas “assumem isoladamente a responsabilidade pelas conseqüências ligadas ao exercício da sexualidade”⁷⁰⁷.

Revela, a esse respeito, que na América Latina em torno de 80% dos casos a responsabilidade pela contracepção incumbe exclusivamente às mulheres, dado este que, segundo a autora “comprova que as mulheres são tratadas em uma relação de extrema desigualdade, assumindo isoladamente a responsabilidade da contracepção que, em última análise, é de ambos: do homem e da mulher”⁷⁰⁸. Para Cook⁷⁰⁹, a eliminação da estereotipia sexual e a conquista da liberdade sexual passam exatamente por esta aceitação por parte dos homens, em conjunto com as mulheres, da responsabilidade de tomar providências contra a gravidez não-desejada e as doenças sexualmente transmissíveis.

Outro indício da desigualdade trazido por Brauner⁷¹⁰ é o do número crescente de esterilizações de mulheres, com a decorrente falta de estímulo à utilização de métodos reversíveis de contracepção. A autora suspeita que isso se deva ao fato de que, em muitos casos, “elas são obrigadas a arcarem sozinhas com o sustento, guarda e educação dos filhos, que não são reconhecidos pelos pais, justamente porque estes têm a intenção de ficarem isentos de colaborar no sustento do filho, eximindo-se de prestar alimentos”⁷¹¹.

Portanto, o que se vê é que os direitos reprodutivos assumem parte em uma pauta geral de reivindicações pelos direitos da mulher, que procura eliminar a vulnerabilidade desta e, simultaneamente, promover a igualdade com o homem. E, na trajetória do reconhecimento dos direitos da mulher, em sentido amplo, destaca-se a

⁷⁰⁶ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁷⁰⁷ Idem, p. 8.

⁷⁰⁸ Idem, p. 10.

⁷⁰⁹ COOK, Rebeca J. Estimulando a Efetivação dos Direitos Reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 34.

⁷¹⁰ BRAUNER, op. cit., p. 10.

⁷¹¹ Idem, p. 11.

influência dos movimentos feministas tradicionais, ou, segundo Flores⁷¹², de uma teoria feminista de corte mais político, que denuncia os princípios nos quais se fundava o patriarcalismo (este definido como uma tradição cultural), sendo eles: (a) dominação, que nasce de diferenciações discriminatórias entre mulheres e homens, entre trabalhadores e capital, entre imigrantes e cidadãos, um relegando ao outro, excluindo, nomeando-o como inferior e tornando-o quase invisível, anulando-o e escravizando-o; (b) complementariedade, ou individuação, a partir da qual o dominado aceita a situação de inferioridade, reforçando sua identidade através do sentimento inevitável de pertencimento a algo ou a alguém; e (c) necessidade, que nasce na aceitação pelas mulheres de seu pertencimento a um grupo “naturalizado” e “inferiorizado” submisso ao masculino, o que as impede de articular pontos de vida próprios e traçar alternativas para além dos princípios anteriores.

Observa-se até este ponto que, por estarem fortemente ligadas nas preocupações feministas, a sexualidade e a reprodução acabam sendo freqüentemente trazidas ao debate também de forma conjunta. Isto cria um sentido de unidade que dificulta a percepção de que se tratam de dois temas distintos, ainda que, evidentemente, próximos. Diz Brauner⁷¹³, por exemplo, que os direitos *reprodutivos* “envolvem essencialmente a noção de *sexualidade*” [grifou-se], englobando não apenas questões ligadas ao “funcionamento do aparelho genital e do processo reprodutivo”, mas também, de modo mais abrangente, “a idéia ligada à busca do prazer, reconhecendo a vida sexual gratificante como um direito de cada cidadão, homem e mulher, não mais se concebendo a sexualidade como uma mera necessidade biológica”.

Todavia, apesar de serem temas afins, não se pode, por isso, deixar que se confundam – e é bom que se os diferencie desde logo, já que a presente pesquisa trata, de modo específico, dos direitos reprodutivos (ainda que não se possa evitar que, ao trazer a contribuição de alguns autores, ambos apareçam associados). De acordo com este entendimento, Villela⁷¹⁴ cuida de separar os significados de sexo e reprodução,

⁷¹² FLORES, Joaquín Herrera. Feminismo y Materialismo: Hacia la Construcción de un “Espacio Social Ampliado”. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 325.

⁷¹³ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 9.

⁷¹⁴ VILLELA, Wilsa Vieira. Direitos Sexuais e Reprodutivos: afinal, de que falamos? In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 84.

alegando que, embora exista continuidade e contigüidade entre as duas idéias, tratam-se de construções e valores socioculturais, econômicos e subjetivos radicalmente diferentes.

Esclarece a autora:

A idéia de reprodução ocupa um lugar no nosso pensamento e no simbólico da cultura que não é o mesmo daquele ocupado pela sexualidade. A primeira evoca os sentidos de família, herança e transmissão, enquanto a segunda ressoa numa extensa faixa de significados que incluem amor e compromisso emocional, prazer, pecado, perigo e, cada vez mais, violência⁷¹⁵.

Ainda segundo Villela⁷¹⁶, a literatura feminista teria buscado, nos últimos vinte anos, justamente separar as idéias de reprodução e procriação de sexo e sexualidade. Isso para que ficasse claro que “a capacidade fisiológica das mulheres para gestar, parir e aleitar não define um dever sócio-cultural desses sujeitos(as), e muito menos pode ser tomado como pretexto para seu aprisionamento e subordinação social”^{717 718}. Diante de tal motivação feminista de disjunção entre sexualidade e reprodução, é possível entender, inclusive corroborando o que se disse antes, o furor causado pela disponibilização de aparatos contraceptivos e técnicas de reprodução, já que materializam a separação pretendida pelas mulheres⁷¹⁹. Apesar disso, a autora nota que a “noção de que sexo é um instinto e a reprodução um dever e um desejo constitutivo da identidade das mulheres persiste no senso comum, impregnando inclusive, as práticas de saúde e do direito”^{720 721}.

⁷¹⁵ VILLELA, Wilsa Vieira. Direitos Sexuais e Reprodutivos: afinal, de que falamos? In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 84.

⁷¹⁶ Idem, p. 83.

⁷¹⁷ Essa liberação da sexualidade frente às necessidades reprodutivas é o que Giddens (1993, p. 10) chama de “sexualidade plástica”, que pode ser caracterizada como um traço da personalidade. Refere o autor que, hoje em dia, a sexualidade “É algo que cada um de nós ‘tem’ ou cultiva, não mais uma condição natural que um indivíduo aceita como um estado de coisas preestabelecido” (GIDDENS, 1993, p. 25).

⁷¹⁸ VILLELA, op. cit., p. 88.

⁷¹⁹ Ainda segundo Villela (2002, p. 88), “é a entrada maciça das mulheres no mercado de trabalho que determina a aceleração na produção e na circulação de meios de regulação de fecundidade, o que, por arrastamento, possibilita às mulheres separar sexualidade e reprodução. Pela primeira vez na história as mulheres têm a chance de controlar a sua fecundidade e subsistir independentemente de um homem, já podendo então ser designadas por algo mais do que mães”.

⁷²⁰ VILLELA, op. cit., p. 83.

⁷²¹ A persistência de tais noções é atribuída por Villela (2002, p. 84), em consonância com as lições de Bourdieu (1999) antes referidas, ao fato de a sociedade organizar-se a partir das estruturas tradicionais de gênero, que

Dando ênfase, a partir daqui, à temática dos direitos reprodutivos, incumbe delimitar no que consistem e de que maneira se associam aos direitos humanos. As respostas estão entrelaçadas, pelo que, buscando situar os direitos reprodutivos em face dos direitos humanos, chegar-se-á também a uma delimitação de seu conteúdo.

3.1.1 Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos

Uma vez assentado que a temática relativa à reprodução humana faz parte das demandas feministas da atualidade, interessa agora perceber em que ponto, e de que modo, tais reivindicações passam a ser tratadas publicamente na forma de direitos. A aproximação mais freqüente do tema passa pela caracterização dos direitos reprodutivos como direitos humanos e, por esta via, mostram-se algumas das aquisições em direitos positivados no interior dos Estados.

Cook⁷²² entende, neste sentido, que os direitos humanos

quer se encontrem em constituições nacionais ou regionais, quer em tratados internacionais de direitos humanos – são meios pelos quais as leis e políticas que protegem o respeito à determinação reprodutiva podem ser incrementadas, e normas que inibem a auto-determinação reprodutiva reformadas.

Tal percepção teria emergido, de acordo com a autora, durante as preparações da Conferência das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento havida em 1994 no Cairo (Conferência do Cairo), cristalizando-se no Programa de Ação do Cairo, e expandindo-se por meio da Quarta Conferência da ONU sobre a Mulher, em Pequim, no ano de 1995 (Conferência de Pequim), e da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim^{723 724}.

caucionam as representações do senso comum e “conformam subjetividades, de modo que, no cotidiano, agimos e reagimos em função destas estruturas”.

⁷²² COOK, Rebeca J. Estimulando a Efetivação dos Direitos Reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 15.

⁷²³ Tal Declaração, privilegiando as temáticas atinentes à igualdade feminina, reconhece que “a situação da mulher progrediu em alguns e importantes sentidos na última década”, mas que, contudo, “o progresso tem sido irregular, as desigualdades entre homens e mulheres continuam e ainda permanecem grandes obstáculos, cujas implicações têm sérias conseqüências sobre o bem-estar de todos” (número “5”). Aduz, ainda, que “O reconhecimento tácito e a reafirmação do direito de todas as mulheres de disporem de todos os aspectos de

No Programa (ou Plano de Ação) do Cairo, “184 Estados *reconheceram, pela primeira vez, os direitos reprodutivos como direitos humanos*” [sem grifo no original], de acordo com Piovesan⁷²⁵. Neste documento encontra-se a primeira referência expressa, dentre os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aos direitos reprodutivos. Ao estabelecer bases para ação referente aos direitos reprodutivos e saúde reprodutiva, tais direitos são definidos no Programa do Cairo nos seguintes termos:

7.2 A saúde reprodutiva é um estado geral de bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de enfermidades ou doenças, em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo suas funções e processos. Conseqüentemente, a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos e de procriar, e a liberdade para poder escolher entre fazê-lo ou não, quando e com que freqüência. Nesta última condição encontram-se implícitos os direitos do homem e da mulher de obter informação e de planejar a família de sua escolha, bem como de fazer uso de métodos para regulação da fecundidade que não estejam legalmente proibidos, de ter acesso a métodos seguros, eficazes, exequíveis e aceitáveis, o direito de receber serviços apropriados de atenção à saúde que permitam gravidez e partos sem riscos e ofereçam aos casais as melhores possibilidades de terem filhos sadios. Define-se como atendimento à saúde reprodutiva o conjunto de métodos, técnicas e serviços que contribuam à saúde e ao bem-estar reprodutivos. Inclui também a saúde sexual, cujo objetivo é o desenvolvimento da vida e das relações pessoais, não somente o aconselhamento e a atenção referentes à reprodução e as doenças sexualmente transmissíveis.

Definidos os direitos reprodutivos, o programa de ação prossegue assentando, no §7.3, que “os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos nas leis nacionais, nos documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos pertinentes das Nações Unidas aprovados por consenso”, e que têm base

sua saúde, em especial de sua própria fertilidade, é essencial à sua capacitação” (número “17”). Vale dizer que as citações de trechos de Declarações, Convenções, Tratados e Programas de Ação resultantes das Conferências Mundiais são realizadas a partir dos textos compilados pelo grupo THEMIS (1997).

⁷²⁴ COOK, Rebeca J. Estimulando a Efetivação dos Direitos Reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 13-14.

⁷²⁵ PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 76.

no reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente o número de filhos e o intervalo entre eles⁷²⁶, a dispor da informação e dos meios para tal e o direito de alcançar o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também o direito a tomar decisões referentes à reprodução sem sofrer discriminação, coação nem violência, conforme estabelecido nos documentos dos direitos humanos. No exercício deste direito, os casais e os indivíduos devem levar em consideração as necessidades de seus filhos já nascidos e futuros e suas obrigações com a comunidade. A promoção do exercício responsável desses direitos de todos deve ser a base primordial das políticas e programas estatais e comunitários no âmbito da saúde reprodutiva incluindo o planejamento familiar. [...]

O movimento de proteção e promoção dos direitos à saúde reprodutiva e sexual iniciado na Conferência do Cairo (seguida pela de Pequim) teria sido posteriormente ampliado através de diligências da ONU e de organizações não-governamentais, incluindo-se grupos de mulheres, associações médicas e comunidades acadêmicas, e ganhado reforço com o desenvolvimento de pesquisas acerca das perspectivas da mulher quanto aos seus direitos reprodutivos, e acerca dos desafios representados pela proteção dos direitos reprodutivos em diversas regiões⁷²⁷. Esta confluência de fatores é o que Cook⁷²⁸ nomeia de “Processo do Cairo”.

A partir dele, uma nova estratégia teria sido lançada para o tratamento das questões populacionais, na qual os esforços concentram-se em atender às “necessidades e preferências de saúde reprodutiva de mulheres e homens individuais”, e não mais em atingir objetivos demográficos⁷²⁹ 730. Em igual sentido, acentua Brauner⁷³¹, em relação à Conferência do Cairo, que nela as premissas meramente demográficas foram abandonadas, tendo sido adotadas políticas orientadas pelos direitos humanos e sociais e pela igualdade entre os gêneros.

⁷²⁶ A orientação é repetida no parágrafo 7.2, que trata do planejamento familiar: “O objetivo dos programas de planejamento familiar deve ser permitir aos casais e aos indivíduos que possam decidir de uma maneira livre e responsável o número e a frequência de seus filhos, e obter a informação e os meios desejados para fazê-lo, garantindo que exerçam suas opções com conhecimento de causa e disponham de uma ampla variedade de métodos seguros e eficazes. [...]”

⁷²⁷ COOK, Rebeca J. Estimulando a Efetivação dos Direitos Reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 14-15.

⁷²⁸ Idem, p. 15.

⁷²⁹ Para tal estratégia, Cook (2002, p. 18) aponta como fundamental o “empoderamento” das mulheres no seio de suas famílias e comunidades, bem como a proteção dos seus direitos humanos, em particular aqueles relevantes para sua saúde reprodutiva e sexual.

⁷³⁰ COOK, op. cit., p. 18.

⁷³¹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12.

Nada obstante o fato de que, com os documentos do Cairo e de Pequim, foram dados “passos importantes na direção de incorporar direitos reprodutivos em normas legais internacionais”⁷³², há que se atentar para o fato de que tais documentos não são “normas legais internacionais” propriamente ditas. Em outras palavras, não são tratados internacionais, mas sim *declarações*, como lembra Piovesan⁷³³.

Portanto, o valor jurídico que possuem – “na medida em que deles [dos documentos do Cairo e de Pequim] se extraem princípios internacionais que constituem importantes fontes do Direito Internacional, a nortear e orientar a interpretação e aplicação do Direito”⁷³⁴ – não se institui de forma direta, impositiva. Aparece, isto sim, como resultado de uma determinada compreensão do sistema de proteção aos direitos humanos que leva a crer que os direitos reprodutivos podem ser protegidos por meio de “vários direitos humanos específicos e legalmente estabelecidos”⁷³⁵.

Por esta perspectiva, em toda a trajetória dos direitos humanos poderiam ser recolhidos fundamentos para que, por um lado, os direitos da mulher merecessem atenção especial e, por outro, os direitos reprodutivos fizessem parte dessa proteção específica. Alves⁷³⁶ auxilia no primeiro passo ao apresentar os direitos reprodutivos como “o filho caçula dos Direitos Humanos”, identificando a Revolução Francesa, ao dar origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como a “mãe” que deu o rebento mais significativo de uma história que abrange, desde o nascimento dos direitos humanos, ao estabelecimento dos direitos reprodutivos.

Nesse sentido, Alves⁷³⁷ indica que a formulação dos direitos reprodutivos decorre de avanços teóricos e práticos encetados na Declaração de 1948⁷³⁸, e que

⁷³² COOK, Rebeca J. Estimulando a Efetivação dos Direitos Reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 19.

⁷³³ PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 76.

⁷³⁴ Idem, *ibidem*.

⁷³⁵ COOK, op. cit., p. 25.

⁷³⁶ ALVES, José Eustáquio Diniz. *Direito Reprodutivo: o filho caçula dos Direitos Humanos*, [s. d.]. Disponível em <<http://www.dawn.org.br>>. Acesso em: 16 nov. 2005, p. 1.

⁷³⁷ Idem, p. 3.

⁷³⁸ A Declaração Universal dos Direitos Humanos teria representado, segundo Brauner (2003, p. 4) “a conquista de um espaço importante para uma reflexão crítica sobre os problemas relativos ao crescimento demográfico, sobre discriminação entre homens e mulheres, e notadamente, sobre a condição da mulher no mundo”. Dela selecionam-se, ilustrativamente, para o tema dos direitos reprodutivos, os Artigos XVI e XXV, os quais dispõem, respectivamente: “Artigo XVI – 1) “Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição

passam pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), pela Conferência Mundial de Direitos Humanos do Teerã (1968)⁷³⁹, e pela Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (1993)⁷⁴⁰ – a qual, especificamente, no entender do autor, “semeou o campo para o nascimento dos direitos reprodutivos”⁷⁴¹.

Piovesan⁷⁴², quando trata da temática da caracterização dos direitos reprodutivos como direitos humanos, igualmente dirige atenção à Declaração de Viena, em especial por entender que esta revigora a concepção contemporânea de direitos humanos caracterizada, desde a Declaração de 1948, por sua universalidade e indivisibilidade. Acentua, neste sentido, que o parágrafo 18 da Declaração de Viena afirma os direitos humanos das mulheres e das meninas como parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais⁷⁴³.

Para que a relação entre direitos humanos e direitos reprodutivos fique mais clara, Piovesan⁷⁴⁴ tece algumas considerações iniciais acerca do alcance da concepção contemporânea de direitos humanos. Sinala, neste intuito, que na primeira fase dos direitos humanos a tônica estava na proteção geral, com base na igualdade formal⁷⁴⁵, mas que, no entanto, tratar o indivíduo de forma “genérica, geral e abstrata” era insuficiente, tendo em vista que “determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada”⁷⁴⁶. Conforme este raciocínio, as mulheres deveriam ser vistas nas especificidades e peculiaridades de

de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e dissolução”; Artigo XXV – 2) A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistências especiais. [...]”.

⁷³⁹ O grupo THEMIS (1997, p. 63) extrai, do item “16” da Proclamação de Teerã, a seguinte passagem: “16 [...] Os pais têm o Direito Humano fundamental de determinar livremente o número de seus filhos e os intervalos entre seus nascimentos”.

⁷⁴⁰ Da Convenção de Viena, destacam-se as referências aos direitos da mulher como direitos humanos, a primeira delas no Parágrafo 9, do Preâmbulo, que reza: “Os direitos humanos da mulher e da menina são parte inalienável e indivisível dos direitos humanos universais [...]”. E, no item “C. A Igualdade de Condições e os Direitos Humanos da Mulher”, reitera que “6. [...] a Conferência Mundial reafirma, sobre a base da igualdade entre homens e mulheres, o direito da mulher a uma atenção de saúde acessível e adequada e a mais ampla gama de serviços de planejamento familiar, bem como a igualdade de acesso à educação, em todos os níveis”.

⁷⁴¹ ALVES, José Eustáquio Diniz. *Direito Reprodutivo: o filho caçula dos Direitos Humanos*, [s. d.]. Disponível em <<http://www.dawn.org.br>>. Acesso em: 16 nov. 2005, p. 2.

⁷⁴² PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002.

⁷⁴³ Idem, p. 67.

⁷⁴⁴ Idem.

⁷⁴⁵ Idem, p. 67.

⁷⁴⁶ Idem, p. 68.

sua condição social, surgindo, ao lado do direito à igualdade, o “direito fundamental à diferença”, “o que assegura às mulheres um tratamento especial”⁷⁴⁷.

Firma-se, assim, de acordo com Piovesan⁷⁴⁸, a coexistência dos sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos, cabendo ao último, realçar “o processo da especificação do sujeito de direito”, que “passa a ser visto em sua especificidade e concretude”. Tais sistemas seriam complementares, ambos inspirados nos valores e princípios da Declaração Universal, e em conjunto, comporiam o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional⁷⁴⁹.

Este o cenário em que as Nações Unidas aprovam, em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1984, fundamentada na dupla obrigação de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade. Piovesan⁷⁵⁰ refere que inúmeras previsões da Convenção incorporam uma preocupação com que “os direitos reprodutivos das mulheres estejam sob o controle delas próprias, e que o Estado assegure que as escolhas das mulheres não sejam feitas sob coerção e não sejam a elas prejudiciais, no que se refere ao acesso às oportunidades sociais e econômicas”.

A Declaração é profícua nas referências aos direitos femininos no que refere à saúde reprodutiva e ao planejamento familiar (em igualdade de condições com o homem). Logo na exposição de motivos da Declaração, lê-se:

Tendo em conta a grande contribuição das mulheres para o bem-estar da família e para o desenvolvimento da sociedade, ainda não plenamente reconhecida, o significado social da maternidade e o papel quer do pai quer da mãe na família e na educação das crianças, e conscientes de que o papel da mulher na procriação não deveria constituir motivo de discriminação, mas que a responsabilidade pela educação das crianças deverá ser partilhada por homens e mulheres e pela sociedade como um todo⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 68.

⁷⁴⁸ Idem, *ibidem*.

⁷⁴⁹ Idem, *ibidem*.

⁷⁵⁰ Idem, p. 70.

⁷⁵¹ THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. *Direitos Sexuais e Reprodutivos: Instrumentos Internacionais de Proteção*. In: DORA, Denise Dourado (Coord.). Porto Alegre: Themis, 1997.

E, em seguida, a exposição de motivos prossegue, consignando a consciência de que “é necessário alterar o papel tradicional dos homens, bem como o papel das mulheres na sociedade e na família a fim de se alcançar a plena igualdade de homens e mulheres”.

Adiante, dentre os artigos, diz o de número “5”:

Artigo 5 – Os Estados signatários deverão adotar todas as medidas necessárias: a) para modificar os modelos de conduta social e cultural dos homens e mulheres, tendo em vista alcançar a eliminação de preconceitos e de práticas habituais ou quaisquer outras que se baseiem na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em papéis estereotipados para os homens e para as mulheres; b) para garantir que da educação familiar faz parte uma compreensão correta da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum dos homens e das mulheres na educação e desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que os interesses dos filhos são primordiais em todas as circunstâncias.

O Artigo 12, por sua vez, aduz que:

Os Estados Signatários deverão adotar as medidas necessárias para eliminar a discriminação contra as mulheres no campo da saúde a fim de garantir, com base na igualdade de homens e mulheres, o acesso aos serviços de saúde, incluindo os serviços de planejamento familiar.

Finalmente, ao traçar metas para a eliminação da discriminação da mulher em face de sua igualdade com o homem, o Artigo 16, letra “e”, determina aos Estados Signatários que tomem as medidas necessárias para a garantia às mulheres: “e) dos mesmos direitos no que respeita a decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e espaçamento dos mesmos, e o acesso à informação, educação e meios necessários para exercerem esses direitos”.

De modo especial, o artigo 12 da Convenção é destacado por Piovesan⁷⁵², que entende que nele estão contidos os delineamentos iniciais dos direitos reprodutivos, como direitos que exigiriam do Estado uma dupla função, de eliminar a discriminação

⁷⁵² PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 71.

contra a mulher na esfera da saúde, e de assegurar o acesso a serviços de saúde, inclusive referentes ao planejamento familiar⁷⁵³.

