

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito – PUC MINAS

João Bosco Dutra Ferreira

**UMA NOVA TEORIA PARA A ORIGEM DAS ESPÉCIES:
a seleção não-natural ou o direito a só se ter filhos perfeitos**

Belo Horizonte

2015

João Bosco Dutra Ferreira

**UMA NOVA TEORIA PARA A ORIGEM DAS ESPÉCIES:
a seleção não-natural ou o direito a só se ter filhos perfeitos**

Tese apresentada ao Programa de Pós-
-graduação em Direito da Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais, como requisito parcial
para obtenção do título de Doutor em Direito.
Orientadora:

Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá.

Belo Horizonte

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F383n Ferreira, João Bosco Dutra
Uma nova teoria para a origem das espécies: a seleção não-natural ou o direito a só se ter filhos perfeitos / João Bosco Dutra Ferreira. Belo Horizonte, 2015.
205 f.

Orientadora: Maria de Fátima Freire de Sá
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito privado. 2. Personalidade (Direito). 3. Pessoas (Direito). 4. Direitos das mulheres. 5. Reprodução humana. 6. Eugenia. 7. Aborto. I. Sá, Maria de Fátima Freire de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.721

João Bosco Dutra Ferreira

**UMA NOVA TEORIA PARA A ORIGEM DAS ESPÉCIES:
a seleção não-natural ou o direito a só se ter filhos perfeitos**

Tese apresentada ao Programa de Pós-
-graduação em Direito da Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais, como requisito parcial
para obtenção do título de Doutor em Direito.

Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá (Orientadora)

Profa. Dra. Taísa Maria Macena de Lima (PUC Minas)

Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior (PUC Minas)

Profa. Dra. Ana Carolina Brochado Teixeira (UNA - BH)

Prof. Dr. Diogo Luna Moureira (FUNCESI - Itabira)

Belo Horizonte, 10 de março de 2015.

À
Conceição,
a vó que eu também amei.

Ao
Laplace,
meu tio *torto*.

És meu mestre, o modelo sem segundo;
Unicamente és tu que hás-me ensinado;
O belo estilo que honra-me no mundo.
Dante Alighieri (1955, p.21).

Um agradecimento especial à Professora Dra. Maria de Fátima Freire de Sá,
Orientadora deste trabalho, por ser e parecer grande mestra,

à Professora Dra. Taísa Maria Macena de Lima e ao Professor Dr. Walsir
Edson Rodrigues Júnior, que também me orientaram com muita generosidade, e

aos Professores que compõem esta Banca Examinadora,

a minha gratidão vitalícia.

Aos colegas e amigos, pelo compartilhamento de experiências e afeto,

a todos os Professores do IEC-PUC Minas, onde uma aventura pode se
tornar ventura,

aos ilustres Professores do Curso de Pós-graduação em Direito da PUC
Minas, pelo tanto que me ensinaram,

aos Funcionários da Pós-graduação em Direito e das Bibliotecas da PUC
Minas, especialmente da PUC BH e da PUC Praça da Liberdade, pela diligência e
solicitude com que sempre atendem a todos,

à minha família, sem a qual a mais ninguém, sobretudo pela compreensão
das ausências,

agradeço.

***E este espírito cinzento ardendo no desejo
De perseguir o conhecimento, tal uma estrela cadente,
Além do limite supremo do pensamento humano *.***

* Ulysses, versos 30 a 32, Tennyson (1953).

RESUMO

O direito a só se ter filhos perfeitos desafia o Direito, desafia a vida como dom ou a sua sacralidade. Este é o objeto do presente trabalho, encontrar uma resposta que reconheça e respeite os direitos da mulher, apesar de o direito ao filho perfeito não se ater a questões de gênero. Da mesma forma que a liberdade, a perfeição é tema de complexo conceito, vinculado à subjetividade. A seleção não-natural a partir das técnicas de reprodução assistida ou como produto de diagnóstico pré-natal procura, e até pode com alguma certeza, no início do projeto parental, assegurar o direito a só se ter filhos perfeitos - técnicas que não permitem esquecer a eugenia. No entanto, os procedimentos de reprodução assistida podem cobrar um preço extra: decisões difíceis, que vão desde a seleção de embriões à necessidade de interrupção da gravidez, ou seja, do aborto, por problemas de malformação fetal. Então, outros desdobramentos precisam ser considerados, tais como os direitos da personalidade, mais precisamente a liberdade, a possibilidade de interrupção da gravidez, em face do Direito vigente. Diante do embate entre os direitos da mulher de exercer livremente sua sexualidade, o direito a só se ter filhos perfeitos e a interrupção voluntária da gravidez, o caminho que se vislumbra é o do discurso jurídico moderno, que é regido pelos direitos da personalidade, dentre os quais o direito de liberdade, garantidores do exercício de uma autonomia privada, sem se desconsiderar o projeto parental - prerrogativa de todos os gêneros. O projeto de só se ter filhos perfeitos pode encontrar obstáculos de, pelo menos, duas naturezas, a biológica e a jurídica. Do ponto de vista biológico, os testes e diagnósticos genéticos atuam conferindo alguma certeza, probabilidades razoáveis de sucesso, no ideal do filho perfeito. Porém, há outros fatores envolvidos na evolução humana, fatores epigenéticos, simbólicos e comportamentais, que podem comprometer o projeto, embora não aniquilem tal pretensão. No Brasil, o projeto do filho perfeito pode ser comprometido pela ordem jurídica vigente, que penaliza criminalmente a prática do aborto, salvo restritas exceções. Porém, considerando-se o paradigma jurídico moderno, o direito a só se ter filhos perfeitos acaba por se especificar no contexto do discurso legitimamente instituído e segundo as circunstâncias do caso concreto.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Direitos da mulher. Reprodução humana. Eugenia. Aborto. Projeto parental.

ABSTRACT

The right to only have perfect children defies the law, defies life as a gift or its sacredness. This is the object of the present work: to find a response that recognizes and respects the women's rights, although the right to a perfect child does not stick to gender issues. Just as freedom, perfection is a complex concept, linked to subjectivity. The unnatural selection from assisted reproduction techniques or as result of prenatal diagnosis looks for, and can even with some certainty ensure the right to only have perfect children, at least in the beginning of the parental project - techniques that do not permit to forget eugenics. But the procedures of assisted reproduction may charge an extra price - tough decisions, ranging from the selection of embryos to the need for termination of pregnancy, or abortion due to fetal malformation problems. Therefore, other related entailments need to be considered, such as the rights of personality, specifically freedom, the possibility of pregnancy termination in the face of the current law. Facing the clash between women's rights to freely exercise their sexuality, the right to only have perfect children and abortion, the path ahead is the modern legal discourse, which is governed by the personality rights, among which the right to freedom guaranteeing the exercise of private autonomy, always considering the parental project. The project only to have perfect children may come across obstacles of at least two natures: biological and legal. From a biological standpoint, genetic tests and diagnostics act giving some certainty, reasonable chances of success, towards the ideal of a perfect child. Nevertheless, there are other factors involved in human evolution: epigenetic, behavioral and symbolic factors that can compromise this project, though do not obliterate such aim. In Brazil the search for the perfect child can be compromised by the current law, which criminalizes abortion, with rare exceptions. However, under the modern-legal paradigm, the right to only have perfect children ends up specifying itself in the context of a legitimately established speech and according to the circumstances of the case.

Keywords: Rights of personality. Women's rights. Human reproduction. Eugenia. Abortion. Parental project.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 A QUESTÃO RECORRENTE: O PROBLEMA DO DIREITO E DA MORAL	23
2.1 A sedução kantiana.....	24
2.2 A tentação utilitarista.....	27
2.3 Teorias cognitivas - justificação, aplicação e discurso de interpretação	32
2.4 Humanismo.....	37
2.5 Laicidade e secularização	44
2.6 Uma profusão de éticas.....	48
2.6.1 <i>Necessidade e sobrevivência</i>	52
2.6.2 <i>O medo como maestro da orquestra humana</i>	57
2.7 Direito agora - o fato da pluralidade, reconhecimento e tolerância.....	60
2.7.1 <i>Direito flexível</i>	68
2.7.2 <i>Direito - integridade e coerência</i>	72
2.8 Eugenia liberal e desacordo moral	76
3 DIREITO E LIBERDADE.....	86
3.1 Direitos fundamentais, direitos humanos e liberdades públicas.....	88
3.2 Autonomia privada e direitos da personalidade.....	97
3.3 Dignidade da pessoa humana.....	100
3.4 Da pessoa ao sujeito de direitos.....	102
3.4.1 <i>A personalidade jurídica do nascituro</i>	108
3.4.2 <i>O nascituro como sujeito de direitos</i>	112
3.5 Direito à vida e direito sobre o próprio corpo.....	114
3.6 Liberdade e dignidade	123
4 BIODIREITO: JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO	125
4.1 Aconselhamento genético.....	126
4.1.1 <i>Reprodução assistida</i>	129
4.1.2 <i>Normatização, jurisprudencialização e casuística</i>	131
4.2 Eugenia e contemporaneidade	133
4.2.1 <i>Um mundo perfeito com imperfeitos</i>	135
4.2.2 <i>Epigenética - mito e realidade para além da Genética</i>	139
4.3 Eugenia liberal e decidibilidade	142

5 A CONDIÇÃO FEMININA - ABORTO E PROJETO PARENTAL	145
5.1 Aborto.....	149
5.1.1 <i>Dados práticos</i>	159
5.1.2 <i>Os discursos normativos ou negativos</i>	161
5.1.3 <i>Os discursos justificantes ou permissivos</i>.....	165
5.2 Direitos da mulher	167
5.2.1 <i>A sujeição das mulheres</i>	169
5.2.2 <i>O discurso jurídico moderno</i>	171
5.3 O projeto parental	174
5.3.1 <i>O pai, a mãe e o filho</i>.....	175
5.3.2 <i>O direito a só se ter filhos perfeitos</i>	176
6 CONCLUSÃO	178
REFERÊNCIAS.....	181

1 INTRODUÇÃO

A única coisa que leva um filósofo a filosofar, um escritor a escrever: deixar uma mensagem na garrafa porque, de alguma maneira, aqueles que virão poderão acreditar ou achar belo aquilo em que ele acreditou ou que achou belo. Umberto Eco (2000, p.86).

O crescente domínio das biotecnologias e da engenharia genética exige do Direito uma nova compreensão da autonomia e da liberdade. A situação da pessoa humana como o ponto de partida e o fim do Direito vem cobrando do Direito Civil a reconstrução de seus institutos, a exemplo do sujeito de direito, da autonomia e da personalidade civil, além do reconhecimento da *forma jurídica moderna* ínsita aos atos de interpretação e aplicação do Direito.

A superação da visão de mundo antropocêntrica, que, por sua vez, substituiu o teocentrismo, tem cedido lugar ao progresso das biotecnologias e da engenharia genética. O fascínio que as novas tecnologias despertam e as promessas que fazem, principalmente quando voltadas ao aperfeiçoamento da espécie humana, impõem novos desafios ao Direito. Os *centros orientadores* de ação tiveram seus eixos alterados em função de cada *grande* descoberta ou experimento *bem sucedido* no campo da genética aplicada à reprodução humana. Porém, sempre houve um eixo predominante, por exemplo, a religião, o homem, a racionalidade.

Depara-se com uma nova teoria da evolução da espécie: a seleção não-natural. Com o recurso das ciências biomédicas e da engenharia genética já é possível executar o *design* de um filho, pelo menos sob determinados aspectos. Assim, também é possível rejeitar determinado conjunto de células humanas que originaria um embrião, ou até o próprio embrião, em decorrência de sua não aprovação em diagnósticos de seleção genética pré-implantatórios.

A Moral é referenciada a um tempo e a uma Sociedade específicos. As questões que se apresentam ao Direito, a seleção de células fertilizadas ou embriões seria um exemplo, assim o fazem sob a perspectiva de novos eixos de novos centros orientadores da ação que agora são múltiplos. O Estado é laico, a Sociedade, secular, e há forte presença da técnica na vida de todos, o tempo todo. O Direito e a Moral se distinguem, ainda que cooriginários e complementares.

Novas teorias sociais são demandadas e o Direito também se mobiliza para compreender e atender às novas demandas. À Teoria Discursiva do Direito

agregam-se novas ideias que desaguam em novas teorias, a exemplo da Teoria da Adequabilidade e da Teoria Geral do Direito Moderno. Teorias que permitem melhor compreender o fenômeno jurídico da Modernidade e construir respostas possíveis a partir de discursos legitimamente instituídos e em face de situações concretas. O *locus* do Direito torna-se o espaço do discurso que visa ao consenso e, por decorrência, à estabilização das expectativas sociais. Nesse mesmo espaço, procuraram-se respostas juridicamente possíveis ao problema proposto.

Percebe-se uma divergência na compreensão dos fatos, que por sua vez demandarão por *novos direitos*. Por exemplo, a ideia de quando se dá o início da vida, a noção da vida como um dom ou da sua sacralidade, impregnam de tal forma o Direito, fazendo com que decisões jurídicas careçam exatamente de fundamentação jurídica. É certo que, até mesmo para o Direito, quando outros centros orientavam a ação, foi conveniente deixar-se impregnar pelo sagrado - um *estatuto divino* teria *mais força* que um *estatuto humano*, e ainda seria *mais seguro*. Por isso, é necessário dessacralizar o direito. Tecnicamente, isto é plenamente possível, uma vez que se têm planos distintos, de justificação e de aplicação normativa. Porém, a prática jurídica revela um grau elevado de contaminação pelo sagrado na aplicação do Direito, conforme exemplos no curso desse trabalho.

Uma pesquisa é sempre um trabalho voltado para a solução de um problema ou a consecução de um fim previamente estabelecido, mas sempre há elementos que se agregam no decorrer do processo. Apesar de visar à convergência dos caminhos percorridos e chegar ao resultado, abre-se, antes, um leque de novas perspectivas e hipóteses que demandam pelo alargamento da investigação. Aqui, não foi diferente. Inspirado por Umberto Eco (1996), evitou-se o trabalho panorâmico, sem, num primeiro momento, negligenciar as possibilidades e os fatores que movem o Direito, tais como a ética, a Moral, o ser humano, a religião, a Ciência e a técnica. Para o aprofundamento, o recorte foi direcionado para o Biodireito, a reprodução assistida e os diagnósticos que visam à perfeição e o espinhoso tema da interrupção da gravidez.

Umberto Eco (1996) ensina que não se constrói teoria em cima do nada, por isso é necessário subir nos ombros de gigantes e enxergar mais longe. Pretendeu-se buscar a solução ao problema proposto a partir do Direito da Modernidade, com Habermas, Dworkin, Günther, Lúcio Chamon Júnior e outros, não menos importantes, que permitiram chegar a um ponto, no mínimo razoável - é dito que

uma tese nunca se termina, coloca-se um ponto e seu final é sempre novo ponto de partida.

Com o objetivo de ampliar ao máximo o conhecimento, sob a perspectiva de conhecer para compreender e compreender para decidir, foram estabelecidos três eixos com enfoque prioritário na teoria e um último, que, além de voltado para a ordem prática, também atuou como ponto de convergência daqueles.

Iniciou-se por uma análise do contexto em que o problema foi situado - a Sociedade contemporânea com todas as suas peculiaridades e pluralidades. A profusão de éticas, o fato da necessidade - marca do humano -, o desacordo moral e o fracasso do projeto humanista, foram analisados e tomados como referenciais da Sociedade atual. Essa Sociedade apresenta-se ainda mais carente do Direito quando se observa sua face vulnerável ao avanço tecnológico e o tanto que é influenciável por aquele avanço. O acelerado desenvolvimento da tecnologia - aqui se incluem as biotecnologias - não é acompanhado pelo processo de desenvolvimento intelectual, pelo aprendizado formal da Sociedade em geral, incluindo-se a própria formação e o amadurecimento morais. Isto é, as tecnologias são postas à disposição da Sociedade que não está suficientemente preparada para refletir e decidir se precisa ou não daquele recurso. O resultado é a criação ilusória de inúmeras necessidades cuja satisfação é posta ao alcance de todos. Isto se torna mais complexo no campo do Biodireito e da Bioética, testes e diagnósticos genéticos são oferecidos até pelo comércio eletrônico. No campo da reprodução assistida abre-se um leque de possibilidades para atender a busca pelo filho perfeito. Algumas possibilidades são bastante ilusórias, como se verá, pois vários fatores são importantes no desenvolvimento humano, o genético é apenas um deles.

O Direito compõe a segunda parte da pesquisa e três foram os objetivos principais. Primeiramente, traçar um paralelo entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade e associá-los aos direitos da mulher. Em segundo lugar, revolver a questão da dignidade humana, à luz do Direito da Modernidade e situá-la no núcleo dos direitos da personalidade que, por sua vez, em muito se equiparam aos direitos fundamentais. Outro ponto pesquisado refere-se aos institutos do Direito Civil, tais como o sujeito de direito e a personalidade jurídica, e sua reinterpretação a partir do Direito da Modernidade.

Na terceira parte é feito um recorte, voltando-se para o Biodireito. Também são analisados dois Projetos de Lei - o Estatuto da Reprodução Assistida e o

Estatuto do Nascituro - ambos em franca movimentação na Câmara Federal. Projetos extremamente retrógrados, conservadores, inviáveis em um Estado Democrático de Direito. São desenvolvidas abordagens sobre aconselhamento genético e reprodução assistida, com uma passagem pela eugenia e os fatores genéticos e epigenéticos que afetam a seleção não-natural e se entrelaçam em uma *eugenia liberal contemporânea*. Procurou-se verificar de que maneira a compreensão dos fatores mencionados, ou a falta dela, afeta as pessoas na decisão pelo ideal do filho perfeito.

Não existe conhecimento vazio, tampouco isolado da vida prática. Faz parte desse trabalho o entrelaçamento das disciplinas ministradas no Curso de Pós-graduação da PUC Minas. Na busca de respostas à questão inicial - se há o direito a só se ter filhos perfeitos - procurou-se conjugar Filosofia, Teoria Geral do Direito Privado, Teoria da Interpretação Jurídica e Direitos da Personalidade como Direitos Fundamentais, que entretecem o liame entre as esferas pública e privada. A partir dessa abordagem, perpassando-se pela Bioética e pelo Biodireito, passou-se à análise da condição feminina, da interrupção da gravidez e do projeto parental, uma vez que, se houver o direito a só se ter filhos perfeitos, esse será prerrogativa de todos a quem a Lei assegura o planejamento familiar, não única e exclusivamente da mulher.

Ao nascituro são assegurados direitos que podem concorrer com direitos da mulher ou com direitos de uma pessoa em seu projeto parental. A interrupção da gravidez é uma realidade com a qual se pode defrontar e que precisa ser enfrentada, ainda que em situações específicas. Dada a não equidade entre os gêneros, em termos reprodutivos e sexuais, na última parte, além do projeto parental como direito de todos, a condição feminina é enfatizada e confrontada com a interrupção da gravidez, os direitos da mulher e o direito a só se ter filhos perfeitos, à luz do *discurso jurídico da Modernidade*.

2 A QUESTÃO RECORRENTE: O PROBLEMA DO DIREITO E DA MORAL

Então conhecerás tu a justiça, e o juízo, e a equidade, e todas as veredas que são boas. Provérbios 2, 9 (BÍBLIA, 1961).

Existe um tempo para tudo, e junto desse tempo a História, que Marcel Conche chama de *memória da memória* (CONCHE, 2006, p.162). A história da humanidade contempla a narrativa¹ de uma busca do homem pelo bom, pelo bem, pelo que se julga ser justiça e também pela autorrealização. Em tempos de 3D, pode-se configurar a realidade social humana tridimensionalmente, segundo os eixos, ora convergentes, ora divergentes, da Moral, da Ética e do Direito.

A despeito da questão um tanto didática da relação da Moral e do Direito como círculos, concêntricos, secantes ou independentes (REALE, 1986; 2002), prefere-se tratar a Moral, o Direito e a Ética em sua vertente plástica, conformando-se a uma *Modernidade líquida* (BAUMAN, 2001), pois "a Moral na Modernidade passa a se dispersar em princípios difusos e perdidos no saber cultural" (CHAMON JÚNIOR, 2010, p.22) e se amalgamando como fenômenos complementares e cooriginários.

Enquanto a Moral se apresenta como um sistema de saber, o Direito moderno já se apresenta como um sistema de saber e ação, uma vez que suas características formais, isto é, as questões relacionadas à sua forma moderna, quais sejam, as que se referem à sua positividade, imputação individualizada, coercitividade e ao seu caráter institucionalizado, superam todos aqueles déficits funcionais que o sistema moral moderno apresenta. Dessa forma, o Direito complementaria a Moral, uma vez que, em sendo *aberto*, em seu processo de criação normativa, a argumentos morais, possibilitaria que as razões morais, fracas funcionalmente para se fazerem impor, passassem a ser irradiadas e garantidas coercitivamente. Por seu turno, a Moral complementaria o Direito uma vez que este seria *aberto* àquela, fazendo com que o Direito não fosse assumido como "moralmente neutro" por que infiltrado estaria por razões morais em sua justificação. (CHAMON JÚNIOR, 2010, p.22).

Uma vez traçado o marco a servir de pano de fundo ao trabalho, passa-se a uma crítica às três vertentes filosóficas, tratando da Moral e do Direito, que poderiam

¹ Este texto é em muito tributário de Alasdair MacIntyre (2001) - o primeiro filósofo a ser estudado pelo autor no Curso de Pós-graduação. Ainda que definitivos, Dworkin e Habermas vêm um pouco depois e, compondo a cadeia, Klaus Günther e Lúcio Chamon Jr. - *enfants terribles* da Ciência do Direito. Esse último contando com a vantagem da sua juventude acadêmica, quase uma certeza de que mais ideias ainda virão, além daquelas que permeiam esta Tese.

ser sintetizadas em éticas deontológicas, teleológicas ou consequencialistas, culminando-se nas teorias éticas cognitivas.

2.1 A sedução kantiana

E eu reconheci que não havia cousa melhor do que alegrar-se o homem, e fazer o bem enquanto lhe dura a vida.
Eclesiástico, 3, 12 (BÍBLIA, 1961).

Kant está para a Ética, como Kelsen está para a Ciência do Direito. Esse ao tratar o fenômeno jurídico como uma ciência pura, distinguiu e isolou completamente Direito e Moral (KELSEN, 1998), enquanto aquele assumiu vereda semelhante, ao distinguir e isolar o ser humano como agente moral, único responsável por estabelecer - a partir de si mesmo - suas orientações para a ação. Porém, sempre à maneira de "um ser pensante, monológico e solitário" (GUSTIN, 1999, p.172) que produz regras de *aplicação monológica*, além de *hipotética e desenvolvida em pensamento* (HABERMAS, 2003a, p.87 e p.89). Também Alasdair MacIntyre (2001) compartilha essa ideia que, por outro lado, é temperada por Henrique Vaz, ao afirmar que

A possibilidade de universalização da máxima permite, assim, a Kant escapar ao solipsismo moral e ao relativismo individualista e pensar o ser racional, enquanto legislador universal, sistematicamente unido aos outros seres racionais por leis comuns, para constituir um reino dos fins. (VAZ, 2002, p.83).