Outro tratado cuja importância para a proteção dos direitos humanos das mulheres é realçada por Piovesan⁷⁵⁴ é de âmbito regional, interamericano. Trata-se da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ou “Convenção de Belém do Pará”, aprovada no âmbito da OEA em 1994, e ratificada pelo Brasil em 1995. Argumenta a autora que “A violência baseada no gênero, que reflete relações de poder historicamente desiguais e assimétricas entre homens e mulheres, constitui grave violação aos direitos humanos e limita o exercício dos demais direitos fundamentais de que são titulares as mulheres”.

De todo modo, para o caso específico dos direitos reprodutivos, é na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher que são lançadas as bases para seu delineamento internacional, que veio a ser aprimorado e consolidado a partir de outros instrumentos⁷⁵⁵, dentre os quais o Plano de Ação da Conferência sobre População e Desenvolvimento do Cairo e a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim.

Ainda evidenciando o paralelo entre o desenrolar dos direitos reprodutivos e dos direitos da mulher, o grupo THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero⁷⁵⁶, aponta, como pertinentes ao tema dos direitos reprodutivos, alguns outros instrumentos internacionais, afora os antes nominados, tais como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948)⁷⁵⁷, a Convenção sobre o Consentimento para o Matrimônio, Idade Mínima para Contrair Matrimônio e Registro dos Matrimônios (1962), a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a

⁷⁵³ Piovesan (2002) não deixa de ver, entretanto, que embora a Convenção tenha significado um avanço na proteção internacional dos direitos humanos das mulheres, a sistemática de relatórios, prevista como única forma de implementação da Convenção, é frágil. Assim, uma medida fundamental para a efetivação da proteção dos direitos lá contidos seria a ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção, adotado em 1999, e que institui duas formas de mecanismos de monitoramento: a petição, que permite o encaminhamento de denúncias de violação, e um procedimento investigativo, que habilita o Comitê de Eliminação da Discriminação contra a Mulher a investigar a existência de violação aos direitos humanos das mulheres (PIOVESAN, 2002, p. 73-74).

⁷⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 74.

⁷⁵⁵ Idem, p. 76.

⁷⁵⁶ THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. *Direitos Sexuais e Reprodutivos: Instrumentos Internacionais de Proteção*. In: DORA, Denise Dourado (Coord.). Porto Alegre: Themis, 1997.

⁷⁵⁷ Em seu Artigo VI, assenta a Declaração: “Toda pessoa tem direito a constituir família, elemento fundamental da sociedade e a receber proteção para ela”.

Mulher (1967)⁷⁵⁸ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José, 1969)⁷⁵⁹.

No Brasil, os direitos reprodutivos anunciam-se na forma de direito ao planejamento familiar⁷⁶⁰, previsto no §7º, do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 como uma livre decisão do casal, que conta com o amparo do Estado para exercício deste direito, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Piovesan⁷⁶¹ crê que com esta previsão legal, a Constituição está afinada com os parâmetros internacionais.

Além desse dispositivo específico, Brauner⁷⁶² refere que outros podem ser apontados, dentro da própria Constituição Federal de 1988, que estão de acordo, direta ou indiretamente, com os direitos reprodutivos. É o caso do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º), da promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivo da República (art. 3º), do direito à igualdade entre homem e mulher, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, à honra e à imagem (art. 5º).

De todo o aparato de direitos humanos que poderia servir à proteção dos direitos reprodutivos, Cook⁷⁶³ extrai grupos básicos de direitos, formados a partir dos interesses pelos quais a saúde sexual e reprodutiva poderia ser categorizada. Seriam eles: (a) direitos à *segurança, autonomia e confidencialidade*, que estabeleceriam as condições básicas necessárias à autodeterminação reprodutiva, incluídos aí os direitos

⁷⁵⁸ Do Artigo 6, extrai-se: “Deverão ser adotadas todas as medidas apropriadas para garantir o princípio de igualdade de condição do marido e da esposa, e particularmente: a) a mulher terá o mesmo direito que o homem a escolher livremente o seu cônjuge e a contrair núpcias somente mediante seu pleno e livre consentimento; b) A mulher terá os mesmos direitos que o homem durante o casamento e a decidir pela dissolução dele; c) O pai e a mãe terão iguais direitos e deveres no tocante a seus filhos. Em todos os casos, o interesse dos filhos será a consideração fundamental”.

⁷⁵⁹ Após assentar, no Artigo 1, “2”, que, para os efeitos da Convenção, pessoa é todo o ser humano, a Convenção estabelece no Artigo 17, dentre os dispositivos de proteção à família, que “2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio de não-discriminação estabelecido nesta Convenção”.

⁷⁶⁰ Conforme Brauner (2003, p. 15), sob a designação de planejamento familiar estariam implícitas as idéias de regulação de nascimentos, e contracepção, de esterilização e de “todos os outros meios que agem diretamente sobre as funções reprodutivas do homem e da mulher e, especialmente, sobre a saúde reprodutiva de ambos”.

⁷⁶¹ PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 77.

⁷⁶² BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13-14.

⁷⁶³ COOK, Rebeca J. Estimulando a Efetivação dos Direitos Reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 26.

à vida, à sobrevivência, à liberdade, à segurança da pessoa, a estar livre da tortura e do tratamento inumano e degradante, ao casamento e ao estabelecimento de uma família e ao gozo de uma vida privada e familiar⁷⁶⁴; (b) *direitos relativos à saúde reprodutiva e sexual*, diante dos quais o Estado seria obrigado a assumir um papel afirmativo na implementação de condições para a saúde reprodutiva, com o provimento dos serviços necessários⁷⁶⁵, havendo também o direito a gozar dos benefícios do progresso científico e das suas aplicações⁷⁶⁶; (c) *direitos relativos à igualdade e ao devido respeito à diferença*, com os quais se requer a eliminação da discriminação por sexo, gênero, estado civil, idade, raça, etnia, e outros; (d) *direitos relativos à informação, tomada de decisão e educação*, que ressalta a necessidade de acesso à informação educacional para assegurar a efetivação do planejamento familiar, bem como a saúde e bem-estar das famílias⁷⁶⁷.

Piovesan⁷⁶⁸ resume os direitos reprodutivos em uma perspectiva dúplice, formada (a) por um campo de liberdade e autodeterminação individual, que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução livre de discriminação, coerção ou violência, e (b) pela demanda por políticas públicas que assegurem o acesso à saúde sexual e reprodutiva, na qual o acesso a informações, meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis é fundamental.

Ambas as perspectivas estariam interligadas no entender de Villela⁷⁶⁹ já que

não pode haver saúde se não houver autonomia em relação ao próprio corpo. Ao mesmo tempo, para haver o direito de escolha de reproduzir ou não, como, quando e com quem, é preciso que haja disponibilidade de e acesso a meios contraceptivos e contraceptivos seguros, para além de suportes necessários para casos de falhas e intercorrências.

⁷⁶⁴ COOK, Rebeca J. Estimulando a Efetivação dos Direitos Reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 27.

⁷⁶⁵ Idem, p. 29.

⁷⁶⁶ Idem, p. 32.

⁷⁶⁷ Idem, p. 37.

⁷⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 76-77.

⁷⁶⁹ VILLELA, Wilsa Vieira. Direitos Sexuais e Reprodutivos: afinal, de que falamos? In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 89.

A interrogação que emerge quando se leva em consideração que o conhecimento científico e a tecnologia são aguardados como meios para promoção dos direitos relativos à saúde reprodutiva (sem os quais não haveria autonomia reprodutiva), diz respeito ao limite para o emprego de tal conhecimento e tecnologia. Em que medida o acervo tecnocientífico relaciona-se diretamente com a autonomia reprodutiva? Trata-se de uma relação indireta (promove a autonomia por intermédio da saúde reprodutiva) ou direta (é instrumento para exercício da autonomia)?

As respostas podem variar de acordo com os fundamentos e delimitações que se atribuem aos direitos reprodutivos. Como consigna Añón⁷⁷⁰, parece haver neste assunto uma divisão entre duas linhas principais, uma baseada no direito à saúde, e outra que opta pela construção de um direito reprodutivo em sentido estrito, fundado na liberdade ou na igualdade, por exemplo⁷⁷¹. No primeiro caso, o emprego da tecnologia reprodutiva estaria francamente limitado, uma vez que técnicas tais como a reprodução assistida, estariam legitimadas como práticas terapêuticas – abrindo-se uma diferença entre sua implementação como tratamento ou como modo alternativo de reprodução^{772 773}.

Em se considerando a fundamentação dos direitos reprodutivos em sentido estrito, tais limites certamente não seriam tão estreitos, posto que o acesso às técnicas não estaria atrelado a qualquer espécie de enfermidade, podendo ser justificado por

⁷⁷⁰ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho*: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trotta, 1999, p. 288-289.

⁷⁷¹ O autor não descarta, entretanto, a possibilidade de que exista uma solução intermediária, como acredita ter feito a legislação espanhola, que coloca os direitos reprodutivos como *fundamentalmente* dirigidos ao tratamento da esterilidade, mas que deixa aberta a possibilidade de que as práticas sigam para além disso (AÑÓN, 1999, p. 289). Outrossim, o autor refere que essa dupla apreensão dos direitos reprodutivos pode derivar em outras linhas argumentativas, onde estes podem estar baseados (a) no direito à proteção da saúde, (b) nos desejos ou nas necessidades, (c) no livre desenvolvimento da personalidade, (d) no direito à intimidade e (e) no direito de constituir uma família (AÑÓN, 2002, p. 289). As duas primeiras versões, contudo, seriam as mais importantes.

⁷⁷² Essa classificação, na prática, “vendría a significar la limitación de este derecho al tratamiento médico frente a la esterilidad. Esto significa considerar tanto que la esterilidad es una enfermedad, como que las nuevas tecnologías reproductivas – o algunas de ellas – son una terapia” (AÑÓN, 1999, p. 290). O autor descarta tais argumentos, primeiro, por desqualificar a classificação da esterilidade como sendo uma enfermidade, já que o indivíduo a irá encarar como doença (ou como prejuízo) apenas quando houver o desejo de procriar (AÑÓN, 1999, p. 293). Outrossim, aduz que se o acesso a técnicas de reprodução assistida comporta outras justificativas, que não exclusivamente terapêuticas, então esta noção não poderá ser usada como limite geral para a técnica, mas talvez como alternativa para dirimir determinadas questões controvertidas (AÑÓN, 1999, p. 294).

⁷⁷³ AÑÓN, op. cit., p. 290.

outros argumentos – sejam estes fundados nos direitos individuais, nos desejos ou nas necessidades, no livre desenvolvimento da personalidade, no direito à intimidade ou no direito de constituir uma família⁷⁷⁴.

Todavia, ainda que tal fundamentação prevaleça – e sem que se entre no mérito de cada uma das justificativas apontadas – o fato é que, ainda assim, parece que há necessidade de fixação de limites ao acesso às tecnologias reprodutivas. Seja isto porque, no sentido duplo dos direitos reprodutivos, exposto por Piovesan⁷⁷⁵, há uma demanda por políticas públicas, nas quais o Estado é chamado a garantir o acesso à técnica (o que faz pensar até que ponto, ou em que casos, seria exigível que este assumisse a responsabilidade de, por exemplo, dispor de meios para a inseminação artificial através do Sistema Único de Saúde). Seja porque a técnica, com a velocidade que lhe é característica, apresenta-se com ares de novidade (e, em geral, com promessas positivas), incentivando a irreflexão acerca de seu consumo. Seja, ainda, porque a própria técnica não resta suficientemente avaliada em seus efeitos, mesmo depois de colocada à disposição da sociedade pelo que não se mostra adequado promover o seu uso indiscriminado.

Uma outra observação preliminar que prepara a análise acerca dos efeitos éticos e jurídicos dos direitos reprodutivos que adiante se fará, a partir da introdução do tema do projeto monoparental feminino, é de que a proximidade entre estes – os direitos reprodutivos – e a afirmação dos direitos da mulher permite uma certa confusão. Assim é que, apesar de serem atribuídos nos instrumentos internacionais como direitos de *todos os indivíduos*, os direitos reprodutivos acabam, não raro, sendo taxados como essenciais *à mulher*⁷⁷⁶, ou referidos como “direitos reprodutivos

⁷⁷⁴ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho*: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trotta, 1999, p. 289.

⁷⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade*: uma questão de justiça. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 76-77.

⁷⁷⁶ Veja-se, exemplificativamente, o questionário “Direitos Reprodutivos e Saúde Reprodutiva” encontrado no site www.dawn.org.br (DAWN – Development Alternatives with Women for a New Era) que, à pergunta “Por que os direitos reprodutivos e a saúde são importantes?”, oferece a seguinte resposta: “Os direitos reprodutivos e a saúde são inerentes aos direitos humanos e essenciais para o gozo pelo do potencial de cada uma (um) e do bemestar [sic] mental, emocional e físico, assim como para o aperfeiçoamento das relações entre os seres humanos, *empoderamento* [sic] *das mulheres* e promoção da igualdade entre os gêneros. O respeito pelos *direitos reprodutivos das mulheres* e a oferta de serviços de saúde reprodutiva, são ainda co-requisitos para a sobrevivência e a saúde neonatal, para o desenvolvimento das crianças e para o bem-estar das famílias” [grifou-se].

das mulheres”⁷⁷⁷. As justificativas para que isso aconteça são muitas, e a perspectiva feminista acima descrita permite percebê-las. No entanto, até onde é razoável que tais direitos, pelo fato de terem surgido como demandas femininas, permaneçam vinculados a este prisma originário?

Como refere Giddens⁷⁷⁸, a “democratização da esfera privada” foi um processo no qual as mulheres desempenharam o papel principal – ao contrário da promoção da democracia no domínio público, que teria sido, de início, um projeto primordialmente masculino, do qual as mulheres vieram a participar sobretudo por força de sua própria luta. Todavia, apesar do protagonismo feminino, os benefícios alcançados na democratização do privado, assim como ocorre com aqueles conquistados na esfera pública, estão abertos a todos⁷⁷⁹. Ou seja, as repercussões dos ganhos (e perdas) atingem a todos, independentemente do sexo, apesar de poderem ter impactos diferentes para o masculino e o feminino.

Com a discussão acerca do projeto monoparental feminino, tais questões serão desenvolvidas.

3.2 PROJETO MONOPARENTAL FEMININO: UMA OPÇÃO COM CONSEQÜÊNCIAS ÉTICAS E JURÍDICAS

Até aqui, seguindo as etapas da investigação ora proposta, procurou-se demonstrar como a bioética – necessária ao enfrentamento de um número crescente de temáticas da contemporaneidade, dentre as quais aquelas que envolvem a reprodução humana – lança-se aos direitos humanos em busca de diretrizes que indiquem se há, e onde está, o limite para a aplicação biotecnológica para a geração de vida humana.

Curiosamente, diante do tema dos direitos reprodutivos, percebe-se que quando os direitos humanos são acessados, por um caminho facilitado pela linguagem comum da dignidade da pessoa humana, a reflexão bioética é novamente acionada.

⁷⁷⁷ COOK, Rebeca J. Estimulando a Efetivação dos Direitos Reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002, p. 20.

⁷⁷⁸ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista (UNESP), 1993, p. 201.

⁷⁷⁹ Idem, *ibidem*.

Isso porque os limites para interferência da técnica na reprodução humana não estão claros no âmbito dos direitos humanos. Por um lado, o percurso que levou os direitos reprodutivos a alojarem-se dentre os direitos humanos foi marcado por reivindicações dirigidas pelas mulheres que, no entanto, não são as únicas beneficiárias dos direitos reprodutivos e nem sequer as únicas envolvidas no processo de reprodução humana. E mais: os direitos reprodutivos ocupam apenas um espaço restrito, no amplo espectro dos direitos humanos, permitindo que outros direitos presentes nesta órbita possam vir de encontro não somente aos direitos reprodutivos, mas também à interpretação feminista dos direitos reprodutivos. E isso sem falar na tantas vezes mencionada velocidade e disponibilidade da biotecnologia, que cria situações nem sempre seguidas pelo Direito na mesma velocidade.

Logo, se os direitos humanos apresentam uma diversidade de possíveis respostas aos direitos reprodutivos – dependendo da trilha que se siga, ou dos direitos que se invoque –, então parece apropriado recorrer aos estudos bioéticos para analisar as conseqüências destes diferentes percursos. Neste caso, a colaboração bioética virá por meio da avaliação dos impactos da tecnologia reprodutiva na vida humana, e das congruências e incongruências que provoca diante da dignidade da pessoa humana, no sentido intersubjetivo (ou personalista) escolhido para a presente pesquisa.

No entanto, realizar tal análise tendo por objeto os direitos reprodutivos em sentido amplo, apresenta dificuldades inclusive de cunho prático, no que tange à organização e sistematização do sem-fim de possibilidades criadas pela tecnociência, e do igual número de repercussões que se poderia perceber a partir de cada uma delas. Tal situação indica ser apropriado promover uma redução de foco por meio de um exemplo no qual a complexidade esteja ainda presente, todavia reduzida a ponto de ser possível apreciá-la.

Assim, para que sejam identificados os possíveis conflitos de interesses e direitos resultantes da prática reprodutiva intermediada pela tecnologia, em especial da dignidade da pessoa humana aí presente, optou-se aqui por ter em mente uma situação específica, na qual tais impasses podem vir a ocorrer.

No presente trabalho, o exemplo escolhido para identificar a complexidade dos direitos reprodutivos e realizar uma ponderação bioética e de direitos humanos pelo

viés da dignidade da pessoa humana, é o da *monoparentalidade feminina programada pelo uso da técnica de inseminação artificial com sêmen de doador anônimo*, ora reduzido na expressão *projeto monoparental feminino*. Alguns esclarecimentos merecem ser feitos.

Bruno⁷⁸⁰ explica que *parentalidade* é uma expressão ampla que abrange tanto a paternidade quanto a maternidade. Em termos genéricos, diz a autora, “parentalidade expressa a relação de cuidado, proteção, afeto e educação que um adulto estabelece com uma criança e, além dos aspectos psicológicos desta relação, ela é fundamentalmente social”⁷⁸¹.

O projeto monoparental feminino, por sua vez, trata da constituição de uma família *monoparental*, ou seja, onde o vínculo parental se dá com apenas um dos pais (no caso a mãe) e o(s) filho(s). Com a ressalva de ser esta uma formação familiar *programada* por uma mulher sozinha – isto é, que não faz parte de um casal (matrimonial ou não) –, que a executa com o auxílio das técnicas de reprodução assistida, mais precisamente com a fertilização artificial com material genético de doador. É, pois, um plano de maternidade que dispensa o estabelecimento de relação com um homem – seja esta relação afetiva ou simplesmente sexual –, e que se faz exequível pelo uso da ciência.

Não se está diante, portanto, de uma família monoparental “fortuita” ou “ocasional” resultante da viuvez, do abandono, da falta de reconhecimento por parte de um dos pais, do desconhecimento da identidade de algum deles, ou, de qualquer outro modo, fruto da contingência das relações sociais. Neste caso, a monoparentalidade é exatamente o resultado que se espera, caso o plano, traçado de antemão, obtenha sucesso.

Também não se está a falar de um plano monoparental feminino levado a efeito por meio do intercurso sexual com um homem – seja este sabedor ou não de que a gravidez é esperada como resultado dessa relação. Aqui, a idéia da mulher é prescindir totalmente da presença (ou da figura) masculina, seja como companheiro ou como pai. O único vestígio da participação do homem se dá pelo sêmen de um doador anônimo.

⁷⁸⁰ BRUNO, Denise Duarte. Adoção por Homem Solteiro: a Paternidade em Xeque. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.35, p.78-90, abr.-maio, 2006, p. 83.

⁷⁸¹ Idem, *ibidem*.

Outrossim, restringe-se a interferência da biotecnologia à inseminação artificial, o que exclui considerações acerca do acesso à técnica por razão de infertilidade/esterilidade feminina. A mulher, neste caso, não possui qualquer problema de saúde reprodutiva. O recurso à técnica tem outra motivação, que é a realização de sua vontade de ser mãe, sem a presença de um homem.

Afastam-se, ainda, outras técnicas que poderiam servir para permitir a gravidez, especialmente algumas que, por si mesmas, ensejam debate, tais como a fecundação *post mortem* – na qual o material genético do cônjuge falecido é utilizado para a fertilização –, a gestação de substituição – na qual uma mulher gesta e pare uma criança engendrada com óvulo de outra mulher –, ou a hipótese da clonagem – que, em ocorrendo, efetivamente poderia eliminar a participação masculina, mesmo aquela restrita à doação do material genético⁷⁸².

O que se tem, em última análise, é um caso que – suspendendo tanto quanto possível interferências ou distrações externas – possibilita a análise do *direito de procriar* em si. Mais do que tratar da saúde reprodutiva, da infertilidade ou do planejamento familiar, em sentido amplo, aqui a biotecnologia permite que se indague acerca da maternidade como parte do projeto de vida da pessoa, e sobre os possíveis limites para persecução desse objetivo.

De outra parte, na medida em que se afasta da procriação natural ao substituir uma etapa do processo reprodutivo (a relação sexual entre um homem e uma mulher) pela técnica reprodutiva, e exclui desde sempre a figura paterna, interferindo na constituição familiar natural/tradicional (pai, mãe e filho), o projeto monoparental feminino guarda, ainda, complexidade o suficiente para ser um adequado ponto de partida para apreciação das questões situadas na fronteira bioética/direitos humanos.

Complexidade esta que permite que, no decorrer da análise, possam ser feitas analogias com outros casos, estes sim envolvendo aspectos externos suspensos *a priori*. Ou ainda para que as indagações ora lançadas possam servir de parâmetro para

⁷⁸² Neste sentido Grossi (2002, p. 123): “No caso da clonagem sabemos que é justamente uma técnica que permite ‘ter filhos sozinho’, ou seja, ‘reproduzir-se sem o outro’”. Comenta a autora: “Estamos no centro das representações simbólicas da reprodução, pois sabemos que para reproduzir-se é necessário dois indivíduos de sexos diferentes”, constatação esta que revelaria “a necessidade social da alteridade, da existência de um outro de outro sexo para a reprodução” (GROSSI, 2002, p. 123).

outras construções referentes ao conjunto dos direitos reprodutivos, como acerca dos limites do acesso à tecnologia reprodutiva.

Ressalte-se, uma vez mais, que a pretensão não é militar a favor ou contra o direito de procriar da mulher sozinha. Procurar-se-á, isto sim, investigar acerca do significado que as escolhas tomadas frente a esta questão, sejam elas favoráveis ou contrárias à concretização do projeto parental feminino, terão nos âmbitos jurídico e ético, caso se pretenda que estes guardem, entre os valores que elegem, um sentido mínimo de coerência.

3.2.1 Direito Reprodutivo como Direito de Procriar: Pressupostos Jurídicos e Éticos de Concretização do Projeto Parental Feminino

O projeto monoparental feminino, como se viu, está assentado, essencialmente, sobre duas bases. Uma delas corresponde à viabilidade técnica de que a mulher, prescindindo da relação sexual com um homem, possa alcançar o fim da reprodução. A outra está ligada à construção de uma categoria de direitos que, ao tratar da saúde sexual e reprodutiva, daria amparo ao direito individual de procriar.

A primeira dessas premissas, em sua versão puramente científica, não provoca maior inquietação, posto que a técnica envolvida, da inseminação artificial, existe já há algum tempo e não está sequer entre as mais complexas ou inovadoras. Outrossim, a aplicação desta técnica para otimizar as chances de procriação de um casal heterossexual, também não gera, à primeira vista, maior problematização, vez que a ciência limita-se a reproduzir artificialmente um fenômeno que poderia dar-se de forma espontânea (se, é claro, o homem e a mulher gozassem de *saúde* reprodutiva).

A dúvida está, isso sim, na confluência da técnica com a hipótese ora desenhada para sua aplicação, mais precisamente nos pressupostos jurídicos e éticos subjacentes à utilização pretendida. No projeto monoparental feminino, a ciência é chamada a promover a gestação em uma circunstância em que, por meios naturais, ela não ocorreria. Ou seja, ainda que a mulher gozasse da mais plena aptidão física para procriar, isso não seria possível, por vias naturais, sem a participação de um homem.

Logo, quando os direitos reprodutivos são invocados para amparar o projeto monoparental feminino, eles aparecem na forma pontual de *direito à reprodução*. É adotada, pois, uma interpretação estrita dos direitos reprodutivos que os desvinculam da necessária ligação ao tratamento de enfermidades, para fazer surgir o direito de procriar propriamente dito. Apregoa-se, então, que “O direito de ter filhos é reconhecido como um direito fundamental do ser humano, assim como casar com a pessoa de sua livre escolha e com esta formar uma família”⁷⁸³.

O direito de procriar estaria, por esse prisma, não apenas acompanhado, mas também sustentado por uma rede de outros direitos, além dos reprodutivos propriamente ditos, presentes no amplo rol dos direitos humanos.

No direito de fundar uma família, reconhecido nos instrumentos internacionais desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos a qual, no artigo XVI, “1”, dispõe que “Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família”, Brauner⁷⁸⁴, por exemplo, vê o reconhecimento do “direito universal do ser humano de ter filhos”.

Añón⁷⁸⁵, por sua vez, alista, além deste, outros direitos, tais como ao livre desenvolvimento da personalidade ou à intimidade. Ao tratar do direito à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade, Añón⁷⁸⁶ alude à proposta fundamentadora elaborada por J. Robertson. Segundo o autor, J. Robertson sugere, a partir de uma idéia de liberdade consistente em poder decidir sobre ter ou não filhos, que os problemas e debates em torno da reprodução deveriam ser solucionados de forma a favorecer a possibilidade de eleição reprodutiva, “salvo que haya poderosas razones para creer que de tal elección se seguirá un grave dano”⁷⁸⁷. A regra seria, portanto, a liberdade de decisão do indivíduo acerca da reprodução.

⁷⁸³ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A Monoparentalidade Projetada e o Direito do Filho à Biparentalidade. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch da (Orgs.). *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, 1998, p. 72.

⁷⁸⁴ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52.

⁷⁸⁵ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999, p. 289.

⁷⁸⁶ Idem, p. 308.

⁷⁸⁷ Idem, ibidem.

Considerando, ainda, o sentido negativo da infertilidade que, de acordo com Badalotti⁷⁸⁸, “acarreta para muitas pessoas uma crise vital prolongada e o estresse resultante freqüentemente leva à morbidade emocional e a problemas interpessoais”, poder-se-ia entender que a reprodução é um aspecto essencial do desenvolvimento da personalidade, chegando à conclusão, com a autora, de que “A aspiração à reprodução é tida como um objetivo essencial de vida, legítimo e incontestável”. Desse modo, a concretização dos direitos reprodutivos, consoante entende Brauner⁷⁸⁹, asseguraria a oportunidade de que todos os filhos fossem concebidos e gerados a partir do desejo, do projeto parental dos pais, sendo que a existência de políticas públicas de saúde ofereceria as condições para o exercício livre e responsável da paternidade, por aqueles que decidissem trazer à vida um novo ser.

Tal linha argumentativa estaria de acordo com uma fundamentação do direito reprodutivo baseada no desejo ou nas necessidades, como classifica Añón⁷⁹⁰. Diz o autor que esta fundamentação, em seu sentido forte, gira em torno de uma consideração do desejo de ter filhos como um desejo ou uma necessidade básica, pelo que se teria chegado a defender, inclusive, ser uma necessidade natural, biológica ou instintiva, com poderosas razões de tipo evolutivo^{791 792}.

⁷⁸⁸ BADALOTTI, Mariângela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coords). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 153.

⁷⁸⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 16.

⁷⁹⁰ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999, p. 298.

⁷⁹¹ Idem, ibidem.

⁷⁹² Após algumas meditações acerca das dificuldades levantadas pela idéia de “necessidade básica”, bem como acerca das diferenciações entre “direito de ter filhos”, “direito de ter filhos biológicos” e “direito de engravidar”, e das ponderações acerca do quanto este seria um desejo ou necessidade efetivamente natural ou fruto de uma construção cultural, o autor apresenta como principal obstáculo à fundamentação baseada no desejo, a incapacidade do direito de limitá-los sem ser arbitrário, já que não possuem limites intrínsecos. Nas palavras de Añón (1999, p. 307): “El marcar límites exigiría una capacidad de consideración colectiva de los deseos, de los muchos deseos, una capacidad crítica del deseo en la propia esfera jurídica. No existiendo límites intrínsecos, el derecho es incapaz de instituirlos sin ser arbitrario, sin actuar por exceso y sin poner al tiempo de manifiesto su impotencia”. E conclui o autor, enfatizando o predomínio da mercantilização no tema dos direitos reprodutivos: “Al final, los límites vienen marcados por la capacidad técnica, y sobre todo por la extensión de la forma mercantil que tan pronto alcanza al cuerpo como a la organización de la reproducción, de forma que cualesquiera otros son tan débiles como coyunturales si se oponen de alguna manera a éstos” (AÑÓN, 1999, p. 307).

De outra parte, segundo o direito à intimidade (ou à vida privada)⁷⁹³ – o qual teria sido adotado como justificativa para os direitos reprodutivos principalmente nos Estados Unidos, de acordo com Añón⁷⁹⁴ –, os indivíduos teriam o direito de não sofrer interferências em sua vida privada, sendo este um aspecto do princípio da autodeterminação ou autonomia da pessoa.

Malem⁷⁹⁵, apresenta a privacidade como uma noção bifronte:

La noción de privacidad es bifronte. Hace referencia, por una parte, a las acciones “privadas” de os hombres, es decir, a aquellas que deben estar libres de interferencias del Estado o de terceros, y por la otra, está vinculada a la posibilidad de no dar a conocer información personal. Se debe tener privacidad para decir planes de vida y realizar determinadas acciones, y se debe tener privacidad con respecto a la intrusión de terceros en algún aspecto de la vida que se desea ocultar.

Desse modo, as intromissões do Estado na esfera de intimidade do indivíduo, na qual estariam inseridas as decisões acerca da reprodução, somente seriam legítimas quando surgissem interesses coletivos que lhes impusessem limitação – ainda que exista uma certa nebulosidade na fronteira entre público e privado, que dificulta a delimitação de onde terminam os interesses privados e têm início os coletivos, como revela Arendt⁷⁹⁶, ao tratar da “ascendência da sociedade”⁷⁹⁷.

⁷⁹³ Cabe referir, a partir das lições de Farias (2000), que a expressão *vida privada*, em sentido amplo, como comumente usada, tem significado equivalente à intimidade, referindo-se à proteção daquela parte da personalidade que se deseja ver preservada do conhecimento do público. Todavia, em casos como o da lei brasileira (art.5º, da Constituição Federal de 1988), a referência à vida privada é feita em apartado da intimidade. Nesse caso, portanto, é possível compreender a vida privada *stricto sensu*, como sendo uma das esferas da intimidade. Por outro lado, Farias recorda que há os que entendem a intimidade como algo mais restrito que a vida privada. Para esta senda de raciocínio, pertenceriam à vida privada não só os fatos da vida íntima, como todos aqueles em que seja nenhum o interesse da sociedade de que faz parte. Assim, para aqueles que como Tércio Sampaio Ferraz Junior consideram a intimidade como um âmbito mais exclusivo da vida privada, seriam manifestações da intimidade o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constringe. Já a vida privada encerraria as situações de opção pessoal (como a escolha de regime de bens do casamento) que, em determinadas ocasiões, podem requerer a comunicação a terceiros (como na aquisição de bens imóveis, por exemplo). Assim, o que distinguiria intimidade e vida privada seria a repercussão experimentada por cada qual (FARIAS, 2000, p. 147).

⁷⁹⁴ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho*: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trotta, 1999, p. 308.

⁷⁹⁵ MALEM, Jorge. *Privacidad e Mapa Genético*. [s. l.; s. d.], p. 13.

⁷⁹⁶ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

⁷⁹⁷ Diz a autora: “[...] com a ascendência da sociedade, isto é, a elevação do lar doméstico (*oikia*) ou das atividades econômicas ao nível público, a administração doméstica e todas as questões antes pertinentes à esfera privada transformaram-se em interesse ‘coletivo’” (ARENDT, 2004, p. 42). Ou seja, a partir do “mundo moderno”, com o desaparecimento da esfera política como antes concebida (tornando-se, de local

De modo geral, no entanto, não seria papel do Estado decidir quem deve ter filhos e quando. Esse, aliás, foi um dos argumentos expendidos pelos Juízes Casadevall e Garlicki, na redação de sua opinião, contrária à maioria, firmada no caso *Dickson vs. United Kingdom*, julgado pela quarta turma (“Fourth Section”) da Corte Européia de Direitos Humanos, em 18 de abril de 2006. Diz o texto: “Only very serious reasons can justify such interference. [...] It is not for the State to decide who may have children and when”⁷⁹⁸. Brauner⁷⁹⁹, por um mesmo viés, diz que “Um Estado que impõe uma política de reprodução humana tolhe o direito inalienável das pessoas em ter filhos, viola o direito de seus cidadãos quando os impede de gerar, ou quando impõe um número restrito para a prole”.

Cárcaba⁸⁰⁰ aduz, ainda, um outro direito que estaria em questão no projeto monoparental feminino, referente à igualdade de tratamento da mulher casada e da mulher não pertencente a um casal heterossexual. Argumenta a autora: “if we grant the right to assisted reproduction techniques to a married woman, we cannot deny the same right to a single woman on the basis of that equity”⁸⁰¹.

Em uma análise textual do Programa do Cairo – o qual, com as ressalvas já feitas acerca de sua força normativa, segue sendo o principal instrumento de reconhecimento internacional dos direitos reprodutivos – é possível encontrar, ainda, de forma objetiva, algumas passagens que favorecem uma interpretação estrita dos

privilegiado para o exercício da liberdade e da palavra, em mera função da sociedade), e com a passagem das atividades outrora exercidas unicamente no privado (aquelas indispensáveis para a manutenção da vida, ou “labor”, como reputado por Arendt) do “sombrio interior do lar para a luz da esfera pública” (ARENDDT, 2004, p. 47), edifica-se uma nova esfera, a do social, na qual se faz cada vez menos nítida a distinção entre o que merece ou não ser tratado como de interesse coletivo. Isso porque, “Desde o advento da sociedade, desde a admissão das atividades caseiras e da economia doméstica à esfera pública, a nova esfera tem-se caracterizado principalmente por uma irresistível tendência de crescer, de devorar as esferas mais antigas do político e do privado, bem como a esfera mais recente da intimidade” (ARENDDT, 2004, p. 55).

⁷⁹⁸ No “Case of Dickson v. The United Kingdom”, o casal Kirk e Lorraine Dickson (cujo relacionamento encetou através de correspondência, durante período em que ambos estavam encarcerados), requer o fornecimento, pelo Estado, dos meios para realização de inseminação artificial da segunda requerente. Os motivos seriam, além da expectativa de que a soltura do primeiro requerente não viesse a ocorrer antes de um considerável decurso de tempo, também a idade de Lorraine (esta já em liberdade) que, na melhor das hipóteses, contaria com 51 anos de idade quando isso ocorresse. O casal alega violação ao devido respeito à vida privada e familiar, este protegido pela Convenção Européia de Direitos Humanos. A íntegra do julgamento está disponível na página da Corte Européia de Direitos Humanos na Internet: <<http://www.echr.coe.int>>.

⁷⁹⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 54.

⁸⁰⁰ CÁRCABA, María. Human Assisted Reproduction and Individual Rights. *Scientific Committee Meetings*. Gijón, Spain, n. 3, 7-8 maio, 1999.

⁸⁰¹ Idem.

direitos reprodutivos, ou, mais diretamente, que serviriam a amparar o projeto monoparental feminino.

Por um lado, quanto à possibilidade de recorrer à tecnologia para a implementação da reprodução, vê-se, por exemplo, que a fecundação *in vitro*⁸⁰² foi contemplada, ainda que brevemente, dentre as medidas pertinentes ao planejamento familiar, o que conforta o entendimento de que o uso de biotecnologias está incluso nos direitos reprodutivos. O §7.24, do Programa do Cairo, que nomeia algumas providências a serem tomadas pelos governos, encerra estipulando: “Técnicas de fecundação *in vitro* deveriam também ser providenciadas, de acordo com as diretrizes éticas e normas médicas apropriadas”⁸⁰³.

De outra parte, o Programa do Cairo repetidamente, ao referir-se aos direitos reprodutivos, anuncia-os como um direito “do casal e dos indivíduos” (vide, por exemplo, o §7.12 que trata das bases para ação, relativas ao planejamento familiar), abrindo a senda para considerações acerca do projeto individual de parentalidade.

Ainda pelo rumo das previsões normativas, cabe referir que, no Brasil, o direito ao planejamento familiar previsto na Constituição Federal de 1988, é regulamentado pela Lei nº 9.236, publicada em 15 de janeiro de 1996, que conceitua tal direito, em seu art. 1º, como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole *pela mulher, pelo homem ou pelo casal*” [grifou-se]. Novamente, ao menos à primeira vista, não haveria

⁸⁰² Embora a fertilização *in vitro* não seja a técnica através da qual o projeto monoparental feminino é levado a efeito na hipótese ora elaborada, por tratar-se de técnica mais sofisticada do que a inseminação artificial, entende-se que a sua consideração no Programa do Cairo pode ser apreendida como que abrangendo e superando a possibilidade da inseminação artificial. Explana Badalotti (2005, p. 154), que a fertilização *in vitro* é a mais comum das técnicas de reprodução assistida, onde “a fertilização e o desenvolvimento inicial dos embriões ocorrem fora do corpo, no laboratório, e os embriões resultantes são transferidos habitualmente para o útero”. Diz a autora que a técnica foi usada, inicialmente, para resolver problemas de casais onde a mulher apresentava trompas danificadas de forma irreversível, sendo que hoje, ampliada a indicação, é utilizada para “casos de fator masculino severo, endometriose, fatos imunológico e infertilidade sem causa”, sendo que o índice médio de gravidez fica em torno dos 20-25% por ciclo (BADALOTTI, 2005, p. 154). Uma das etapas do processo de fertilização é o estímulo à produção de óvulos em quantidade superior ao que normalmente ocorre (um ao mês). A obtenção dos óvulos – que envolve a aplicação diária de hormônios injetáveis, por um período de vinte dias, a realização de ecografias e exames de sangue para monitoramento, e termina com a coleta dos óvulos feita por aspiração com a paciente analgesiada, em procedimento ambulatorial – pode provocar desconforto e não é isenta de riscos, ainda que baixos (como a hiperestimulação ovariana, a perfuração acidental de vasos, intestino ou bexiga, e infecção) segundo relata Badalotti (2005, p. 154-155).

⁸⁰³ É de observar, no entanto, que o Programa do Cairo não explicita que “diretrizes éticas” seriam estas, deixando-as em aberto. De maneira explícita, portanto, o debate de direitos humanos requisita uma reflexão bioética.

obstáculo à criação, pela mulher, de uma entidade familiar concebida individualmente, inclusive pelo uso das técnicas disponíveis de reprodução assistida. Esse o entender de Gama⁸⁰⁴ ao analisar tal dispositivo:

De acordo com o tratamento normativo fornecido por esta Lei, pode-se depreender o reconhecimento da existência do direito de qualquer pessoa (homem ou mulher) ao planejamento familiar, incluindo a adoção de técnicas de fertilização para que haja a reprodução humana, o que conduz à constatação de que a lei autoriza a monoparentalidade obtida via procriação assistida.

Para orientar a utilização de técnicas de reprodução assistida no âmbito brasileiro, na inexistência de lei sobre o assunto⁸⁰⁵, conta-se com as normas éticas firmadas em 1992 pelo Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 1.358. Ao tratar dos usuários das técnicas de reprodução assistida, a Resolução, no item II, “1”, refere que “Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA [reprodução assistida], desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado”.

Ainda, no item II, “2”, aduz que *se* a mulher estiver casada ou em união estável, é necessária a concordância do cônjuge ou companheiro. Uma vez que cláusula aponta a existência do cônjuge ou companheiro como hipotética (“*se* a mulher estiver casada”), então é possível inferir, inversamente, que é permitido que a mulher acesse às técnicas de reprodução assistida *sem* a presença de marido ou companheiro.

⁸⁰⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao Tema sob a Perspectiva do Direito Comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.5, abr-jun, 2000, p. 15.

⁸⁰⁵ Diversos projetos de lei já foram propostos sobre o tema específico da reprodução assistida, sendo o principal o Projeto de Lei nº 1.184 de 2003, no qual são previstos como beneficiários das técnicas de reprodução assistida as mulheres ou casais que tenham solicitado seu emprego. A técnica seria permitida, outrossim, para casos de infertilidade ou prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, condicionada, dentre outros, à aptidão física e psicológica da receptora da técnica, atestada em avaliação que leve em conta sua idade, dentre outros critérios estabelecidos em regulamento. No Projeto 1.184 foram apensados os projetos de nºs 5.624/05, que cria programa de reprodução assistida no Sistema Único de Saúde; 2.061/03, que disciplina o uso de técnicas de reprodução assistida como auxiliares no processo de procriação; e 2.855/97, ao qual se apensou, por sua vez, o de nº4.665/01, que restringe a autorização da fertilização *in vitro* para casais comprovadamente incapazes de gerar filhos, dentre outros. Antes, entretanto, que algum projeto converta-se em lei, Grossi (2002, p. 131) entende que a falta de legislação específica pode, de alguma forma, ser benéfica para as mulheres que não se enquadram “na ‘normalidade’ de um casamento heterossexual”.

É de se notar, contudo, que o primeiro dos princípios gerais (cláusula I, “1”), consigna que as técnicas de reprodução assistida “têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de *infertilidade humana*, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade” [sem grifo no original]. Restaria saber, portanto, se o caso da mulher sozinha é tido um caso de “infertilidade” ou de “saúde reprodutiva”, de modo geral, propriamente dito⁸⁰⁶.

Outro discurso que, com bases jurídicas, poderia servir para legitimar o projeto monoparental feminino é o de sua equivalência à adoção por singular⁸⁰⁷. Isto é, se o projeto de formação de uma família monoparental é considerado plausível pela via da adoção, então não haveria discrimen suficiente a obstar a monoparentalidade executada por outros meios. Gama⁸⁰⁸ elabora questionamento neste exato sentido:

se nos vínculos da adoção, tal como hoje são regulados, é admitida a presença de apenas um adotante (portanto, um pai ou uma mãe), qual seria a razão de se proibir às pessoas não unidas sexualmente com outras de realizarem o desejo de perpetuarem a família mediante a adoção de alguma das técnicas de reprodução assistida?

E mais: ao acarear adoção e procriação artificial, na hipótese de serem (ambos) levados a efeito por casal, Leite⁸⁰⁹ elenca argumentos a favor da segunda alternativa. Primeiro, refere que a comparação entre adoção e procriação artificial – inclusive diante do argumento de que a procriação artificial seria inaceitável enquanto ainda existissem crianças abandonadas aptas à adoção⁸¹⁰ – “corresponde a encarar a questão

⁸⁰⁶ Apesar de atentar para o critério da infertilidade, Grossi (2002, p. 128) entende que a destacada possibilidade de acesso da mulher às tecnologias reprodutivas seria um dado interessante, que “aponta para a centralidade da maternidade como projeto feminino”.

⁸⁰⁷ Inclusive com fulcro na legislação brasileira, onde a adoção por pessoa solteira é contemplada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 42.

⁸⁰⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao Tema sob a Perspectiva do Direito Comparado*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.5, abr-jun, 2000, p. 23.

⁸⁰⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 138-139.

⁸¹⁰ O argumento sustentado por Padim (1998, p. 48), é na linha ora criticada por Leite (1995): “Se é humanitário usar de meios artificiais para atender ao desejo de ter um filho por parte de pais que não têm condições biológicas para uma procriação natural, esse gesto humanitário da sociedade não deveria ser exercido em primeiro lugar para assegurar a manutenção de um filho já procriado por pais miseráveis que são forçados a viver em uma favela? [...] Eis aí a ética egoísta e elitista que está por trás da utilização da inseminação

com confusão de conceitos”, já que o direito de ter filhos “é de foro íntimo e nada tem a ver com a questão social da adoção”. E, em seguida, tece algumas considerações, desmerecendo o “discurso comum e próprio dos países não industrializados, como é o caso típico do Brasil”, que afirmam “que a procriação é egoísta e não interessa à sociedade”, entendendo que “redunda em justificar a omissão do Estado na solução dos problemas decorrentes do abandono do menor, jogando a responsabilidade, ainda uma vez, sobre os ombros do particular, do privado, em manifesta distorção da realidade”. Diz, ainda, com exagero, que “o direito de ter meu próprio filho, e a não inserção de um estranho no grupo familiar, até prova em contrário, é um direito absoluto que, no presente momento, nenhum legislador do mundo civilizado se arriscou a negar”⁸¹¹.

Ao largo disso, Brauner⁸¹² resume a questão dizendo que, embora a adoção seja uma experiência construtiva e enriquecedora, ela não representa o caminho escolhido por todos os que não podem gerar naturalmente. Portanto, defende que “deve ser reconhecida a legitimidade do recurso aos tratamentos para a infertilidade e esterilidade oferecidos pela técnica moderna”⁸¹³.

A defesa do direito de procriar organiza-se, em suma, a partir de um rol de direitos fundamentais, erguidos no campo dos direitos de liberdade e autodeterminação – primeira das duas perspectivas dos direitos reprodutivos exposta por Piovesan⁸¹⁴, referida em ponto anterior. Antes de pugnar pela ação positiva do Estado na sua promoção, o direito de procriar conta, ao revés, com a não-interferência estatal, com o respeito à autonomia e liberdade do indivíduo para controlar as questões relativas à

artificial. Só os ricos, que podem pagar os altos custos desse processo, têm o direito de satisfazer os seus sentimentos de maternidade e paternidade”.

⁸¹¹ Sobre o paralelo adoção/reprodução assistida, Lewicki (2001) comenta o anúncio de um centro de fertilização, publicado em 1989, no jornal *Boston Globe*, o qual exaltava a “benção” de se ter um filho, referindo-se, inclusive, ao “cheiro do recém-nascido”. Pondera Lewicki, frente ao anúncio (2001, p. 105): “Ao fazer questão de ressaltar que só um recém-nascido poderia exalar um aroma tão agradável, é impossível deixar de lembrar do “cheiro de carro novo”, tão associado ao sucesso e à realização pessoal em nossa sociedade de consumo. Aquele que compra um carro usado não desfruta deste glorificado prazer; assim como uma criança adotada seria um filho “de segunda mão”, distinto do filho “inteiramente seu”, “verdadeiro” (expressões utilizadas por vários casais com problemas de fertilidade entrevistados por pesquisadores franceses, no final da década de oitenta)”.

⁸¹² BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 64.