Porém, nessa fraqueza aos olhos da Modernidade - cuja marca é a da sociedade interativa, comunicativo-dialógica, intersubjetiva ou trans-subjetiva, compartilhada ao extremo - é que repousa a sedução que os seres humanos encontram na teoria kantiana: a possibilidade ou o imperativo, certamente milenar e atávico, do *conhece-te a ti mesmo* ou *reforma o mundo a partir de ti*, evocando-se os versos de *William E. Henley*, "Eu sou o senhor do meu destino, Eu sou o capitão da minha alma" (WIKISOURCE, 2012).

A busca, a necessidade de se sentir bom e de se desfrutar de um paraíso terreno com honras, torna a ideia de Kant tão atraente, alçando-o a um quase-

-messias² de uma quase-religião, uma vez que só depende de cada um, da sua vontade própria, tornar-se um ser humano perfeito e, assim, autorrealizar-se. Qual ser humano inebriado naturalmente de proselitismo não gostaria de fazer de seu comportamento uma máxima a ser seguida por toda a humanidade? "Age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza." (KANT, 2006, p.52). Essa é a proposta kantiana e, tentando-se desvencilhar de uma religião para ter o pensamento livre, Kant fundou o kantismo.

Uma das definições de sedução dadas pelo dicionário (FERREIRA, 1999, p.1828) é atração, encanto, fascínio; e, etimologicamente, sedução vem do latim *seductio*, a partir da forma verbal *seducere*, em que o *se* significa afastar e *ducere*, guiar, portar, levar. Portanto, seduzir é afastar uma pessoa da lealdade, ou de suas convicções, para o bem ou para o mal. Por isso, ao se tornar espontaneamente o centro de emanação da máxima universal, convertida no imperativo categórico, o indivíduo tenderia a se equiparar a um Ser Superior, o que não deixa de ser um sonho de transcendência. Pode-se, então, afirmar que sendo humanos "Estamos impregnados de kantismo" (BROCHADO, 2006, p.190). Kant retirou a ética do campo das virtudes - ética teleológica, cujo representante emblemático foi Aristóteles - e a trouxe para o campo das normas - ética deontológica, do dever moral. Desse modo, erigiu-se a autonomia da vontade, ou liberdade³, como fundamento da moralidade (PEGORARO, 1995). Uma vez instituída a lei universal na forma do imperativo categórico, passa-se aos juízos morais como máximas daquela lei universal que cada agente racional enuncia para si mesmo e, ainda de acordo com Kant, tem-se nessas expressões normativas também imperativos categóricos. (MACINTYRE, 2001). Aqui surge um problema: o imperativo categórico tem a forma consistente, mas, e o conteúdo? A partir de uma moral tão mínima como seriam elaborados os juízos morais subsequentes e quais seriam importantes ou necessários à realização de uma vida moral? Além disso, não haveria indicação precisa do que se deveria fazer nem qual seria o fim a se dedicar à própria vida -

² Interessante a coincidência do prenome: Kant chamava-se Immanuel; "Eis que uma virgem conceberá, e dará à luz um filho, e será chamado o seu nome Emanuel." Isaías, 7, 14 (BÍBLIA, 1961). Por outro lado, Shakespeare (1993), refutaria a tese da influência do nome: "(...) Que há em um nome? O que chamamos de rosa, com outro nome, exalaria o mesmo perfume tão agradável;" - Romeu e Julieta, ato II, cena II. Sobre os nomes, recomenda-se o Crátilo, de Platão (2001).

³ "Razão prática, liberdade, vontade pura são termos que se equivalem e se substituem sem deixar resto." (SALGADO, 1986, p.206).

MacIntyre (2001) faz essa crítica. Porém, uma *moral mais econômica*, à primeira vista, visava à atemporalidade e à universalidade e

Abdicando de uma receita completa de moralidade, estaríamos menos comprometidos com formas particulares e típicas de sociabilidade, cujos valores podem não se estender a qualquer tempo ou a qualquer cultura, que não o da época e a do território em que a ética é formulada. Contudo, tendemos a reconhecer a existência de certos atos que estão além do dever, mas que possuem valor moral. (BORGES; DALL'AGNOL; DUTRA, 2002, p.24).

A crítica também deve ser refutada pela posterior publicação da obra *A metafísica dos costumes* (KANT, 2010). O filósofo apresenta de maneira didática o complemento que passaria a ser essencial à compreensão da sua ética. Nessa obra, há uma espécie de posituação ou categorização dos deveres de direito e dos deveres de virtude e certa ênfase às questões teleológicas; o que permite conjecturar se não teria Kant, ao final de sua vida, procurado uma reconciliação entre a ética das virtudes e a deontologia, mantendo em um plano ideal o imperativo categórico - com relação à ética ou moral, *stricto sensu* - e estabelecendo em um plano não ideal uma lei universal do Direito, com certo grau de flexibilidade em comparação ao imperativo categórico. Nas palavras do filósofo:

Assim, a lei universal do direito, qual seja, age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, é verdadeiramente uma lei que me impõe uma obrigação, mas não guarda de modo algum a expectativa - e muito menos impõe a exigência - de que eu próprio devesse restringir minha liberdade a essas condições simplesmente em função dessa obrigação; em lugar disso, a razão diz apenas que a liberdade está limitada àquelas condições em conformidade com sua ideia e que ela pode também ser ativamente limitada por outros. (KANT, 2010, p.54).

Ressalta-se que para Kant a Moral *lato sensu* compreende a Moral ou Ética *stricto sensu* e o Direito, que "representa a passagem de uma teoria ideal a uma teoria não ideal: ao passo que na ética (moral *stricto sensu*) Kant exige, além da conformidade com o dever, a ação por dever, no direito ele admite a ação apenas por dever, motivada, portanto, pela coação externa." (GOMES; MERLE, 2007, p.63).

Do exposto resulta que a ética kantiana faz o agente moral sentir-se mais humano em sua consciência, não necessariamente por seus atos, pois há um hiato espetacular entre a potencialidade, ainda que examinada a partir da razão pura, e a ação prática. A sedução da ética kantiana repousa numa espécie de idealismo: ela

não trata o agente moral como ele é, mas como ele próprio gostaria de ser, independentemente das impossibilidades e limitações da natureza humana; como se fosse verdadeiro o dito popular: *o Céu é o limite*. Em uma aproximação superficial, o absolutismo da vontade boa da ética kantiana é que a põe em risco frente a outras teorias ou propostas éticas, principalmente, como se viu, para aqueles que não tenham complementado seu conhecimento com o conteúdo de *A metafísica dos costumes* - princípios metafísicos da doutrina do direito e princípios metafísicos da doutrina da virtude. Uma questão sempre assombra os estudiosos e alguns a revelam: Kant foi kantiano? Depende, seria a melhor resposta. Ao expressar em sua teoria toda a carga moral e austera da seita pietista na qual foi educado e viver de maneira bastante ascética, Kant poderia ser um kantiano ao menos em potencial. Porém, ao trazer exemplos para suas ideias, apresentou algumas posições preconceituosas, mesmo para a sua época. Isso, sem contar o relacionamento, ou a falta dele, entre Kant e as próprias irmãs, em sua fase adulta e maturidade. (KANT, 2006). Nesse sentido, afirmou Corrado Fratini (1980, p.46): "Raros são até os filósofos que viveram de acordo com seus princípios e mais raros ainda os que viveram de acordo com suas conclusões." Também é um convite à reflexão o fato de Kant ter encontrado, ao que parece, naquela vida ascética, rotineira, frugal ao extremo, a sua felicidade e, ao mesmo tempo decidir construir toda uma teoria que exortaria o mundo a agir de forma semelhante. Pode-se encontrar uma essência utilitarista no kantismo?

2.2 A tentação utilitarista

Essa felicidade que supomos,
 Árvore milagrosa que sonhamos
 Toda arreada de dourados pomos,
 Existe sim: mas nós não a alcançamos
 Porque está sempre apenas onde a pomos
 E nunca a pomos onde nós estamos.
 (Velho tema - Vicente de Carvalho, 1954).

Novamente, recorrendo-se ao dicionário, extraiu-se o significado de tentação, dentre outros, como ato de testar, de pôr à prova ou de procurar seduzir (FERREIRA, 1999, p.1943). Etimologicamente, tentar esteve vinculado na origem ao ato de testar e, o significado de provocar sedução, de induzir para o mal, é sentido recente, moderno, provavelmente de base religiosa. Seja como teste, seja como

esforço de seduzir, a tentação não pressupõe a pronta adesão ou a imediata queda do agente moral. Ao contrário, o agente passa a ser considerado como capaz de decidir e se lhe apresentam alternativas, de escolha livre. Enquanto o imperativo categórico kantiano brota de um *fato da razão* e é incondicional, a ética utilitarista apresenta opções e permite escolhas, também é racional, mas teleológica, consequencialista.

Para alguns autores, o utilitarismo se desdobraria em *utilitarismo de ação*, que considera a ação do indivíduo situado e sitiado em suas particulares contingências e, assim, não permitiria que se determinassem regras universais de ação uma vez que as situações seriam únicas e restritas ao agente e aos envolvidos e poderiam não trazer o maior bem ou a maior felicidade para os envolvidos. Por outro lado, o *utilitarismo de regra* prescreve que se deve agir segundo regras que proporcionem a maior felicidade ou tenham a máxima utilidade para todos os afetados. (BORGES; DALL'AGNOL; DUTRA, 2002). Na opinião de James Rachels (2006), todo o pensamento clássico a respeito dessa corrente ética permite classificá-la como *utilitarismo dos atos*, indistintamente, e apresenta uma versão moderna que seria o *utilitarismo indireto*, ao qual se retorna um pouco adiante.

Adela Cortina (2010) ao tratar de *éticas de meios* e de *éticas de fins*, situa o utilitarismo dentre as primeiras e afirma que aquelas procuram investigar empiricamente as causas das ações, o que move o ser humano a agir enquanto as últimas buscam investigar em que consiste o aperfeiçoamento e a plenitude da natureza humana. Por fim, a autora opera uma espécie de reconciliação entre as éticas ao propor "conservar a pretensão das éticas dos meios, porque, na ação moral, elas atendem os meios dos sujeitos, mas concedendo às éticas de fins que um *télos* objetivo há de ser capaz de pôr em movimento o querer dos sujeitos" (CORTINA, 2010, p.49). Com isso, os meios não se perderiam num subjetivismo moral, tampouco um objetivismo metafísico dos fins comprometeria o projeto ético dessa corrente filosófica. Além disso, o referido *télos* objetivo, indicando aquilo que o homem deve ser, guardaria uma relação estreita com a deontologia.

Vai-se tratar da versão de uma teoria ética desenvolvida e nomeada como Utilitarismo por Stuart Mill, a partir de teorias éticas de origem grega, epicurismo e hedonismo, e de teorias pragmatistas desenvolvidas na Inglaterra. Para aquele autor, o utilitarismo seria

O credo que aceita, como fundamento da moral, a Utilidade ou o grande princípio da Felicidade, sustenta que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o oposto da felicidade. Através da felicidade pretende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação do prazer. (MILL, 2007, p.22).

A grande *virada* utilitarista que se operou por Stuart Mill e prosseguiu depois dele resultou da tentativa bem sucedida de conformação das teorias anteriores a uma adequada vida moral. O princípio da utilidade deixou de ter a forte carga matemática defendida na proto-teoria e passou também a ser avaliado qualitativamente. Mill defendeu ainda a importância do caráter e das virtudes na busca da felicidade e, por fim, conciliou os direitos humanos, com a teoria utilitarista. (BORGES; DALL'AGNOL; DUTRA, 2002). Mill afirmou que a busca da felicidade jamais prescindiria das virtudes morais, disso resulta que o utilitarismo somente se aperfeiçoa por meio do "cultivo universal da nobreza de caráter" (MILL, 2007, p.27) e que a finalidade da ação humana é "também necessariamente o padrão da moralidade" (MILL, 2007, p.28). O filósofo rejeita a objeção do alcance da felicidade como algo inatingível com o seguinte argumento: "uma vez que a utilidade inclui não unicamente a busca da felicidade, mas a prevenção ou lenitivo para a infelicidade, e se a primeira meta é utópica, haverá ampla oportunidade de ação e necessidade mais imperativa para a última" (MILL, 2007, p.28). Nesta teoria observa-se um esforço para hierarquização dos prazeres que possam conduzir à felicidade, uma vez que há prazeres que nunca conduzirão à felicidade moralmente considerada, e elege os prazeres mentais (intelectuais) superiores aos corpóreos.

O fato de ser intelectualmente bem-nascido fez de Stuart Mill um cidadão envolvido com questões filosóficas, sociais e políticas, de grande alcance, defensor de ideias tais como a de uma liberdade extremamente ampla para os limites de sua época, a emancipação da mulher, a democracia, dentre outras (MILL, 2006a; 2006b; 2006c; 2007). Mas seu elevado nível intelectual também lhe cobrou um preço. Haveria dificuldades para uma pessoa de menor nível intelectual discernir os prazeres que levariam à felicidade. Na obra o Governo representativo (MILL, 2006c), defende uma modalidade de voto proporcional em que haveria maior peso para o voto da pessoa culta, em detrimento daqueles de menor cultura; a mesma assertiva se apresenta na obra sobre o utilitarismo que é uma teoria ética de escolhas, ao comparar as condutas de um *ser de faculdades superiores* e outro de *tipo inferior*

(MILL, 2007). Porém, faz uma ressalva importante, ao afirmar que "Depois do egoísmo, a principal causa que torna a vida insatisfatória é a falta de desenvolvimento intelectual" e, complementa tecendo uma crítica: "Atualmente a deplorável educação e deploráveis disposições sociais são os únicos reais impedimentos para que ela [a felicidade] seja alcançada por quase todos." (MILL, 2007, p.29).

Retomando, o filósofo que nomeou a teoria utilitarista como tal foi Stuart Mill (2007) em sua obra *Utilitarismo* e cuidou de distinguir *intenção* e *motivo* para um ato. O dicionário apresenta **motivo** como causa, razão, aquilo que faz mover ou fim, intuito, escopo. Por outro lado, **intenção** é vontade, desejo, pensamento, propósito, plano; dentre outros significados para ambos os termos (FERREIRA, 1999, p.1122). A intenção não significa alcançar um fim, ele é independente da realização do ato, estaria no âmbito da potência, enquanto o motivo poderia ser situado no campo do próprio ato, como ação realizada, e de sua consequência. Busca-se diferenciar o sentido da ação e a vontade do agente (MILL, 2007). A teoria de Kant seria então uma ética dos indivíduos, valorizando a intenção, e o utilitarismo, a ética das ações, valorizando o motivo. Deve-se compreender *valorizar* como no sentido inicial do pensamento de Miguel Reale (2002) ao trabalhar nos prolegômenos da sua teoria, em que dar importância ou levar em consideração era o sentido de atribuir valor. Posteriormente, buscando, talvez, uma maior racionalidade (cartesianismo), o sentido de valorizar pendeu para o viés matemático. Isto é, para uma dimensão mais quantitativa que qualitativa, tão marcante na Axiologia.

O utilitarismo nasceu e prosperou sob críticas. Segundo Mill, a maior parte delas devia-se à superficialidade com que a teoria foi tratada e afirmava que raras eram as ocasiões em que os críticos do utilitarismo reconheciam "que a felicidade que forma o padrão utilitarista daquilo o que é certo na conduta não é a felicidade do próprio agente, mas aquela de todos envolvidos." (MILL, 2007, p.33) e afirmou que na regra de ouro de Cristo reside o "completo espírito da ética da utilidade. Fazer aos outros o que gostaria que lhe fizessem e amar ao próximo como a si mesmo constituem a perfeição ideal da moralidade utilitarista." (MILL, 2007, p.34).

Abordagens negativas à teoria utilitarista permanecem na atualidade, como se vê, a título de exemplo, em MacIntyre (2001), Rachels (2006), Sandel (2013) e Fearn (2005). Esse último, em seu livro *Filosofia - novas respostas para antigas questões* - sintetiza o utilitarismo como a "doutrina segundo a qual as ações

deveriam maximizar a maior felicidade para o maior número de pessoas" (FEARN, 2007), e a partir desta definição que remonta às teorias utilitárias pré-Stuart Mill, tece considerações diversas sobre aplicações práticas da ética utilitarista. Em Sandel (2013), encontram-se problemas-dilemas morais submetidos ao utilitarismo que resultam insolúveis. Isso, porque não se considera a questão dos deveres supra-rogatórios, que Kant já havia abordado na *Metafísica dos Costumes* - deveres imperfeitos - e tampouco se assume que os dilemas morais insolúveis pelo utilitarismo também o seriam por qualquer outro sistema moral.

James Rachels (2006), procurou ser imparcial e apresenta prós e contras à teoria utilitarista, culminando com a alternativa do *utilitarismo indireto* (essa vertente do utilitarismo seria o que já foi exposto ao se falar do utilitarismo de regras). Aquele autor apresenta uma defesa do utilitarismo, criticando os exemplos imaginários que são submetidos à teoria e afirma que o princípio da utilidade é um guia para a escolha de regras e não de atos individuais. Há toda uma discussão, com opiniões divergentes, sobre a posição de Stuart Mill com respeito ao utilitarismo de atos ou aquele de regras. Em sua tese, Maria Cristina Dias, procura demonstrar que Stuart Mill somente poderia ser um utilitarista de atos se se lhe concedesse um relativo peso quanto ao utilitarismo de regras, classificando-o como um utilitarista de *ato mais complexo* (DIAS, 2011, p.236).

A tentação utilitarista pode, então, ser assumida como a possibilidade de se encontrar a felicidade, ou um apelo à *felicidade ao alcance de todos*, aliada à inexistência de deveres absolutos. Seria uma ética menos divina, mais sintonizada com a realidade humana *in concreto*, e, por conseguinte, mais tentadora e menos suscetível à hipocrisia, uma vez que mais próxima da realidade humana? Será que o ser humano traz um pensamento moral incoerente, transitando ora de maneira kantiana, ora de maneira utilitarista? Questão levantada por Almeida, Teixeira e Murcho (2003), que também envolve outra, na tentativa de uma resposta: deve-se considerar que a consciência moral humana, em regra, está permanentemente em construção? As respostas possíveis serão apresentadas no transcurso dos próximos tópicos.

2.3 Teorias cognitivas - justificação, aplicação e discurso de interpretação

"As desavenças humanas, são desavenças de palavras". (Spinoza)⁴.

De acordo com Adela Cortina, "*cognitivismo* seria a possibilidade de argumentação racional a respeito da correção das normas práticas." (CORTINA, 2010, p.45). Assim, tanto a ética kantiana como o utilitarismo poderiam ser arrolados como teorias cognitivas uma vez que a cognição não estaria circunscrita à questão da veracidade ou falsidade dos enunciados morais. Porém, seria problemático vincular aqueles sistemas éticos à argumentação racional pertinente a correção e validade.

Passa-se à uma modalidade de teoria cognitivista, a ética do discurso, desenvolvida por Habermas. Trata-se da teoria (ética) discursiva, essencialmente vinculada ao Estado Democrático de Direito. Segundo o autor da Teoria da Ação Comunicativa, não há democracia sem comunicação. Somente por meio do princípio discursivo, em uma democracia, é que se garante a legitimidade das leis quando originadas de processos argumentativos amplos, livres de coação, com participação acessível aos interessados e afetados e ainda tendo como princípio norteador razões convincentes, aceitas por todos. (NASCIMENTO, 2004, p.31). A teoria desenvolvida por Habermas passa por duas vertentes até chegar à Teoria Discursiva do Direito, quais sejam, a ação comunicativa e o discurso propriamente dito. A ação comunicativa *pura* dar-se-ia por um ato de liberdade. Para o autor,

Liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo e que contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas. Essa característica peculiar da liberdade comunicativa, que depende sempre de uma relação intersubjetiva, explica por que ela se liga a obrigações ilocucionárias. Para alguém tomar uma posição, dizendo "sim" ou "não", é preciso que o outro esteja disposto a fundamentar, caso se torne necessário, uma pretensão levantada através de atos de fala. Uma vez que os sujeitos que agem comunicativamente se dispõem a ligar a coordenação de seus planos de ação a um consentimento apoiado nas tomadas de posição recíprocas em relação a pretensões de validade e no reconhecimento dessas pretensões, somente contam os argumentos que podem ser aceitos *em comum* pelos partidos participantes (HABERMAS, 2003b, p.156).

⁴ (ISQUARISI, 2007)

De acordo com Nogueira (2007), quanto aos atos de comunicação que geram o consenso do discurso, Habermas estabelece quatro pretensões de validade: o falante procura escolher expressões compreensíveis pelo ouvinte; o conteúdo da comunicação deve ser verdadeiro; deve haver sinceridade nas intenções do comunicador, para se criar confiança entre eles; finalmente, a manifestação do comunicador somente será aceita se houver na essência da ideia transmitida respeito às normas e valores vigentes na sociedade. Inicia-se, então um processo discursivo. O discurso não deve ser compreendido, aristotelicamente, como ato de retórica, de dialética, de lógica ou de análise, em sentido puro; ele deve ser compreendido como o resultado de um processo de exposição de ideias por alguém e de entendimento dessas ideias por outro, que irá participar dessa discussão não como mero ouvinte, mero receptor, mas como agregador de ideias e compreensões à ideia original, em um procedimento dialógico. O objetivo final desse processo discursivo não é o simples convencimento de uma das partes, mas a compreensão e o sentimento de coautoria dessa *ideia final*, por parte de ambos.

O agir orientado para o entendimento mútuo é a característica da ética do discurso e o seu princípio refere-se a um procedimento discursivo visando ao resgate de pretensões de verdade, ou correção normativa - expressões indiferenciadas no plano da argumentação. Habermas reforça que a ética do discurso "não indica orientações conteudísticas, mas um processo: o Discurso prático." (HABERMAS, 2003a, p.126). O processo desenvolvido seria democracia em essência e a grande expectativa, a grande utopia de Habermas seria o livre respeito de todos por essa ideia final e a adesão a ela, pois foi legitimada pelo processo que a concebeu. Portanto, a validade estaria assegurada. O discurso é uma fundamentação que se desenvolve argumentativamente, em que os melhores argumentos prevalecem e novas informações podem ser agregados. (HABERMAS, 2003b, p.281 e seg.).

O princípio da ética do discurso é expresso dessa forma: "Toda norma válida encontraria o assentimento de todos os concernidos, se eles pudessem participar de um Discurso prático [racional]." (HABERMAS, 2003a, p.248). Observa-se que o princípio do discurso, segundo o autor, é indiferente à Moral e ao Direito. (HABERMAS, 2003b, p.158). Isso, porque se trata de um princípio capaz de justificar tanto normas morais quanto normas jurídicas, amparado pela razão comunicativa. Nas palavras de Lúcio Chamon,

o Direito e a Moral apresentar-se-iam como sistemas normativos da Modernidade que, em assim sendo, se assumiriam como complementares e cooriginários. Isto não faria do Direito um sistema *moralmente neutro*: segundo Habermas o Direito não pode ser vislumbrado como moralmente neutro porque, em seu discurso de justificação, ou seja, nos mais variados processos institucionalizados de produção normativa, o Direito é constantemente aberto a razões morais que podem se fazer determinantes e, assim, passarem a ser *irradiadas* pelo sistema do Direito aos mais variados campos, inclusive aos de sistemas autonomizados como o Estado e a Economia. (CHAMON JÚNIOR, 2010, p.21).

Assim, o Direito e a Moral se justificam no princípio do discurso - neutro e comum a ambos - que se especializaria no princípio da universalização, "U", em referência à Moral, e no princípio democrático, "D", no tocante ao Direito. Desta forma, o Direito não se subordinaria à Moral, sendo sistemas normativos diferenciados funcional e normativamente, porém complementares a partir do ponto de vista funcional. Complementando, assevera Chamon que

na Modernidade, a Moral apresenta-se como deficitária em questões cognitivas, motivacionais, de eficácia e operacionais: afinal de contas a Moral na Modernidade passa a se dispersar em princípios difusos e perdidos no saber cultural, para o que o respeito aos mesmos está na dependência da disposição motivacional dos sujeitos concretos, no que faz depender, inclusive, a eficácia de tais normas morais. E tudo isso porque a Moral moderna não dispõe de um aparato institucionalizado, operacional, capaz de garanti-la em caso de descumprimento de suas normas. (CHAMON JÚNIOR, 2010, p.21-22).

Diferentemente da Moral - sistema de saber -, o Direito se apresenta como sistema de saber e de ação. Características relacionadas à forma moderna do Direito, tais como positividade, imputação individualizada, coercibilidade e institucionalização superam os déficits funcionais do sistema moral. (CHAMON JÚNIOR, 2010). Essa relação de complementaridade deve ser considerada a partir de horizontes distintos do discurso, como defendido por Klaus Günther (2004). Inicialmente, deve-se ressaltar que a Tese de Günther não guarda necessariamente uma correspondência com as ideias de Habermas, sobretudo aquelas desenvolvidas por Lúcio Chamon em sua Teoria da Argumentação Jurídica, (CHAMON JÚNIOR, 2009) e no Estudo Prévio - Direito Civil, atualidades IV, (CHAMON JÚNIOR, 2010). Para Günther, "não é possível abdicar da razão prática" (GÜNTHER, 2004, p.19), o que o remete à ética kantiana. Por outro lado, e é justamente o que se quer aproveitar neste trabalho, o filósofo desenvolve o horizonte do discurso do Direito

em dois planos, o do discurso de justificação e o do discurso de aplicação, além de apresentar um *juízo de adequação*, na aplicação do Direito (GÜNTHER, 2004). Essas ideias serão assumidas e trabalhadas por Habermas em sua obra *Direito e Democracia - entre facticidade e validade* (HABERMAS, 2003b; 2003c). Günther (2004) defende que é possível fundamentar a validade de uma norma independentemente das situações de aplicação. Para Habermas essa possibilidade torna-se necessidade, pois somente assim se asseguraria a validade da norma. Portanto, no plano da justificação opera-se o fenômeno da validade da norma jurídica. Pelas palavras de Habermas, (2003b, p.144), "Nos discursos de fundamentação moral, o princípio do discurso assume a forma de um princípio de universalização." A *fundamentação moral* atrela-se, portanto, aos discursos de justificação jurídico-normativa referentes à validade das normas que se processam "com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através de condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente à luz do princípio democrático." (OLIVEIRA, 2004, p.62). O princípio democrático, "D", conforme dito, resulta da especialização do princípio do discurso e "estaria a fixar que tipo de procedimento de criação de normas jurídicas haverá de ser assumido como legítimo." (CHAMON JÚNIOR, 2010, p.23). Por outro lado, o princípio da universalização, "U", "fruto da especialização do princípio do discurso em face da Moral, já nos serviria como uma peça argumentativa chave nos discursos morais: afinal, *justa* é uma decisão capaz de ser assumida na igual consideração dos interesses do *universo* dos sujeitos por ela afetados." (CHAMON JÚNIOR, 2010, p.23).

Ainda segundo Günther (2010), o outro horizonte do discurso é a dimensão da aplicação. Nesse momento, o autor apresenta o que denominou princípio ou juízo da adequação ou adequabilidade. Na situação concreta se determina se uma norma é ou não adequada e isto se opera por um discurso de aplicação. Nesse discurso vai-se primar pela consideração de todas as características de uma situação específica e de todas as normas que a elas possam estar relacionadas. Portanto, o primeiro estágio de uma *argumentação de adequação* perfaz-se no ato de descrever de maneira completa a situação *in casu*. O segundo estágio compreende o esforço para resolver os problemas de colisão de normas que concorrem naquela dada situação. O juízo de adequação normativa será o fiel na escolha argumentativa da norma adequada, garantindo-se a integridade do Direito. Cumpre observar que o

procedimento não remete a um exame da validade das possíveis normas aplicáveis, pois isso já foi feito - pressupõe-se, no plano da justificação - e, se todas são aplicáveis, então se equiparam no aspecto da validade. O autor também se vale da noção de normas *prima facie* aplicáveis, reforçando que a norma adequada somente se apresenta como produto do juízo de adequação defronte um caso concreto.

A ética do discurso pode ser classificada como cognitivista, argumentativa, comunicativa e procedimental, segundo A. Saturnino Braga (2009). A linguagem como recurso linguístico representaria a ação comunicativa e a linguagem como recurso argumentativo representaria o discurso. Da conjugação desses dois recursos, resultaria a teoria discursiva. Sendo esse processo desenvolvido, no campo do Direito, de maneira factual e válida, tem-se então a aplicação, ou melhor, a concretização da *teoria discursiva do direito*. Pode-se perceber na teoria de Habermas a sua aplicabilidade consistente ao Estado Democrático de Direito. Assim afirma Oliveira (2004, p.173), citando Habermas, “não há Estado de Direito sem democracia”.

A igualdade formal e o individualismo preponderantes no Estado Liberal, provavelmente não permitiriam a aplicação da teoria discursiva. No Estado Social, no qual o cidadão era sujeito passivo da tutela estatal, tampouco se conceberia tal processo como necessário à validade do Direito – bastava a vontade do Estado. Já o Estado Democrático de Direito é o *locus* de realização dessa teoria. Como postulou Habermas em crítica à coerção *versus* liberdade.

Nessa medida, o direito moderno [atual] nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo. A liberdade comunicativa dos cidadãos pode, como vimos, assumir, na prática da autodeterminação organizada, uma forma mediada através de instituições e processos jurídicos, porém não pode ser substituída inteiramente por um direito coercitivo. (HABERMAS, 2003b, p.54).

As teorias éticas aqui abordadas refletem o espírito de seu tempo: a ética kantiana guarda estreito vínculo com o Estado Liberal, enquanto o utilitarismo vincula-se ao Estado Social de Direito. Por sua vez, a ética do discurso, com seus princípios de universalização e democrático e sua característica procedimental, sintoniza-se com o Estado Democrático de Direito.

Ao fazer também esse paralelo entre as três correntes éticas aqui abordadas e os três paradigmas de Estado, Lúcio Chamon afirma que a partir de uma

compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito, em face do Estado do Bem-Estar há o diferencial do reconhecimento da diferença. Aquele paradigma de Estado supre o modelo eticizante do Estado Social, pois não há mais a pretensão de se estabelecer para os outros aquilo que se julga bom para si, ou para a sociedade da qual se faz parte. Há agora, uma superação do modelo eticizante, substituído por uma visão democrática, procedimentalista, pois

(...) O Estado Democrático de Direito implica uma pretensão de aceitabilidade do Direito por todos, diferente do Estado de Bem-Estar Social em que a expansão do Estado, no sentido de buscar um tratamento jurídico de qualquer situação que visasse o "fim social", acabou criando "guetos jurídicos" (direito dos negros, da criança, das mulheres, dos idosos, [das "minorias" religiosas/étnicas/regionais, dos gays] etc) sem que houvesse uma efetiva participação dos afetados pelas normas criadas. (CHAMON JÚNIOR, 2004, p. 119, Nota 77).

Em obra posterior, esse autor chama a atenção para o fato de que a compreensão do Estado Democrático de Direito como referido ao projeto moderno de iguais liberdades subjetivas a todos recebeu e recebe ainda influências liberais, sociais e procedimentais. Portanto, há uma reconstrução paradigmática e, por isso, "Não é adequado reduzir a noção de Estado Democrático de Direito à compreensão procedimental, embora essa ofereça sua leitura mais adequada à própria realização da democracia e efetividade dos direitos fundamentais." (CHAMON JÚNIOR, 2006a, p. 171, Nota 7).

Uma vez que se assumiu sofrer o Direito influências da Moral, em seu plano de justificação, passa-se a analisar uma corrente filosófico-moral que também compõe as hipóteses desse trabalho no sentido de ter influenciado e ainda influenciar o fenômeno jurídico.

2.4 Humanismo

" O homem é a medida de todas as coisas, da existência das que existem e da não existência das que não existem."⁵. (PLATÃO, 2001).

Prometeu foi um transgressor; ao presentear o homem com o conhecimento das artes e do fogo⁶, encaminhou-lhe rumo à técnica que desaguardaria na razão

⁵ Protágoras, por Platão. Diálogos, Teeteto, 152a.

⁶ Prometeu intensifica sua transgressão quando se interpreta o fogo presenteado ao homem como a centelha, a luz da consciência, que era prerrogativa dos deuses.

instrumental, colocando em risco os planos do criador que destinou sua criatura à contemplação divina (MELO, 2005). Pelos versos de Ovídio⁷:

os outros animais, curvos, miram a terra,
ao homem, dando olhar sublime, o céu mirar
mandou e dirigi-lo, o porte ereto, aos astros.

Nessa mesma linha nos explica Isidoro de Sevilha (1951) quanto à etimologia grega da palavra homem. *Anthropos* significa, em uma visão teológica, aquele ser superior que, levantando-se sobre a terra, eleva os olhos ao céu contemplando seu artífice. Por sua vez, Platão (2001), em seus diálogos - no Crátilo - explica a etimologia da palavra homem por aquele que vê, examina, analisa e contempla.

Em versão latina, a etimologia da palavra homem o remete ao húmus de que foi moldado - "Formou, pois, o Senhor Deus ao homem do barro da terra". (BÍBLIA, 1961, Gn 2,7). Prossegue Isidoro de Sevilha (1951) afirmando que humano é aquele que tem afeto de amor e compaixão para com os semelhantes. Humanidade seria o afeto com que se amparam os homens uns aos outros. Logo, humanismo seria a manifestação de humanidade por parte dos seres que os qualificaria como humanos.

Interessante observar que, tanto na visão teológica como na filosófica, o "homem grego" nasceu fadado à metafísica. Já o "homem latino" esteve desde o nascedouro vinculado à humildade - *humo acclinis* -, voltado, inclinado para a terra, o que ajudaria na explicação do caráter prático dos latinos (romanos), ao situar o homem com os pés na terra.

O Humanismo será abordado doravante como uma filosofia moral, a partir de ideias que visam à afirmação da dignidade humana fundada na fé na razão e no espírito crítico do homem - criado e posto no mundo para se realizar em sua humanidade (condição humana) -, porém deslocando-se da crença religiosa em sentido a uma moral laica.

Ao ser inquirido sobre a possibilidade de se restituir um sentido à palavra humanismo, Heidegger (1967) produziu a Carta sobre o Humanismo que será o ponto de partida para subsidiar análises sobre questões filosóficas da Ética e da Técnica (eugenia liberal). A Carta de Heidegger foi produzida num contexto histórico extremamente complexo: o filósofo sobrevivente da Segunda Grande Guerra era

⁷ Metamorfoses, Livro I, versos 84-86 (CARVALHO, 2010).

mais um náufrago num mar de desesperanças, a sua pátria era a Alemanha, as suas simpatias haviam sido pelo lado derrotado na Guerra. Provavelmente essas circunstâncias foram propiciadoras de uma filosofia tão interiorizada, a preocupação extremada com o ente, na verdade, com o *ser aí (dasein)*, situado e sitiado. O filósofo menciona em sua carta duas questões: reconhecia-se que a palavra humanismo havia perdido o sentido? Havia o desejo de mantê-la, ainda que ressignificada? As respostas vêm na forma de uma nova questão: "Será mesmo que ainda não está bastante clara a desgraça que provocam todos os títulos dessa espécie?" (HEIDEGGER, 1967, p.28). O filósofo mostra-se contrário às demandas por um novo Humanismo ou por um Humanismo ressignificado e também critica as correntes de pensamento rotuladas - filosofias diversas ou ideologias. Para ele, a filosofia tinha-se transformado em uma técnica de explicação pelas causas últimas, em crítica às ideias de Platão e de Aristóteles que permearam as concepções humanistas da Roma Antiga, do Renascimento e até da contemporaneidade. Perguntas como *quem é o homem?* ou o *que é o homem?* o tomam por pessoa e objeto, em perspectiva científica, esquecendo-se de sua essência. Portanto em vez de pensar, "ocupa-se de filosofia". (HEIDEGGER, 1967, p.31).

De maneira a explicar e justificar suas posições, Heidegger critica o pensamento lógico, que produz falsas interpretações. Por exemplo, ao "falar contra o 'humanismo', teme-se que se defenda o inumano e se glorifique a brutalidade e a barbaridade. Pois o que é mais 'lógico' do que isto: quem nega o humanismo, não lhe resta senão afirmar a desumanidade?" (HEIDEGGER, 1967, p.75) e prossegue afirmando que uma oposição ao Humanismo não defende o inumano, mas abre outras perspectivas, e propõe que o Humanismo deveria consistir numa meditação que preservasse o homem em sua humanidade, para que não se tornasse estranho à sua essência. O filósofo perquire em que consiste a humanidade do homem e em resposta afirma que ela repousa em sua essência. O novo desdobramento que surge dessa última afirmação procura responder a partir de que e como se determina a essência do homem. (HEIDEGGER, 1967).

Volta-se aos primórdios do Humanismo, ao tempo da República Romana, quando há o encontro da *romanidade* com a cultura do helenismo - a *paideia* como

educação e instrução artísticas, traduzida pelos romanos em *humanitas*⁸. Para o filósofo, Roma é o *locus* do primeiro Humanismo. Na Renascença houve também uma retomada da *Antiguidade erudita*, um *reviver* da cultura grega helênica. (HEIDEGGER, 1967).

A partir de uma compreensão do Humanismo, em sentido geral, como "o esforço tendente a tornar o homem livre para a sua humanidade e a levá-lo a encontrar nessa liberdade sua dignidade" (HEIDEGGER, 1967, p. 36), o autor destaca três correntes humanistas que se distinguem pela compreensão de liberdade e de natureza do homem e pelas vias de sua realização. Trata-se do marxismo, do cristianismo e do existencialismo; todas essas correntes prescindem do apelo à Antiguidade e uma conclusão se anuncia: as correntes destacadas também não resolvem o problema da essência do homem, pois "Todo humanismo ou se funda numa metafísica ou se converte a si mesmo em fundamento de uma metafísica." (HEIDEGGER, 1967, p. 77). A essência do homem permanece não-desvelada, pois o Humanismo não questiona a *re-ferência* do Ser à Essência do homem, além de impedir tal questionamento, devido a sua *pro-veniência* metafísica.

A alternativa proposta por Heidegger perpassa as ideias clássicas de se compreender a essência do homem como um organismo animal que pensa, ou que possui o dom da palavra, ou criado à imagem de Deus, ou ser pensante e dono do planeta, pois essas são clarificações científicas parcialmente corretas, mas insatisfatórias. Na Carta, há uma remissão constante a outras obras do próprio autor, sobretudo a Ser e Tempo, que auxiliam na compreensão da essência do homem. A essência do homem deve ser compreendida na articulação: do *ser-aí* (*dasein*), que é o *ser-no mundo*, situado, num círculo de sentimentos, afetos e interesses; com o ser existente, *ser-fora-de-si*, *diante-de-si*, envolto em suas possibilidades, seus ideais e planos; e com a temporalidade, que faz com que o homem seja essencialmente ligado ao tempo. Heidegger apresenta dois aspectos para essa espécie de resgate do Ser do homem, esquecido pela metafísica, que muito se ocupou com o *ente*, quais sejam, a linguagem e a historicidade. Esta última remete à filosofia pré-socrática, pois para ele a concepção de um Humanismo precisa considerar aspectos históricos do homem, de uma história mais antiga que

⁸ Este termo é encontrado em Noites Áticas, Livro XIII, 17, de Aulo Gélío (2010), referindo-se a escritores romanos do I Século, que afirma ser a *humanitas* aquilo que os gregos chamam *paideia* - a instrução e formação para as boas artes.

aquelas já consideradas até então. A linguagem, por sua vez, será o instrumento para a compreensão histórica⁹, mas há também um tratamento ainda mais complexo e primordial conferido à linguagem na proposta do filósofo: a linguagem é "a *casa do Ser*, em cuja habitação mora o homem." (HEIDEGGER, 1967, p.24). O homem existe na morada do ser, pertencendo à Verdade do Ser, que ele guarda feito um pastor guardando seu rebanho. Daí poder-se dizer "Somos (na) linguagem." (AQUINO; GUERRA FILHO, 2013, p. 120)

Dessa forma, o conhecer para explicar, a partir das causas últimas, torna-se, a partir da perspectiva heideggeriana, um conhecer (des-velar) para compreender. Dessa compreensão é que nasce a possibilidade de um Humanismo, não do homem, mas do *Ser do homem*.

Apresentou-se uma visão do Humanismo a partir da crítica de Heidegger que vivenciou a transição do Estado Liberal de Direito ao Estado Social de Direito. Passa-se a apresentação de outra crítica do Humanismo a partir daquela de Heidegger, mas por um filósofo que vivenciou a transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito. Ambas as publicações foram alvo de muita polêmica, a seu tempo, mas o interesse aqui será a análise crítica do Humanismo como filosofia moral e em relação à tecnologia.

Em sua obra *Regras sobre o parque humano*, Peter Sloterdijk (2000) a partir de uma proposição de resposta à carta de Heidegger elabora uma análise do Humanismo, com forte ênfase à Técnica. A obra se inicia com uma referência poética em que afirma serem os livros "cartas dirigidas aos amigos, apenas mais longas." (SLOTERDIJK, 2000, p.7). Com isso, o autor perpassa toda uma caracterização literário-epistolar do Humanismo, adentra à crítica de Heidegger e chega à Técnica que, vinculada ao Humanismo, passa a ser *Antropotécnica*.

Ao dizer que os livros são como cartas a amigos, Sloterdijk evoca a amizade e a escrita, ainda que os amigos, os possíveis leitores dos livros, possam ser desconhecidos e distantes. O importante aqui é realçar o caráter de sociabilidade de e de compartilhamento de experiências e ideias que "originaram o processo de humanização do ser humano na Antiguidade." (MARQUES, 2000, p.5). Mas, para Sloterdijk, as cartas dos antigos, na verdade, punham-se a serviço de uma fantasia:

⁹ Nesse ponto da Carta, Heidegger menciona o Fragmento 119, de Heráclito, como exemplo de uma resignificação às ideias absorvidas pela metafísica, a partir da mediação da linguística. (Heidegger, 1967, p. 85 e seg.).

"o sonho da predestinada solidariedade dos que foram eleitos para saber ler." (SLOTERDIJK, 2000, p.10). Será nessa elite de *humanizados* que despontarão os projetos expansionistas e universalistas (de dominação). Por outro lado, o humanismo seja como palavra ou assunto surge de ilusões (momentos históricos como um pós-guerra ou as alterações da posição do homem no mundo, por exemplo), mas traz sempre intrinsecamente a ideia de vir contra alguma coisa, pois constitui na empreitada de resgatar o ser humano da barbárie. Na passagem seguinte o filósofo já apresenta o que pretende demonstrar: "O tema latente do humanismo é, portanto o desembrutecimento do ser humano, e sua tese latente é: as boas leituras conduzem à domesticação." (SLOTERDIJK, 2000, p.17). Prossegue afirmando que a forma inofensiva da etiqueta do Humanismo encobre uma realidade que esteve mais visível à época de Cícero, as disputas entre "tendências bestializadoras e tendências domesticadoras." (SLOTERDIJK, 2000, p.17). Àquela época, seguindo a fórmula *pão e circo*, de Juvenal, uma vasta produção literária e filosófica era concebida, para fins domesticadores, sob os ruídos, gemidos e aplausos, dos espetáculos dos gladiadores e de execução nos anfiteatros, para fascínio e bestialização das massas que precisavam ser dominadas. A abstenção da cultura de massas dos teatros da crueldade era a exigência imperiosa para se lograr à *humanitas*, pois a superação da bestialidade envolvia a definição do ser humano em seu viés biológico e sua *ambivalência moral*, uma vez que se traz uma *bestialidade potencial*. (SLOTERDIJK, 2000, p.19). Nesse ponto, uma compreensão do Humanismo se vislumbra: "a humanidade¹⁰ consiste em escolher, para o desenvolvimento da própria natureza, as mídias domesticadoras, e renunciar às desinibidoras." (SLOTERDIJK, 2000, p.19).

O próximo passo do filósofo consiste na abordagem da carta de Heidegger, uma crítica da crítica ao Humanismo. A proposta de Heidegger para um novo ou ressignificado Humanismo é considerada pouco convincente e insatisfatória para Sloterdijk. O homem sendo a clareira do Ser e para quem esse se lhe apresenta e lhe escolhe como pastor não se concilia ou re-concilia com a perspectiva biológica ou animal. Não há, para Heidegger, qualquer comunhão ontológica possível entre o ser humano e o animal, na opinião de Sloterdijk (2000, p.25). Isso, por aquele ter afirmado que a "metafísica pensa o homem a partir da *animalitas*. Ela não o pensa

¹⁰ Humanidade no sentido do ato de humanizar-se. Vê-se o grande desafio dessa questão - a dialética das mídias e a *banalização do mal*.

na direção de sua *humanitas*". (HEIDEGGER, 1967, p.40). Essa espécie de "afastamento do ser humano em face do *animal rationale*, dirigido a uma *ascese reflexiva*, conferiria à pacificação almejada pelo Humanismo um caráter muito mais radical que aquela alcançada pelas meras leituras domesticadoras." (MARQUES, 2002, p.7). Com isso, Sloterdijk não se põe de acordo e insiste em não se afastar da origem animal do homem e de sua "revolução antropogenética - a ruptura do nascimento biológico, dando lugar ao ato de vir-ao-mundo." (SLOTERDIJK, 2000, p.33-34). O autor prossegue afirmando:

Pois o fato de que o homem pôde tornar-se o ser que está no mundo tem raízes na história da espécie, raízes que se deixam entrever pelos conceitos profundos da precocidade do nascimento, da neotenia e da imaturidade animalesca crônica do ser humano. O ser humano poderia até mesmo ser definido como a criatura que fracassou em ser animal (*Tiersein*) e em seu permanecer-animal (*Tierbleiben*). (SLOTERDIJK, 2000, p.34).

Por outro lado, Sloterdijk afirma que o ato de *vir-ao-mundo* promove simultaneamente um movimento de entrada na *casa do ser* heideggeriana. O gênero humano por meio da linguagem tornou-se capaz de vivenciar o êxtase de *estar-no-mundo*, que pode ser experimentado ao mesmo tempo como *estar-consigo-mesmo*. Assim, a *clareira do ser* vislumbra-se como um acontecimento "nas fronteiras entre as histórias da natureza e da cultura, e o chegar-ao-mundo humano assume desde cedo os traços de um chegar-à-linguagem." (SLOTERDIJK, 2000, p.35). Porém, "A clareira é ao mesmo tempo um campo de batalha e um lugar de decisão e seleção." (SLOTERDIJK, 2000, p.37). Nesse ponto, a partir de um trecho de uma passagem de Assim falou Zaratustra¹¹, o filósofo acrescenta aos métodos humanistas domesticadores, educação e adestramento, a criação e passa a um exame do que denomina *antropotécnicas* - uma espécie de Técnica aplicada à produção de seres humanos. "A tese do ser humano como criador de seres humanos faz explodir o horizonte humanista." (SLOTERDIJK, 2000, p.39). Se as tentativas de domesticação revelaram um projeto humanista fracassado, o poder de criação de seres humanos revela-se em um horizonte sombrio, razão pela qual serão necessárias novas *regras para o parque humano*. Esse tema será retomado ao tratar-se de eugenia, passando-se a seguir à abordagem da laicidade e da secularização em face do Humanismo.