⁸¹³ Idem, *ibidem*.

⁸¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002.

reprodução. E, apenas em um segundo momento, deliberada a questão pelo indivíduo, aí sim o Estado poderá, talvez, vir a ser chamado a atuar para fazer valer tal decisão (para, por exemplo, oferecer os meios para execução da inseminação artificial). Parece ser, entretanto, uma ação subsidiária.

A seleção dos direitos que integram tal trama dá-se, parece claro, na direção de um indivíduo autônomo, livre e capaz que, no caso do projeto monoparental feminino, é exatamente a mulher que pretende executá-lo. Os únicos limites que se poderia impor ao direito de procriar seriam, portanto, no ver de Brauner⁸¹⁵, relativos às condições psíquicas ou às motivações deste indivíduo:

O direito de dar a vida só poderia ser cerceado ou, limitado, se a pessoa não apresentasse condições psíquicas para se ocupar de uma criança, ou se sua intenção de gerar fosse imoral, ilícita ou, ainda, desvirtuasse a importância da paternidade e maternidade responsável, menosprezando o papel paterno ou materno na vida do filho.⁸¹⁶

Resta, entretanto, uma contextualização a ser feita. O projeto monoparental feminino, apesar de idealizado por uma mulher sozinha, não se concretiza somente para ela. Melhor dizendo, envolve outras pessoas e desencadeia situações não consideradas à primeira vista, tanto no processo de execução, como no resultado esperado.

A partir daí seria possível levantar questões tais como a referida por Añón⁸¹⁷ através da lição de C. Romeo Casabona, para quem, no caso da reprodução medicamente assistida, haveria uma renúncia parcial à intimidade, na medida em que existe uma dependência de terceiros (do médico e do doador, no caso do projeto monoparental feminino).

⁸¹⁵ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85-86.

⁸¹⁶ Em vista disso, a autora acredita ser recomendável que se proceda a um estudo antecipado do perfil da pessoa que recorre aos centros de reprodução artificial, para que sejam averiguadas as motivações do projeto parental, tal como ocorre nos processos adotivos (BRAUNER, 2003, p. 85). Não fala, entretanto, quem seria o responsável por tal pesquisa, ou quem deveria arcar com seus custos – se o indivíduo, a clínica de reprodução assistida, ou o Estado.

⁸¹⁷ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999, p. 308-309.

Ou, por outro lado, concretizando-se o nascimento de um filho, tem-se conseqüências que vão desde o abalo a institutos de Direito de Família (tais como as relações de parentesco), ao respeito à criança, esta portadora de direitos, inclusive alguns especiais, decorrentes da própria condição de criança.

Aliás, não é preciso ir muito longe para perceber do que se fala. O mesmo §7.3 do Programa do Cairo que reconhece o direito básico do casal e do indivíduo de decidir livremente sobre o planejamento familiar dispõe que, “No exercício deste direito, os casais e os indivíduos devem levar em consideração as necessidades de seus filhos já nascidos *e futuros* e suas obrigações com a comunidade” [grifou-se]. E, a seguir, refere que a base primordial das políticas e programas estatais e comunitários no âmbito da saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar, é a promoção do exercício *responsável* desses direitos.

Vê-se, pois, que o projeto monoparental feminino pode ser apreciado pela ótica feminina, do indivíduo livre, autônomo e capaz, mas nela não se exaure. Os direitos reprodutivos, de um modo geral, além de não serem endereçados exclusivamente à mulher, inserem-se em um universo de direitos igualmente fundamentais, com os quais convivem. E, nessa relação de coexistência não parecem gozar de um “estatuto privilegiado”, que os coloque acima de qualquer concorrência – ao que Bobbio⁸¹⁸ denomina de “valor absoluto”, que caberia “a pouquíssimos direitos do homem, válidos para todas as situações e para todos os homens sem distinção”.

Desse modo, inúmeras são as possibilidades de que os direitos reprodutivos passem por situações de conflito, nas quais devam ser sopesados. Estariam na condição, portanto, de *direitos relativos*, “no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente”⁸¹⁹. Desse modo, são também inúmeras as hipóteses em que o Estado poderá ser chamado a atuar diante dos direitos reprodutivos, não apenas para promovê-los, mas também para limitá-los.

⁸¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 61.

⁸¹⁹ Idem, *ibidem*.

Diante disso, é possível indagar, com Brauner⁸²⁰, acerca dos limites do projeto monoparental feminino:

A questão é de saber se todo e qualquer modo de gerar, através das procriações artificiais deve ser permitido? Se nenhum limite deve ser imposto à mulher que deseja escolher a denominada “produção independente”? E, poderá a mulher gerar este filho em qualquer condição, por exemplo, após os sessenta anos?

Leite⁸²¹, por sua vez, após apregoar que não se poderia negar a cada ser o direito fundamental de ter um filho, tanto como expectativa natural quanto essencial, acompanha o questionamento: “Este direito é incontestável e absoluto?” E assevera: “Se há verdadeiramente um direito absoluto à criança, isto quer dizer que todos os meios são possíveis para ter um filho”.

Para melhor apreciar tais questões, cabe agora perceber quais são os direitos que se relacionam de forma imediata com os direitos reprodutivos, mais especificamente com o projeto monoparental feminino, e de que forma se dá essa convivência.

3.2.2 As Outras Faces do Projeto Monoparental Feminino: a Criança Planejada e o Pai Ausente

3.2.2.1 A criança e seus *melhores interesses*

Acompanhado por direitos fundamentais – à intimidade, igualdade, desenvolvimento da personalidade e de fundar uma família – e argumentos técnicos favoráveis – como a analogia à adoção por pessoa sozinha e o direito do indivíduo ao

⁸²⁰ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A Monoparentalidade Projetada e o Direito do Filho à Biparentalidade. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch da (Orgs.). *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, 1998, p. 73.

⁸²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 139.

planejamento familiar, inclusive pelo uso de métodos de reprodução assistida –, o direito de procriar desponta fortalecido.

A desconfiança de que ainda resta algo mais a ser considerado desperta, contudo, quando se dá atenção ao fato de que o direito de procriar exercido por uma mulher sozinha, ainda que surja como direito individual, tem reflexos supra-individuais.

A decorrência mais evidente – e talvez mais importante – do projeto monoparental feminino dá-se, justamente, na relação parental que se pretende criar, mais especificamente na criança que virá a figurar em tal relação. O fato de que o objetivo principal do plano monoparental é dar vida a uma criança, introduz um primeiro elemento para a reflexão ética e jurídica que ora se propõe, encetada pela proteção aos denominados *melhores interesses*⁸²² da criança.

Tal como ocorreu com a mulher, em determinado momento histórico, “com os avanços da Medicina, das ciências jurídicas, das ciências pedagógicas e psicológicas, o século XX descobre a especificidade da criança e a necessidade de formular seus direitos, que passam a ser tidos como especiais”⁸²³. Na Declaração Universal dos Direitos da Criança, proclamada pela ONU em 1959, de acordo com Marcílio⁸²⁴, “a criança passa a ser considerada, pela primeira vez na História, *prioridade absoluta e sujeito de Direito*, o que por si só é uma profunda revolução”. Em 1989, fundada em princípios deste instrumento, e também naqueles firmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos promoveu a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que consagra direitos abrangentes às crianças, dentre os quais à sobrevivência e ao pleno desenvolvimento (artigo 6), o de ter um nome e uma nacionalidade (artigo 7), de ter o melhor padrão de

⁸²² Vale acompanhar a observação feita por Teixeira e Freitas de Sá (2004, p. 25), acerca da expressão “melhores interesses”: “Nos textos originais da Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 1959, bem como na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, utilizou-se a expressão *best interest of the child*, ou seja, melhor interesse da criança. Subsiste a opção doutrinária de algumas traduções em português de colocá-lo em termos quantitativos e não qualitativos (maior interesse ou interesse superior da criança).” As autoras optam, em seu texto, pela tradução qualitativa. Acredita-se, entretanto, que ambas expressões cumprem a função de exprimir a primazia conferida aos direitos da criança e adolescente.

⁸²³ MARCÍLIO, Maria Luíza. A Construção dos Direitos da Criança Brasileira. Século XX. In: MARCÍLIO, Maria Luíza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 78.

⁸²⁴ Idem, p. 80.

saúde possível (artigo 24), e a consideração de seus melhores interesses, em todas as situações (art.3)⁸²⁵.

Interessante notar, ademais, que até mesmo os documentos internacionais antes apontados como preparatórios ou condutores da temática dos direitos reprodutivos, os quais, por vezes, dão ênfase ao direito da mulher, nem por isso deixam de registrar a necessidade de proteção da infância. Assim é, por exemplo, no art. 6, § 2º, “c”, da Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher⁸²⁶ e no art. 5, “b”, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres⁸²⁷.

A Constituição Federal de 1988 não se afasta dessa orientação, e estabelece em seu art.227, como dever da família, da sociedade e do Estado

assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, acompanha a linha constitucional, sendo que, dentre as “diretrizes principiológicas dispostas no estatuto”, ganha destaque

a “condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” [art. 6º] , o que deixa antever a relevância do princípio do melhor interesse da criança, veiculador da doutrina da proteção integral, que contem em seu bojo o princípio da paternidade responsável, que estão a guiar o ECA⁸²⁸.

⁸²⁵ MARCÍLIO, Maria Luiza. A Construção dos Direitos da Criança Brasileira. Século XX. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 80-81.

⁸²⁶ “Artigo 6 [...] 2. [...] c) O pai e mãe terão iguais direitos e deveres no tocante a seus filhos. Em todos os casos, o interesse dos filhos será a consideração fundamental”.

⁸²⁷ “Artigo 5. Os Estados Signatários deverão adotar todas as medidas necessárias: [...] b) para garantir que da educação familiar faz parte uma compreensão correta da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum dos homens e das mulheres na educação e desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que os interesses dos filhos são primordiais em todas as circunstâncias”.

⁸²⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. Fundamentos Principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 26, out-nov, 2004, p. 25.

Percebe-se desse modo que no Brasil, a partir do trato constitucional e estatutário, a criança e o adolescente “Foram elevados ao *status* de sujeitos de direitos fundamentais, alvo da proteção integral da família, do Estado e da sociedade”, pelo que “Seu melhor interesse deve ser buscado a qualquer custo, de modo a lhes proporcionar um crescimento biopsíquico saudável”⁸²⁹.

Pereira⁸³⁰ refere que “atualmente a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”. Todavia, apesar da ressaltada importância do princípio, a autora alerta que “não existe uma orientação uniforme nem mesmo fatores determinantes do que venha a ser o ‘melhor interesse’”⁸³¹.

Nessa senda, aproveitam-se as observações de Novaes⁸³², ao falar da dificuldade em articular o “maior interesse” com as reais necessidades da criança e do adolescente:

Sem dúvida, uma família estruturada, uma boa escola, a garantia de uma saudável alimentação e de satisfatória assistência médica são fundamentais; entretanto, há outros indicadores igualmente importantes, tais como: a compreensão de seus desejos, a possibilidade de estabelecer vínculos afetivos estáveis, o fortalecimento da auto-estima e confiança, o estímulo ao convívio social, à comunicação e ao diálogo aberto, nem sempre levados em consideração.

Para todos os efeitos, no entanto, embora não se tenha uma delimitação estanque do que vêm a ser os melhores interesses da criança, o simples acolhimento de tal princípio como norteador das ações do Estado, da família e da sociedade, implica em uma necessária eleição de prisma. É dizer, se os interesses da criança são

⁸²⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. Fundamentos Principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 26, out-nov, 2004, p. 22.

⁸³⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000, p. 3.

⁸³¹ Idem, p. 4.

⁸³² NOVAES, Maria Helena. O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais – uma questão psicológica. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000, p. 526.

prevalentes, então a análise de todo e qualquer caso em que esteja envolvida, deve privilegiar a proteção e resguardo de seus direitos.

A observação de Giddens⁸³³, ao tratar das relações de poder existente na interação adulto-criança, asseverando que, no caso da relação dos pais com filhos pequenos não se trata apenas dos pais serem muito mais poderosos que as crianças, mas especialmente de que “suas atitudes e sua conduta moldam a personalidade e as tendências do filho”, servem para salientar o importante papel que cabe aos pais na proteção dos interesses da criança.

A hipótese do projeto monoparental feminino não é exceção. Logo, para uma adequada avaliação da pertinência de se conferir à mulher um tal direito, parece correto afirmar que o enfoque primordial não é o da mulher enquanto detentora de direitos reprodutivos, mas o do filho que se pretende gerar.

Evidente que nem por isso o estabelecimento do que vem a ser o melhor interesse da criança torna-se mais claro. Brauner⁸³⁴, de sua parte, acredita que o fato de o interesse da criança ser preponderante não implica em concluir que o recurso a técnicas de reprodução assistida contraponha-se a ele de forma reiterada, ou tampouco que a criança não possa vir a integrar uma família monoparental, desde que o genitor isolado forneça “todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto”. Não fica nítido, no entanto, que condições seriam estas a serem atendidas pelo genitor – se financeiras, etárias ou outras quaisquer.

A dificuldade em delimitar o que seriam os “melhores interesses” fica visível, aliás, no primeiro tópico que exsurge quando se adota o viés da criança, que é o de um suposto *direito à biparentalidade*, que apregoa a relevância da presença de ambas figuras parentais – pai e mãe – na formação do infante. O artigo 7º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da ONU, de 1989, recordado por Brauner⁸³⁵, serviria para amparar tal prerrogativa, ao consignar o direito da criança ao nome e, na medida do possível, a conhecer os pais e ser criada por eles.

⁸³³ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista (UNESP), 1993, p. 111.

⁸³⁴ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81.

⁸³⁵ Idem, *ibidem*.

Todavia, para que se possa enxergar uma relação entre o interesse da criança e a biparentalidade, onde se leve em conta que a constituição do vínculo parental se dá de forma diferenciada dependendo da “condição de gênero do adulto, que desempenha o papel de pai e de mãe”^{836 837}, seria necessário delimitar quais as implicações da ausência de uma destas figuras para o pleno desenvolvimento da criança. Ou seja, é assunto que clama por uma abordagem transdisciplinar, especialmente na interface com a Psicologia. Embora isso, alguns autores, da área do Direito, arriscam-se a firmar um posicionamento.

Brauner⁸³⁸, por exemplo, entende que o direito a ter pai e mãe, por vezes, não se concretiza sem que isso comprometa o bem-estar físico e psíquico da criança, de forma que o recurso a práticas de procriação artificial não implica em necessária contraposição ao interesse da criança:

Veja-se, justamente, que o direito a ter pai e mãe e, de conhecer a ambos e conviver com eles é um direito que, em certos casos, pode não se concretizar, sem que se possa afirmar, no entanto, que o bem estar físico e psíquico da criança estejam comprometidos. Talvez esta atenuação ao direito à biparentalidade se refira, não simplesmente, aos casos de adoção plena, mas também, tenha-se reconhecido um espaço reservado às famílias monoparentais⁸³⁹.

Com posição semelhante, Añón⁸⁴⁰ rechaça o argumento da biparentalidade e enfatiza a proteção conferida às mães, independentemente de seu estado civil, pela Constituição espanhola (em ponto no qual se aproxima da Constituição brasileira):

⁸³⁶ Barbosa (2003, p. 64), a partir dos ensinamentos de Lacan, trata dessa diferença entre os vínculos formados pelo filho com o pai e a mãe, realçando a necessidade da presença paterna: “o preenchimento da necessidade de presença paterna é essencial para o desvencilhamento da verdadeira simbiose em que se configura a relação entre mãe e filho. É a partir do interdito paterno, operando como limitador para o filho, que se desencadeia a construção da identidade própria e da autonomia da criança”. Desse modo, Barbosa (2003, p. 64) afirma que a ausência do símbolo paterno obstaculiza o desenvolvimento do filho, tendo como consequência, via de regra, seu desajustamento em diversos graus, que vão desde a inaptidão para o convívio doméstico, até o comportamento incompatível com o ordenamento jurídico, enveredado pelos caminhos da delinquência.

⁸³⁷ BRUNO, Denise Duarte. Adoção por Homem Solteiro: a Paternidade em Xequê. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.35, p.78-90, abr.-maio, 2006, p. 84.

⁸³⁸ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A Monoparentalidade Projetada e o Direito do Filho à Biparentalidade. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch da (Orgs.). *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, 1998, p. 76.

⁸³⁹ Idem, *ibidem*.

⁸⁴⁰ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999, p. 311.

Una vez que la Constitución separa matrimonio de familia, ligando esta última a la existencia de hijos y protegiendo a las madres cualquiera que sea su estado civil, ¿cómo poder seguir alegando un derecho del hijo a la doble figura parental para negar la posibilidad del acceso de las mujeres sin pareja masculina?⁸⁴¹.

Segundo o raciocínio de Añón⁸⁴², uma vez reconhecida a monoparentalidade como forma de constituição familiar, o direito da criança à biparentalidade não poderia servir de argumento para impedir o surgimento de uma família constituída unicamente pela mãe e seu filho. Gama⁸⁴³ segue por esta linha, indagando se seria possível, no Brasil, “à luz da Magna Carta, negar a constituição de uma família monoparental, unilateralmente formada diante da vontade da pessoa que perpetua a linhagem através da descendência resultante de técnica de reprodução assistida?”.

Nada obstante, o fato de que no projeto monoparental feminino a monoparentalidade é programada, distingue esta hipótese das demais⁸⁴⁴: ao Direito não é dada oportunidade de interferir ou impedir monoparentalidades intercorrentes (acidentais), ao passo que, aqui, é possível que se manifeste preventivamente, caso assim entenda. A monoparentalidade é, em inúmeros casos, uma contingência, mediante a qual o Estado não é capaz de exercer qualquer controle – como na viuvez, no abandono ou no desconhecimento do outro genitor, ou mesmo em rompimentos conjugais repletos de ressentimentos, que acabam por afastar um dos pais. Negar a existência de uma família, nestes casos, pela simples ausência de um dos genitores, seria marginalizar injustificadamente uma série de relações familiares. Todavia, se por um lado ignorar a existência de famílias monoparentais seria uma inaceitável discriminação, por outro, há uma distância entre reconhecer a monoparentalidade e incentivá-la ou promovê-la⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho*: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trotta, 1999, p. 311.

⁸⁴² Idem.

⁸⁴³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao Tema sob a Perspectiva do Direito Comparado*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.5, abr-jun, 2000, p. 23.

⁸⁴⁴ Gama (2000, p. 23) expõe entendimento em sentido diverso ao questionar se a hipótese da monoparentalidade programada não seria “idêntica àquela de pessoas que conceberam filhos que, antes mesmo do nascimento, tiveram a surpresa do abandono do parceiro, ou das chamadas ‘mães solteiras’?”.

⁸⁴⁵ É o que admite Gama (2000, p. 23): “Contudo, há de se registrar que a Constituição não estimula a formação de famílias monoparentais, mas as reconhece”.

A diferença entre as duas hipóteses é estampada na lição de Casabona⁸⁴⁶. Partindo de considerações semelhantes às de Añón⁸⁴⁷, o autor assinala que, como a procriação não está ligada ao matrimônio, conferidos aos filhos os mesmo direitos, sejam eles matrimoniais ou não, a procriação é, em princípio, livre e independente do estado civil que se possua⁸⁴⁸. Tudo isso indicaria, portanto, de acordo com o autor, que uma mulher pode decidir livremente ter descendência fora do matrimônio e, inclusive, sem contar com um parceiro estável, “cuando se vale para ello de *procedimientos biológicos y fisiológicos naturales*, pues de lo contrario se atentaría no sólo al derecho de fundar una familia (si cuenta con pareja estable), sino también a su intimidad (si no la tiene)”⁸⁴⁹.

Todavía, quando procedimentos de reprodução assistida estivessem envolvidos em tal projeto (de procriação da mulher sozinha), Casabona⁸⁵⁰ crê que deveriam estar submetidos à legitimação e ao controle da sociedade, já que esta, em seu conjunto, ver-se-ia afetada. Em sua opinião, portanto, um dos princípios gerais informadores do uso de tais técnicas deveria ser o de não as deixar à ilimitada decisão dos pais “pues se han de proteger también los intereses del futuro hijo, incluso cuando sean contrarios a los de sus padres o de su madre”. Pugna o autor, desse modo, que as mulheres sozinhas, viúvas ou sem par, férteis ou inférteis, e as que chegam à menopausa, casadas ou não, não deveriam ser contempladas pelas técnicas de reprodução assistida, as quais deveriam ser reservadas como solução dos problemas de esterilidade patológica ou de risco, e de transmissão de enfermidades infecciosas, genéticas ou hereditárias à descendência do casal.

Pondera Casabona⁸⁵¹ que, desta forma – observados ainda outros condicionamentos que propõe, tal como a realização dos procedimentos de reprodução assistida exclusivamente por médicos, em centros autorizados por sua comprovada

⁸⁴⁶ CASABONA, Carlos María Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

⁸⁴⁷ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho*: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trotta, 1999.

⁸⁴⁸ CASABONA, op. cit., p. 193.

⁸⁴⁹ Idem, p. 194.

⁸⁵⁰ Idem, p. 215-216.

⁸⁵¹ Idem, p. 216.

qualificação – se conseguiria proteger a mãe e o futuro filho de possíveis riscos. Diz o autor, como relação ao filho:

se le garantizaría el derecho a no ser privado de un padre y una madre desde la concepción, en igualdad de condiciones que los hijos nacidos por procedimientos naturales (otra cosa es que en relación con éstos sus padres sean o no conocidos), y se le evitarían ciertos conflictos psicológicos ciertamente todavía no suficientemente conocidos, principalmente en las primeras generaciones de estos niños, hasta que socialmente fuera asumido como un procedimiento terapéutico normal, aunque de frecuencia limitada [...].

Também privilegiando o prisma da criança, em um resgate da linha de pensamento kantiana, Roberto Adorno, citado por Brauner⁸⁵² (muito embora se tenha visto acima que as conclusões da autora seguem em sentido contrário), apregoa o direito à família biparental:

O legislador, inspirado nos princípios personalistas segundo os quais, a pessoa deve sempre ser considerada como um fim em si mesma e não como um meio, deve proteger especialmente o direito da criança a ter uma família biparental constituída por seus pais biológicos. Ao mesmo tempo, a vida humana merece ser protegida desde o início de sua existência dos riscos de dominação pela técnica.

Em sentido análogo, sem adentrar exatamente no assunto da biparentalidade, Cunha Pereira⁸⁵³, ao refletir acerca da paternidade sócio-afetiva (da qual se tratará adiante), acredita que o direito ao pai é condição básica para o desenvolvimento do indivíduo:

É na compreensão desse papel social do pai e da mãe, desprendendo-se do fator meramente biológico, que esse Estatuto [Estatuto da Criança e do Adolescente] vem ampliar o conceito de pai, realçando sua função social. Em outras palavras, o direito ao pai é condição básica para que alguém possa existir como sujeito. Portanto, é mais que um DIREITO

⁸⁵² BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A Monoparentalidade Projetada e o Direito do Filho à Biparentalidade. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch da (Orgs.). *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, 1998, p. 75.

⁸⁵³ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000, p. 584-585.

FUNDAMENTAL, é o DIREITO FUNDANTE DO SER HUMANO COMO SUJEITO.⁸⁵⁴

Converge com essas posições a observação de Grossi⁸⁵⁵, que diz que o caráter biológico da procriação é apenas uma parte da questão, “pois inexiste reprodução que não seja social e, para haver reprodução social é necessário a união de uma mulher e um homem”. E aduz: “Ora, essa união só terá valor se ela for entre dois indivíduos considerados ‘diferentes’ socialmente e é para isto que existem as regras, as leis sociais que vão definir o que é casamento e filiação”^{856 857}.