¹¹ Da virtude amesquinhadora, Assim falou Zaratustra, Friedrich Nietzsche (2010).

2.5 Laicidade e secularização

Deus é a medida de todas as coisas¹².
(PLATÃO, 1831).

Inicialmente cumpre abordar os termos laicidade e secularização desde as origens, etimologia e significado. Por secularização compreende-se um processo de afastamento entre a igreja e a sociedade ocidental. Enquanto os assuntos da religião são permanentes, sagrados e eternos, uma nova ordem surgiu considerando a finitude da vida, a contingência e a circunstancialidade. Secularização é portanto uma visão de mundo por uma ótica independente do domínio, da influência e do controle da religião - a vida social não é mais regida pelo sagrado. A ideia do sagrado pressupõe eternidade e a secularização atrela-se a um tempo finito. Para Isidoro de Sevilha (1951), século está relacionado a *sequuntur*, aquilo que vem depois, sucedendo e substituindo em gerações. Assim, por analogia, secularização poderia ser um movimento histórico, uma visão de mundo seguinte à visão religiosa, sem, necessariamente, dela se derivar, em relação aos valores, princípios e referências.

Vive-se em uma sociedade que parece dessacralizada, a religião já não é mais o elemento estruturador da ordem social. A arte e a cultura contemporâneas não se atêm a conteúdos de referência ao sagrado, exclusivamente. Os valores e as normas que orientam o comportamento moderno distanciam-se de referências ao religioso. Os vários domínios da vida social são regidos por regras peculiares, sem vínculos diretos com princípios de essência religiosa. A religião na Modernidade privatiza-se, deslocando-se da esfera pública para a esfera privada das consciências individuais. Tal processo de diluição e de deterioração da influência dos valores, símbolos, práticas e instituições religiosas é conhecido como secularização. (RANQUETAT JÚNIOR, 2008; 2012).

O Humanismo, sobretudo a versão renascentista, favoreceu a secularização ao estabelecer novas bases para as ciências, as artes e a cultura em geral. O Iluminismo com sua racionalidade e confiança na Ciência e na Técnica assegurou a afirmação da sociedade secular. Na palavras de Carlos Ranquetat Júnior (2008, p.61), "As bases filosóficas da modernidade ocidental revelam uma concepção de

¹² Platão, por ele mesmo. Diálogos, Leis, IV, 716c.

mundo e de homem dessacralizadora, profana, que contrasta com o universo permeado de forças mágicas, divinas, das sociedades tradicionais e primitivas." A dimensão filosófica da secularização é marcada pela absolutização *do tempo histórico*, uma divinização do *saeculum*, "pela imanentização radical no tempo de todos os significados que exprimem o homem e suas obras." (VAZ, 1988, p.30). Será que a secularização tornou o homem mais temerário? A resposta virá quando se abordar o medo do homem.

A secularização não é um *desencantamento do mundo*, nos moldes de Max Weber, mas um encanto novo, influenciado por uma racionalidade filosófica e pelos progressos nas técnicas e nas ciências e uma rejeição à "magia sacramental como via de salvação" (RANQUETAT JÚNIOR, 2008, p.63).

Tratando-se de uma Tese, esse trabalho sempre que possível apresentará ideias antitéticas. Por isso é interessante observar que já se advoga por um processo de dessecularização global ou que até mesmo se nega a secularização como acontecimento de grande importância na sociedade humana. Com a liberdade religiosa e a separação entre a Igreja e o Estado, a abertura a novas visões de mundo propiciou o surgimento de novas seitas, novos movimentos religiosos; além disso, o recrudescimento de radicalismos e fundamentalismos religiosos se fazem presentes na atualidade. (MARIANO, 2003; RANQUETAT JÚNIOR, 2008).

No âmbito da Política um fenômeno semelhante ocorreu e foi nomeado de laicização. Segundo Isidoro de Sevilha (1951), a palavra **laico** significa popular e procede do grego *laós*, que significa povo. Laico seria então o governo do Estado por autoridade oriunda do povo, no sentido de não-religiosa ou de não pertencer à classe eclesiástica. O termo leigo tem o mesmo sentido de laico, porém é mais frequente na linguagem coloquial e com conotação distinta, no sentido de nenhuma ou pouca experiência em determinado assunto. Por sua vez, a laicização refere-se à formação de um Estado desvinculado de qualquer grupo religioso e de um espaço público neutro em matéria religiosa. Assim como a secularização, a laicização é um processo dinâmico, que não pode ser tomado então como algo dado e que ocorra de modo linear e irreversível. Como consequência da laicização, a laicidade é em sua origem um fenômeno político, que deriva do Estado e não da religião. (ORO, 2011; RANQUETAT JÚNIOR, 2008). Considera-se a França o berço da laicidade; em meio a marchas e contramarchas, desde o final do Século XVI, marcado por guerras religiosas e civis, culminou-se a formalização da laicidade, que ocorreu um século

após a Revolução Francesa, com a implementação da educação estatal secular. (PENA, 2009). Em um paralelismo com os ideias da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, Cécile Laborde reconhece três dimensões na laicidade: autonomia, neutralidade, e solidariedade. Também reforça a crença francesa no ideal iluminista de emancipação da pessoa promovido por meio da educação. (LABORDE, 2009; 2014).

Na França, a partir do Iluminismo, houve certa paridade entre a marcha da laicização e a da secularização. Contudo, nem sempre os processos de laicização e de secularização ocorrem simultaneamente. No Brasil¹³, por exemplo, a Constituição de 1824 já assegurava a separação Estado-Igreja, porém em meio a uma sociedade extremamente vinculada à Igreja. A laicidade não se confunde com a liberdade religiosa, o pluralismo e a tolerância. Pode haver liberdade religiosa, pluralismo e tolerância sem que haja laicidade, como é o caso da Grã-Bretanha e dos países escandinavos. (RANQUETAT JÚNIOR, 2008).

Para Bobbio, o espírito laico não representa uma nova cultura, mas uma condição essencial para a convivência de todas as possíveis culturas e a laicidade expressa mais um método que um conteúdo; e dá um exemplo: ao afirmarmos que certo intelectual é laico não pretendemos atribuir-lhe algum possível sistema de ideias, mas queremos dizer que ele não impõe ou imporá a ninguém seu sistema de ideias, que, por sua vez, não é fundado em uma religião. (BOBBIO, 1999).

Um problema bastante peculiar da Modernidade diz respeito ao laicismo. Em uma visão contemporânea, o laicismo pode ser conceituado como um movimento, às vezes exacerbado, que visa ao enfrentamento da aproximação e/ou participação da(s) igreja(s) na vida política e social. Com sua maneira de se mobilizar e se organizar, está-se tornando também uma crença, ou ideologia, rumo ao fanatismo, contra as demais crenças. Quando uma cultura laica se converte em laicismo, perde sua inspiração fundamental e caminha por encerrar-se radicalmente em um sistema de ideias e de princípios definitivos. (BOBBIO, 1999).

Habermas (2005), em entrevista publicada no jornal Folha de São Paulo, afirmou que o liberalismo político defendido por ele precisa ser compreendido como uma "justificação não religiosa e pós-metafísica dos fundamentos normativos do Estado Constitucional Democrático". Por outro lado, em argumento coerente com a

¹³ ¹³ Recomenda-se uma visita ao *Site* OLÉ - Observatório da laicidade do Estado -, disponível em: <<http://www.nepp-dh.ufrj.br/ole>>.

teoria do discurso, sobretudo quanto se pensa no plano de justificação normativa, na obra *Dialética da secularização*, Habermas afirma que

A neutralidade ideológica do poder do Estado que garante as mesmas liberdades éticas a todos os cidadãos é incompatível com a generalização política de uma visão do mundo secularizada. Em seu papel de cidadãos do Estado, os cidadãos secularizados não podem nem contestar em princípio o potencial de verdade das visões religiosas do mundo, nem negar aos cidadãos religiosos o direito de contribuir para os debates públicos servindo-se de uma linguagem religiosa. (HABERMAS; RATZINGER, 2007, p. 57),

Com uma linha de pensamento sintonizada à de Habermas, colocou-se o Cardeal Ratzinger, futuro Papa Bento XVI, porém reforçando que, se existem *patologias da religião*, também existem *patologias da razão* e, por isso, razão e fé ou razão e religião "são chamadas a se purificarem e curarem mutuamente, e é necessário que reconheçam o fato de que uma precisa da outra." (HABERMAS; RATZINGER, p.89). Assim afirmava Clemente de Alexandria: "É necessário que a Fé se torne sábia, e que a Ciência permaneça fiel." (VIDIGAL, 1984, p.81).

Stefano Rodotà (2009), em sua obra *Perché Laico*, afirma que a laicidade é fator essencial do discurso democrático. Para ele, se é verdade que o discurso público não deve negligenciar a contribuição profunda que a religião pode dar, é igualmente verdade que na esfera pública as regras da democracia têm que respeitar em primeiro lugar as minorias e as regras do jogo são diálogo e confronto. Mas, a política não deve admitir *valores inegociáveis*, sobre os quais somente a Igreja (católica) poderia se pronunciar; isto provocaria o surgimento de uma *Constituição paralela* e como consequência o totalitarismo, pois haveria a supressão da liberdade e a negação da igualdade e da dignidade humana. Seria um retorno ao direito natural, de que o Vaticano se faz o único intérprete e certas questões *eticamente sensíveis* ficariam seriamente comprometidas. Alguns exemplos de questões sensíveis seriam a objeção de consciência, a procriação assistida, o testamento vital, o direito à homossexualidade e às uniões não fundadas no casamento. O autor prossegue afirmando ser a laicidade fator genético da democracia que se difunde sobre os ambientes político e jurídico. Relembra as palavras de Paolo Pasolini, "os direitos civis são em essência os direitos dos outros" (RODOTÁ, 2009, p.82) e afirma, em sintonia com Habermas, que um *consenso legislativo* deve ser a fase final, o objetivo, de um debate público e intercultural sobre

aqueles temas *eticamente sensíveis*. Em sua consideração teórica do porque ou da necessidade de ser laico, Rodotà assegura que o pensamento laico forja os instrumentos para que a humanidade não se renda a um desvio tecnológico, pois garante o humano por meios dos princípios da igualdade e dignidade e de autonomia da pessoa. (RODOTÁ, 2009).

Uma característica da Modernidade, produto das liberdades religiosa, de pensamento e de consciência, reflete na possibilidade de tantas interpretações morais quantos são os intérpretes, de tantas compreensões ideológicas quanto são os interessados em difundi-las. Assim afirmou Heidegger (1967, p.28): "Sem dúvida, há muito que se desconfiar dos 'ismos'. Mas o mercado da opinião pública exige sempre novos."

2.6 Uma profusão de éticas

Americanismo
 Budismo
 Comunismo
 Todo mundo tem um *ismo*
 Até parece coceira.
 (anônimo)

Como diria o Bruxo do Cosme Velho¹⁴: *a confusão é geral*. E nessa barafunda de ideias nem sempre se chega, ou melhor, nem sempre se busca o consenso, pois "Na porfia da concorrência, tais ocupações [o ato de filosofar] se apresentam publicamente como ismos e procuram sobrepujar uma à outra." (HEIDEGGER, 1967, p.31). O cardápio é tão vasto que conduz a um *diálogo de surdos* ou, pior ainda, a uma "diluição moral" (FEARN, 2007, p.187). Todos falam, mas já não se entendem sobre o quê discutem, desaguando no *desacordo moral*, de MacIntyre (2001), deixando o ser humano entre tantas veredas e bifurcações que ele acaba em se perder.

Porém, na opinião de Corrado Fratini (1980), muitos moralistas se espantariam ao descobrir, após uma análise imparcial de seus próprios sistemas e dos sistemas alheios, que não havia motivos para tanta *anatematização recíproca*, pois todos estariam dizendo a mesma coisa, com a provável exceção da

¹⁴ Machado de Assis, geralmente terminava suas crônicas com a expressão mencionada, em crítica à incoerência, à ambivalência, da sociedade da sua época. (Nota do autor).

aplicabilidade das conclusões, pois essas surgem conforme as circunstâncias. Prossegue o autor afirmando que

O erro dos sistemas morais, e das religiões organizadas (estas se identificam, quase, por auto-eleição, com a Moral) é de se identificarem cada um deles com o "*único verdadeiro*": são assustadoramente exclusivistas, quando lhes deveria bastar de ser simplesmente verdadeiros sem a pretensão de serem completos e únicos. (FRATINI, 1980, p.218).

Segundo Adela Cortina (2010, p.19), "por ímpeto de uma originalidade desordenada, estamos ficando sem moral", tantas são as éticas que se apresentam. Alguns buscam conferir uma base científica à moral, outros, por seu turno, dão a ela razão estrutural e transcendental, porém a reduzindo a direito e política - um retrocesso sofrido pelas éticas kantianas, com o negligenciamento da justiça. Sobre a necessidade de uma ética, prossegue a filósofa afirmando que

Enquanto umas formas de vida continuarem a nos parecer mais *humanas* que outras, continuará havendo uma dimensão do *homem*, de sua *consciência* e de sua *linguagem*, que merecerá, por sua especificidade, o nome de "moral". E ela será necessária para legitimar o direito e a política, que não são autossuficientes no que diz respeito à legitimidade. (CORTINA, 2010, p.21).

A reflexão filosófica nos demonstra um pluralismo ético, sobretudo nas democracias liberais, segundo Adela Cortina (2009), que resulta da articulação entre um ética mínima, cívica, e as éticas de máximos, plurais na sociedade pluralista. Tal articulação refere-se a mínimos de justiça e a máximos de felicidade, máximos de vida boa. Em uma sociedade pluralista, distintas éticas de máximos fazem distintas promessas de felicidade ou de vida boa; porém, todas buscam compartilhar um mínimo de justiça, traduzido em princípios e valores. A dimensão cívica ou mínima da ética assegura o fato do pluralismo, nas democracias liberais, permitindo por meio da distinção entre o bom e o justo a acomodação de tantas variações éticas que, por seu turno, são produto ou consequência da liberdade nos estados laicos e secularizados. Porém, em meio à profusão de éticas, que se tem hoje,

uma ética que confia à arte os modelos de autorrealização; à *religião*, à *arte* e às *ciências* as ofertas de felicidade; ao *direito* e à *política* a *legitimação* de normas e a formação da vontade; às diferentes *comunidades* e aos *grupos* a configuração de *virtudes*, *dissolveu um fenômeno chamado moral*. (CORTINA, 2010, p.215).

Isto, porque as éticas de máximos compreendem autorrealização como a plena satisfação de um indivíduo concreto. Para a proposta da autora - uma ética mínima -, a autorrealização está vinculada à humanidade pessoal e deve ser compreendida como "apenas a satisfação das aspirações que uma antroponímia considera como *conditio sine qua non* da humanidade de um indivíduo." (CORTINA, 2010, p.214). E mantém sua proposta de uma ética mínima que se aproxima das ideias comunitaristas, utilitaristas, eudemonistas, de benevolência e de compaixão - quanto à importância da virtude (necessária à autorrealização), estritamente - e da ética discursiva, amplamente - quanto à autonomia pessoal e à solidariedade (reconhecimento recíproco). (CORTINA, 2009; 2010). Ainda sobre uma ética mínima, pronuncia-se a autora:

não são os hábitos comunitários nem a benevolência ou a felicidade alicerces sólidos sobre o qual construir o edifício moral, e sim esse mínimo de ética que protege a autonomia solidária do homem e que é, portanto, a base firme para o direito justo, para a política legítima e para uma religião que se submete com gosto à crítica da razão. (CORTINA, 2009, p.20).

Dentre vários autores pesquisados, é unânime a ideia de que uma ética será sempre necessária. Mas qual? Em que sentido se direcionaria? Pelas propostas apresentadas, percebe-se uma nítida opção por uma ética discursiva, a despeito de se apresentarem com derivações para o secular ou para o religioso, com conteúdo mínimo ou somente método de se conduzir. Bobbio (1999) fala de uma ética laica, com forte viés metodológico, mas prescreve a necessidade de se ter consciência dos limites do racionalismo ético e destaca que o grande desafio sempre será a observância dos preceitos estabelecidos. (BOBBIO, 2002, p.159 e seg.). Um dos criadores da Fundação Weltethos, Hans Küng (2005), com forte viés teológico, propõe um *ethos mundial*¹⁵, cujas premissas seriam baseadas em regras básicas, por exemplo, praticar o respeito diante de toda vida, dizer a verdade, empenhar-se por uma ordem econômica justa, defender o respeito pela mulher. E afirma: "São normas que unem todas as religiões e que podem ter **também** a adesão dos não-crentes" (KÜNG, 2005, p.31, grifo nosso) e assegurariam uma moral básica comum. Por outro lado, Peter Sloterdijk (2000) pugna por uma reflexão ética que defina

¹⁵ Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto (1999, p.112), alerta que a *crença na bondade da universalidade da norma* pode permitir injustiças, mas um *princípio pode ter um suposto de validade universal* "que é precisamente uma reserva de aplicação segundo as especificidades das distintas situações." Uma vez considerada a reserva de aplicação, a proposta de uma ética mínima não restaria comprometida.

novas regras para o parque humano, seja contra ou a favor dos avanços da Técnica. Outra proposta vem de Umberto Eco (2000, p.82), "respeitar o direito da corporalidade do outro", como base de uma *ética universal*, cuja dimensão seria semanticamente compreensível e prossegue:

Somos animais de postura ereta, por isso é cansativo permanecer muito tempo de cabeça para baixo e, portanto, temos uma noção comum de alto e baixo, tendendo privilegiar o primeiro sobre o segundo. Igualmente temos noções de direita e esquerda, do estar parado e do caminhar, do estar em pé ou deitado, do arrastar-se e do saltar, da vigília e do sono. Como todos temos membros, sabemos o que significa bater em uma matéria resistente, penetrar em uma substância mole ou líquida, esmagar, tamborilar, amassar, chutar, talvez até dançar. A lista poderia continuar indefinidamente compreender o ver, o ouvir, comer ou beber, ingurgitar ou expelir. E certamente todo homem tem noção do que significa perceber, recordar, sentir desejo, medo, tristeza ou alívio, prazer ou dor, e emitir sons que exprimam estes sentimentos. Portanto (e já entramos na esfera do direito). temos concepções universais acerca do constrangimento: não desejamos que alguém nos impeça de falar, ver, ouvir, dormir, engolir ou expelir, ir aonde quisermos; sofremos se alguém nos amarra ou mantém segregados, nos bate, fere ou mata, nos sujeita a torturas físicas ou psíquicas que diminuam ou anulem nossa capacidade de pensar. (ECO; MARTINI, 2000, p.81-82).

A proposta de Umberto Eco foi criticada sob a alegação de ser uma ética do senso comum, tornando-se problemática por se tratar de "uma interpretação do conjunto de acontecimentos que são chamados de linguagem e comportamentos humanos" (ECO; MARTINI, 2000, p.102), aproximando-se de uma *tese naturalista*. Por outro lado, esse desvio do intelectualismo, torna a proposta atraente, nos moldes em que foi apresentada. Ao se avizinhar do senso comum, tornaria coautores os seus destinatários, razão essencial para assegurar-lhe o sucesso da legitimidade. Quanto à observância, poderia ser assegurada se houvesse a *compreensão corporificada*, nos moldes preconizados por Charles Taylor (2000, p.181-196).

2.6.1 Necessidade e sobrevivência

A religião, a sociedade, a natureza: tais são as três lutas do homem. Estas três lutas são ao mesmo tempo as suas três necessidades; precisa crer, daí o tempo; precisa criar, daí a cidade; precisa viver, daí a charrua e o navio. Mas há três guerras nestas três soluções. Sai de todas a misteriosa dificuldade da vida. O homem tem de lutar com o obstáculo sob a forma superstição, sob a forma preconceito e sob a forma elemento. Tríplíce *ananke* pesa sobre nós, o *ananke* dos dogmas, o *anake* das leis, o *ananke* das coisas. (...) A estas três fatalidades que envolvem o homem, junta-se a fatalidade interior, o *ananke* supremo, o coração humano. Victor Hugo (1994, p.11)¹⁶.

Seguindo a linha de se apresentar teses e antíteses, menciona-se o Cardeal Martini (ECO; MARTINI, 2000) questionando se não seria uma maneira *impaciente* de pensar a moral relacionar a experiência moral fundamentalmente com a vida corpórea e o instinto. Manifesta-se contra essa ideia, pois, para ele, a compreensão da experiência moral humana deve-se vincular à realização da pessoa e as abordagens precisariam ser demoradas e conduzidas de modo atento e paciente. Talvez essa proposição até faça algum sentido, mas o Cardeal não deveria perder de vista a máxima do *Aquinate*, que poderia ser sintetizada assim: "É necessário um mínimo de conforto para se praticar a virtude." (TOMÁS DE AQUINO, 1946). Então, adentrando à questão que permeará este tópico, discute-se a necessidade humana, iniciando-se pela ressalva de que a abordagem não pretende buscar fundamento para a experiência moral no corpóreo e no instinto de sobrevivência do ser humano, porém não se vai descuidar dessa linha de pensamento. Até porque mesmo Kant com seu elevado pensamento assim prescreveu, ao tratar de cidadania. Os pilares kantianos da sociedade civil seriam a igualdade, a liberdade e a autossuficiência, tomada no sentido propriamente material. (GUSTIN, 1999; SALGADO, 1986).

Os interesses e as necessidades humanas sempre foram objeto de reflexões, sobretudo, na sociologia, antropologia, e na psicologia, além da filosofia. Na grande maioria das vezes, a Ciência do Direito parte da ideia de um ser humano já situado naquele referido patamar tomista em que já estaria pronto e aberto à virtude. Em uma obra sobre o tema - Das necessidades humanas aos direitos - Miracy Gustin (1999) elabora um ensaio de sociologia e filosofia do Direito que busca respostas ou explicações para as necessidades humanas e parte do ponto

¹⁶ *Ananké* é termo grego para necessidade, fatalidade. Os *trabalhadores do mar*, tradução de Machado de Assis.

aonde se quer e se precisa, neste tópico, primeiramente chegar - a autonomia como necessidade.

A proposta será uma apresentação de duas teorias relacionadas ao comportamento humano e correlacioná-las. A primeira poderia ser caracterizada pelo viés instintivo-corpóreo, a segunda é essencialmente moral. Estudando os interesses e as motivações dos indivíduos, Abraham Maslow definiu as necessidades "como a privação de certas satisfações" (MASLOW, 19-- , p.47) e elaborou a Teoria da Motivação Humana (MASLOW, 1943), em que motivos biológicos e socioculturais concorriam igualmente. A Teoria da Motivação Humana estabelece patamares de satisfação de necessidades hierarquizadas¹⁷ do indivíduo - representado por um todo organicamente integrado -, formando uma pirâmide. Na base, situam-se as necessidades fisiológicas, relacionadas aos impulsos elementares de sobrevivência, tais como, alimentação, bebida, repouso, sexo - os apetites corpóreos - e também relacionadas à homeostase; em sequência, as necessidades de segurança, caracterizadas pela convicção da ausência de perigo ou de ameaças. Observa-se aqui um fato interessante; os bebês e as crianças praticamente não dissimulam as insatisfações das necessidades de segurança, enquanto os adultos, em sua formação, foram incentivados a inibi-las ou dissimulá-las. Subindo na pirâmide, um terceiro patamar trata das necessidades sociais ou de pertença e amor, ligadas às relações sociais, à participação e associação, à afeição e amizade. Na quarta classificação estão as necessidades de estima, traduzidas pela autoestima ou autorrespeito, autoconfiança, independência e autonomia, além de necessidades ligadas a *status*, reconhecimento e reputação. Por último, as necessidades de autorrealização, compreendidas como a maximização das potencialidades laborais, artísticas, intelectuais e humanísticas do indivíduo. O desejo de saber e compreender também poderia fazer parte dessa classificação, além das necessidades estéticas, trabalhadas pelo autor posteriormente. Observa-se pela classificação de Maslow uma ideia de tendência de ir-se do indivíduo-sujeito ao sujeito-coletivo. Seria mais simples resolver individualmente questões ligadas às necessidades fisiológicas do que aquelas dos níveis superiores. (MASLOW, 1943; SAMPAIO, 2009). A despeito de se situarem na base de pirâmide (didática), as

¹⁷ Hierarquia de preponderância relativa, isto é, quando uma necessidade é satisfeita, outras necessidades (superiores) emergem ao mesmo tempo e dominam o organismo até serem satisfeitas. Então, novas necessidades (e ainda mais superiores) emergem. (SAMPAlO, 2009).

necessidades fisiológicas são tanto necessidades básicas como o são as necessidades de autorrealização e estéticas. O autor também observou necessidades estéticas, tais como impulsos à beleza, à ordem e à simetria, em crianças e indícios delas em adultos de todas as idades e em diferentes culturas. (SAMPAIO, 2009). Na apresentação da sua Teoria, Maslow (1943) afirmou que "o homem é um animal eternamente insatisfeito". A visão naturalizante da sua teoria foi bastante mitigada, posteriormente, quando conceituou o homem como *um animal desejan*te e desenvolveu suas ideias sobre as metanecessidades. Quando aquelas necessidades básicas estivessem gratificadas, surgiria um horizonte de novas preocupações para o indivíduo: os valores S, que poderiam ser exemplificados como verdade, beleza, justiça, perfeição, integração, ordem e "as pessoas prezam e aproximam-se dos valores S em sociedades nas quais há sinergia." (SAMPAIO, 2009, p.11).

A outra teoria a ser apresenta é a Teoria do Desenvolvimento Moral de Kohlberg. Por meio de dinâmicas apropriadas, criando dilemas e outras situações hipotéticas, de jogos e entrevistas, Kohlberg elaborou sua teoria, tendo por base a sociedade norte-americana. O pesquisador apresentou seis estágios de desenvolvimento moral, incluídos em três níveis: nível pré-convencional (estágios 1 e 2); nível convencional (estágios 3 e 4); e nível pós-convencional (estágios 5 e 6). No nível pré-convencional pode-se situar a maioria das crianças até 9 anos, alguns adolescentes e criminosos adolescentes e adultos. No nível convencional encontra-se a maioria dos adolescentes e adultos. No nível pós-convencional encontra-se uma minoria de adultos e geralmente com idade acima dos 20-25 anos. (BIAGGIO, 2002). Interessante observar que

o termo convencional não significa que indivíduos nesse nível não são capazes de distinguir entre a moralidade e a convenção social, mas que a moralidade consiste de sistemas de regras morais, papéis e normas socialmente compartilhados. No nível pré-convencional, os indivíduos ainda não chegaram a entender e respeitar normas morais e expectativas compartilhadas. As pessoas no nível pós-convencional geralmente entendem e aceitam as regras da sociedade, mas essa aceitação baseia-se na formulação e aceitação dos princípios morais gerais que sustentam essas regras. (BIAGGIO, 2002, p.23-23).

Quando há conflitos entre os princípios morais gerais e as regras da sociedade, o julgamento dos indivíduos pós-convencionais poderá transgredir a

convenção e ocorrer segundo seus próprios princípios de consciência. (BIAGGIO, 2002).

As características de cada estágio da teoria de Kohlberg serão descritas com base em Habermas (2003a) e Biaggio (2002). O primeiro estágio é orientado para o castigo e a obediência. A moralidade de um ato se reflete nas consequências físicas para o agente - pode ou não ter castigo, ou até recompensa. O senso comum já veria aqui o argumento de autoridade. O segundo estágio, do *hedonismo instrumental relativista*, caracteriza a ação correta como aquela que dá prazer ou satisfaz as necessidades da pessoa. Aqui, é a vez do talião, *olho por olho, dente por dente*. Pelas palavras de Ângela Biaggio (2002, p.25), "É um estágio nitidamente egoísta, em que a moral é relativa, e o ato moral é visto como instrumento para satisfação do prazer pessoal." O terceiro estágio é o da aprovação social, dos relacionamentos interpessoais e da conformidade. Aqui prevalece a *Regra de Ouro*. O comportamento moralmente adequado é "desempenhar o papel de uma pessoa boa (amável), é preocupar-se com as outras pessoas e seus sentimentos, manter-se leal e conservar a confiança dos parceiros e estar motivado a seguir regras e expectativas." (HABERMAS, 2003a, p152). O quarto estágio é orientado para a lei e a ordem. Os deveres com os quais se concordou devem ser cumpridos. Sobressai a crença de que fazer o correto, isto é, fazer o que o sistema espera que se faça, independentemente de escolha pessoal moral, além de preservar o bem-estar no grupo social e de manter a ordem nele, está-se, pelo exemplo, conclamando os outros a agirem da mesma forma. O quinto estágio é caracterizado pela orientação ao contrato social. Este é o estágio da consciência de que se as leis ou os costumes morais forem justos, devem ser observados. Porém, leis e costumes injustos devem ser mudados, pela via legal e pelos contratos democráticos. Há nesse estágio uma compreensão do pluralismo e da diversidade de leis, valores e princípios e de que cumprir compromissos é respeitar os direitos dos outros. O sexto é o estágio dos *princípios éticos universais*. O pensamento pós-convencional atinge o nível máximo nesse estágio e "presume a orientação por princípios éticos universais, que toda a humanidade deve seguir." (HABERMAS, 2003a, p.154).

Para Kohlberg, a passagem de um estágio a outro seria como um aprendizado e se trata de um aperfeiçoamento na resolução moral de problemas. No mesmo sentido, afirma Habermas que

O desenvolvimento moral significa que a pessoa em crescimento transforma e diferencia de tal maneira as estruturas cognitivas já disponíveis em cada caso que ela consegue resolver melhor do que anteriormente a mesma espécie de problemas, a saber, a solução consensual de conflitos de ação moralmente relevantes. Ao fazer isso, a pessoa em crescimento compreende o seu próprio desenvolvimento moral como um processo de aprendizagem. Pois, em cada estágio superior, ela deve poder explicar até que ponto estavam errados os juízos morais que considerava corretos no estágio precedente. (HABERMAS, 2003a, p.154-155).

O objetivo do tópico foi tentar compreender o que motiva as pessoas (Maslow) e o que as motiva para agir moralmente (Kohlberg) e como seria esse agir; além de questionar se as circunstâncias que propiciam o desenvolvimento moral estariam ligadas ao desejo de autorrealização, a partir da satisfação de necessidades básicas. É interessante observar que tanto o desenvolvimento moral quanto o desejo de autorrealização podem ser limitados, ou até inexistentes, segundo condições políticas, sociais e econômicas de determinada sociedade. Porém, outra questão se afigura: como deveria ser tratada uma questão eticamente sensível (aborto, eutanásia, objeção de consciência, por exemplo) frente às teorias apresentadas e dado que as sociedades se encontram em situações distintas, sociais, políticas e econômicas? Essa já poderia ser uma indicação do desacordo moral e da dificuldade de se encaminharem as questões moralmente controversas. Visando uma saída, retoma-se a autonomia considerada como necessidade primordial. Na opinião de Miracy Gustin,

a condição de autonomia é transcultural e independente da inserção em categorias sociais localizadas e parciais, o que remete à liberdade, na qualidade de direito humano fundamental, universal, independentemente de níveis motivacionais ou de estágios de desenvolvimento moral em que se encontre o ser humano. Ainda em termos preliminares, considera-se o ser autônomo como aquele que é capaz de fazer escolhas próprias, de formar objetivos pessoais respaldados em convicções e de definir as estratégias mais adequadas para atingi-los. Em termos mais restritos, o limite de autonomia equivaleria à capacidade de ação e de intervenção da pessoa ou do grupo sobre as condições de sua forma de vida. Esse limite definiria a capacidade indispensável e mínima para a atribuição de responsabilidade às pessoas. (GUSTIN, 1999, p.31).

Prossegue a autora, afirmando que o grau de compreensão que uma pessoa tem de si mesma, de sua cultura e de suas relações intersubjetivas é uma variável que interfere em seu limite de autonomia, positiva ou negativamente. Além disso, a autonomia deve ser compreendida para além do conceito liberal; a reconstrução deve ser feita de modo a considerar a autonomia de natureza tal que se desenvolva

e se realize na socialidade. (GUSTIN, 1999). Por isso, a importância da ética do discurso é ressaltada, pois

Uma pessoa só é autônoma em relação ao outro justamente quando, através de formas discursivas, for capaz de justificar suas escolhas e decisões de ação perante o outro. Isso porque os indivíduos não nascem autônomos. É no desenvolvimento psicossocial e através da comunicação de valores e regras que se torna viável a uma pessoa o desenvolvimento da autonomia crítica. (GUSTIN, 1999, p.31).

Quando são consensualmente consideradas e reconhecidas como indispensáveis a todos, as necessidades humanas transmutam-se em direitos, ou, no mínimo, são asseguradas pelo direito. A afirmação dos direitos humanos fundamentais, ou de personalidade, sobretudo da liberdade, e a abertura para um processo discursivo, com pretensões universalizáveis e democráticas, deveriam ser a chave para o enfrentamento das questões eticamente sensíveis.

2.6.2 O medo como maestro da orquestra humana

O medo é a coisa de que mais medo tenho no mundo.
(Montaigne, 2000)¹⁸

A motivação pela qual o homem demorou tanto a descer das árvores ou a sair das cavernas foi a mesma que o incitou a fazê-lo - o medo. A necessidade venceu o medo, na evolução para se tornar *sapiens*, o homem criou artifícios, armas, ferramentas, instrumentos e objetos sagrados, desceu das árvores e saiu das cavernas, mas outros medos surgiram... O medo é um enigma da *condição humana* que desde muito tempo vem ditando os rumos da espécie. Pode-se argumentar que os outros animais também sentem medo, mas nesses há uma relação praticamente direta com o instinto de sobrevivência. No ser humano, a situação é bastante diferente, pois há os medos sobre o real e sobre o hipotético, as angústias, os pânicos, as fobias que até precisam, comumente, de tratamento especializado. Daniel Bensaïd (2014), faz alusão ao medo e à angústia, analisando seus efeitos na sociedade contemporânea. O autor tece um retrato da situação na França atual, mas que poderia ser generalizado ao mundo, dado o que se vê e se ouve em todas as mídias. Segundo ele, o medo está encrustado no cotidiano, tal é o

¹⁸ Ensaios, Livro I, cap. XVIII, Do medo, p.89.

medo do terrorismo, do desemprego, do desequilíbrio climático e do conseqüente aquecimento global, medo do futuro, medo do vizinho, medo do estrangeiro, próximo e distante, medo do medo. Ainda poderia ser acrescentado um rol de outros medos, tais como, o medo social de não ser notado ou de ser excluído (seja lá de onde, como ou por quê), medo do presente e medo do passado, medo do conhecido e do desconhecido, medo do outro, medo da vida, medo da morte, medo do nada, medo de não pertencer a um grupo, a uma *tribo* ou a uma comunidade. Nesse sentido, Gustavo Corção há quase um século afirmou que

A grande angústia do nosso tempo é um sentimento de excomunhão. Não sentindo em si uma existência própria, uma atividade própria, o homem precisa desesperadamente de um apoio exterior. Um andaime que lhe falte, ele logo se sente desvairadamente infeliz, como quem, num pesadelo, se achasse numa sala onde todo o mundo se divertisse em chinês. (...) Desajustado, não compreendendo o chinês em que os outros riem e cantam, o excluído só pode fazer uma coisa que não exige sociabilidade: chorar. E olhe lá!

O resultado aí está: uma sociedade em pânico, que tudo aposta na estridência e na visibilidade; uma sociedade de aterrorizados que pisa os pobres, os pequeninos, os doentes, na fúria de atingir um estrado em praça pública, de onde possam fazer, uns aos outros, sinais febris e sem significação. (CORÇÃO, 1989, p.215).

Para Adauto Novaes (2007), medo e obediência sempre caminham juntos e, juntos, em nome do interesse, constroem a tirania. Em uma crítica à Política e às instituições a ela vinculadas, Bensaïd (2014) afirma que a *política do medo* acaba por provocar o medo da política, isto é, a despolitização da sociedade e, com isso, um apelo ao religioso, ou à força, no sentido de autodefesa, ou às autoridades esclarecidas. A *política do medo* é o terrorismo de Estado.

Em um ensaio, Francis Wolff (2007) fala do *medo universal* - o medo da morte - aquele que eleva a animalidade do homem acima da animalidade pura, pois ele é o único animal que sabe que vai morrer. Dor e morte seriam os responsáveis pela sobrevivência da espécie humana e a tentativa de superá-los a responsável pelo progresso da humanidade. Bensaïd (2014) relembra a velha máxima de que o medo é mau conselheiro, afirmando que ao menos em Política e em Ecologia isso está correto. O autor alega ser a situação atual a revanche da Teologia - o *triunfo do mal* -, em termos ambientais e ecológicos. Há uma forte oposição às ideias de Hans Jonas e seu *princípio da responsabilidade*. Para Bensaïd (2014), uma prudente administração do presente, a obrigação da técnica ou a submissão prática em face

da posteridade, seria subordinar outra vez o presente a um futuro carregado de sombras ameaçadoras. Isso é, para ele, a *heurística do medo* pregada por Hans Jonas (2006). Contrariamente ao autor do princípio da responsabilidade, defende que as apostas do agir (Técnica) não poderiam se resolver com incerteza política, tendo como consequência a busca por objetivos modestos e moderados frente ao excesso de ideal utópico. O princípio da responsabilidade repousaria sobre o *princípio da esperança*¹⁹, pela pressuposição de um perigo apocalíptico, sobre a profecia do pior e sobre o medo espiritual como início da sabedoria. Prossegue afirmando que a responsabilidade ontológica em face do eterno humano aniquila a deliberação política em benefício de uma teologia dogmática fundada em terrores ecológicos. A responsabilidade com as gerações futuras seria fundada numa religião e sua consequência seria a aniquilação da política profana (laica) em benefício de uma mística autoritária. Além do risco de se relativizar as misérias do presente em detrimento das incertezas do futuro que pode até nem se concretizar. Sintetizando seu pensamento, o autor tece uma apologia à política do oprimido: "passar de coelho a caçador, pois políticas de resistência e de emancipação são oriundas sempre do medo dominado e da angústia conjurada." (BENSAÏD, 2014, p.3).

Seguindo a mesma linha exposta acima, Bernard Sève (2007) critica Hans Jonas, afirmando que o medo como procedimento heurístico e como instrumento de persuasão não é a melhor maneira de se enfrentar as questões que afetam o futuro humano. O procedimento precisa envolver racionalidade argumentativa (que traz consigo a ética do discurso e a democracia). O imperativo ético contido no princípio da reponsabilidade tem um poder assustador. O autor contesta a ideia de que

a simples possibilidade, mesmo que pouco provável, de uma deterioração da existência ou da essência do homem é razão suficiente para se proibir a ação em questão. Intuitivamente, temos vontade de experimentar esse imperativo de prudência hiperbólica, tanto o esforço é suscitado; principalmente porque Jonas esclarece numerosas vezes que ele não tem intenção de louvar um imobilismo que rejeitasse qualquer avanço técnico. Mas, ao mesmo tempo, esse princípio hiperbólico corre o risco de ficar puramente formal, na falta de uma determinação precisa da noção do possível. Pois Jonas indica igualmente mais de uma vez que não se pode nunca saber se em longo prazo uma certa inovação tecnológica ou medicamentosa não terá efeitos altamente indesejáveis para nossos descendentes. Receio que, levado à risca, esse princípio hiperbólico proíba qualquer inovação, e impeça de sequenciar e hierarquizar os perigos. (SÈVE, 2007, p.179).

¹⁹ Em alusão às ideias de Ernst Bloch, autor do *princípio da esperança*.

O autor esclarece que sua proposição de racionalidade argumentativa se desenvolveria como racionalidade parlamentar e em vez da proibição absoluta ao avanço da tecnologia, passaria pela decisão de se limitar a expansão do poder técnico ao que fosse "não apenas controlável, mas igualmente reversível". (SÈVE, 2007, p.185).

O desafio não é o medo em si; medo e dor, e o medo da dor, têm sido fatores essenciais para a sobrevivência e o progresso da humanidade. O problema é o uso que diversas instituições, incluindo-se a mídia²⁰, fazem do medo, maestro-marionete, frente à orquestra humana, ditando o ritmo, agitando sua batuta, ora acima, ora abaixo, às vezes para os lados, impedindo que se assuma a pluralidade, a tolerância e o reconhecimento como realidades inescapáveis. Carlos Drummond de Andrade²¹ nos convida a cantar o medo:

Provisoriamente não cantaremos o amor,
que se refugiou mais abaixo dos subterrâneos.
Cantaremos o medo, que esteriliza os abraços,
não cantaremos o ódio porque esse não existe,
existe apenas o medo, nosso pai e nosso companheiro,
o medo grande dos sertões, dos mares, dos desertos,
o medo dos soldados, o medo das mães, o medo das igrejas,
cantaremos o medo dos ditadores, o medo dos democratas,
cantaremos o medo da morte e o medo de depois da morte,
depois morreremos de medo
e sobre nossos túmulos nascerão flores amarelas e medrosas.
(ANDRADE, 1987).

2.7 Direito agora - o fato da pluralidade, reconhecimento e tolerância

Eu e meu clã contra o mundo;
eu e minha família contra meu clã;
eu e meu irmão contra a minha família;
eu contra o meu irmão.
(Ditado somali)²².

Um dos filósofos contemporâneos que teve grande contribuição para a revigoração do conceito de justiça como equidade foi John Rawls. Não se pretende nenhuma análise ou crítica à obra de Rawls, até porque, seu pensamento não é marco desta Tese, salvo tomar-lhe por empréstimo o conceito de equidade e sua

²⁰ Recomenda-se o filme Babel, de Alejandro González Iñárritu, exemplo de como mídia, *política do medo* e desconexão comunicativa podem manipular a sociedade.

²¹ Poema Congresso Internacional do Medo.

²² Encontrado em Fearn (2007, p.177).

consideração pelo mundo da pluralidade e diversidade. Ao reconhecer a diversidade humana e seus diferentes níveis de necessidades, Rawls propôs uma teoria que buscava a igualdade a partir da equidade, respeitando-se a diferença. (2000; 2003; 2008). A compreensão da justiça como equidade leva em consideração a premissa de que ser diferente não significa necessariamente ser desigual; pode-se, então, definir a equidade como a "disposição de se reconhecer igualmente o direito de cada um a partir de suas diferenças." (GARRAFA, 2003, p.222). Conceito biunívoco, bilateral, em que o termo *disposição* equivale à tolerância. Portanto, e parafraseando o citado autor, reconhecimento é a consequência desejada da tolerância, que é o ponto de partida para aquele. Para Volnei Garrafa (2003, p.222), "é somente por meio do reconhecimento das diferenças e das necessidades diversas dos sujeitos que se pode alcançar a igualdade." Ainda nesse sentido, passa o autor a afirmar que

A equidade é, então, uma das bases éticas que devem guiar o processo decisório nas discussões sobre a "qualidade de vida". É somente pela promoção desse paradigma, associado ao tema da responsabilidade (individual e pública) e da justiça, que conseguiremos fazer valer o valor do direito à dignidade e à saúde. A equidade, ou seja, o reconhecimento de necessidades diferentes, de sujeitos também diferentes, para atingir direitos iguais, é o caminho da ética prática ou aplicada em face da realização dos direitos humanos universais. (GARRAFA, 2003, p.223).

Para Marcelo Galuppo (2001), as comunidades antigas transformaram-se, na Modernidade, em sociedades pluralistas; o pluralismo seria a marca da sociedade moderna, e, por motivos *subjetivos-rationais*, podem os homens se unir em projetos comuns e constituir uma vida social, porém marcada pela diferença e pela diversidade, cada um com sua compreensão e projetos de vida boa e suas ideias de como atingi-la. A unidade, o homogêneo, é característica da comunidade, pois "nasce-se em uma comunidade, mas se entra em uma sociedade" (GALUPPO, 2001, p.48). A estruturação da comunidade faz-se em torno dos costumes e das crenças, construídos inconscientemente pela própria tradição. Por outro lado, as sociedades se estruturam em torno de convenções racionais, leis produzidas por ela própria. "Enquanto a sociedade se estrutura em torno da diversidade, ou da 'luta', a comunidade se estrutura em torno da unidade, ou da 'paz'." (GALUPPO, 2001, p49). Pode-se observar aqui o sentido de luta vinculado ao reconhecimento e o de paz, ao medo, da exclusão por intolerância da comunidade, sobretudo.

Reunidos em Paris, a 16 de novembro de 1995, os Estados Membros da ONU proclamaram a Declaração de Princípios sobre a Tolerância (UNESCO, 2014). Segundo aquela Conferência Geral, a tolerância é a *harmonia na diferença*. Além de um dever de ética, uma necessidade política e jurídica; uma virtude que torna a paz possível. Em seu artigo primeiro, no item 1.2, a Declaração prescreve que

A tolerância não é concessão, condescendência, indulgência. A tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro. Em nenhum caso a tolerância poderia ser invocada para justificar lesões a esses valores fundamentais. A tolerância deve ser praticada pelos indivíduos, pelo grupos e pelo Estado. (UNESCO, 2014).

Na mesma ocasião a Conferência instituiu o dia 16 de novembro como o Dia Internacional da Tolerância²³. Pela declaração, depreende-se todo um esforço para tratar a tolerância como uma virtude, no campo individual, na esfera privada, e como uma categoria política, na esfera pública.

O ser humano tem protagonizado uma luta permanente de afirmação no mundo em que há sempre vencedores e vencidos. Desde os primórdios da história humana já se constata a existência de dominadores e de escravos, de cidadãos e de bárbaros, de crentes e de gentios, de civilizados e de selvagens. As várias revoluções, tais como a Gloriosa e a Francesa, e guerras, como as Grandes, promoveram a redução da desigualdade entre as pessoas, execraram a escravidão e baniram formalmente outras tantas disparidades entre os humanos, todavia resquícios de uma compreensão errônea do que é ser pessoa, como indivíduo e como ser social, tem sido a marca da realidade humana. Essa marca atende pelo nome de intolerância.