Diante da diversidade de posicionamentos, fica claro que não há consenso acerca do tema, o que possivelmente decorre da falta de assimilação, pelo Direito, de uma contribuição efetiva de outras áreas. As justificativas, tanto para defender quanto para refutar o direito à biparentalidade, acabam sendo menos teóricas e mais empíricas, firmadas em opiniões resultantes da moralidade individual. Ou seja, assim como não há comprovação de que a falta da biparentalidade representa um prejuízo à criança, sendo contrário aos seus interesses, também não está atestada a inexistência de tal prejuízo.

Do ponto de vista jurídico talvez contribua, para o reforço teórico de um ou de outro posicionamento, a apreciação de uma questão que margeia a dupla parentalidade, que é o caso do *direito à identidade genética*. Neste caso, cogita-se da viabilidade do escrutínio da origem biológica não apenas em demandas investigatórias de paternidade nas quais se pretende efetivamente instaurar um vínculo parental, mas também em casos outros, nos quais o objetivo é tão-somente o de tomar conhecimento da raiz biológica, ainda que sem efeitos parentais, (como no caso da adoção ou da quebra do

⁸⁵⁴ Além disso, o autor anuncia “graves conseqüências” advindas da ausência paterna: “Enfim, a ausência do pai, e dessa *imagem* paterna, em decorrência de um abandono material e/ou psíquico, tem gerado graves conseqüências na estruturação psíquica dos filhos que repercute, obviamente, nas relações sociais” (CUNHA PEREIRA, 2000, p. 581).

⁸⁵⁵ GROSSI, Miriam Pillar. Sexualidade e Reprodução Assistida, Direitos e Gênero. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo; LAPA, Fernanda Brandão (Orgs.). *Bioética e Direitos Humanos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 124.

⁸⁵⁶ Idem, *ibidem*.

⁸⁵⁷ Grossi (2002, p. 126) traz a baila, ainda, as lições da antropóloga francesa Françoise Héritier, referindo que, para esta, “todas as fantasias de manipulação que estão tanto em discursos científicos, como políticos [...] e mesmo na ficção científica [...], falam de três desejos humanos: 1. escapar a estas imposições que os dados naturais nos impõem; 2. reproduzir-se a si mesmo é a maneira perfeita de suprimir a alteridade; 3. construir uma sociedade de ‘mesmos’, ‘entre-si’ da consangüinidade, da territorialidade ou do gênero”.

sigilo acerca da identidade do doador de material genético utilizado em técnicas de reprodução assistida).

De forma geral, duas são as linhas de argumentação para a defesa do direito à informação da paternidade genética – sem esquecer, é claro, os que refutam tal direito, por entender que, atualmente, o amálgama das relações familiares é o afeto, e não o sangue⁸⁵⁸. Uma, seguida por Cunha Pereira⁸⁵⁹, crê que este deva ser reconhecido como “um direito sagrado de qualquer pessoa”. O autor postula que tal direito deve ser assegurado ainda que “seja só para saber”, porquanto “Este saber poderá, certamente, ajudar o sujeito na constituição de sua identidade e de sua estruturação psíquica [...]”. Outra linha, no entanto, sustenta motivos relativos à saúde e à prevenção do incesto, para embasar este mesmo direito – ou inclusive para complementar e fortalecer os motivos antes referidos⁸⁶⁰.

Prevalendo a primeira corrente, onde se entende que o reconhecimento da raiz genética é importante para a constituição da identidade do indivíduo, pode ser reforçada a noção de que a presença de ambos os genitores não deve ser excluída, *a priori*, como o faz o projeto monoparental feminino. Por outro lado, caso as razões para a pesquisa da parentalidade genética resumam-se às relativas à saúde, aí então o argumento não serviria para obstaculizar o projeto monoparental feminino, mas somente para criar parâmetros acerca do sigilo do doador do material genético – o qual deveria, de antemão, ser informado da possibilidade de que o segredo seja violado.

As considerações acerca da biparentalidade alcançam outro aspecto a compor a reflexão ética/jurídica, que diz respeito à formação da família monoparental pela via da adoção. Tendo por ponto de partida o interesse da criança, poder-se-ia perquirir o quão pertinente é a analogia entre o projeto monoparental feminino e a adoção por singular. Ou seja, é realmente possível equiparar ambas as situações, ou legitimar uma (a monoparentalidade programada) em função da outra (adoção por singular)?

⁸⁵⁸ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

⁸⁵⁹ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000, p. 584.

⁸⁶⁰ CASABONA, Carlos María Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

Enquanto aquele – projeto monoparental feminino – se destina à constituição de uma família propositadamente monoparental, e encontra argumentos por meio de uma observação do instituto da adoção que se dá pelo viés do adulto que pretende tornar-se pai ou mãe, esta – adoção por singular – trata de solucionar, através da monoparentalidade, casos nos quais a criança encontra-se em situação delicada, de orfandade, abandono ou cujos pais foram destituídos do pátrio poder. Neste último caso, a monoparentalidade é menos um objetivo do que um meio para preservar o interesse da criança, e é do ponto de vista desta que se lhe apreende. Há, ao que parece, uma importante inversão de prisma, que torna frágil a analogia entre o projeto monoparental feminino e a adoção por singular.

Diante de todas essas considerações, pode-se dizer que a primeira pergunta a encaminhar a reflexão sobre a extensão dos direitos reprodutivos, dá-se a partir dos melhores interesses da criança, e recebe a seguinte formulação: *o projeto monoparental feminino resguarda, satisfatoriamente, os interesses/direitos da criança?*

Não existe uma resposta peremptória, como se viu, a começar pela dificuldade de definição do que seriam exatamente os melhores interesses da criança, ou de como estes poderiam vir a ser (ou não) afetados pela monoparentalidade programada. É certo, entretanto, que caso os direitos da criança tenham a prioridade que se lhes quer atribuir dentre os direitos humanos, este é o primeiro aspecto a ser examinado. Ou seja, a viabilidade do projeto monoparental feminino deve ser questionada, em primeiro lugar, pela investigação da relevância do duplo papel parental para a criança – ainda que tal resposta deva ser buscada fora do espectro jurídico.

3.2.2.2 O homem e o redimensionamento da paternidade

Há, ainda, outro elemento a ser incorporado à presente reflexão, mesmo que de forma secundária àqueles relativos à criança, e que diz respeito ao papel do homem, *no e a partir do* projeto monoparental feminino. Excluído propositalmente do plano reprodutivo da mulher, criam-se, em relação ao homem, pelo menos duas situações

que merecem atenção, e que se apresentam de forma imbricada⁸⁶¹. São os casos do direito de procriar do homem, e da correlata posição por ele ocupada na família contemporânea, notadamente no desempenho do papel paterno.

Interessante ressaltar, como se disse alhures, que o direito de procriar que se busca afirmar por intermédio dos direitos reprodutivos, é normalmente pleiteado do ponto de vista da mulher, no que se nota, inclusive, uma curiosa mudança de foco das reivindicações feministas⁸⁶². Os argumentos da autonomia sobre o corpo e do conseqüente direito de decisão sobre ele, antes usados para liberar as mulheres do *dever* de exercer um papel materno que lhes teria sido imposto historicamente – e que resultaria em encargos demasiados frente aos filhos resultantes de gravidez indesejada ou famílias desfeitas –, são agora invocados para pleitear o *direito* de ser mãe sozinha.

Ou seja, o argumento de que a “maternidade é um direito fundamental de cidadania”⁸⁶³, usado, a princípio, para firmar posição quanto à possibilidade de interrupção da gestação⁸⁶⁴, passa a ser lançado como fundamento para o direito da mulher de gerar.

⁸⁶¹ Sem mencionar a atuação coadjuvante como doador e as implicações daí decorrentes, relativas não apenas ao sigilo em face do direito à identidade genética, mas também a possíveis conseqüências oriundas do vínculo biológico existente (como uma hipotética reivindicação de paternidade que pudesse a vir a ser promovida pelo autor biológico de uma criança concebida por inseminação artificial com material genético de doador). Tais questões são, de regra, prevenidas pelo uso de um documento de autorização no qual, antes da efetuação da doação, o doador é informado dos efeitos desta, bem como são estipulados os critérios para uso do material. Um caso recentemente apreciado pela Corte Européia de Direitos Humanos, “Evans vs. United Kingdom”, onde o “direito de ser mãe” da autora é confrontado com o “direito de não ser pai” do doador do material genético, deixa clara a importância do consentimento e dos parâmetros estipulados em tal documento. No caso, Natallie Evans (a autora) tornou-se infértil devido a tratamento de câncer de ovário. Com o ex-parceiro, Howard Johnson, a autora havia realizado (antes do tratamento para o câncer) procedimento de fertilização *in vitro*. Todavia, o dono do material genético solicitou a eliminação dos embriões quando o casal rompeu o relacionamento. A Corte acabou negando a Natallie o direito de usar os embriões congelados (ainda que esta fosse sua única chance de ter filhos próprios), justamente por entender que a retirada do consentimento, prevista no documento que antecedeu à fertilização, deveria prevalecer. A decisão pode ser acessada na página da Corte Européia de Direitos Humanos na Internet.

⁸⁶² Ou, pelos menos, de parte do movimento feminista, considerando que existe uma “pluralidade vigente no feminismo”, de acordo como Oliveira (2002, p. 95), que o divide, nas temáticas relativas à bioética, entre três blocos apenas mencionados pela autora: “biofundamentalista, bioliberal e de enfrentamento dos problemas atuais e busca de soluções considerando o contexto em que vivemos”.

⁸⁶³ OLIVEIRA, Fátima. Direitos Humanos, Bioética, Gênero e Feminismo. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo; LAPA, Fernanda Brandão (Orgs.). *Bioética e Direitos Humanos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 108.

⁸⁶⁴ Neste sentido, defende Oliveira (2002, p. 108) que “O parasitismo do embrião/feto no corpo da mulher quando ela não o deseja não é moralmente aceitável, e as interdições ao aborto só jogam na clandestinidade um problema de saúde pública”. Por esta razão, a autora acredita que o direito ao aborto “conforme a necessidade, a consciência e a opção da mulher independe do motivo pelo qual ela precisa interromper a gravidez” (OLIVEIRA, 2002, p. 108).

Nada obstante, os próprios instrumentos jurídicos que contemplam os direitos reprodutivos tratam-nos, conforme se disse antes, como direitos dos indivíduos – homens e mulheres. Não é descabida, portanto, a indagação acerca da possibilidade do reconhecimento de um igual direito de procriar para o homem, uma vez que se o faça para a mulher. Ou este direito pertenceria a uma categoria específica, atribuível exclusivamente às mulheres? Em que bases estaria fundada tal distinção?

A inaptidão física do homem para gestar não parece ser obstáculo à criação de um filho, vez que, tal como a mulher, o homem não pode levar a paternidade a efeito sem a participação de um indivíduo do sexo oposto. E, também do mesmo modo que a mulher, pode socorrer-se das tecnologias reprodutivas e promover a paternidade através de uma gestante de substituição (ou “de aluguel”).

É fato que a gestação de substituição trata-se de técnica mais controversa do que a inseminação artificial, vez que o indivíduo que participa do processo reprodutivo como terceiro assume um papel mais ativo, qual seja, levar a termo a gestação e o parto, envolvendo ainda discussões relativas à contraprestação pelo serviço, entre outros, que desbordam o direito de procriar em si⁸⁶⁵. Todavia, suspendendo, por ora, as controvérsias relativas ao procedimento, é-se capaz de perceber, mesmo em casos que prescindem da técnica, um certo desfavorecimento do homem frente à possibilidade de execução de um programa monoparental.

⁸⁶⁵ Pateman (1993, p. 306), por exemplo, tece considerações acerca da gestação de substituição, tratada pela autora preponderantemente como “gestação de aluguel”, pelo viés do contrato sexual, dizendo que se trata de um exemplo dramático das contradições que envolvem as mulheres e os contratos. Por este viés, entende que a gestação de substituição pode representar uma volta do patriarcado, sob nova forma. Diz, assim: “A lógica do contrato, tal como apresentada pela gestação ‘de aluguel’, demonstra muito duramente como a extensão da condição de ‘indivíduo’ às mulheres pode reforçar e transformar o patriarcado, bem como desafiar as instituições patriarcais. Estender às mulheres a concepção masculina de indivíduo como proprietário e a concepção de liberdade como capacidade de fazer o que se queira consigo mesmo, é abolir qualquer relação intrínseca entre a proprietária, seu corpo e sua capacidade reprodutora. Ela ocupa em relação à sua propriedade a mesma relação de exterioridade que o proprietário do sexo masculino tem com sua capacidade de trabalho ou seu esperma; não há nada para distinguir as mulheres” (PATEMAN, 1993, p. 315). Acresce a autora: “Durante pelo menos três séculos, as feministas se esforçaram muito para tentar mostrar que as mulheres, como os homens, têm uma multiplicidade de aptidões que poderiam ser exercidas além da capacidade exclusiva de criar a vida biológica. Agora a maternidade foi separada da feminilidade – e a separação amplia o direito patriarcal. [...] Uma mulher pode ser uma mãe ‘de aluguel’ somente porque sua feminilidade foi considerada irrelevante, sendo ela declarada um ‘indivíduo’ prestando um serviço. Ao mesmo tempo, ela pode ser mãe ‘de aluguel’ apenas porque é uma *mulher*” (PATEMAN, 1993, p. 316). No entanto, adiante a autora defende que “As mulheres podem alcançar a condição formal de indivíduos civis, mas corporificados como seres femininos; nós nunca somos ‘indivíduos’ no mesmo sentido que os homens o são. Levar a identidade corporificada a sério requer o abandono do indivíduo masculino unitário, a fim de abrir espaço para duas figuras, uma masculina, outra feminina” (PATEMAN, 1993, p. 329).

Neste sentido, Bruno⁸⁶⁶ comenta a decisão emanada da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 23 de março de 2005, na Apelação Cível nº 1.0105.04.119163-3/001, na qual foi relator o Desembargador Alvim Soares. Neste julgado, o Tribunal, sob o argumento de que “O fundamental é que a adoção é uma medida de proteção aos direitos da criança e do adolescente, e não um mecanismo de satisfação de interesses dos adultos”⁸⁶⁷, e de que “há a necessidade da figura materna para satisfazer as contingências do zelo de uma criança recém-nascida, de forma a garantir-lhe cuidados indispensáveis a sua formação, o que, de fato, não poderá ser prestado apenas pela figura paterna”⁸⁶⁸, impediu a inscrição de um homem solteiro no cadastro de pretensos adotantes.

A autora destaca o fato de o acórdão permitir a suposição de que mulheres sozinhas podem exercer a maternidade, constituindo famílias monoparentais, ao passo que os homens não o podem, já que a paternidade não os habilitaria a garantir os cuidados necessários à criança⁸⁶⁹. Diante disso, propala a autora:

Ora, a única tarefa que um homem não pode desempenhar no que diz respeito aos cuidados com um bebê é amamentá-lo, mas algumas mulheres também não conseguem (ou não podem, no caso de algumas patologias) fazê-lo, e, nos casos de adoção por casais ou mulheres solteiras, é quase inexistente a perspectiva de que a criança venha a ser amamentada.

E, feita essa análise, a autora percebe que a questão central da decisão não é a dos cuidados que a criança possa vir a receber do pai adotante, mas sim a própria “concepção de paternidade, da possibilidade de reconhecimento de famílias monoparentais masculinas e, mais uma vez, a concepção hegemônica da família”⁸⁷⁰. Portanto, a discussão que deve ser realizada diz respeito à possibilidade de conceber a

⁸⁶⁶ BRUNO, Denise Duarte. Adoção por Homem Solteiro: a Paternidade em Xeque. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.35, p.78-90, abr.-maio, 2006.

⁸⁶⁷ Idem, p. 78.

⁸⁶⁸ Idem, p. 80.

⁸⁶⁹ Idem, p. 82.

⁸⁷⁰ Idem, p. 82-83.

paternidade desvinculada da família nuclear, conjugal, heterossexual, e de pensá-la em diversas formas de desempenho da função parental pelos homens⁸⁷¹.

Revela a autora dois aspectos que devem ser considerados para a contextualização social da paternidade: primeiro, que as diferentes formas de organização familiar sempre estiveram ligadas às concepções dos papéis de gênero; e depois, que a paternidade nem sempre esteve ligada à procriação biológica⁸⁷².

A partir da primeira assertiva, é possível retomar algumas das premissas do movimento feminista e perceber que a concepção de que apenas a mulher é hábil a prover certo tipo de cuidados à criança, faz parte de uma construção social que atribui um determinado papel ao gênero feminino – papel este que Giddens⁸⁷³ denomina de “invenção da maternidade”. Elaborar-se, por este meio, no imaginário social, uma associação da mulher às atividades domésticas (embora não mais somente a elas) e à vocação materna. E do homem ao sustento do lar, afastado de todas as ações de cuidado e afeto. Percebe Bruno⁸⁷⁴, nesse sentido, que

A rígida delimitação dos papéis de gênero na família, de certa forma, esvazia a paternidade, na medida em que, embora seja o nome do pai que dá a identidade da família e seu trabalho que sustenta os filhos, todos os cuidados com os filhos e os elementos básicos de sua educação passam a ser da mãe.

Grande parte da luta feminista volta-se justamente, como demonstrado oportunamente, a desconstruir essa idéia – embora Brauner⁸⁷⁵ refira que a atitude em relação à maternidade continua baseada na “ficção do instinto maternal e no mito da mãe perfeita”. Portanto, na medida em que as reivindicações das mulheres obtêm êxito, e estas se inserem (ainda que de forma precária) no espaço público, parece lógico concluir que, concomitantemente, também o papel pressuposto ao homem modifica-se. Ou seja, “os homens também passam a reivindicar seu espaço na

⁸⁷¹ BRUNO, Denise Duarte. Adoção por Homem Solteiro: a Paternidade em Xeque. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.35, p.78-90, abr.-maio, 2006, p. 83.

⁸⁷² Idem, p. 85.

⁸⁷³ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista (UNESP), 1993.

⁸⁷⁴ BRUNO, op. cit., p. 86.

⁸⁷⁵ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49.

intimidade, principalmente o direito a uma redefinição da paternidade, buscando torná-la mais plena”⁸⁷⁶.

Nesse sentido, Pateman⁸⁷⁷ percebe, naquilo que chama de “contradições, paradoxos e ironias” da sujeição contratual das mulheres, que

Agora que as feministas conquistam algumas reformas legais extremamente necessárias, e agora que, em várias questões, as mulheres e os homens estão sendo colocados na mesma condição civil, as mães não podem supor que elas obterão a custódia. As mães solteiras também não podem ter certeza de que o pai não conquistará o acesso e os direitos sobre o filho.⁸⁷⁸

Vale lembrar, com Brauner⁸⁷⁹, que a própria Conferência do Cairo ressalta a necessidade de que mulheres e homens participem em igualdade de condições na vida produtiva e reprodutiva, inclusive na divisão de responsabilidades na criação dos filhos e na manutenção da casa.

Entra aí, portanto, na busca por uma redefinição da paternidade, a discussão relativa à importância do vínculo biológico, a qual Bruno⁸⁸⁰ revela ser cíclica. Em Roma, segundo relata a autora, o vínculo sangüíneo não tinha qualquer valor na definição de quem seria o pai, resultando a paternidade do reconhecimento da criança pelo homem⁸⁸¹.

Já na Idade Média, segue narrando Bruno⁸⁸², o reconhecimento perde o caráter voluntário e passa a ser feito a partir do casamento. A paternidade é então atribuída, automaticamente, ao marido da mãe, em um contexto no qual as normas do casamento e da organização familiar foram tornando-se cada vez mais explícitas e formalizadas. A definição de família é cada vez mais limitada, e pressupõe “laços estabelecidos e

⁸⁷⁶ BRUNO, Denise Duarte. Adoção por Homem Solteiro: a Paternidade em Xeque. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.35, p.78-90, abr.-maio, 2006, p. 87.

⁸⁷⁷ PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 318.

⁸⁷⁸ A autora diz que alguns ventos sopram em direção diferente a esta tendência, e o exemplo trazido é justamente o da possibilidade das mulheres tornarem-se mães sem ter relações sexuais com homens, por meio da inseminação artificial (PATEMAN, 1993, p. 318).

⁸⁷⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 34.

⁸⁸⁰ BRUNO, op. cit., 2006.

⁸⁸¹ Idem, p. 85.

⁸⁸² Idem, p. 85-86.

consagrados (religiosa e legalmente) com a união conjugal (heterossexual e monogâmica) visando ao nascimento de filhos (legítimos)”⁸⁸³. Nesta “família tradicional”, a figura masculina é central, caracterizando o domínio do patriarcado.

Mesmo no modelo familiar subsequente, o da “família nuclear moderna”, decorrente de mudanças sociais e do processo de industrialização, muito embora o poder patriarcal decline, a chefia masculina ainda prevalece, permanecendo os papéis de gênero, “cabendo ao pai o papel de provedor, e à mãe, os cuidados”⁸⁸⁴.

O tratamento jurídico destinado à paternidade que até recentemente vigorava no ordenamento brasileiro pelas linhas do Código Civil de 1916⁸⁸⁵, muito trazia dessa realidade. A máxima *pater is est quem nuptiae demonstrant*, (ou simplesmente *pater is est*), que sustentava o sistema de presunção de paternidade albergado pelo Código, promovia a “verdade jurídica” da paternidade, para a qual o pai não era outro que não o marido da mãe⁸⁸⁶. O contexto poderia ser resumido com palavras de Giddens⁸⁸⁷, que referiu que, “Assim como o gênero, o parentesco foi um dia considerado como naturalmente outorgado, uma série de direitos e deveres criados por laços biológicos e de casamento” – no caso da paternidade jurídica, laços sangüíneos presumidos por laços matrimoniais.

A presunção *pater is est* somente veio a ser relativizada de forma mais contundente uma vez que a realidade genética da filiação adquiriu visibilidade por meio dos exames sangüíneos, destacadamente do DNA, com o que se desvendou a “verdade biológica” da paternidade, até então preterida em favor da jurídica. Difícil negar que o salto da presunção de paternidade em direção aos exames sangüíneos representou um ganho frente ao que se tinha até então. Aquilo que a paternidade presumida apresentava como verdade, muitas vezes não passava de ficção, na qual se viam presos os interessados – filho, mãe, pai biológico e pai presumido – em virtude

⁸⁸³ BRUNO, Denise Duarte. Adoção por Homem Solteiro: a Paternidade em Xequê. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.35, p.78-90, abr.-maio, 2006, p. 85.

⁸⁸⁴ Idem, p. 86.

⁸⁸⁵ De exemplo, os artigos 338 e seguintes daquele diploma legal.

⁸⁸⁶ Barbosa (2003, p. 57) revela que, dentre as motivações da presunção de paternidade, “estiveram sempre a defesa, ainda que com caracteres de hipocrisia, da instituição familiar dita legítima e, nesta, a concentração do patrimônio”. Ademais, como complementa o autor, “antes do advento do DNA, os recursos científicos não propiciavam o conhecimento da verdade a respeito da paternidade biológica”.

⁸⁸⁷ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista (UNESP), 1993, p. 109.

da série de mecanismos legais (como os entraves cominados à ação negatória de paternidade, por exemplo) forjados para mantê-la. Assim, o acesso à informação genética libertava de uma mentira que, de outra forma, parecia fadada a perpetuar-se.

Mais recentemente, após uma avalanche de ações investigatórias de paternidade, e de uma decorrente “sacralização” da paternidade biológica, despontou com uma terceira “verdade”, a sócio-afetiva, que ressalta e prioriza o vínculo afetivo entre pai e filho, destacando a importância da presença do pai e do exercício efetivo (atuante) da paternidade.

Barbosa⁸⁸⁸ afere, nesse viés, que “a imagem do pai constitui-se em elemento primordial na estruturação psíquica dos filhos”. Desse modo, para que a paternidade se estabelecesse genuinamente, não bastaria que um exame comprovasse que um carrega em si a carga genética de outro. Portanto, o “paradigma do biologismo”, assim chamado por Albuquerque Junior⁸⁸⁹, teria passado a ser contestado, segundo o autor, “a partir do momento em que a doutrina volveu os olhos para a existência de um outro fundamento para a filiação, verdadeiramente de ordem cultural e desde sempre radicalmente presente na adoção: a socioafetividade”.

Também na face sócio-afetiva da paternidade a ciência adquire relevância, já que produz diversos questionamentos, os quais, à medida que vão sendo respondidos, reforçam (esta a tendência) a superioridade do liame afetivo. É o caso da fertilização artificial heteróloga da mulher, com o consentimento do marido, hipótese na qual o doador do material genético não passará disso – de um dado genético –, e o pai será o marido, idealizador da paternidade⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio. Ao Encontro do Pai. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 16, jan-mar, 2003, p. 63.

⁸⁸⁹ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A Filiação Socioafetiva no Direito Brasileiro e a Impossibilidade de Sua Desconstituição Posterior. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 39, dez-jan, 2007, p. 59.

⁸⁹⁰ Quando se coloca a fertilização artificial da mulher com o consentimento do marido como exemplo da aceitação da paternidade sócio-afetiva, cumpre fazer um alerta: uma vez que o Código Civil de 2002 (CC 2002) incluiu tal hipótese no rol da presunção de paternidade, é possível que se o entenda como um retrocesso, em virtude da preservação e incrementação da presunção *pater is est*. A posição que aqui se assume, entretanto, é a de que tal previsão, antes de ser um retrocesso é, ao contrário, uma revitalização da paternidade jurídica, na medida em que se a associa à paternidade sócio-afetiva. Afinal, como observa Gama (2000, p. 539): “A natureza jurídica da paternidade, maternidade e filiação resultantes da adoção de técnicas de reprodução assistida, sob a modalidade heteróloga, ou mesmo sem vínculo genético entre os envolvidos, deve ter em conta sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetuosa, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade”.

Sopesando as fronteiras social e afetiva da paternidade, tantas vezes em dissonância com os caminhos jurídico e biológico, sentencia Barbosa⁸⁹¹:

[...] incontornável pois o reconhecimento de que quando conflitantes a verdade afetiva e a biológica, a primeira deve, sem exclusão da segunda, preponderar. Com efeito, a posse de estado de filho, via de regra, conta mais que o exame de DNA para determinar qual paternidade (a biológica ou afetiva) corresponde ao melhor interesse do filho.

Logo, se a paternidade vem, paulatinamente, adquirindo relevância e destaque no meio jurídico, não apenas para o homem, mas também para a criança, após uma lenta e árdua caminhada, haveria que se indagar, então, em que medida o projeto monoparental feminino, ao omitir o papel paterno, coaduna-se com tal evolução.

Isso faz lembrar a expressão utilizada por Barros⁸⁹², *determinismo do desejo materno*, que designa a força do desejo da mãe no estabelecimento daquele que desempenhará o papel de pai para seu filho, diante do qual “a Justiça mostra-se capenga, como o desejo do pai: impotente para fazer marcar na realidade da criança a sua palavra”. Revela-se o poder da mãe na determinação da paternidade, especialmente sócio-afetiva, em inúmeras hipóteses, como o boicote ao acesso do genitor ao filho diante de um novo parceiro amoroso da mãe, ou a omissão do genitor por ocasião do nascimento, o qual somente vem a ser procurado tempos depois, para fins de pagamento de pensão alimentícia. Contudo, talvez a manifestação mais radical do determinismo do desejo materno seja justamente o planejamento monoparental.

Vale refletir, diante disso, em que medida as aquisições feministas logram promover a igualdade material com os homens, tão longamente sonogada, e em que ponto passam a configurar, ao revés, uma nova forma de desigualdade, pendente, agora, em seu favor⁸⁹³.

⁸⁹¹ BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio. Ao Encontro do Pai. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 16, jan-mar, 2003, p. 65.

⁸⁹² BARROS, Fernanda Otoni de. Do Direito ao Pai: sobre a Paternidade no Ordenamento Jurídico. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.6, p.5-22, jul.-set. 2000, p. 17.

⁸⁹³ Giddens (1993, p. 169) relata que novas formas de antagonismos emocionais estariam revelando-se entre os sexos e propõe que as raízes da raiva, tanto masculinas quanto femininas, adviriam da “descoberta estarrecedora e desconcertante” de que o “falo é apenas o pênis”. Diz o autor: “As reivindicações de poder da masculinidade dependem de um pedaço de carne pendente que agora perdeu a sua relação peculiar com a reprodução. Esta é na verdade uma nova forma de castração; agora as mulheres podem encarar os homens

As anotações de Bourdieu⁸⁹⁴ acerca do movimento feminista conduzem-se próximas ao questionamento ora posto. Nesse sentido, por um lado, reconhece o autor que, especialmente em virtude do enorme trabalho crítico do movimento feminista, a dominação masculina passou a ser vista, em muitas ocasiões, como algo que não mais se impõe como evidência, e sim que deve ser defendido ou justificado^{895 896}. Por outro lado, entretanto, registra sua crença de que o movimento feminista não mais deva “deixar-se encerrar apenas em formas de luta política rotuladas de feministas, como a reivindicação da paridade entre os homens e as mulheres nas instâncias políticas”, e prossegue:

se elas têm o mérito de lembrar que o universalismo de princípio que postula o Direito Constitucional não é tão universal quanto parece – sobretudo por só reconhecer indivíduos abstratos e desprovidos de qualificações sociais –, estas lutas correm o risco de redobrar os efeitos de uma outra forma de universalismo fictício, favorecendo prioritariamente as mulheres saídas das mesmas áreas do espaço social que os homens que ocupam atualmente as posições dominantes.

Em decorrência disso, a preocupação que se apresenta é: se existe um direito de procriar, este é um direito da mulher e do homem, ou somente da mulher? É dizer: ao projeto monoparental feminino corresponde um equivalente projeto monoparental masculino? E, ainda antes disso: o projeto monoparental feminino é consentâneo com o redimensionamento do papel masculino na família?

As respostas para tais questionamentos, uma vez mais, não são unânimes, e dependerão do enfoque que se dê aos direitos reprodutivos. Uma vez entendidos pelo prisma feminino, é possível conceber que os direitos reprodutivos privilegiem, de fato, a mulher, no intuito de “re-equilibrar” a balança e promover uma igualdade material

pelo menos em um nível cognitivo, como um apêndice tão inútil quanto o próprio órgão sexual masculino” (GIDDENS, 1993, p. 169).

⁸⁹⁴ BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 139.

⁸⁹⁵ Isso principalmente nas categorias sociais mais favorecidas, nas quais se verificariam: o aumento do acesso ao ensino secundário e superior, ao trabalho assalariado, e com isso à esfera pública; o distanciamento em relação às tarefas domésticas e às funções de reprodução (relacionado com o progresso e o uso generalizado de técnicas anticonceptivas e à redução do tamanho das famílias); e, sobretudo, ao adiamento da idade do casamento e da procriação, a abreviação da interrupção da atividade profissional por ocasião do nascimento de um filho, e também a elevação dos percentuais do divórcio e queda dos percentuais do casamento (BOURDIEU, 1999, p. 107).

⁸⁹⁶ BOURDIEU, op. cit., p. 106.

com o homem. Neste caso, os homens não seriam objeto precípua dos direitos reprodutivos, e o direito de procriar feminino não necessariamente corresponderia a um mesmo direito masculino. De outra parte, poderia ser posto em uso o argumento de que as famílias monoparentais femininas sempre existiram sem que tivesse havido comprometimento do papel do homem na família em virtude disso.

Por outro viés, contudo, levando em conta que a atual postura masculina decorre, em boa parte, de uma necessidade de adaptação forçada pela posição assumida pelas mulheres, então não parece apropriado que se selecione, dentre os efeitos do feminismo, apenas aqueles que interessam às mulheres. Em outras palavras, se o homem adquiriu relevância no âmbito familiar, foi porque os arranjos familiares modificaram-se com o movimento feminista, levando-o a participar de forma mais ativa dos assuntos domésticos. Por isso, se a igualdade pleiteada pelo feminismo exige tratamento igual na esfera pública, por outro lado, não pode servir como reserva de direitos exclusivos à mulher no âmbito privado. Assim, se o direito de fundar uma família monoparental houver de ser reconhecido, e uma vez considerados os direitos reprodutivos como direitos do indivíduo e, portanto, do homem e da mulher, fica então mais difícil justificar os motivos que sustentariam um direito da mulher e não do homem.

As reflexões certamente poderiam prosseguir, ressaltando as disparidades entre um e outro posicionamento, ambos com argumentos jurídicos e éticos a seu favor. Diante da diversidade de respostas, e sem que os direitos humanos apontem de forma clara como sair dessa circularidade argumentativa, mostra-se oportuno invocar a bioética para acompanhar tal ponderação. Esse o assunto do próximo, e último, ponto.

3.2.3 O Projeto Monoparental Feminino Frente à Bioética (Personalista) e à Dignidade da Pessoa Humana

Os questionamentos e ponderações trazidos acerca do projeto monoparental feminino, embora não esgotem as possibilidades de reflexão sobre o tema – que, revelado complexo, permite ainda outras tantas indagações –, servem, no mínimo, para demonstrar que, dependendo do ângulo pelo qual se mire o problema, diferentes

podem ser as respostas. Todas elas defensáveis, vale notar, com base em um mesmo fundamento: os direitos humanos (ou fundamentais, dependendo da esfera em que se esteja atuando, se internacional ou nacional).

Todavia, como as conclusões a que se chega em cada mudança de prisma não são harmônicas entre si, mostrando-se, por vezes, contraditórias, uma última análise resta ser feita.

Como se teve oportunidade de ver no primeiro capítulo, a bioética apresenta-se como campo privilegiado para conduzir debates de ordem ética, especialmente no que refere à influência da tecnologia sobre a vida humana. Tal é o caso do exemplo ora em análise, no qual a técnica da inseminação artificial com material genético de doador é usada em favor do projeto monoparental de uma mulher sozinha.

No âmbito bioético, conforme antes narrado, dois são os principais modelos de análise utilizados para enfrentar os dilemas trazidos à apreciação: o principialista e o personalista.

O primeiro modelo é aparelhado de quatro princípios norteadores da conduta que se pretende eticamente correta: autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça. Trazidos ao caso do projeto monoparental feminino, tais preceitos não se mostram suficientes para solucionar o impasse entre a existência ou não de um direito de procriar que leve em consideração todos os desdobramentos aí envolvidos. Isso porque, de um modo geral, os princípios (especialmente os três primeiros) dirigem-se de maneira mais direta à relação estabelecida entre o paciente e o aplicador da técnica – chegando, na melhor das hipóteses, a representar diretrizes para terceiros que venham a ser chamados a decidir em nome daquele (paciente). Mas, ainda assim, o principal personagem da relação será o receptor do tratamento, e a partir dele é que se dará a verificação dos benefícios e malefícios da técnica.

Em relação ao projeto monoparental feminino, os princípios dariam, portanto, prioridade à averiguação das conseqüências do uso ou não da técnica da inseminação artificial para a paciente, ou seja, a mulher. E a principal questão seria, então, assegurar que esta estivesse plenamente informada dos prós e contras do procedimento para que pudesse sobre ele deliberar autonomamente. Renovando a crítica feita por

Neves⁸⁹⁷, apresentada no primeiro capítulo, o modelo principialista estaria apenas legitimando uma prática desejada ou consentida pela paciente, esquecendo-se não apenas de outros princípios aí envolvidos, mas também dos outros indivíduos.

Isso, entretanto, era o que se pretendia evitar, quando se procedeu ao escrutínio das múltiplas faces do projeto monoparental feminino: se este houver de ser social, ética e juridicamente endossado, não será devido ao bom atendimento dos direitos da mulher, exclusivamente, mas também dos direitos da criança e, secundariamente, do homem, aí inscritos.

Assim, é que o modelo personalista, ao atentar para a pessoa em sua totalidade (corpo, psiquismo e espírito), e também para as relações através das quais esta se constitui como pessoa, mostra-se mais adequado para proceder ao estudo ora proposto, vez que, ao reconhecer a pessoa como um ser situado, permite ver a importância do outro e da intersubjetividade. Permite, em outras palavras, dar atenção à mulher não como um indivíduo isolado e atemporal, mas sim como um ser em relação, evidenciando as circunstâncias que cercam o projeto monoparental feminino, nas quais se inscrevem a criança e o homem (ou a sua ausência) – e, por este caminho, ver também os direitos desta criança e deste homem.

Nesta trilha, a bioética alça a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento, abrindo um canal de comunicação com os direitos humanos e com o Direito – onde a dignidade aparece com igual status – cuja importância é atestada, a cada dia, frente às intrincadas situações criadas pela própria humanidade, as quais clamam por uma solução que, somente na interação destes campos, será encontrada. Desse modo, a dignidade da pessoa humana estipula uma fronteira que a bioética e os direitos humanos não podem ignorar quando buscam traçar limites para a ação do homem – e da ciência através dele – sobre o próprio homem.

Assim, embora considerando que os direitos fundamentais são costurados e unificados pelo princípio da dignidade humana, que os nutre e perpassa, de forma que todos, em maior ou menor medida, podem ser considerados concretizações ou

⁸⁹⁷ NEVES, Maria do Céu Patrão. *A Fundamentação Antropológica da Bioética*. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>>. Acesso em: 21 mar. 2007.

exteriorizações suas^{898 899}, uma vez que se percebe que nem todos os direitos invocados poderão vigorar, simultaneamente, no caso concreto do projeto monoparental feminino, a solução parece ser apreciar em quais deles a dignidade será mais plenamente atendida.

Diante da constatação de que a dignidade de um possa vir a ceder frente a dignidade de outro (em conflito direto ou por via de outros direitos fundamentais), a lição de Sarlet⁹⁰⁰ tranqüiliza, ao referir que a dignidade inevitavelmente já está sujeita a uma relativização “no sentido de que alguém (não importa aqui se juiz, legislador, administrador ou particular) sempre irá decidir qual o conteúdo da dignidade e se houve, ou não, uma violação no caso concreto”. Acrescenta o autor, adiante:

É nesse sentido que não podemos deixar de lembrar – na esteira de Alexy – que até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana (por força de sua própria condição principiológica) acaba por sujeitar-se, em sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização, e isto não obstante se deva admitir – no âmbito de uma hierarquização axiológica – sua prevalência no confronto com outros princípios e regras constitucionais, mesmo em matéria de direitos fundamentais⁹⁰¹.

De fato, “a realidade da vida (e da dignidade), oferecem situações-limite, diante das quais dificilmente não se haverá de pelo menos questionar determinados entendimentos”⁹⁰². Casabona⁹⁰³, aliás, percebe, a partir das lições de Arthur Kaufmann, que inclusive a proteção da vida, com caráter absoluto – para aqueles que assim a entendam – somente esteve isenta de problemas enquanto a biologia e a medicina não estavam em condições de manipular o seu começo e fim naturais, por meios artificiais.

⁸⁹⁸ Tal assunção de que todos os direitos humanos possuem uma carga de dignidade atalha a discussão, que poderia começar antes, como faz Sarlet (2001, p. 120-121) ao propor que se questione, quais os direitos fundamentais que efetivamente possuem um conteúdo em dignidade, podendo ser tomados como “manifestação (exigência) direta ou, pelo menos, indireta da dignidade” (SARLET, 2001, p. 121). Ou ainda, caso se entenda que todos os direitos fundamentais têm um conteúdo mínimo em dignidade, quais seriam aqueles em que a dignidade coincidiria com o “núcleo essencial” do direito (SARLET, 2001, p. 121).

⁸⁹⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 126.

⁹⁰¹ Idem, p. 128.

⁹⁰² Idem, ibidem.

⁹⁰³ CASABONA, Carlos María Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 4.

Portanto, em um caso como o presente, no qual a dignidade é posta frente à dignidade, será necessário estabelecer qual a melhor maneira de resguardá-la, inclusive para que seja possível

construir uma posição coerente e objetiva no sentido de organizar a intervenção médica na reprodução humana, buscando princípios que possam ser exigidos juridicamente, no sentido de assegurar a saúde e integridade física e psicológica das pessoas envolvidas na reprodução médica assistida⁹⁰⁴.

O intuito é, portanto, que as aferições éticas e humanistas acerca da dignidade das pessoas envolvidas no processo de reprodução medicamente assistida existente no projeto monoparental feminino encaminhe a criação de um biodireito que, tal como imaginado por Brauner⁹⁰⁵, possa concretizar a busca por “conter a inclinação das pessoas em utilizar a técnica para finalidades narcisísticas, como atitudes de consumo estimuladas pelos meios de comunicação de massa, sem respeito à dignidade humana e aos interesses sociais”.

Cabe, portanto, rever o projeto monoparental feminino retomando idéia de dignidade humana proposta ainda no primeiro capítulo. As premissas essenciais, que impende sejam recordadas, são: (a) a promoção da pessoa como fim em si mesma, e a conseqüente vedação de sua instrumentalização, como se fora simples meio para realização de um fim alheio a ela; (b) o respeito pelo outro e a responsabilidade que emana do reconhecimento recíproco da dignidade; (c) a idéia de que a pessoa é constituída de outras facetas, além da racionalidade, que lhe são igualmente importantes e que, por isso, a dignidade não pode estar atrelada estritamente à razão.

A partir disso, uma observação preliminar deve ser feita, acerca da caracterização da dignidade da criança no exemplo ora proposto. Com efeito, na etapa que precede à concretização do projeto monoparental feminino, ou seja, no planejamento e na execução da inseminação artificial, a criança não existe (ainda). Logo, seria cabível deduzir que não há qualquer conflito de dignidades a ser ponderado, já que haveria aí somente a mulher (e sua dignidade), nada mais.

⁹⁰⁴ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, não paginado.

⁹⁰⁵ Idem, não paginado.

Não é necessário sequer adentrar na profícua discussão acerca do momento em que teria início a pessoa (ou a vida) humana já que, na inseminação artificial, até mesmo o embrião somente existirá *após* executado o plano (se acaso este for bem sucedido). Portanto, qualquer ponderação, ética ou jurídica, é realizada, neste caso, pela projeção de uma situação que potencialmente se concretizaria.

Dois caminhos podem ser seguidos, a partir daí. O primeiro indica justamente que, existindo apenas uma pessoa, uma dignidade, não há conflito, o que desde logo encerra o caso. Esta parece ser, no entanto, uma maneira de, com amparo em uma technicalidade, contornar a discussão sem resolvê-la. Isso porque, nascendo a criança (ou mesmo antes disso, dependendo do entendimento que se assuma acerca do início da vida humana), se decidirá que, ainda que haja, a partir de então, um confronto de dignidades, já não há mais nada que se possa fazer para evitá-lo, cabendo agora apenas minimizá-lo, na medida do possível.

Caso não se opte, entretanto, por este caminho, e se resolva enfrentar desde logo o dilema que, mais cedo ou mais tarde, não mais poderá ser evitado, então a alternativa que se abre é a de antecipar os direitos da criança. Isto é, assumir que a expectativa do projeto monoparental feminino é dar vida a uma pessoa humana à qual serão garantidos direitos especiais. E, em o fazendo, reconhecer que, de qualquer modo, o embrião, o feto ou mesmo a criança, não tem capacidade de fazer valer a sua dignidade, tarefa esta que, em qualquer caso, incumbirá a terceiros – pais, tutores, ou o próprio Estado. Esta, aliás, a primeira diferença ética e jurídica apontada por Sève⁹⁰⁶ entre a pessoa atual e potencial (para o caso do feto e do embrião).

Como constata Giddens⁹⁰⁷, para as pessoas, quando são crianças, sobretudo crianças muito pequenas ainda incapazes de articular verbalmente as suas necessidades, as defesas dos direitos – não apenas de ser alimentadas, vestidas e protegidas, mas também de serem cuidadas emocionalmente, de ter os seus sentimentos respeitados e suas opiniões levadas em conta – são *contrafactuais*. Isso implica, portanto, que deva ser feita pelos adultos, com argumentos éticos. Em outras

⁹⁰⁶ SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 110.

⁹⁰⁷ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista (UNESP), 1993, p. 122-123.

palavras, para Giddens⁹⁰⁸, “é direito da criança ser tratada como um suposto igual ao adulto”.

Enfatiza-se, desse modo, a *responsabilidade* do adulto frente à criança, ou da mulher frente ao filho planejado. Portanto, uma vez que se resolva prosseguir, ponderando as dignidades de um e de outro, o prisma que se deveria privilegiar é exatamente o da criança.

Essa opção provavelmente não se sustentaria dentro de uma concepção da dignidade que ressaltasse os atributos racionais como essenciais à constituição da pessoa. Engelhart⁹⁰⁹, por exemplo, considera que somente as pessoas – no seu entender, indivíduos capazes de tomar decisões morais, logo, seres racionais – destacam-se como possuidoras de importância especial para discussões morais. E ressalta:

Essa preocupação moral, deve-se observar, tem seu foco *não nos humanos, mas nas pessoas*. O fato de uma entidade pertencer a uma espécie particular não é importante em termos morais seculares gerais, a menos que essa pertença resulte no fato de essa entidade ser, realmente, um agente moral competente⁹¹⁰.

Nessa linha, adiante o autor deixa bem claro que o interesse das “pessoas” prepondera sobre o das “não-pessoas”, ressaltando, ao final, que o preconceito em favor das pessoas não equivale a um o preconceito em favor dos humanos. Diz ele:

Quando os indivíduos calculam, em termos morais seculares gerais, o peso a ser dado aos interesses das pessoas, em relação às não-pessoas, a posição das pessoas é central. Elas podem apreciar o bem e os prejuízos, o prazer e a dor, de maneira intrincada e reflexiva. Parece provável que os seres racionais, depois de cuidadosa reflexão, serão capazes de afirmar que é melhor primeiro experimentar as substâncias de controle da dor em animais, mesmo que tais experiências representem sofrimento para os animais, do que realizar os testes em pessoas. O bem maior das pessoas provavelmente será considerado digno de uma posição mais elevada na hierarquia dos bens que o dos animais de laboratório, que poderão ser sacrificados no decorrer de experiências e pesquisas médicas. [...].

⁹⁰⁸ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista (UNESP), 1993, p. 209.

⁹⁰⁹ ENGELHARDT JR., Tristram H. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 173.

⁹¹⁰ Idem, *ibidem*.

Deve-se observar que o preconceito em favor das pessoas não é o mesmo que o preconceito em favor dos humanos, diante de outras possíveis espécies racionais. Se, por exemplo, tivéssemos de comparar as reivindicações concorrentes de pessoas humanas e extraterrestes, jamais poderíamos moralmente usá-los como meios, como os animais podem ser usados⁹¹¹.

Vingaria, neste terreno, uma defesa do direito de procriar que prioriza a mulher, destacando a sua capacidade racional em detrimento daquela, inoperante ou menos desenvolvida, da criança. Tal perspectiva, contudo, parece reviver, no sentido inverso da alteridade que se pretende ver revelada na dignidade, uma postura marcadamente individualista.