Um dos pioneiros a tratar a intolerância como um mal a ser combatido foi John Locke. Uma de suas obras, Carta acerca da tolerância, já pugnava pela separação Igreja-Estado e defendia a liberdade de crença religiosa como uma questão de consciência individual. (LOCKE, 1973). Ainda com ênfase à intolerância religiosa, outro pensador de destaque foi Voltaire. Impressionado com a condenação à morte de um protestante por motivos e preconceitos religiosos, Voltaire escreveu o Tratado sobre a tolerância e legou à humanidade mensagens como esta: "O direito da intolerância é, portanto, absurdo e bárbaro; é o direito dos tigres, e realmente

²³Melhor seria uma tolerância diária, permanente.

horrível, porque os tigres não dilaceram senão para comer, enquanto nós nos dilaceramos por causa de alguns parágrafos." (VOLTAIRE, 199-). Os dois pensadores citados trataram da tolerância principalmente relacionada à questão religiosa. Posteriormente, outros filósofos conferiram maior abrangência ao tema, como Rousseau e seu Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens e Stuart Mill, sobretudo, em seu Ensaio sobre a liberdade. (FAVARIM, 2007; MENDONÇA, 2007). Isto, porque a "intolerância, restrita inicialmente à atitude de oposição sistemática a doutrinas e práticas diferentes da do grupo hegemônico passou a definir uma atitude de oposição intelectual ou militante a toda forma de diferença." (SCHAPER, 2014, p.3).

A despeito das declarações, cartas de intenções, tratados, acordos e leis visando o combate à intolerância, a questão se faz presente, seja em questões religiosas, étnicas, econômicas, de gênero, de orientação sexual, seja em questões socioculturais. Racismo, discriminação e preconceito continuam a ter lugar na sociedade contemporânea, cujas ações principalmente políticas buscam garantir a coexistência e a interação pacífica, em meio a tanta diferença. Essas devem ser as motivações para que tantos filósofos da atualidade se dediquem ao tema.

Enrique Dussel (2013), filósofo mexicano, em sintonia com as ideias de Habermas, afirma que a tolerância pressupõe uma *teoria da verdade*, porém, a partir de uma racionalidade universal, não cética, nem relativista. Enquanto o intolerante é possuidor pura e simplesmente da verdade, o tolerante vincula-se a uma *pretensão de verdade* que não é absoluta, isto é, ela se refere a um acesso ao real, a partir da linguagem, considerando-se em um mundo cultural e um horizonte ontológico. Porém, esse acesso é parcial, finito, determinado por uma perspectiva histórica, social, psicológica, etc. Essa *pretensão universal de verdade* opera dialogicamente e busca o consenso. Assim, a inicial *pretensão de verdade* dá lugar à *pretensão de validade*. A *pretensão de verdade* refere-se ao real e à subjetividade, enquanto a *pretensão de validade* está relacionada à intersubjetividade, ao consenso que se visa alcançar por parte da comunidade de possíveis argumentadores.

Historicamente, a tolerância foi defendida no Iluminismo - Locke, Voltaire e, posteriormente, Mill - no contexto do debate político sobre a liberdade religiosa e como uma afirmação dos direitos subjetivos do cidadão. Dussel vai além, e afirma que a solidariedade seria a superação dos limites da mera tolerância, tornando-se uma responsabilidade pelo outro. A indiferença negativa, que a intolerância pura

pode acarretar, promoveria o desrespeito pela vítima do sistema, justamente com a qual se deveria solidarizar para que deixasse de ser vítima. (DUSSEL, 2013).

A tolerância como reconhecimento é recorrente nas ideias de filósofos ditos comunitaristas, tais como, Charles Taylor (2000), Michael Walzer (1999), e Anderson e Honneth (2011), algumas vezes explicitamente, em outras de modo subjacente. Essa consideração é necessária, uma vez que se tem firmado a convicção de que o pensamento liberal marcharia em sentido oposto ao pensamento comunitário. Isto é, o pensamento liberal ofereceria dificuldades para a afirmação da tolerância fosse como reconhecimento, fosse como solidariedade. Porém, não se observa em Habermas, em Dworkin ou em Cortina desconsiderações dessa natureza. Por exemplo, quando conflitos precisarem ser neutralizados, conferindo-se acedência à diferença, com viés comunitarista, Habermas, em *A inclusão do outro*, afirma que

é necessária uma mudança de perspectiva. Os envolvidos precisam deixar de lado a pergunta sobre que regulamentação é "melhor para nós" a partir da respectiva visão que consideram "nossa"; em vez disso, precisam checar, sob o ponto de vista moral, que regulamentação "é igualmente boa para todos" em vista da reivindicação prioritária da coexistência sob igualdade de direitos. (HABERMAS, 2002, p.311).

Ronald Dworkin ao falar dos direitos levados a sério afirma que a instituição dos direitos é crucial porque representa a promessa da maioria à minoria que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. (DWORKIN, 2010, p.314). Adela Cortina, em suas várias obras sobre ética, por sua vez, fala em coexistência e convivência, ao tratar da tolerância. Uma convivência que respeita as diferenças, senão o resultado seria uma anulação da diferença, do outro, pelo fenômeno da assimilação. (CORTINA, 2009; 2010). A autora também fala em *respeito ativo*²⁴ tal qual uma evolução do conceito de tolerância e do reconhecimento recíproco como condição indispensável para o autoconhecimento, para a própria configuração de cada um como indivíduo que somente se transforma em pessoa no seio de uma sociedade na qual haja a reciprocidade de reconhecimento. Prossegue afirmando que o "processo de socialização é parte indispensável do processo de personalização pelo qual nos tornamos autônomos." (CORTINA, 2010, p.288). Nesse mesmo sentido, pensa Miracy Gustin (1993, p. 31 e seg.).

²⁴ Expressão alternativa à tolerância observada na obra *Ciudadanos del mundo - hacia una teoría de la ciudadanía* (CORTINA, 2001, p.229).

A tolerância pode ser abordada em uma dimensão moral e em uma dimensão jurídico-política, para Yves Charles Zarka (2004), que a vê como um problema religioso e um problema cultural. Num esforço de superação da dimensão moral da tolerância para elaborar um conceito que se adapte às democracias constitucionais, o autor procura estabelecer um conceito não moral de tolerância. Primeiramente, deve-se destacar a dupla necessidade da tolerância: combater a tirania da maioria e evitar a tirania da minoria, ou de uma minoria. Em seguida, deve-se reconhecer que as desigualdades sociais, a exploração econômica e a dominação fogem ao âmbito da tolerância (como virtude). Essas questões deverão ser resolvidas pelos meios adequados nos setores econômicos, políticos e sociais. Tal ruptura que deve ser superada pela tolerância é a ruptura que traça entre os povos, as comunidades ou os indivíduos os diferentes modos de identificação, de autorrepresentação. Essa é uma ruptura subjetiva, mas que se torna objetiva, e a tolerância como *reconhecimento sem reconciliação* não deve permitir que aquela ruptura dê lugar a uma luta de morte; ela deve lançar mão de dispositivos jurídico-políticos que visem substituir a luta pela coexistência. (ZARKA, 2004). Portanto, ao lado da tolerância como categoria política a ser tratada pelos meios (setores ou instituições da vida comunitária) adequados, há a tolerância num plano individual, considerada uma virtude e, como tal, pode ser desenvolvida, aprimorada. Em uma palestra²⁵ sobre a tolerância na educação, Paulo Freire afirmou que "Ninguém é tolerante porque nasceu tolerante. A gente se torna tolerante ou a gente continua ou a gente se torna intolerante. Daí a possibilidade pedagógica para trabalhar a tolerância." (CARDOSO, 2003, p.202). Isso remete à teoria do desenvolvimento moral de Kohlberg.

A tolerância considerada vernacularmente como o ato de suportar ou permitir, como um favor condescendente, a existência do outro, nem como uma atitude neutra, que tangencia a indiferença, não atende aos anseios da realidade multicultural, inafastável da atualidade humana. Segundo uma linha de pensamento que tem por máxima *conhecer para compreender*, explora-se um pouco mais o reconhecimento, para conferir mais sentido e conteúdo ao conceito de tolerância. Para Mariá Brochado, estudiosa de Hegel, a *luta por reconhecimento*

²⁵ Palestra de abertura do Encontro sobre a tolerância na América Latina e no Caribe, Rio de Janeiro, 12 a 16 set. 1994.

é um processo de descoberta do homem de si mesmo como liberdade, *necessariamente* no convívio com o outro, o que significa dizer que o indivíduo diante do mundo não é indivíduo, ou sujeito, ou pessoa, mas só adquire essa condição quando está diante do outro. (BROCHADO, 2006, p.78-79).

Em sua obra *A inclusão do outro*, Habermas (2002) dedica todo um capítulo à análise da *luta por reconhecimento* no Estado Democrático de Direito, com ênfase aos direitos fundamentais individuais. Posição que será mais bem explicitada logo a seguir quando se tratar de outra produção, mais recente, desse filósofo. Habermas tece considerações sobre as ideias de Charles Taylor (2000) e sua *política do reconhecimento*, como um processo dialógico em que o discurso opera em dois níveis, na esfera íntima e na esfera pública. Esse autor enfatiza o reconhecimento na esfera pública, segundo sua linha comunitarista de pensamento. Para Taylor a identidade é moldada em parte pelo reconhecimento ou pela ausência dele: "Minha própria identidade depende crucialmente de minhas relações dialógicas com os outros." (TAYLOR, 2000, p.248).

Podem ocorrer discordâncias entre alguns pensadores quanto ao tratamento liberal ou comunitário a ser dado à tolerância. Axel Honneth é outro exemplo de discordância em relação ao pensamento de Habermas, cujas obras permeiam essa Tese. Porém, toma-se por empréstimo àquele algumas ideias que não ferem o princípio do discurso, o princípio democrático e a teoria da argumentação, que permitem a afirmação dos direitos fundamentais. Para Axel Honneth (2003), existem três dimensões do reconhecimento: *amor*, *direito* e *solidariedade*. A primeira seria a *esfera geneticamente primária* do amor, amizade e assistência, em que se desenvolveria a *autoconfiança*; em seguida, a *esfera jurídico-moral* em que se desenvolveria o *autorrespeito*, por meio das relações jurídicas baseadas em direitos; e a *esfera da solidariedade*, em que se desenvolveria a *autoestima*. Pode-se depreender que é na intersubjetividade que se constroem as identidades e quando o reconhecimento não ocorre ou não é bem sucedido desponta a luta, em que os indivíduos buscam novos padrões de *reconhecimento recíproco*. (SCHAPER, 2014). Para Honneth, apesar da primazia genética da primeira forma de relação de reconhecimento, as sociedades modernas careceriam de uma primazia (que ele denomina lexical) da relação jurídico-moral de reconhecimento, uma vez que ela

exorta todos os sujeitos, de maneira igual, ao respeito mútuo e, por isso, possui a maior força de inclusão. (...) pode-se dizer que tanto da perspectiva do sujeito quanto da perspectiva da sociedade, são possíveis conflitos entre as exigências morais das diversas relações de reconhecimento. Eles só podem ser solucionados privilegiando-se as relações jurídicas. (HONNETH, 2003).

Coerentemente com o posicionamento acima, em exposições posteriores. Honneth²⁶ apresentou em ordem inversa as esferas ou dimensões em que o indivíduo desenvolve suas relações positivas. Por outro lado, a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima quando violados desencadeiam "formas correspondentes de desrespeito social (maus-tratos e violação, privação de direitos e exclusão, degradação e ofensas), desaguando nas lutas sociais e nos conflitos políticos." (SCHAPER, 2014, p.10).

Pode-se então concluir que tolerar, na acepção clássica do termo, não é o grande desafio, mas sim reconhecer. (BOBBIO, 2004, p.195). Como afirma Bobbio (2002, p.153), "A grande exigência da tolerância nasce no momento em que se toma consciência da irreduzibilidade das opiniões e da necessidade de encontrar um *modus vivendi* entre elas. Entre tolerância e perseguição, *tertium non datur*." Em resposta à recorrente questão - deve-se tolerar o intolerante? - Bobbio (2002, p.154) replica afirmativamente, pois para ele "responder ao intolerante com a intolerância pode ser juridicamente lícito, mas é por certo eticamente reprovável e talvez também politicamente inoportuno", pois promoveria um afastamento, uma cisão entre as facções, já cindidas. Ao que parece, Bobbio revela confiança em relação a uma *política de domesticação* que vencerá o intolerante, como apresentada por Sloterdijk. Mas, sua opinião é contestada por A. C. Grayling (2003), para quem a tolerância tem que se proteger a si mesma e a única coerção possível é a da argumentação e o raciocínio honesto o único compromisso. Portanto, o intolerante não deve se tolerado, pois todos podem expor um ponto de vista que não deve, em hipótese alguma, ser imposto aos demais. Em consonância com o que foi abordado até aqui, o autor afirma que o medo gera a intolerância e a intolerância gera o medo, num círculo vicioso, concluindo que a educação pode resolver o problema.

Para Habermas (2003d), a tolerância passa pela adoção recíproca de perspectivas, mas não se pode confundir com benevolência. Também afirma que é necessário definir-se um campo de características a ser circunscrito pelos atos de

²⁶ Veja-se o artigo Autonomia, vulnerabilidade, reconhecimento e justiça, de Anderson e Honneth (2011).

tolerância, determinando-se o que seja aceitável e traçando-se limites. Essa seria uma missão para todos os que poderiam ser afetados pela práxis futura da tolerância, um acordo consensual ou livremente construído. Em sua opinião, "Só uma fixação universalmente convincente do limite, o que requer de todos os envolvidos uma adoção recíproca de perspectivas, pode arrancar da tolerância o espinho da intolerância." (HABERMAS, 2003d). Esse espinho é na verdade a suspeita de intolerância que se pode encontrar implícita na tolerância. Somente o Estado constitucional democrático solucionaria esse paradoxo, como "resultado de um procedimento legiferante deliberativo e a suposição da aceitabilidade racional." (HABERMAS, 2003d). Por fim, o autor ressalta a importância da autocompreensão ética do indivíduo, consubstanciada no reconhecimento. Isso exige uma compreensão alargada do conceito de sujeito de direito, para Habermas, pois

a individuação das pessoas naturais se efetua pela via da socialização, sua identidade e por consequência também a integridade de uma pessoa jurídica [sujeito de direito] só pode ser protegida se for garantido o acesso aos contextos de experiência, de comunicação e de reconhecimento nos quais cada um pode adquirir e estabilizar a própria identidade, expressar sua autocompreensão e seguir seu projeto de vida. (2003d, p.6).

Uma sociedade pluralista e politicamente integrada em um Estado constitucional democrático tem assegurado o respeito às diferenças e às minorias, a partir de uma cruzada em prol da tolerância, promovida pela integração social e pela educação, com ênfase a duas vertentes: solidariedade e reconhecimento recíproco.

2.7.1 Direito flexível

O pico da tolerância é mais facilmente alcançado por aqueles que não estão sobrecarregados de convicções.²⁷ (Alexander Chase, tradução nossa).

Falou-se em tolerância, pluralismo, diversidade cultural e necessidade de reconhecimento e de respeito às diferenças e aos diferentes, em uma abordagem preliminar que seguramente chegará aos direitos fundamentais. Porém, será preciso abordar-se o Direito e seus limites. Segundo Stefano Rodotà (2010, p.25), vive-se em uma sociedade saturada de leis, repleta de direitos e de regras jurídicas das

²⁷ The peak of tolerance is most readily achieved by those who are not burdened with convictions. Alexander Chase. Jornalista norte-americano, editor do The Tipton, Nebraska, Courier. Disponível em: <http://www.lifequoteslib.com/authors/alexander_chase_3.html>. Acesso em: 15 set. 2014.

mais diversas procedências, emanadas por poderes públicos ou privados que evoca mais que uma necessidade, uma irrefreável deriva. Para esse filósofo, a evidência empírica tem mostrado um Direito e uma Política convertidos em instrumentos de gestão do dia a dia e lança uma questão: "estamos realmente seguros de que tudo aquilo que cai no âmbito do cotidiano, qualquer que seja o aspecto da vida que se pretende regular, autoriza o recurso ao instrumento jurídico?"²⁸ (RODOTÀ, 2010, p.29, tradução nossa). Na reflexão sobre os limites da intervenção do direito, a questão decisiva continua a ser sobre quem estabelece a fronteira entre o direito e o não-direito e em quais critérios isso se apoia. É uma questão que depende claramente de decisões políticas; da relação que se estabelece entre o sistema jurídico e os demais sistemas de regulação social; da *competência simbólica* que permite afirmar a relevância da pessoa humana. (RODOTÀ, 2010). Um das teses esposadas por Rodotà é sobre certas áreas da existência humana em que o Estado de Direito não deveria entrar e, caso o fizesse, que fosse com bastante cautela. Amor, sexualidade, intimidade, nascimento, dor, momentos finais de vida, são algumas das realidades humanas em que o direito precisaria ser bastante cauteloso e sóbrio, isto é, flexível. Além disso, os limites do direito deveriam ser mais bem evidenciados, realçando-se o espaço ou a hipótese do não-direito.

Na segunda metade do século passado, Jean Carbonnier, jurista francês, publicou uma obra com o título de *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*²⁹. O ponto de destaque da obra de Carbonnier é a *juridificação da sociedade*, e por consequência, o *panjurismo* que pode ser compreendido como uma visão do Direito em todos os segmentos da sociedade, em todos os lugares e relações sociais. Nada escaparia ao sistema jurídico e o *fetichismo legal* levaria ao paroxismo uma inflação legislativa. (SÉNAT, 2014). "O direito não é este absoluto com que frequentemente sonhamos"³⁰ (CARBONNIER, 2001, p.487, tradução nossa) - essa crítica desenvolvida na segunda metade do século passado pode ser considerada precursora do conceito de Direito como um *sistema aberto de regras e princípios*. Certo é que aquele autor ainda transitava pelas sendas positivistas - participou ativamente da elaboração das leis de família que compõem o Código Civil Francês. Defendia um Direito não rígido, nem absoluto, ao argumento de que uma abordagem

²⁸ ¿Pero estamos realmente seguros de que todo aquello que cae en este ámbito, cualquiera que sea el aspecto de la vida que se pretende regular, autoriza el recurso al instrumento jurídico?

²⁹ Direito flexível: por uma sociologia do direito sem rigor. (CARBONNIER, 2001).

³⁰ Le droit n'est pas cet absolu dont souvent nous rêvons. (CARBONNIER, 2001, p.487).

sociológica demonstrava ser a França uma nação de extremos, tanto da Direita quanto da Esquerda, e o ideal seria um sistema jurídico que privilegiasse a prudência, a moderação e a tolerância. (SÉNAT, 2014). Para Carbonnier, o direito flexível seria aquele que reconheceria o *não-direito*, isto é, o espaço regido por normas ligadas aos costumes, à religião, à moral, à amizade, por exemplo. O *não-direito* não seria um contra-direito, mas faria parte do próprio direito e disporia de outros sistemas normativos. Essa atribuição de responsabilidade, diga-se jurídica, aos outros sistemas normativos atuaria como um freio à gana legislante, evitando-se a excessiva produção legislativa (CARBONNIER, 2001). Observa-se a fé por parte de Carbonnier - também versado em Teologia - na eficácia desses sistemas normativos externos ao Direito, que, sob sua ótica, seriam funcionalmente fortes o suficiente para assegurar efeitos semelhantes ao do direito, mesmo na esfera do *não-direito*. Porém, é evidente que para essa Tese em apresentação, a ideia do *não-direito* como mostrada seria problemática, uma vez que dentre os marcos teóricos assumidos, o Direito, e somente o Direito, em seu plano de aplicação seria eficaz suficientemente para se concretizar, a partir da coercibilidade institucionalizada, isto é, da facticidade, que faz dele um sistema funcionalmente forte, como observado em Chamon Júnior (2005; 2010), e a partir de Habermas (2003b; 2003c).

Por outro lado, a proposta de Rodotà (2010) quando, inspirado em Carbonnier, também fala de um espaço do *não-direito*, estaria sintonizada com o pensamento de Dworkin (2009), em Domínio da vida; nessa obra, o autor afirma que questões envolvendo *situações eticamente controversas* sob o aspecto moral, ou religioso, por exemplo, deveriam ficar fora do âmbito do direito formal, que poderia ser interpretado como o espaço do *não-direito*.

Habermas (2002), em a Inclusão do outro, também se refere à necessidade da distinção entre questões de justiça e questões que concernem ao bem-viver. Segundo Habermas, pode-se ilustrar essa argumentação

a partir de situações como a eutanásia e o aborto, por exemplo. Imaginemos que se tenha chegado à conclusão (...) que não se pode chegar a uma versão neutra dessa situação polêmica, no que diz respeito à visão de mundo, já que as descrições concorrentes da matéria que se pretende regulamentar estão entrelaçadas com a autocompreensão de diversas confissões, comunidades interpretativas, subculturas, etc. articulada de maneira religiosa ou com base em determinada visão de mundo. Assim, estaria posto um conflito de valor que não poderia ser

resolvido nem por via discursiva nem através de acordo. Em uma sociedade pluralista constituída sob a forma de um Estado de direito, evidentemente não se poderia reger uma situação *eticamente controversa* como essa, ao menos não por meio da descrição eticamente marcada - a partir da visão do universo dos jurisconsortes - de uma autocompreensão particular (mesmo que se tratasse da autocompreensão da cultura majoritária). Mais que isso, é preciso buscar uma regulamentação neutra (...), ou seja, uma regulamentação capaz de encontrar, no plano mais abstrato da coexistência de diversas comunidades eticamente integradas, o reconhecimento racionalmente motivado de todas as partes envolvidas no conflito e que convivem em igualdade de direitos. (HABERMAS, 2002, p.311).

Uma vez flexível, o Direito precisaria ter seus limites estabelecidos para não ser transformado em instrumento a serviço de toda classe de tiranias, incluindo-se a ditadura da minoria. Duas deveriam ser as limitações: um limite relativo às matérias que deveriam ser objeto de regulação e um limite a seus conteúdos. Se o primeiro limite trata de aspectos qualitativos, o segundo cuida dos quantitativos, isto é, da modulação jurídica sobre aquelas matérias a serem reguladas. (RODOTÀ, 2010). Afirma também, o autor, que o ponto mais intenso da *juridificação da sociedade* se encontra na atribuição de relevância penal a determinado comportamento, concordando com um *direito penal mínimo*, restrito em condutas criminalizadas (sancionadas) e imune ao arbítrio do legislador (para não se inflacionar o sistema). Por outro lado, a ausência ou o excesso de regulamentação pode gerar um *turismo jurídico* ou um *shopping* de direitos.

No primeiro caso, o interessado dirige-se ao Estado onde determinada conduta é permitida, para se realizar, por exemplo a prática procriativa, a eutanásia e o aborto. No segundo caso, tem-se uma profusão legislativa com pretensão de tudo legislar, geralmente de maneira extremada, ou muito permissiva ou altamente proibitiva, além da mercantilização do Direito - as liberdades tornam-se mercadorias, acessíveis somente a quem pode pagar por elas. Além disso, a sociedade atual está repleta de normas provenientes dos âmbitos público e privado que pretendem regular todos os aspectos da vida humana, reduzindo cada vez mais sua autonomia; comprometendo a liberdade, ao regular em excesso alguns aspectos e relegar outros, em que a regulação seria mais necessária, tais como aqueles ligados à vida e à morte, - procriação, aborto, eutanásia, diretivas antecipadas, suicídio assistido, dentre outros. Fica implícito o desejo de Rodotà (2010) de salvaguardar o Direito da influência da Igreja, particularmente de grande força política na Itália.