Emergiria daí, aquilo que Brauner⁹¹² denominou de “privatização exacerbada dos indivíduos”, caracterizada pela valorização da liberdade, representando um consenso existencial e tolerante, que “instaura nas aspirações de cada um a vontade de projetar e realizar sonhos, sem que sejam projetados os riscos e resultados inesperados de nossas escolhas”. Pareceria, pois, para usar as palavras de Beck e Beck-Gernsheim⁹¹³ “que cada cual gira sólo alrededor de sí mismo, olvidando lo mucho que depende de los demás para la afirmación de su propia libertad [...]”⁹¹⁴.

Entretanto, os próprios autores esclarecem que, em se tratando de família, de relações de gênero, amor e sexo, além deste estereótipo da individualização, que cria uma sociedade do “primeiro eu”, há também sinais de uma ética de “individualismo altruísta”, posto que “Cualquiera que quiera vivir una vida propia debe ser también socialmente sensible en grado elevado”.

⁹¹¹ ENGELHARDT JR., Tristram H. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 177.

⁹¹² BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, não paginado.

⁹¹³ BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. *La individualización: El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, [s. d.], p. 31.

⁹¹⁴ Merece relevo uma outra constatação dos autores, ao certificar que alguns traços da linha mestra da modernidade atuam *contra* e não *para* a coesão familiar: “La mayor parte de los derechos que el Estado del bienestar tiene que garantizar están concebidos más para los individuos que para las familias. [...] los individuos no son tanto impelidos como perentoriamente invitados a constituirse em indivíduos: a planificarse, entenderse, concebirse y actuar como indivíduos, o, en caso de ‘fracasar’, a yacer como indivíduos em la cama que se han hecho para sí mismos. El Estado de bienestar es, en ese sentido, un aparato experimental para fomentar estilos de vida relacionados con el ego”.

Portanto, dentro de uma “ética das relações”⁹¹⁵, parece claro que o interesse do futuro filho deve ser preponderante. Outro não é o sentido dos dispositivos que acolhem os direitos humanos da criança.

Poderiam ser ponderados, neste rumo, os eventuais prejuízos que a criança sofreria com a proposital ausência paterna. Ou ainda, acerca de uma possível instrumentalização da criança que, no projeto monoparental feminino, antes de ser considerada fim em si mesma, seria tomada como meio para a realização do desejo feminino – circunstância essa que, se fosse o caso, poderia ser percebida mesmo de um ponto de vista estritamente individualista/racionalista, já que o critério da não-instrumentalização encabeça a construção da noção de dignidade. E, ainda neste contexto, seguir o raciocínio proposto por Sarlet⁹¹⁶, de acordo com o qual aquele que viola a dignidade alheia acaba por colocar a si mesmo numa condição de desigualdade para com seus semelhantes. Nas palavras do autor:

muito embora a prática de atos indignos (vale dizer claramente, de violações da dignidade) não tenha o condão de acarretar a perda da dignidade (que não ocorre nem mesmo voluntariamente, já que, ao menos em princípio, irrenunciável), nos parece razoável admitir – rendendo-se ao que inexoravelmente acaba ocorrendo na prática – que qualquer pessoa, ao cometer uma ofensa à dignidade alheia, acaba por colocar, a si mesma, numa condição de desigualdade com relação com os seus semelhantes, que, para além de serem igualmente dignos por serem pessoa, são também – pelo menos para efeito do caso concreto em que se está a fazer a ponderação – dignos nas suas ações (e, exatamente neste particular, diferentes)⁹¹⁷.

Mas, para além do foco mulher-criança, é também possível constatar, em um contexto mais amplo, relacional, que leve em conta a intersubjetividade para noção de pessoa – isto é, que considere que não basta a satisfação de um direito individual para a concretização da dignidade, se acaso do exercício deste direito emanarem conseqüências adversas para outras pessoas (igualmente dignas) ou para a coletividade

⁹¹⁵ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 253.

⁹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 129-130.

⁹¹⁷ Idem, ibidem.

–, que o projeto monoparental feminino poderia vir a ter repercussões mais amplas, as quais devem também ser considerados antes que se confirme o direito de procriar.

São impactos que se percebem não apenas nas relações sociais da criança e da mãe, mas também no próprio papel exercido historicamente por estas e pelo homem, a partir dos quais é possível extrair conclusões relativas ao sentido contemporâneo da família, da paternidade, das relações de gênero e do papel do Estado frente às tecnologias reprodutivas e à procriação.

Em suma, de maneira bastante pragmática, e sem a pretensão de esgotar as considerações pertinentes ao tema, seria possível vislumbrar algumas das possíveis conseqüências éticas e jurídicas que decorreriam da aceitação ou do rechaço do projeto monoparental feminino (e de um direito de procriar).

Neste sentido, a aceitação do projeto monoparental feminino poderia indicar, dentre outros: (a) a não essencialidade da biparentalidade, diante do que (b) o direito à investigação da origem genética perderia parte de sua motivação, já que a ausência de um dos pais passa a não ser entendida como motivo de prejuízo à personalidade; (c) logo, a monoparentalidade passa a ser encarada como um direito, e não como simples reconhecimento dos fatos da vida, (d) incrementando-se a discussão acerca do direito monoparental do homem em paridade de condições com a mulher, ou, sem que se atente a esse aspecto, induzir (e) à relativização o papel do homem e do exercício social da paternidade, (f) criando, assim, novas problemáticas à questão de gênero; (g) o fortalecimento do direito de procriar, apresentado como um direito individual para o qual a inexistência da dupla figura parental não é um limite, (h) deixando, portanto, aberto o debate acerca de quais seriam então as restrições que lhe deveriam ser impostas (se é que alguma houvesse de existir), tais como a saúde física, mental ou a idade da pessoa que pretende exercer tal direito, ou as possibilidades financeiras para fazê-lo.

Diante dessas constatações, para o Direito, de forma específica, incumbiria (a) estipular formas efetivas de proteção do sigilo e da prevenção de criação de vínculos jurídicos (de paternidade ou patrimoniais) com o doador do sêmen, inclusive pela limitação das hipóteses de pertinência da ação investigatória de paternidade (que perde o objeto uma vez que a monoparentalidade é proposital); (b) determinar as condições

nas quais o projeto poderia efetivar-se (tais como a necessidade ou não de realizá-lo em um centro especializado, sendo conduzida por médicos habilitados, etc.); (c) e decidir se, e quando, o Estado poderá vir a ser chamado a promover ativamente tal direito, disponibilizando os meios para tanto.

Por outro lado, uma vez que não se acolha o direito ao planejamento monoparental feminino, tal opção poderia significar, ao menos à primeira vista: (a) que o acesso à tecnologia reprodutiva justifica-se apenas pelo viés do direito à saúde, dirigindo-se essencialmente ao tratamento de infertilidade; (b) que o direito individual de ter um filho somente é livre de restrição quando puder ser exercido por vias naturais, (c) o que pode conduzir a questionamentos acerca do significado de tal reserva, a qual, reforçando a necessidade de um casal heterossexual para a procriação, poderia reavivar o patriarcalismo, reascendendo a importância do matrimônio; (d) de outra parte, o direito da criança à dupla figura parental fica fortalecido, bem como o direito ao conhecimento da origem genética (tal como a investigação de paternidade, de um modo geral), ao passo que (e) a monoparentalidade, apesar de reconhecida, não é, no entanto, incentivada.

Nesse caso, para o Direito caberia principalmente legislar acerca da restrição do acesso às tecnologias reprodutivas para fins relativos à fertilidade, determinando os critérios para caracterização desta condição.

Talvez coubesse aqui um novo empreendimento investigatório que retomasse o rumo da bioética principialista – animada pela perspectiva personalista, que deixou ver, ao menos em parte, as repercussões éticas e jurídicas da aceitação ou negação do projeto monoparental feminino – e, desse modo, ponderasse os riscos e benefícios das conseqüências apresentadas por cada alternativa, em prol do melhor resultado geral. Tal análise seria, no entanto, precipitada, sem que houvesse uma pesquisa com abrangência transdisciplinar ainda mais ampla, a qual envolvesse questões também psicológicas, políticas e econômicas, dentre outras, que deixassem mais claras as implicações do projeto monoparental feminino.

O objetivo da presente pesquisa não era, pois, brandir uma bandeira pró ou contra o projeto monoparental feminino, ou sequer estabelecer de pronto um limite intransponível para as técnicas e direitos reprodutivos. Espera-se, isso sim, ter posto a

claro ao menos parte das questões subjacentes aos direitos reprodutivos que são, muitas vezes, propositadamente ou não, alheadas da análise, comprometendo uma visão ampla e, portanto, mais lúcida do tema. E, a partir daí, ter demonstrado que, uma vez inseridos em um universo de direitos que se relacionam de forma constante, a escolha por uma determinada orientação em termos de direitos reprodutivos pode ecoar de maneiras diversas no grande quadro dos direitos, apontando para caminhos nem sempre coesos ou coerentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pontuou-se a presente pesquisa pela idéia de que a ciência e a tecnologia evoluem de maneira dinâmica, trazendo consigo expectativas de melhora da vida humana. Atraentes, incorporam-se à realidade das pessoas de maneira crescente e maciça, irreversível até. Tornam-se assim interessantes ao mercado, que incentiva a produção de mais ciência e tecnologia, as quais, tão logo apresentadas ao público, são instantaneamente consumidas. Absorvidas, as criações tecnocientíficas estabelecem um novo patamar do que seria o “mínimo necessário” para a manutenção de uma vida satisfatória – saudável e feliz. Formulam, desse modo, novas exigências, engendram novos valores, enfim, modificam o estado das coisas – o que, por si só, não é necessariamente bom ou mau.

Ocorre, entretanto, que como tudo isso se dá de forma bastante ágil (e lucrativa), muitas vezes não há tempo (ou talvez interesse) de questionar sobre a nova situação instaurada. Não se pergunta se ela é conveniente, quais seus prós e contras, para onde conduzirá a longo prazo: ela apenas “é”. E se o “novo”, por acaso, após acolhido e acomodado, desdobra-se em efeitos não tão positivos, acenando a necessidade de reflexão (ainda que tardia) sobre os motivos que o desencadearam, sobre as conseqüências que trouxe, sobre o desfecho que pode vir a provocar, é grande a chance de que outra novidade já esteja à porta, dispersando as atenções. Em suma, a reflexão acaba se efetivando somente quando as mudanças estão consolidadas e grandes demais para que se as ignore.

A atual magnitude da (bio)tecnociência revela ao homem o quão frágil e incerto é o seu domínio sobre a realidade. A ciência trilha caminhos inesperados, e o homem

que lhe segue, sem saber ao certo para onde, deixa escapar em cada passo o poder de decidir seu destino. Torna-se cada vez mais assujeitado, e cada vez menos sujeito.

O interessante é que esta situação parece ter sido desenhada pelo próprio homem, sendo, quem sabe, voluntária – e, por vezes, até justificável, diante das contundentes evidências da capacidade da ciência. Ainda assim, os momentos de impasse são cada vez mais frequentes e menos sutis. Questiona-se, nesse rumo, o quão autêntica é a voluntariedade do homem diante da ciência, ou até que ponto a intromissão da ciência pode ser considerada positiva, e partir de onde devem ser-lhe impostas restrições.

No que refere às transformações relativas à sexualidade e reprodução humana, este foi basicamente o trajeto percorrido, com o diferencial de que, no decorrer do processo, os progressos da ciência na reprodução passaram ser tratados na linguagem dos *direitos*. Isto é: a possibilidade de controle da reprodução, tanto para evitá-la quanto para promovê-la, representou um grande impulso para a concretização de mudanças que, na sociedade, já vinham sendo ansiadas – notadamente pelo movimento feminista –, e que vieram a encontrar amparo na forma de *direitos reprodutivos*.

Ocorre que ao se apresentarem na forma de *direitos* – voltados, em linhas gerais, à salvaguarda do acesso a práticas contraceptivas, aos cuidados com a saúde reprodutiva, ao controle de doenças sexualmente transmissíveis e ao planejamento familiar –, os direitos reprodutivos não deixam ver, de forma imediata, sua amplitude e complexidade, a qual lhes conduz para além do sistema jurídico.

Por sobre terem sua origem imbricada com o movimento feminista (movimento sócio-político, vale dizer e, portanto, extra-jurídico), o que pode levar a interpretações partidárias, dirigidas por um sentido prévio, tem-se também que os direitos reprodutivos experimentam de perto as inquietações que advêm das interferências tecnocientíficas na vida humana. Significa então, que todas as incertezas e perplexidades com que a humanidade se defronta na busca de limites para a intrusão da ciência, estão aqui presentes, ainda que de maneira subjacente. Neste sentido é possível indagar, por exemplo, se os direitos reprodutivos devem acompanhar toda e qualquer sorte de criações científicas (existentes e vindouras) que visem impedir ou

auxiliar na efetivação da gestação, ou se há (ou deve haver) restrições neste sentido. Ou, ainda, se em todos os casos em que o uso da ciência é possível ele é, necessariamente, recomendável.

Em suma, é um assunto mais complexo do que deixam ver as aparências. Exige, pois, caso se lhe queira enfrentar sem desmerecer sua complexidade, um tratamento menos estrito do que o puramente jurídico. Uma meditação minimamente abrangente deve, pois, deslocar-se da sociedade ao Direito passando pelo questionamento ético.

Em vista disso, procurou-se demonstrar, no primeiro capítulo, a vocação da bioética para proceder a este tipo de reflexão de índole transdisciplinar, que submete o avanço da tecnociência à apreciação ética. De início, uma vez reforçada a idéia de que o debate ético é necessário frente à dinâmica e ambigüidade de efeitos da tecnociência, acompanhou-se brevemente o desenvolvimento da disciplina, que quando teve seu nome cunhado por Potter guardava sentido ecológico mais evidente do que na atualidade. Hodiernamente, talvez por ter sido conduzida, principalmente, por países desenvolvidos, têm-se destacado os estudos bioéticos direcionados justamente ao avanço da biotecnologia.

Para realizar seu empreendimento, a bioética conta com dois modelos principais, um predominante nos Estados Unidos (que talvez seja o mais divulgado), baseado em princípios, e outro de destaque na Europa, que se guia por um conceito abrangente e intersubjetivo de pessoa humana e de dignidade. Os dois modelos foram brevemente apresentados, passando por uma rápida análise dos princípios da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e da justiça, que caracterizam o modelo principialista, bem como pela ampla concepção de pessoa – esta baseada em estruturas (corpo, psiquismo e espírito) e na relevância conferida às relações –, do modelo personalista. Procurou-se, então, demonstrar como o modelo personalista, ao fundamentar a bioética na dignidade da pessoa humana, supera impasses que poderiam ficar insuficientemente atendidos pelo modelo principialista.

Outrossim, uma vez evidenciado o papel da dignidade para a bioética, mostrou-se como o diálogo transdisciplinar é facilitado por meio desta que pode ser entendida como uma “linguagem simbólica”, que encontra igual trânsito não apenas na bioética, mas também nos direitos humanos e no Direito. Falou-se, ainda, da posição

privilegiada ocupada pelos direitos humanos nesse diálogo, situados em um ponto intermediário entre o debate ético e jurídico, facilitando, portanto, a passagem das reflexões bioéticas para sua sistematização em forma de biodireito.

Ao final do primeiro capítulo, devido à importância conferida à dignidade da pessoa humana como veículo transdisciplinar e fundamento da bioética, dos direitos humanos e do Direito, tomou-se o cuidado de fixar-lhe alguns contornos, evitando o vazio de sentido e o uso meramente retórico. Assim, sem desconhecer as dificuldades e limitações da tarefa, e sem pretender estipular um sentido fixo e completo ao princípio – o que, aliás, tolheria as possibilidades de significação que se agregam ao longo do tempo – algumas balizas foram lançadas para o resguardo de uma noção mínima de dignidade. Para tal construção contribuíram as lições de Kant, ao prescrever que a pessoa humana é um fim em si mesma, vedado, portanto, seu uso arbitrário como simples meio para realização da vontade alheia.

A premissa básica kantiana foi, no entanto, revitalizada por uma idéia de pessoa que percebesse outras facetas desta que não apenas a racionalidade. Foi dito, nesse sentido, que a pessoa não é apenas consciência e razão, mas também inconsciência e desrazão, porções estas fundamentais para a própria constituição da pessoa enquanto tal, em um processo que se dá, especialmente, a partir da intersubjetividade. A partir do reconhecimento recíproco de dignidade, ganham relevo o respeito ao outro e a solidariedade.

Nesta altura, teve início o segundo capítulo, retomando a noção de que os direitos humanos têm papel essencial para levar o resultado do debate bioético à concretização jurídica. Seguindo uma perspectiva histórica, foi traçado um rápido panorama sobre a origem e o desenvolvimento dos direitos humanos que se iniciou na construção filosófica, com acentuada influência do jusnaturalismo moderno, fulcrado em noções individualistas e racionalistas que atribuem ao homem uma natureza que lhe é inerente e universal.

Esta é a orientação que repercute, em um segundo momento, na positivação interna dos direitos humanos, quando as declarações de direitos emanadas das revoluções proclamam direitos de igualdade e liberdade assentados, em suma, na existência de uma dignidade humana. A tais direitos somaram-se outros ao longo da

história, igualmente resguardados constitucionalmente, que vieram a reconhecer a necessidade de promoção de direitos sociais para que aqueles primeiros, individuais, viessem efetivar-se. Em um momento ainda mais recente, outras demandas são aduzidas, estas de índole coletiva, visando resguardar, segundo Bobbio⁹¹⁸, as ameaças à vida, à liberdade, e à segurança infligidos pelo progresso tecnológico à humanidade. Apesar de não terem vindo à tona em um mesmo momento histórico, a complementariedade, inter-relação e interdependência dos direitos entre si fica patente, uma vez que o pleno gozo e exercício de uns fica prejudicado na falta ou limitação de outros. Outrossim, claro é também que os direitos humanos não se constituem em um catálogo fechado de direitos, podendo ser ampliados de acordo com a realidade.

Por fim, na internacionalização dos direitos humanos, inaugurada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a universalidade consagrada na elaboração filosófica alia-se à positivação, agora em âmbito internacional. A partir daí, desenvolve-se um sistema de proteção internacional dos direitos humanos, formado por instrumentos de alcance geral e específico que coexistem e se complementam, e que podem vir a ter força constitucional nos Estados que lhes aderem.

Traçada a trajetória histórica dos direitos humanos, com início na construção filosófica, e seguida pela positivação interna e posterior internacionalização, concentrou-se a pesquisa em demonstrar que a busca por uma fundamentação para os direitos humanos leva ao encontro da dignidade da pessoa humana. Isso leva a crer, portanto, na medida em que os direitos humanos encontram justificativa na dignidade da pessoa humana, que a proteção destes direitos – tenham sido eles contemplados em um momento mais remoto ou mais recente, com alcance geral ou específico – deverá, sempre e impreterivelmente, ter como fim último o respeito à dignidade.

Ao mesmo tempo em que tal circunstância confere um sentido de coesão aos direitos humanos, proporcionando um patamar mínimo para sua interpretação, por outro lado, cria um dilema. Desdobrada, na história dos direitos humanos, em uma série de direitos com objetivos específicos e nem sempre compatíveis entre si, a dignidade não está livre de confrontar-se, em determinado ponto, com a própria

⁹¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

dignidade. Ainda que se possa argüir, com faz Sarlet⁹¹⁹, que nem todos os direitos possuem a mesma carga de dignidade, eventualmente estarão em embate aqueles onde esta se apresenta com igual relevância. O impasse será, então, justamente acerca dos critérios para decidir sobre preponderância de um sobre o outro – e que, ao que parece, não escapará de uma ponderação da própria dignidade.

Feitas tais considerações, o tema dos direitos reprodutivos foi retomado, no terceiro capítulo. De início, resgatou-se a discussão acerca da ligação entre a tecnociência e os direitos reprodutivos, acentuando as modificações que a técnica opera na vida humana, não apenas no seu comportamento individual (ao separar sexualidade de procriação), mas também social, interferindo na conformação de instituições que usualmente regulam as relações dos indivíduos. Tal fato mostra-se particularmente evidente frente à família e ao estabelecimento do liame parental.

Todavia, se por um lado a ciência impulsiona a transformação social – tendo o feito com relação à reprodução –, também há de ser considerado que, na sociedade (ou em parte desta), tais transformações vinham sendo aguardadas. Falou-se, portanto, também do movimento feminista, e de como a evolução tecnocientífica convergiu com seus anseios. Procurava o feminismo, de modo geral, subverter a ordem (real e simbólica) instituída, mediante a qual homens e mulheres eram contemplados com papéis sociais (e, assim, familiares) desiguais, estes atribuídos essencialmente em razão do sexo: aos homens a vida pública, às mulheres a vida privada. Diversas foram as maneiras pelas quais tal separação operou-se e sustentou-se no imaginário social, destacando-se aquilo que Giddens⁹²⁰ chamou de “invenção da maternidade”: a mulher não apenas tinha a aptidão física para gestar, mas também um certo “dom” para desempenhar tal papel, imbuída de características amorosas e de cuidado, essenciais ao lar e aos filhos. No exercício desse papel sua feminilidade se legitimaria e, simultaneamente, sua sexualidade estaria sob controle, “domesticada”. Nesse quadro, o efeito da tecnologia, na forma de pílula anticoncepcional, contribuiu para separar a aptidão biológica para gerar vida, de um necessário exercício desta capacidade.

⁹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁹²⁰ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista (UNESP), 1993.

A partir daí, o acesso a métodos contraceptivos, inclusive como meio para o exercício do planejamento familiar, além de outras questões ligadas ao livre exercício da reprodução e da sexualidade – tais como à saúde reprodutiva, à prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, etc. –, passaram a ser reivindicados na forma de *direitos reprodutivos*.

A noção de que tais direitos integram o rol dos direitos humanos foi desenvolvida em um ponto específico, no qual a idéia de que estes formam um conjunto aberto aos influxos da história – onde os direitos, divididos em sistemas gerais e específicos, interagem de forma complementar e interdependente – foi necessário para a defesa de que os direitos reprodutivos dele passaram a fazer parte, como sistema específico, a partir das postulações feministas. Foi referido, no entanto, que o tratamento destinado aos direitos reprodutivos até o momento não se dá através de normas internacionais propriamente ditas, mas sim de declarações, como assevera Piovesan⁹²¹.

Nada obstante, com os instrumentos resultantes das Conferências do Cairo e de Pequim, principalmente, os direitos reprodutivos ganharam visibilidade internacional e passaram a fazer parte das metas jurídicas internas de diversos países que aderiram a ditas Convenções. No Brasil, em particular, os direitos reprodutivos aparecem na forma de direito ao planejamento familiar, contemplado na Constituição Federal de 1988.

Enfim, em um primeiro momento, motivações de ordem prática e simbólica dirigiam as postulações do movimento feminista para o “direito de não ser mãe”, de modo que a capacidade biológica de gerar não se impusesse como um dever de gerar. A pretensão era abrir o necessário espaço para distinguir “mulher” de “mãe”. Nesse sentido, os direitos reprodutivos resguardavam, dentre outros, o direito ao acesso a métodos contraceptivos, inclusive para o adequado exercício do planejamento familiar.