O nexos cada vez mais intenso entre vida e liberdade confere ao viver um sentido mais profundo e ao Direito uma dimensão mais discreta. O Direito se põe a

serviço do *ofício de viver*, convertendo-se em objeto de aprendizagem, lugar do homem e não do poder, instrumento humilde e acessível, mas não imposição insustentável. (RODOTÀ, 2010). Embora flexível, o Direito não prescinde de integridade e coerência.

2.7.2 Direito - integridade e coerência

Falando à multidão, [Deus] anunciou: "A partir de hoje chamar-me-eis Justiça." E a multidão respondeu-lhe: "Justiça, já nós a temos, e não nos atende." Disse Deus: "Sendo assim, tomarei o nome de Direito." E a multidão tornou a responder-lhe: "Direito, já nós o temos, e não nos conhece." E Deus: "Nesse caso, ficarei com o nome de Caridade, que é um nome bonito." Disse a multidão: "Não necessitamos caridade, o que queremos é uma Justiça que se cumpra e um Direito que nos respeite." José Saramago³¹.

O conceito interpretativo do Direito como integridade, proposto por Ronald Dworkin (2003, p.272), assinala que "as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade." A integridade perpassa a compreensão do Direito como um sistema aberto de regras e princípios, coesos, compatíveis e consistentes, firmados pela validade e pela facticidade, que permite a aplicação adequada de uma norma válida a um caso concreto. Essa compreensão do Direito como um "sistema de princípios historicamente formado e assumido" (CHAMON JÚNIOR, 2004, p.98) é essencial para o desenvolvimento dessa Tese em apresentação. E, para Chamon Júnior (2004, p.97), "A integridade do Direito, que pode ser entendida como essa coerência principiológica do sistema de normas, faz com que tratemos a comunidade política como uma comunidade de princípios."

Passa-se à análise de vários termos e expressões assumidos acima. Ressalta-se, de início, que Dworkin (2003) não faz distinção entre comunidade e sociedade, tratando de associação (humana) política. A *comunidade política* que também pode se tornar uma *comunidade de princípios*, a partir de uma fraternidade comunitária - família, amigos associações locais, mas que contem em seu cerne a ideia de obrigação concomitante. Quatro são as condições para se estruturarem em uma *comunidade de princípios*: os membros devem ver suas responsabilidades

³¹ Prefácio ao livro Terra, de Sebastião Salgado (1997, p.10-11).

como especiais, distintas, inscritas no âmbito do grupo; essas obrigações são pessoais e de caráter mútuo ou recíproco - fraternais -, membro a membro; o bem-estar coletivo tem que concernir, ainda que indireta e abstratamente, a todos os membros; há que haver igual reconhecimento e respeito por todos, ou entre todos os membros do grupo. (DWORKIN, 2003, p.242 e seg.).

A validade compreende a dimensão de justificativa racional do Direito Moderno, exigência de sua fundamentação, que lhe confere legitimidade e justiça. Já a facticidade representa o caráter histórico e contingente do direito moderno. Está consubstanciada num sistema de ação que, inclusive, recorre à força - coercibilidade - para sua concretização. (CHAMON JÚNIOR, 2010; GALUPPO, 2002; HABERMAS, 2003b; 2003c). Pelas palavras de Chamon Júnior (2004, p.97),

A validade do Direito, melhor diríamos, sua legitimidade decorre do fato de ser uma ordem em que o princípio da integridade - em uma noção de comunidade de princípios - permite que os cidadãos respirem um sistema coerente, assentado em uma comunidade associativa. *O Direito vale* não em função de uma norma fundamental, mas *em razão de um sistema de princípios* que, como diria Dworkin, está na base e confere legitimidade às decisões das instituições políticas. E, justamente por ser força legítima, vincula os juízes em suas decisões particulares perante o caso concreto. (...) A integridade, portanto, leva a uma vinculação e nega, justamente, a noção de "liberdade" do juiz por uma questão de legitimidade. Disto conclui-se que os princípios *têm* força normativa.

Outro conceito importante é o de coerência. Dworkin (2003, p.263) inicia a exposição do *Direito como integridade* afirmando que coerência seria *decidir casos semelhantes da mesma maneira* e o faz com o intuito de, a partir dessa noção ampla, correlacionar integridade e coerência e desenvolver melhor o conceito. Para o autor,

Se uma instituição política só é coerente quando repete suas decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (DWORKIN, 2003, p.264).

Para Dworkin (2003, p.489), o "direito como integridade compreende a doutrina e a jurisdição". Quando houver a criação de direito novo, pressupõe-se que esse guarde coesão, compatibilidade e consistência com o direito antigo. "A busca

da coerência pode explicar por que os juízes se preocupam tanto com o passado, com as diversas leis e os diversos precedentes, que se situam nas imediações do novo direito que criaram nos casos difíceis." (DWORKIN 2003, p.162). O citado autor distingue a coerência de estratégia e a coerência de princípios. A primeira diz respeito à preocupação que se deve ter na criação de direito novo, "de forma que a nova regra criada ajuste-se suficientemente bem às regras estabelecidas por outros, ou que venham a ser estabelecidas no futuro, de tal modo que todo o conjunto de regras funcione em conjunto e torne a situação melhor." (LAGES, 2004, p.491). Essa forma de coerência está vinculada à discricionariedade, ao convencionalismo. Por outro lado, a coerência de princípios requer que "os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos *seja coerente (sic)* no sentido de expressarem uma visão única e abrangente de justiça." (DWORKIN, 2003, p.164). Essa forma de coerência é compatível com o *Direito como integridade*.

Analogamente, em certa medida, ao *princípio da integridade*, Klaus Günther desenvolveu o *princípio da coerência* que é um critério para justificação³² de sentenças normativas (GÜNTHER, 2000). Para o autor, coerência seria dar uma *resposta adequada* a cada caso concreto (GÜNTHER, 2000; 2004). Esse autor apresenta duas situações que denomina ideais: a da norma perfeita e do sistema coerente de normas válidas. A norma perfeita seria aquela que, para a sua validade e por meio de uma justificação³³ discursiva, tivesse na sua observância geral um interesse universal. Além disso, os envolvidos na justificação teriam que dispor de conhecimento e de tempo ilimitados, para exaurir todas as circunstâncias, elementos, hipóteses de aplicação e demais requisitos referentes à elaboração da norma. Com isso, "os participantes de um discurso [de justificação] estariam certos de que não haveria situação na qual a observância de uma norma [perfeita] violasse um interesse universal". (GÜNTHER, 2000, p.87). Esse conceito de norma perfeita traz uma série de problemas e, dada a sua impossibilidade fática, o autor propõe: "Se for possível apontar que nosso entendimento pragmático da validade de uma norma não contém sua aplicabilidade a todos os casos, então não precisaremos mais da suposição irrealista." (GÜNTHER, 2000, p.87-88). Há uma distinção

³² O termo justificação está empregado, aqui, em sentido amplo e comum; diferentemente do emprego adotado no tópico 2.3, quando se apresentou a distinção entre os planos de justificação e de aplicação normativos, proposta pelo mesmo autor.

³³ O termo justificação aqui e a seguir pressupõe seu significado especial, adotado no *plano de elaboração* da norma, conforme apresentado no tópico 2.3.

importante e necessária entre validade e adequação. Uma norma pode ser válida, mas não ser a adequada para uma situação concreta, em que há uma colisão, ou concorrência, de normas válidas *prima facie*. Não é a perfeição da norma que lhe confere validade, mas a sua compatibilização com um interesse universalizável em circunstâncias consideradas constantes. Quanto ao sistema coerente de normas válidas, se duas normas são aceitas como válidas, apesar de se saber que elas podem colidir, "pressupomos que todas as normas válidas constituem, em última análise, um sistema ideal coerente que dá a cada caso exatamente uma resposta correta (isto é, adequada)." (GÜNTHER, 2000, p.97). Assim, pelo critério da adequação, a colisão de normas não compromete a coerência de um determinado ordenamento jurídico. Uma consideração é feita por Habermas (2003b, p.270):

Que uma norma valha *prima facie* significa apenas que ela foi *fundamentada* de modo imparcial; para que se chegue à decisão válida de um caso, é necessária a aplicação imparcial. A validade da norma não garante por si só a justiça no caso singular.

Dworkin (2003), ao tratar o Direito como integridade, aborda-o em duas dimensões, amplas e correlacionadas, - a adequação e a justificação ou fundamentação. Em obra posterior, o filósofo retoma aquelas dimensões, em relação à interpretação constitucional, afirmando que a primeira vincula-se a uma "fundamentação adequada na prática passada" e a segunda, agora denominada justiça, vincula-se aos princípios que parecem "refletir melhor os direitos e deveres morais das pessoas". (DWORKIN, 2009, p.154). Em suma, normas apenas se candidatam *prima facie* à aplicação. Normas válidas - justificadas no plano da fundamentação - podem concorrer³⁴ diante de um caso concreto - somente nessa situação haverá a concorrência - exigindo a reconstrução racional do direito vigente e a justiça na adequação; com isso, mantém-se o ordenamento coerente e a integridade do Direito.

³⁴ Novamente, considerou-se aqui o que se afirmou quanto à *reserva de aplicação* de um princípio (ver Nota 15. p.42), conforme propõe Menelick de Carvalho Netto (1999, p.112).

2.8 Eugenia liberal e desacordo moral

A Técnica é a medida de todas as coisas. (Adelio Melo)³⁵.

No Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens, Rousseau (2005) apresenta dois argumentos para distinguir o ser humano dos animais: a natureza animal e a faculdade de se aperfeiçoar. Os animais apresentam uma natureza que lhes impedem de se afastar do determinismo de sua origem. Assim, escolher ou rejeitar por instinto "faz com que o animal não possa afastar-se da regra que lhe é prescrita, mesmo quando fosse vantajoso fazê-lo" e, por outro lado, o ser humano na qualidade de agente livre escolhe ou rejeita por um ato de liberdade e frequentemente o faz em prejuízo próprio. (ROUSSEAU, 2005, p.41). Pelo segundo argumento, o ser humano dispõe da *perfectibilidade*, isto é, da faculdade de se aperfeiçoar,

a qual, com o auxílio das circunstâncias, desenvolve sucessivamente todas as outras e reside, entre nós, tanto na espécie como no indivíduo, ao passo que um animal é, no fim de alguns meses, o que será toda a vida, e sua espécie, ao cabo de mil anos, o que era no primeiro desses mil anos. (ROUSSEAU, 2005, p.42).

Ao não sofrer de um *determinismo na origem*, a liberdade do ser humano começa a se desenvolver; o domínio da linguagem e o uso do conhecimento afirmam a sua liberdade e o ser humano torna-se um criador. Dessa forma, "o homem pode inventar seu futuro, ser criador não apenas de novas técnicas, mas de seu próprio destino sobre a Terra." (FERRY, 2012, p.158). Aqui serão tratadas de técnicas específicas, relacionadas à própria natureza humana - o corpo biopsicofísico - e sobre cujo uso ainda não se tem, por ora, um acordo moral.

Ao se tratar de um desacordo, seria bom ter início pelo conceito de *eugenia*, uma vez que sobre ele pesam compreensões diversas, até contraditórias, além do estigma de um mau passado, ainda muito presente em corações e mentes. Pelo conceito encontrado no dicionário, eugenia é "Ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento genético da espécie humana." (FERREIRA, 1999, p.852). Segundo Pietra Diwan (2007), o pensamento eugênico remonta à Antiguidade - vide Esparta e sua seleção por eliminação - e o ideal moderno surgiu

³⁵ A medida e a desmedida da técnica actual. Adelio Melo (2005).

logo após a obra de Charles Darwin, *A origem das espécies*. Francis Galton, primo de Darwin, teria sido o autor do termo eugenia, arrebatado pela teoria da evolução e pela possibilidade de aperfeiçoamento da raça humana. Galton, que viveu na segunda metade do século XIX, foi movido pela ideia de que o talento seria hereditário e não resultado do meio ambiente e,

Após se ocupar por quase duas décadas em provar que o talento é herdado, através da análise dos dados da elite inglesa, a preocupação de Galton estava voltada em mostrar que a doença mental, o crime e a marginalidade eram também resultados da herança genética. *Inquires into Human Faculty and its Development* (1883) reúne uma série de análises sociológicas e material antropológico recolhido pelo autor e expõe claramente a eugenia, termo usado por ele pela primeira vez. (DIWAN, 2007, p.41).

Alguns estudiosos falam em eugenia positiva e em eugenia negativa, porém com sentidos divergentes. Para Tugendhat (2012), a eugenia negativa seria a intervenção para modificação de genes responsáveis por doenças hereditárias. Nesse mesmo sentido arguem Vilaça (2009) e Habermas (2004). Por outro lado, a eugenia positiva estaria relacionada à seleção por eliminação. Tanto Habermas (2004), como Tugendhat (2012) assumem ser difícil a distinção entre os conceitos, a fronteira é muito tênue. Para Michael Rose (2000, p.158 e seg.), nos seus primórdios, as formas de eugenia eram positivas, no sentido de se incentivar os melhores a se reproduzirem mais e seletivamente. Havia até concursos que premiavam as famílias que se mostrassem melhores reprodutoras! Por outro lado, a proposta de formas ditas negativas de eugenia foram mais recentes, caracterizadas pela informalidade e surgiram no início do século XX: "os inaptos, os enfermos e os criminosos deveriam ser perpetuamente aprisionados, esterilizados ou mortos, para evitar que contribuíssem mais para a herança da espécie." (ROSE, 2000, p.161). Edwin Black, autor do livro *Guerra contra os fracos*, considera as soluções eugenistas negativas também como seleção por eliminação e cunha o termo *eugenicídio*. (BLACK, 2003). Para Carlos Romeo Casabona (2002) e González de Cancino (2007), a eugenia negativa tem por instrumentos a esterilização, a contracepção e o aborto e a eugenia positiva, as técnicas de reprodução assistida, terapia gênica ou engenharia genética, com objetivos terapêuticos ou aperfeiçoamento; nesse mesmo sentido, põe-se Victoria Camps (2002). Por eugenia negativa, Adela Cortina (2002) restringe o termo às intervenções terapêuticas e o

aperfeiçoamento seria característica da eugenia positiva. Em uma abordagem histórica, a eugenia de Francis Galton

Ficou conhecida como eugenia positiva, eugenia clássica ou mesmo eugenia galtoniana. Tinha por objetivo principal criar o "haras humano", povoando o planeta de gente sã, estimulando casamentos entre os "bem dotados biologicamente" e desenvolvendo programas educacionais para a reprodução consciente de casais saudáveis, desencorajando casais com caracteres supostamente "inferiores" de procriar. No outro extremo, a eugenia negativa representava a radicalização dos métodos de aperfeiçoamento da raça. Ambos os termos foram cunhados pelo médico inglês C. W. Sallaby, em 1909, no livro *Parenthood and Race Culture*. As medidas propostas pelos adeptos da eugenia negativa visavam prevenir os nascimentos dos "indesejáveis" biológica, psicológica e socialmente através de métodos mais ou menos compulsórios. A eugenia negativa postulou que a inferioridade é hereditária e a única maneira de "livrar" a espécie da degeneração seria através da esterilização eugênica (consentida ou não); da segregação eugênica (por exemplo, os confinamentos em sanatórios); das licenças para realização de casamentos e das leis de imigração restritiva. Por definição, a eugenia negativa prevê também métodos como a eutanásia, o infanticídio e o aborto. (DIWAN, 2007, p.50).

Associados aos conceitos clássicos de eugenia, dois outros são de interesse: o sanitarismo e o higienismo. O primeiro compreende a adoção de medidas sociais e educativas com o objetivo de melhorar as condições higiênico-sanitárias para a população, sendo tratado na esfera da Saúde Pública. Por sua vez, o higienismo, tal como surgiu, pregava a higiene moral da sociedade, através de ações sociais preventivas e reparadoras, incluindo-se até a reabilitação ou preparação profissional dos necessitados. Além da saúde, "a conduta passa a ser objeto de estudo da higiene.(...) paradoxalmente, na visão dos eugenistas, a proposta dos higienistas era insatisfatória por contribuir para a manutenção dos indigentes, dos doentes e dos delinqüentes." (DIWAN, 2007, p.36).

Atualmente novos conceitos têm surgido, tal como o apresentado por Mayana Zatz (2011, p.196, grifo nosso) em que eugenia "seria a crença de que a substituição dos genes 'maus' pelos 'bons' seria capaz de conceber **uma humanidade nova e melhorada**, livre do sofrimento causado pelas doenças e **características físicas e mentais indesejáveis**." Sejam quais forem as compreensões, observa-se um peso muito acentuado, um desvio, para o lado em que a História registra como consequências funestas das técnicas eugênicas.

Habermas (2004, p.87), apresenta a ideia de "intervenções eugênicas de aperfeiçoamento", contra as quais se põe. Porém, o autor é favorável à possibilidade - se a evolução das técnicas assim o permitir - de uma intervenção limitada a

objetivos claramente terapêuticos. O autor compara esse tipo de intervenção ao combate às epidemias e pandemias e ainda ressalva que tais alterações deveriam preferencialmente se realizar em células somáticas e não nas germinativas, de modo a não descaracterizar-se o patrimônio genético e sua transmissibilidade.

Empregando-se palavras de Sloterdijk (2000), uma *histeria filosofante* tem procurado preencher o *vácuo ético* em questões atuais. Dá-se destaque ao tema da *eugenia liberal*. Segundo Freitag (2005) e Marques (2002), as considerações de Habermas (2004), na obra *O futuro da natureza humana*, seriam uma resposta a Sloterdijk (2000) e sua obra *Regras para o parque humano*. Mas, constata-se na obra de Habermas também argumentos contra a *eugenia liberal* que ele considera presente em Dworkin (2009; 2012)³⁶. Além das considerações feitas sobre a obra de Sloterdijk (2000), quando se tratou do Humanismo, entende-se necessárias algumas ideias adicionais sobre a técnica, mais precisamente sobre as biotecnologias. Aquele autor fala do fracasso do ser humano com respeito a um projeto (da Natureza?) de ser e permanecer animal que faz consumir a "revolução antropogenética - a ruptura do nascimento biológico, dando lugar ao ato do *vir-ao-mundo*." (SLOTERDIJK, 2000, p.33-34). Esse fracasso como animal é o que Rousseau (2005) definiu como *desigualdade natural* e Ferry (2012) denomina *indeterminação de origem*. Mas, é esse fracasso que situa o homem no mundo e o transforma em um criador. Uma vez que o Humanismo assume o homem como *dado de antemão*, a possibilidade de o ser humano criar outros seres humanos promove uma brutal ampliação do horizonte humanista. (SLOTERDIJK, 2000, p.39). Portanto, o pensamento atual não se deve descurar dessa imensa capacidade criadora - "quanto à produção de seres humanos, e de maneira mais ampla de antropotécnicas." (SLOTERDIJK, 2000, p.42). O autor prossegue, afirmando que

É a marca da era técnica e antropotécnica que os homens mais e mais se encontrem no lado ativo ou subjetivo da seleção, ainda que não precisem ter se dirigido voluntariamente para o papel do selecionador. Pode-se ademais constatar: há um desconforto no poder de escolha, e em breve será opção pela inocência recusar-se explicitamente a exercer o poder de seleção que de fato se obteve. (SLOTERDIJK, 2000, p.44-45).

A abordagem que inicialmente se pretendia restringir ao Humanismo resultou na recomendação de se assumir ativamente o jogo e se formular um código

³⁶ Obras: *Domínio da vida* e *Virtude soberana*, respectivamente.

de *antropotécnicas* a regular o *parque humano*. (SLOTERDIJK, 2000). Essa obra é resultante de uma conferência e, quando da sua publicação impressa, o autor comenta no posfácio sobre a *força destruidora da descontextualização* - aquilo que expôs como um alerta e um convite à reflexão foi tratado por algumas pessoas como uma prescrição e uma ilimitada opção pela Técnica, resultando em uma polêmica desnecessária e esclarece que

eu apontei numa passagem fortemente visada³⁷ alguns problemas que podem ser levantados quanto aos desdobramentos futuros da espécie decorrentes da emergência das novas possibilidades de intervenção biotécnica. Levantei ali a questão de se, a longo prazo, algo como um planejamento explícito de características no plano da espécie seria de algum modo possível, e se o nascimento opcional (com sua contrapartida, a seleção pré-natal) poderia se tornar uma nova prática em assuntos de reprodução, no âmbito de toda a espécie (essa expressão "no âmbito de toda espécie" não deve aqui passar em branco, pois a seleção pré-natal enquanto direito ao aborto por indicação médica já faz parte, na Europa e nos Estados Unidos dos padrões culturais juridicamente esclarecidos, apesar da contestação dos católicos) - e na mesma passagem acrescentei que é sob a forma de questões temerárias como essa que se descortina à nossa frente o horizonte evolucionário. (SLOTERDIJK, 2000, p.62).

Passa-se ao que seria a *resposta de Habermas*. Com respeito a uma eugenia liberal, Habermas fala em uma filosofia da moderação, procurando uma "justificativa da abstinência" (FREITAG, 2005, p.222) e propõe a seguinte questão:

Devemos considerar a possibilidade categorialmente nova, de intervir no genoma humano como aumento de liberdade, que *precisa* ser normativamente *regulamentado*, ou **como a autopermissão para transformações que dependem de preferências e que não precisam de nenhuma autolimitação?** (HABERMAS, 2004, p.18, grifo nosso).

A segunda parte da questão acima (grifada) representa a perspectiva da *eugenia liberal*, cuja marca distintiva a lhe conferir a alcunha de *nova eugenia* é a "*neutralidade do Estado*" (AGAR, 1998, p.137). Pelas palavras de Francis Fukuyama, "A eugenia mais delicada, mais gentil, que está logo além do horizonte, será portanto uma matéria de escolha individual da parte dos pais, não algo que um Estado coercitivo impõe a seus cidadãos." (FUKUYAMA, 2003, p.98). A essa *nova eugenia*, Habermas se opõe aos argumentos de que haveria um direito a uma

³⁷ Refere-se ao alerta sobre a *onda desinibidora sem precedentes* que avança irrefreável atualmente. É o domínio das *mídias desinibidoras* ou *bestializadoras* - jogos eletrônicos ultraviolentos, filmes de ação, competições de lutas cada vez mais sangrentas, a exploração sensacionalista pelos telejornais das guerras, crimes e outras tragédias, etc. Isso poderá ter influência na antropotecnologia futura, no modo de se julgar e decidir sobre o destino do gênero humano. (SLOTERDIJK, 2000, p.46-47).

herança genética não-manipulada; a manipulação dos genes afetaria a identidade da espécie, comprometendo a autocompreensão do homem como ser da espécie, alterando o contexto em que se inscrevem as representações do Direito e da Moral humanos; também a autocompreensão ética da espécie restaria afetada pela confusão - *neutralização biotécnica* - entre o natural e o fabricado, entre o subjetivo e o objetivo; além disso, seria afetada a autocompreensão da pessoa programada geneticamente; a programação genética do próprio patrimônio hereditário limitaria a indeterminação de origem, afetando a autonomia da vida do indivíduo e minando a simetria de suas relações fundamentais - os sujeitos não seriam nem livres nem iguais; não se deve permitir pesquisas que consumam embriões, pois seria a sua *coisificação*; e o DGPI - diagnóstico genético pré-implantação - representaria o maior risco de uma *eugenia liberal*. (HABERMAS, 2004).