No que refere ao planejamento familiar, no entanto, na medida em que as técnicas de procriação assistida são introduzidas de forma mais contundente na sociedade (com grande repercussão especialmente na mídia), passa a manifestar-se

⁹²¹ PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002.

uma espécie diferente de reivindicação. Nesse viés, os direitos reprodutivos não são invocados apenas para sustentar o direito de evitar a gravidez indesejada e, inclusive, limitar o tamanho da família. Em sentido diverso, os direitos reprodutivos passam a ser conclamados a promover o direito de fundar uma família, ou de ter um filho, inclusive pelo uso de técnicas reprodutivas.

Nesta altura é que surgem exemplos como o escolhido para a presente pesquisa, do projeto monoparental feminino. Neste caso, uma mulher sem par masculino quer lançar mão da técnica de inseminação artificial com material genético de doador, para criar uma família monoparental, composta apenas por mãe e filho. Neste caso, a técnica desvencilha-se das considerações relativas à saúde reprodutiva, que sustentariam seu uso por um casal infértil, por exemplo. No projeto monoparental feminino, as questões de saúde são suspensas, e o que fica em evidência é o *direito de procriar* em sentido estrito, ou seja, o direito (individual e fundamental) de ter um filho.

A hipótese, como se viu, pode ser apreciada por diversos ângulos – o que ocorre com os direitos reprodutivos de maneira geral. Em um primeiro momento, pelo ponto de vista da mulher, não parece haver qualquer obstáculo ao reconhecimento de tal direito. Viriam em seu auxílio, dentre outros, o direito de fundar uma família, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à intimidade ou à vida privada. Nesse rumo, não caberia ao Estado decidir quem pode ou não ter filhos, e em que circunstâncias. Outrossim, o Programa do Cairo alude a técnicas de reprodução assistida como pertinentes ao planejamento familiar, o que leva a crer que tal planejamento pudesse ser feito também pela mulher sozinha, lançando mão da inseminação artificial.

Ainda, no Brasil, a Lei n. 9.236/96, que regulamenta o planejamento familiar, trata deste como sendo um direito da mulher, do homem *ou* do casal, isto é, não estipula que tal direito devesse ser exercido necessariamente por um casal. Também na Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, recolhem-se indícios de que a técnica possa ser usada pela mulher sem companheiro ou marido. Isso sem falar nos argumentos elaborados a partir da acareação do projeto monoparental feminino à

adoção por singular, e ao reconhecimento constitucional conferido à família monoparental.

Tudo isso indicaria, portanto, a existência de um direito individual de procriar, diante do qual o Estado assumiria papel primordialmente negativo, abstendo-se de qualquer interferência, vindo a ser chamado apenas subsidiariamente, para alcançar os meios necessários ao exercício de tal direito.

Nada obstante, chegando nesta etapa da pesquisa, uma contextualização se fez necessária. Voltando àquele que é o mais relevante instrumento de resguardo dos direitos reprodutivos, o Programa do Cairo, chama atenção o fato de que, ainda que as demandas tenham vindo por via feminista, adquirindo resabida importância para as mulheres, os direitos lá resguardados são dirigidos não apenas a estas, mas sim ao casal e *aos indivíduos* – homens e mulheres, portanto. Ademais, o planejamento familiar, segundo o Programa, deve ser exercido de maneira *responsável*, levando em conta os direitos dos *filhos* nascidos e futuros. Quer dizer: os direitos reprodutivos, notadamente o direito a planejar uma família, não são exclusivos da mulher, e estão desde sempre atrelados e comprometidos com os interesses do filho.

Surgem, portanto, outras duas perspectivas pelas quais o direito de procriar, no exemplo do projeto monoparental feminino, deve ser avaliado. Por um lado, e com maior destaque, surgem os interesses da criança e, por outro, as considerações acerca do homem e da paternidade (suprimida). Cada uma destas considerações, entretanto, levará a uma série de indagações para as quais as respostas não aparecem de forma clara.

No que refere à criança, ocorre exatamente aquilo que, ao final do segundo capítulo, se havia cogitado: o direito da mulher é posto frente a frente com o direito da criança. Pelo caminho dos direitos humanos, tanto um quanto outro poderiam ser sustentados. O que importa é saber, então, se há aí um conflito: se no projeto monoparental feminino, mulher e criança puderem fazer valer seus direitos ao mesmo tempo, então a resposta será negativa – e o direito de procriar ganha novos argumentos. No entanto, uma vez que se entenda que tais direitos não podem ser exercidos em sua plenitude, simultaneamente, sem que um deles saia prejudicado, então o projeto monoparental feminino exige que se os pondere, decidindo pela

prevalência de um sobre o outro. E o caso é que se o fundamento de ambos está na dignidade da pessoa humana (este, como se viu, o amálgama de sentido dos direitos humanos), então se estará diante de um caso em que a dignidade de um enfrenta a dignidade de outro. Antes, entretanto, de partir para esta análise, era preciso identificar a existência ou não de conflito.

Os direitos da criança – resguardados na forma de direitos humanos pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, e como direitos nacionais na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990 – estão assentados na premissa fundamental de que a criança goza de prioridade, pelo que, em todas as circunstâncias, haverão de ser resguardados seus *melhores interesses*. Ainda que a definição do que sejam os melhores interesses não fique clara, pode-se dizer que, no mínimo, implica em não provocar prejuízos ao desenvolvimento da criança.

A primeira pergunta que surge, portanto, diante do projeto monoparental feminino, é se o desenvolvimento da criança será de algum modo deficitário em virtude da ausência do pai. A pergunta é polêmica e as repostas contraditórias. Uma vez que se considere a criança como uma pessoa completa, de natureza não apenas biológica, mas também psicológica e afetiva (como aliás se pretendeu estipular como sentido mínimo para a pessoa), então logo se percebe que o Direito e mesmo a ética são insuficientes para avaliar se há, ou não, prejuízo. Seria necessária, para esta aferição, ao menos a inserção de um outro estudo, advindo da psicologia. No entanto, fazendo uso dos conhecimentos disponíveis sobre o assunto, os posicionamentos bifurcam-se.

Alguns autores entendem, assim, que a biparentalidade não é fundamental ao saudável desenvolvimento da criança. Prova disso seria que inúmeras famílias monoparentais existem sem que efetivo prejuízo possa ser identificado. Outrossim, argumentam que a monoparentalidade, reconhecida como entidade familiar, não pode ser impedida pelo Estado (ou pelo Direito, de maneira mais específica), inclusive porque ocorre por diversos meios, muitos deles não programados. Ao que parece, entretanto, este último argumento não vinga, já que no caso do projeto monoparental feminino não se está diante de uma das muitas circunstâncias da vida que poderia levar

a um pai (ou mãe) constituir uma família unicamente com seu filho. Exatamente por ser programado, inclusive com o uso de técnica de reprodução assistida, o projeto monoparental feminino diferencia-se das demais hipóteses, e poderia ser objeto de restrição/regulamentação se assim se entendesse.

Por outro lado, há os que defendem que o duplo papel parental é essencial para a formação da criança, porquanto o vínculo que liga o filho a cada um dos pais se dá de forma distinta, ambos fundamentais. O pai, neste caso, representaria simbolicamente a lei e a ordem, necessários à adequada inserção da criança no convívio social. Outrossim, o filho não poderia ser usado como instrumento para a realização de um desejo da mulher. De acordo com este raciocínio, adoção por singular e projeto monoparental feminino poderiam ser diferenciados, já que no primeiro, a monoparentalidade seria o instrumento que vem em socorro de uma criança desprovida de qualquer vínculo parental, ao passo que no segundo a monoparentalidade é o fim, e a criança o meio para atingi-la.

Vê-se, desse modo, que a existência ou não de um conflito entre o direito ao filho e o direito da criança dependerá da interpretação que se dê ao melhor interesse da criança face à monoparentalidade programada. Como, por ora, não há uma resposta única e definitiva, então o caminho que se abre é o de submeter as possibilidades existentes aos critérios (bio)éticos disponíveis, considerando para tanto, quais seriam as repercussões de uma e de outra escolha.

De outra parte, a análise relativa ao papel do homem e da paternidade suprimida no projeto monoparental feminino trouxe à baila as repercussões sociais, especialmente no que tange à organização familiar, do suposto direito à família monoparental feminina.

De modo geral, viu-se que apesar dos direitos reprodutivos serem conferidos indistintamente ao homem e à mulher – sendo portanto possível cogitar que coubesse a este, em igualdade de condições, um eventual direito de procriar –, vige ainda um certo preconceito em desfavor do homem quanto ao exercício da monoparentalidade. Ou seja, mesmo no caso da adoção por singular, no caso trazido por Bruno⁹²², subjaz a

⁹²² BRUNO, Denise Duarte. Adoção por Homem Solteiro: a Paternidade em Xequê. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.35, p.78-90, abr.-maio, 2006.

crença de que a mulher é mais capaz do que o homem de criar um filho, especialmente os pequenos. Ironicamente, portanto, uma visão feminista dos direitos reprodutivos, que conferisse à mulher direitos privilegiados frente ao homem, no intuito de promover a igualdade material entre ambos, poderia servir para reforçar a imagem da mulher-mãe que, de início, se quis apagar. Mais do que isso, vê-se que esta linha interpretativa, enquanto pretende conferir à mulher paridade social com o homem, acaba criando-lhe uma reserva de direitos na esfera privada, na qual o papel do homem termina por ser apequenado.

No entanto, percebe-se que foi exatamente a evolução do papel feminino em sociedade que conduziu a que o homem assumisse uma postura mais ativa perante a família. O próprio significado da paternidade transformou-se ao longo do tempo, a partir dessa circunstância, e sopesados os interesses do filho e do homem, chega-se a uma noção de paternidade, denominada de sócio-afetiva, onde esta ganha relevo e passa a ser identificada como função.

Logo, ao suprimir o pai, o projeto monoparental feminino parece andar na contramão do lento processo de enriquecimento do papel paterno. Parece, inclusive, reforçar o determinismo do desejo materno de que trata Barros⁹²³, onde se vê que o exercício do papel de pai depende, não apenas no caso extremo do projeto monoparental feminino, mas também no cotidiano social e jurídico, da vontade da mãe.

Diante desse desequilíbrio, vale reproduzir o prognóstico feito por Veríssimo⁹²⁴, em crônica publicada no Jornal Zero Hora, ao avaliar, com irreverência, a evolução recente do papel da mulher em sociedade:

Do jeito que vão as mulheres, não demorarão a decidir que homens simplesmente não servem para a reprodução, pois seus genes molengas apenas as atrasariam. Precisarão de genes com o mesmo ânimo dos seus. Seus próprios genes, se não aparecer coisa melhor. Em pouco tempo transar com homem será considerado bestialismo: sexo com animais inferiores. E só poderemos esperar que, daqui a alguns anos, quando fizerem a retrospectiva deste seu espantoso avanço em menos de um século, elas dediquem algumas linhas a nós, a nação vencida. E que sejam gentis.

⁹²³ BARROS, Fernanda Otoni de. Do Direito ao Pai: sobre a Paternidade no Ordenamento Jurídico. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.6, p.5-22, jul.-set. 2000.

⁹²⁴ VERÍSSIMO, Luis Fernando. Elas merecem. *Zero Hora*, Porto Alegre, 26 abr. 2007. Caderno Especial. p. 3.

Guardado o tom jocoso da passagem acima, não é sem propósito indagar até onde seria razoável que, sob o pretexto de equilibrar as relações de gênero, a balança penda em favor da mulher. Ou mesmo, até onde é possível que vá a proteção do direito individual de procriar sem que isso se converta em uma exacerbada individualização, onde as relações são preteridas em favor de um abstrato sujeito de direito.

Tendo ciência de que a reflexão acerca do papel masculino secunda àquela relativa à criança, retomou-se, então, no último ponto da pesquisa, a indagação acerca do possível conflito entre o direito ao filho e o direito da criança à proteção de seus melhores interesses. Tal meditação, como se viu, na ausência de critérios factuais, objetivos, para distinguir o que viria a ser o melhor interesse da criança nesta circunstância, dá-se pela submissão do projeto monoparental feminino aos critérios (bio)éticos disponíveis.

Em um movimento circular, o trabalho retornou, assim, ao seu início, para buscar na bioética as balizas para o direito de procriar. Como já se havia adiantado no primeiro capítulo, a bioética fornece essencialmente duas linhas de aferição dos casos que lhe são submetidos. Na mesma oportunidade, discorreu-se sobre os motivos pelos quais a via personalista mostrava-se a mais adequada, por permitir apreciar a pessoa em sua totalidade, dando ênfase à intersubjetividade, e colocando a dignidade em posição privilegiada.

Diante das diretrizes propostas por este modelo, e também no sentido de dignidade que se pretendeu resguardar naquele capítulo, foi possível constatar a prioridade conferida ao interesse da criança em detrimento do da mãe. Isso porque a impossibilidade de que a criança venha, por si só, fazer valer sua dignidade, ao invés de diminuí-la, aumenta-a consideravelmente, tendo em vista a responsabilidade que incumbe à mulher para sua proteção. Tal circunstância emerge não apenas do mútuo reconhecimento da dignidade, mas também da condição privilegiada da mulher em exercê-la. De outra parte, como postula Junges⁹²⁵, o desejo parental apenas se concretiza com o nascimento da criança; logo, é o filho o protagonista da relação.

⁹²⁵ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

Diante disso, fica claro que, por mais intenso que seja o desejo de ter um filho, *se* a dignidade da criança vier a ser desrespeitada pela planejada ausência da biparentalidade, então não haverá como promover um tal direito.

Esta certeza, no entanto, não existe. Não se sabe até que ponto a criança é ou não prejudicada na ausência de um dos pais – por mais que se creia que a presença de ambas as figuras parentais é ideal, não merecendo ser descartada de antemão. Portanto, ainda que se defenda a validade (ética e jurídica) subsidiária da monoparentalidade – o que a exclui como um fim a ser perseguido –, não há como afastá-la peremptoriamente em virtude do melhor interesse da criança.

Restaria averiguar, então, enquanto não se aprofundam os estudos acerca dos reflexos da ausência biparental, o critério último da não-instrumentalização. Isto é: se não está claro qual o melhor interesse da criança no caso em exame, parte-se então para a premissa originária da dignidade, onde se examina se esta é ou não devidamente respeitada como fim em si mesma no âmbito do projeto parental feminino.

Talvez fosse viável, nesse viés, uma saída intermediária, como a mencionada por Brauner⁹²⁶, que sugere a avaliação das motivações da mulher. Explica-se: o processo de tornar-se mãe não se exaure em conceber, gestar e parir uma criança e, certamente exige um intenso rearranjo da idéia do indivíduo sobre si mesmo e sobre seus objetivos de vida. Assim, a criança pode vir a representar, para determinada mulher, em determinado caso concreto, apenas um *objeto* de desejo, ou um meio para suprir frustrações outras, em nada relacionadas com a maternidade – hipótese esta na qual o projeto monoparental seria eticamente reprovável. Por outro lado, em uma circunstância distinta, pode-se chegar ao entendimento de que a criança, ainda que seja um meio para a realização do plano maternal, é ao mesmo tempo, e sempre, fim em si mesma, considerada como tal desde os primeiros momentos do projeto feminino – situação em que o critério da instrumentalização não apresenta obstáculo.

Inegável que a investigação do ânimo da mulher ensejaria o esclarecimento prévio de alguns critérios e diretrizes. Em outras palavras, não é uma solução auto-evidente, livre de dúvidas. Uma das mais imediatas diz com a própria atribuição do

⁹²⁶ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

encargo de proceder à avaliação. Sem a pretensão de pôr fim ao debate, cabe dizer que, neste caso – a exemplo do que ocorre nos processos de adoção –, o caminho natural seria o de que a avaliação ficasse a cargo dos profissionais da área da Psicologia, já que os técnicos atuantes em clínicas de reprodução assistida, ou mesmo os profissionais da área jurídica não possuem tal sorte de capacitação. E, neste particular, caberia ainda decidir se tal avaliação seria realizada na própria clínica de reprodução assistida – cogitando-se, talvez, da manutenção de cadastro de clínicas autorizadas –, ou se em âmbito judicial – aproximando-se, ainda mais, do processo de adoção.

Elucubrações à parte, de tudo o que foi dito, o que se pode afirmar com o mínimo de certeza é que os direitos reprodutivos têm repercussões que vão muito além daquelas imaginadas em uma primeira aproximação. Espera-se, com a presente pesquisa, ter auxiliado a descortinar algumas delas, dando vazão à complexidade que perpassa o tema. Isso tudo para que, ao contrário do personagem de Saramago, cuja fala epigrafa o presente texto, não se chegue aos direitos reprodutivos como um cego que, vendo, não vê. Mas, ao contrário, que se possa enfrentar o tema com consciência das escolhas que se impõem a cada passo, e das implicações escondidas por detrás de cada uma delas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A Filiação Socioafetiva no Direito Brasileiro e a Impossibilidade de Sua Desconstituição Posterior. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 39, dez-jan, 2007.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v.16, 1999.

ALVES, José Eustáquio Diniz. *Direito Reprodutivo: o filho caçula dos Direitos Humanos*, [s. d.]. Disponível em <<http://www.dawn.org.br>>. Acesso em: 16 nov. 2005.

AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *Da Revolução*. São Paulo: Ática, 1994.

BADALOTTI, Mariângela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coords). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio. Ao Encontro do Pai. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 16, jan-mar, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. A Idéia de Pessoa Humana e os Limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

_____. As Relações da Bioética com o Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Coords.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Bioética, Biodireito e Direitos Humanos*. [s. l.; s. d.] Disponível em <<http://www.uerj.br>>. Acesso em: 18 mar. 2005.

_____. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

_____; SCHIOCCHET, Taysa. Bioética: dimensões políticas e perspectivas normativas. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, UNISINOS, 2006.

BARROS, Fernanda Otoni de. Do Direito ao Pai: sobre a Paternidade no Ordenamento Jurídico. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.6, p.5-22, jul.-set. 2000.

BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. *La individualización: El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, [s. d.].

BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e Justiça Social: as Idéias de Liberdade e Igualdade no Final do Século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo (Org.). *Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. São Paulo: LTr, 1998.

BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A Monoparentalidade Projetada e o Direito do Filho à Biparentalidade. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch da (Orgs.). *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, 1998.

_____. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRUNO, Denise Duarte. Adoção por Homem Solteiro: a Paternidade em Xeque. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.35, p.78-90, abr.-maio, 2006.

CÁRCABA, María. Human Assisted Reproduction and Individual Rights. *Scientific Committee Meetings*. Gijón, Spain, n. 3, 7-8 maio, 1999.

CASABONA, Carlos María Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

CATHALIFAUD, Marcelo Arnold. La Comunicación Genética desde la Perspectiva de los Sistemas Sociales. *Acta Bioética*, año VIII, n.1, 2002. Disponível em <<http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n1.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2006.

CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

_____; FEIJÓ, Anamaria. Bioética: uma visão panorâmica. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coords.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

_____. Fundamento dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998.

COOK, Rebeca J. Estimulando a Efetivação dos Direitos Reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002.

CRUZ, Valéria Álvares; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ética, Direito e Ciência no Paradigma da Complexidade. *Eccos Revista Científica*. n. 1, v. 2, São Paulo: UNINOVE, jun. 2000. Disponível em: <http://portal.uninove.br./marketing/cope/pdfs_revistas/eccos_v2n1/eccosv2n1_valleriawillis.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2006.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.

DORA, Denise Dourado. No Fio da Navalha. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch da (Orgs.). *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, 1998.

ECO, Umberto. Quando o outro entra em cena, nasce a ética. In: ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que crêem os que não crêem?* Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2001.

ENGELHARDT JR., Tristram H. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998.

_____. Pluralismo Moral e Metafísico: repensar a santidade da vida e da dignidade humanas. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FEITOSA, Maria Luiza P. de A. Mayer. Teubner e o direito como regulador de conflitos intersistêmicos – reflexos nas relações contratuais. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v. 17, 2004.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

FLORES, Joaquín Herrera. Feminismo y Materialismo: Hacia la Construcción de un “Espacio Social Ampliado”. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao Tema sob a Perspectiva do Direito Comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.5, abr-jun, 2000.

GARCIA, Eusebio Fenandez. *Filosofia Política y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

GARRAFA, Volnei. Bioética, Saúde e Cidadania. In: BARCHIFONTAINE, Christian d Paud de; PESSINI, Leo (Orgs.). *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Loyola, 2001.

_____; PESSINI, Leo. Apresentação. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.

GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista (UNESP), 1993.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GREGORI, José. A Declaração Universal e a Cultura dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GROSSI, Miriam Pillar. Sexualidade e Reprodução Assistida, Direitos e Gênero. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo; LAPA, Fernanda Brandão (Orgs.). *Bioética e Direitos Humanos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

HOTTOIS, Gilbert. *El Paradigma Bioético: Una ética para la tecnociencia*. Barcelona: Anthropos Editorial, 1999.

JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Paidós, 1997.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

_____. O Respeito à Dignidade Humana como Fundamento de todo o Humanismo. In: OSOWSKI, Cecília Irene (org.). *Teologia e Humanismo Social Cristão: traçando rotas*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Roberto Gesta. *Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÈVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

LEWICKI, Bruno Costa. O Homem Construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Coords.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Iberoamericana, 2002.

_____. *Introducción a la teoría de sistemas: lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*. México: Iberoamericana, 1996.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

MALEM, Jorge. *Privacidad e Mapa Genético*. [s. l.; s. d.].

MARCÍLIO, Maria Luiza. A Construção dos Direitos da Criança Brasileira. Século XX. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998.

MATURANA, Humberto Romesín; VARELA, Francisco. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. 3. ed. Tradução de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos Frente à Diversidade de Culturas. *Estudos Avançados*. São Paulo: USP, maio/ago., 1997.

MILITÃO DA SILVA, Jair. A Consideração da Dignidade Humana como Critério de Formação de Políticas Públicas. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998.

MONTORO, André Franco. Cultura dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORIN, Edgar. *A Religação dos Saberes: o desafio do século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Barcelona: Gedisa, 1997.

NEVES, Maria do Céu Patrão. *A Fundamentação Antropológica da Bioética*. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>>. Acesso em: 21 mar. 2007.

_____. Contexto Cultural e Consentimento: uma perspectiva antropológica. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.

NOVAES, Maria Helena. O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais – uma questão psicológica. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Fátima. Direitos Humanos, Bioética, Gênero e Feminismo. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo; LAPA, Fernanda Brandão (Orgs.). *Bioética e Direitos Humanos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

PADIM, D. Cândido. As Pesquisas Científicas e o Respeito à Dignidade Humana. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998.

PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PEPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a Modernidade Jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, UNISINOS, 2006.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Biodireito: a Nova Fronteira dos Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 816, out. 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. Sistema do Direito e Transdisciplinariedade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, UNISINOS, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *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, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da *ipseidade*. In: COPETTI, André;

STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, UNISINOS, 2006.

SODER, José. *Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

STEIN, Ernildo. *Novos Caminhos para uma Filosofia da Constitucionalidade: notas sobre a obra Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*, de Lenio Luiz Streck. Porto Alegre, 2003. Disponível em <<http://www.ihj.org.br>>. Acesso em: 16 dez. 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. Fundamentos Principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 26, out-nov, 2004.

THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. *Direitos Sexuais e Reprodutivos: Instrumentos Internacionais de Proteção*. In: DORA, Denise Dourado (Coord.). Porto Alegre: Themis, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

VERÍSSIMO, Luis Fernando. Elas merecem. *Zero Hora*, Porto Alegre, p. 3, 26 abr. 2007. Caderno Especial.

VILLELA, Wilsa Vieira. Direitos Sexuais e Reprodutivos: afinal, de que falamos? In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: THEMIS, 2002.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II: epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.