Ao se preocupar tão veementemente com a autocompreensão, volta-se a Rousseau, ao ano de 1755:

não é empresa suave discernir o que há de originário e artificial na natureza atual do homem, e conhecer bem um estado que não existe mais, que talvez não tenha existido, que provavelmente não existirá nunca, e do qual é, contudo, necessário ter noções justas, para bem julgar do nosso estado presente. (ROUSSEAU, 2005, p.26).

Vê-se que as questões são antigas, as respostas ainda por se dar, mas, por outro lado, a humanidade não se degenerou irremediavelmente pela Técnica, pelo menos quando avaliada com o olhar possível, com os olhos do presente.

Em uma obra denominada *Contra a perfeição*, Michael Sandel (2013), fala sobre *eugenia privatizada* e *eugenia de livre mercado* - termos empregados pelos detratores da *engenharia genética*. Por sua vez, os defensores se manifestam com o argumento de que escolhas genéticas livres, sem coerção (estatal), não se caracterizariam como a repugnante eugenia clássica. Aquele autor apresenta o conceito de eugenia liberal como "os melhoramentos genéticos não coercitivos que não restringiriam a autonomia da criança." e prossegue afirmando ser esse o conceito de "influente escola de filosofia anglo-americana" (SANDEL, 2013, p.87). Observa-se uma concordância ao se oporem à eugenia liberal, entre Sandel e Habermas, porém, há divergências em seus fundamentos.

A neutralidade do Estado que conferiria o caráter liberal à eugenia não passa de uma pretensão com elevada probabilidade de fracasso, pois crianças com

diferentes determinações de origem demandariam por diferentes processos educacionais e, posteriormente, dado o direcionamento profissional - pela administração genética dos talentos e habilidades -, novas demandas se colocariam ao Estado (regulação do mercado profissional, por exemplo). Isso acabaria por atrair uma possível intervenção estatal diretamente nos processos eugênicos. Por outro lado, a eugenia é um processo com forte viés individualista que se descola da aspiração pelo aprimoramento da humanidade ou da promoção do bem-estar coletivo, pois "A *eugenia liberal* se exime de tais ambições coletivas. Não é um movimento de reforma social, mas uma forma de pais privilegiados terem o tipo de filho que desejam e armá-los para o sucesso numa sociedade competitiva." (SANDEL, 2013, p.89).

Habermas propôs refutar a *eugenia liberal* com argumentos liberais e a primeira consequência da intervenção genética por parte dos pais seria o risco "de que pessoas programadas não possam mais se considerar como autores únicos de sua própria história de vida." (HABERMAS, 2004, p.108), numa clara alusão ao princípio liberal da autonomia. A segunda consequência seria "a de que, em relação às gerações que as precederam elas não possam mais se considerar ilimitadamente como pessoas nascidas sob iguais condições." (HABERMAS, 2004, p.108), aludindo ao princípio liberal da igualdade. Para Michael Sandel (2013) os argumentos liberais não seriam suficientes para refutar a *eugenia liberal*, no entanto, Habermas apresenta outro argumento de maior profundidade que transcende as considerações liberais ou pós-metafísicas: a única maneira de se sentir livre, de vivenciar a própria liberdade, é imputar a própria procedência a um início indisponível - Deus ou a natureza -, que escapa ao controle de *outras* pessoas. (HABERMAS, 2004, p.81; SANDEL, 2013, p.93). Nesse ponto há uma convergência entre os autores. Na opinião do autor desta Tese, a argumentação última é essencialmente teológica. Por isso, passa-se a conhecer a opinião do filósofo que tem conseguido separar política de religião no trato de questões *moralmente controversas*: Ronald Dworkin.

Sobre a engenharia genética, assim se manifesta aquele filósofo:

O terror que muitos de nós sentimos ao pensar na engenharia genética não é um medo do que está errado; pelo contrário, é o medo de perder o pulso sobre o que está errado. Não temos o direito - seria uma grave confusão - de pensar que até as mudanças mais avassaladoras na fronteira entre a sorte e a opção de algum modo desafiem a própria moralidade, de forma que um dia não haverá mais certo ou errado. (DWORKIN, 2011, p.635).

Em uma espécie de retorno à Técnica prometeica, Dworkin (2011) fala em brincar de Deus, que para ele é o mesmo que brincar com fogo. Porém, ressalta que se o ser humano tem a técnica a sua disposição - metaforizada pela perigosa descoberta e domínio do fogo - também precisa evitar *uma queda-livre moral*, precisa refletir contra o pano de fundo novo (que inclui as biotecnologias) e cujos resultados podem ser imprevisíveis. Dworkin apresenta sua própria moralidade crítica que diz basear-se em ideais humanistas éticos e lhe denomina de individualismo ético. Apresenta os dois princípios que vinculam essa linha ética à definição do valor associado à vida humana: o primeiro afirma que é *objetivamente importante que qualquer vida humana*, uma vez iniciada, tenha direito a êxito, isto é, seja bem-sucedida. Dois aspectos precisam ser esclarecidos, pois o autor é favorável à liberdade de se optar pelo aborto³⁸, portanto, quando ele se refere a uma vida iniciada, significa que esta foi a opção de quem, por direito, pode decidir assim. O outro aspecto é o mencionado caráter *objetivamente importante de qualquer vida humana*; com isso, todas as vidas humanas, a própria e a próxima ou a distante, devem ser motivo de responsabilidade e razão da consideração de todos, reciprocamente. Já o segundo princípio da proposta ética assegura que a responsabilidade exigida no primeiro confere o direito (individual) de se tomar decisões fundamentais que definam para si o que seja uma vida bem-sucedida. Dworkin conclui, sem fazer nenhuma referência explícita à *eugenia liberal*, manifestando-se favoravelmente aos avanços da engenharia genética, pois

se brincar de Deus significa lutar por aprimorar nossa espécie, trazer aos nossos projetos conscientes a resolução de aperfeiçoar o que Deus de maneira deliberada, ou a natureza, às cegas, fez evoluir no decorrer dos tempos, então o primeiro princípio do individualismo ético rege tal luta, e seu segundo princípio proíbe, na ausência de provas concretas de perigo, que se impeçam os cientistas e médicos de travá-la. (DWORKIN, 2011, p.644).

Nesse mesmo sentido, na revista *Time*, Arthur Caplan, Diretor do Centro de Bioética da Universidade da Pensilvânia, exorta a sociedade a refletir e discutir sobre o tema com o objetivo de se estabelecerem as premissas para o desenvolvimento e uso da engenharia genética e de se evitar a sua aplicação cega,

³⁸ Veja-se Domínio da vida (DWORKIN, 2009).

desenfreada - opinião muito semelhante à de Sloterdijk. No artigo referido, Caplan (2011)³⁹ afirma que

Cientistas renegados ou loucos totalitários não são as pessoas mais capazes de abusar da engenharia genética. Eu e você somos - não porque sejamos maus, mas porque queremos fazer o bem. Num mundo dominado pela competição, os pais compreensivelmente vão querer dar a seus filhos todas as vantagens (...). A maneira mais provável pela qual a eugenia vai entrar em nossas vidas é pela porta da frente, quando pais ansiosos, submergidos na publicidade, no marketing, nas modas, começarem a lutar para assegurar que seus rebentos não fiquem para trás na corrida genética. Tradução de José Oscar de Almeida Marques (2002, p.10).

Apesar de tantas posições contrárias e outras tantas favoráveis, a biotecnologia tem avançado sem que se alcance um acordo moral a respeito do *caráter interminável das discordâncias* (MACINTYRE, 2001). E ainda não se falou nesta Tese em Ética Aplicada, que será abordada no tópico do Biodireito.

A grande dificuldade parece já começar na associação de engenharia genética à eugenia clássica, seja negativa, positiva, galtoniana, nazista, de aperfeiçoamento ou de eliminação ou liberal. Deve-se ter em conta o *fato* da engenharia genética, inafastável, inexorável, porém sobre o qual se vislumbra uma possibilidade de consenso: um discurso amplo envolvendo ética, medo, necessidades, autonomia, liberdade, reponsabilidade e tolerância, que apele ao *exercício das boas razões* e opere o que Fratini (1980) chama de *relacionismo*:

É muito mesquinho obrigar a verdade a lutar contra a verdade. E é exatamente daí que nasce uma profunda desconfiança para com as éticas e para com as religiões, ao vê-las digladiarem-se entre si, ciosas em descobrirem umas as mazelas das outras. Um pacificador dirá que todas elas são verdadeiras; um gozador dirá, a bom direito, que todas elas são falsas. Já um crítico sereno descobrirá facilmente que todas elas têm em si sinceras e preciosas verdades, sem serem todavia a verdade. O pacificador acabará sendo um relativista, amigo de ninguém por pretender ser amigo de todos; o gozador acabará sendo gozado; o lógico encontrará no relacionismo um fundamento para sua paz e dos outros. (FRATINI, 1980, p.218).

Portanto, a proposta de uma paz moral, além de considerar todo o procedimento preconizado por Habermas e seus afiliados quanto à teoria discursiva

³⁹ Renegade scientists and totalitarian loonies are not the folks most likely to abuse genetic engineering. You and I are--not because we are bad but because we want to do good. In a world dominated by competition, parents understandably want to give their kids every advantage (...). The most likely way for eugenics to enter into our lives is through the front door as nervous parents--awash in advertising, marketing and hype--struggle to ensure that their little bundle of joy is not left behind in the genetic race. (CAPLAN, 2011).

- envolvendo-se democracia e adequação - compreende o que Adela Cortina (2001; 2009) propõe como *ética mínima*. Nessa proposta, cinco aspectos de um mínimo ético são considerados. O primeiro é a liberdade como participação e como independência; isto é, liberdade como autonomia moral, em que uma pessoa pode optar ou rejeitar, desde que suas escolhas não causem danos a terceiros, além da autonomia política. O segundo trata-se da igualdade, de condições e oportunidades (ainda que mínimas) para se alcançar uma situação material mínima necessária a uma vida digna, que requer também condições sociais e culturais. O terceiro aspecto é a solidariedade, necessária num mundo tão desigual e condição essencial para a realização da liberdade e da igualdade. O quarto aspecto é a tolerância que a autora evoluiu para *respeito ativo* de modo a assegurar o reconhecimento que permite a inclusão do outro. E, por fim, o quinto aspecto cuida do diálogo, o princípio discursivo é requisito essencial para se criarem pacífica e participativamente normas básicas de convivência. (CORTINA, 2001; 2009).

Stefano Rodotà (2009; 2010) também se manifesta contrário às técnicas de aperfeiçoamento genético e de clonagem. Com respeito ao diagnóstico genético pré-implantatório - DGPI - contra os quais Habermas se coloca de maneira bastante radical, Rodotà (2009) comenta a legislação permissiva da Itália, apesar de considerá-la bastante rigorosa quanto à proteção do embrião. Também apresenta a situação inglesa, em que o diagnóstico e consequentes anomalias detectadas - sobretudo aquelas que demandam a seleção embrionária pelo sexo - são submetidas a uma análise casuística pela autoridade competente; no caso, a Human Fertilization and Embriology Authority. Na legislação inglesa não se trata da lógica binária - vetado e permitido. A seleção embrionária é admitida mediante a análise do caso concreto, do que não decorre uma restrição absoluta, tampouco uma liberdade plena. O que torna importante prosseguir numa reflexão, agora, sobre Liberdade e Direito.

3 DIREITO E LIBERDADE

Liberdade - essa palavra
que o sonho humano alimenta:
que não há ninguém que explique,
e ninguém que não entenda!
Cecília Meireles (1989)⁴⁰.

De início, será tentado um paralelo entre os três modelos de ética apresentados e três correntes do pensamento filosófico sobre a liberdade. Da ética kantiana decorre um conceito de liberdade como o poder pleno e incondicional da vontade para autodeterminar-se, sob quaisquer circunstâncias (CHAUÍ, 1995, p.357 e seg.). Esse tratamento incondicional é evidenciado quando Kant nega um *direito de necessidade*, pois "não poderia haver necessidade alguma que fizesse o que é injusto se conformar à lei." (KANT, 2010, p.57). Depois da abordagem das necessidades humanas, o acaso, as contingências e a formação (desenvolvimento) moral do ser humano tornaram essa visão de liberdade insatisfatória.

A ética utilitarista agrega um conceito de liberdade tão tentador quanto ela própria. No Ensaio sobre a liberdade, Stuart Mill assim se manifesta:

A única parte da conduta de qualquer pessoa, pela qual ela está submissa à sociedade é aquela que concerne aos outros. Na parte que meramente concerne a si próprio, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano. (MILL, 2006b, p.28).

Antecipando-se à *guinada linguística*, Stuart Mill acrescenta à suas ideias que "A liberdade, como princípio, não se aplica a qualquer estado de coisas anterior à época em que a humanidade esteve apta a ser melhorada através da discussão livre e igualitária." (MILL, 2006b, p.28). Isso torna o conceito de liberdade maleável, suscetível a limitações e necessidades, essa última tomada em sentido amplo, compreendendo o acaso e a contingência.

Segundo Marilena Chauí (2009), a tradição filosófica fixou a distinção entre necessidade e liberdade, a partir do que é dado *pela natureza* e o que é produzido *pela vontade*. Tanto o acaso como a contingência se opõem à liberdade e representam um desafio (vencível) a ela. Aqui se apresenta a liberdade vinculada à noção de "possibilidade objetiva". Isto é, trata-se da liberdade de "fazer alguma

⁴⁰ Romanceiro da Inconfidência, Cecília Meireles (1989, p.108).

coisa". (CHAUÍ, 1995, p.362). Para Hanna Arendt (2007, p.208), "somente quando o quero e o posso coincidem a liberdade se consuma." Justamente por isso, pode-se afirmar que

A liberdade não se encontra na ilusão do "posso tudo", nem no conformismo do "nada posso". Encontra-se na disposição para interpretar e decifrar os vetores do campo presente como possibilidades objetivas, isto é, como abertura de novas direções e de novos sentidos a partir do que está dado. (CHAUÍ, 1995, p.363).

No campo do Direito, já foi apresentada a liberdade pela ótica utilitarista de Stuart Mill e em referência à ética kantiana, pode-se afirmar que

A liberdade (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal, é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes. Este princípio de liberdade inata implica as seguintes competências, que não são realmente distintas dela (como se fossem integrantes da divisão de algum conceito superior de direito): a igualdade inata, isto é, a independência de ser obrigado por outros a mais do que se pode, por sua vez, obrigá-los. (KANT, 2010, p.58-59).

Na afirmação acima, a liberdade é abordada sob a perspectiva político-jurídica liberal (FELDHAUS, 2011, p.4). Essa ideia, também para Gomes (2007, p.99), estaria vinculada a um conceito liberal de direito, isto é, "o direito como coexistência das liberdades empíricas de acordo com a lei universal de igualdade de direitos dos sujeitos." Em sentido semelhante, mas acrescentando a responsabilidade como marca essencial da liberdade, afirma Maria de Fátima Sá:

Ser livre é estar disponível para fazer algo por si mesmo. Nesse sentido, a liberdade afigura-se como a possibilidade de decidir e, ao decidir, autodeterminar-se. Mas a liberdade pressupõe responsabilidades do indivíduo para consigo mesmo e ante a comunidade. (SÁ, 2003, p.5).

Por sua vez, Habermas apresenta o conceito de liberdade de ação subjetiva em que os direitos subjetivos "estabelecem os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente sua vontade. E eles definem liberdades de ação iguais para todos os indivíduos ou pessoas jurídicas, tidas como portadoras de direitos." (HABERMAS, 2003b, p.113). Para Feldhaus (2011), o conceito de liberdade habermasiano também está vinculado à possibilidade de o agente se identificar com seu próprio corpo e com sua biografia. "Em síntese, a liberdade é em

Habermas um conceito normativo; contudo, tem uma base física." (FELDHAUS, 2011, p.14). Porém, deve-se realçar a distinção que Habermas faz entre *liberdade subjetiva* e *liberdade comunicativa*⁴¹, associando essa última à autonomia cidadã, inerente à *esfera pública*, em que se asseguram os direitos fundamentais.

3.1 Direitos fundamentais, direitos humanos e liberdades públicas

Desde que me entendo, vejo eleitores e urnas. Às vezes, suprimem os eleitores e as urnas, bastam livros. Mas é bom um cidadão pensar que tem influência no governo, embora não tenha nenhuma. (Graciliano Ramos)⁴².

Sobre os direitos fundamentais, liberdades públicas e direitos humanos, há um consenso elementar – trata-se de direitos, sejam do homem ou para o homem. (ASCENSÃO, 2006; BALLESTEROS, 1992; BOBBIO, 2004; COMPARATO, 2001; SALGADO, 1995; SAMPAIO, 2004). A doutrina tem sido pródiga na *abordagem* desses direitos, não havendo, porém, um consenso sobre sua conceituação e fundamentação. (SAMPALIO, 2004).

As liberdades públicas compreendem os direitos inerentes ao ser humano, que o Estado deve reconhecer, ordenar e respeitar, circunscrevendo-os no plano positivo, por meio da legislação. As liberdades públicas trouxeram em seu nascedouro uma forte conotação de direito negativo, delimitando as esferas dos poderes públicos na relação com o indivíduo ou com a sociedade. Contemporaneamente, têm sido acrescentadas outras liberdades públicas, traduzidas em prestações ou ações positivas por parte do Estado em relação ao indivíduo ou à sociedade, sobretudo no campo social (BARROS, 2006; BITTAR, 2004; DINIZ, 1998a; JABUR, 2000).

Os direitos humanos representam marcos de revoluções. São direitos que visam a proteção da pessoa humana abstratamente. Pode-se exemplificá-los por meio do *Bill of Rights*, da Declaração de Independência das 13 Colônias, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ou da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Tais direitos foram instituídos para assegurar, ainda que formalmente, a liberdade e a vida de todos os seres humanos. Na opinião de Bryan Tierney (2001, p.5), a ideia de direitos humanos é uma ideia moral. Não se refere a

⁴¹ Veja-se o Estudo prévio, em Teoria da argumentação jurídica, de Chamon Júnior (2009).

⁴² Na obra São Bernardo, Graciliano Ramos, criticando os *direitos políticos*. (RAMOS, 2008, p.77).

direitos que as pessoas podem somente exercer em uma dada sociedade, mas a direitos que têm que ser reconhecidos em todas as sociedades, porque são indispensáveis para a realização de algumas necessidades e propósitos básicos do ser humano. Nesse mesmo sentido, afirma Salgado (1995). Os direitos humanos seriam direitos fundamentais, aplicáveis à pessoa natural, pelo único fato de ser pessoa humana. (COMPARATO, 2001; TIERNEY, 2001).

Por sua vez, os direitos fundamentais, que se confundem com os direitos humanos, assim se manifestaram por serem formalizados nas constituições dos diversos Estados, compondo-lhes os respectivos ordenamentos jurídicos. Em relação ao Estado Moderno,

os Direitos Fundamentais representam a constitucionalização daqueles Direitos Humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos. (GALUPPO, 2003, p.233).

Deve-se compreender aqui o alto grau de justificação como sendo diferente do *consensus omnium gentium* referido por Bobbio (2004, p.26). O alto grau de justificação é produto de construções que irão atribuir aos direitos fundamentais, além de positividade e coercitividade, pretensão de legitimidade. (Galuppo, 2003, p.232). Isso lhes confere o caráter histórico e contingente, além de necessitarem de uma justificação racional, atendendo ao que Habermas (2003b, 2003c) denomina de tensão entre validade e facticidade.

Em outra via, há a distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais sob o ponto de vista formal:

Enquanto aqueles [os direitos humanos] são tratados pela ciência do Direito como prerrogativas que se colocam até mesmo acima de qualquer ordem posta, estes [os direitos fundamentais] são o fundamento da ordem posta. Os direitos humanos são anteriores aos direitos fundamentais ou podem até mesmo surgir concomitantemente com eles, mas são tratados didaticamente como prerrogativas materiais, que se aproximam do senso ético ou moral, já com vestes de juridicidade. (...) Já os direitos fundamentais são declarados formalmente pelos ordenamentos jurídicos. (BROCHADO, 2006, p.124).

Os direitos fundamentais podem ser classificados, segundo o seu surgimento e evolução no tempo, a partir de seu conteúdo essencial. Habermas (2003b, p.107) menciona a classificação de T.H. Marshall, que os dividiu em três classes, em

direitos civis, políticos e sociais. Os primeiros seriam os direitos liberais de defesa que protegeriam o sujeito de direito privado em face do Estado, garantindo os direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Os segundos permitiriam ao cidadão ativo a participação no processo político. E os últimos assegurariam um rendimento mínimo, no plano econômico, e, no plano social, segurança.

Seguindo a doutrina geral⁴³ Lorenzetti (1998, p.151) classifica os direitos fundamentais em graus ou gerações, registrando uma evolução histórica. Assim, tem-se, como primeira geração, a liberdade negativa. Cuida-se de pôr limites à atividade do Estado, uma reação ao absolutismo, à tirania, à arbitrariedade. Os principais exemplos são os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à integridade física. A segunda geração trata dos direitos econômico-sociais que refletem o paradigma do Estado Social e dizem respeito ao direito ao trabalho, a uma habitação digna, à saúde. Se os direitos da primeira geração representavam uma necessidade de abstenção do Estado ante o indivíduo, os direitos sociais representam exatamente o contrário. Carecem da intervenção efetiva do Estado para se implementarem e têm sido os mais marcadamente não-afirmados dentre os direitos fundamentais. Como terceira geração, apresentam-se os direitos difusos e outros coletivos, com a maior parte deles sempre interessantes a uma coletividade em geral, isto é, de titularidade difusa. Exemplifica-se com o direito a uma boa qualidade de vida, à proteção do meio ambiente, à proteção do consumidor, entre outros. Por fim, como quarta geração, têm-se os direitos derivados da liberdade que podem ser nominados como o direito de ser diferente. Estão relacionados à liberdade de se decidir como ser, como agir, como se manifestar. Como exemplos cita-se o direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, ao suicídio assistido, à eutanásia, ao casamento homossexual, dentre outros. (LORENZETTI, 1998, p.151 e seg.).

Alguns autores criticam a divisão dos direitos em gerações, a exemplo de Joaquim Salgado (1995), para quem os direitos fundamentais se sobrepõem; não vieram todos juntos, tampouco de uma só vez. Enquanto em algumas sociedades os direitos de uma *geração* já existiam, em outras, o processo se consolidava mesclando as *gerações*.

⁴³ Os primeiros trabalhos que se tem conhecimento a conferir as dimensões geracionais aos direitos humanos foram de T.H.Marshall, em 1963 e Karel Vasak, em 1979, conforme a obra de Sampaio (2004, p.259).

Como as cartas constitucionais que positivaram tais direitos sempre realçaram a necessidade e o compromisso dos Estados com a sua implementação, fala-se também num direito ao desenvolvimento. Para Perlingieri (2002, p.158), saúde é a integridade psicofísica, traduzida como o livre e saudável desenvolvimento da pessoa humana. Trata-se, então, do direito ao desenvolvimento, um direito fundamental, a permear todas as gerações acima apresentadas.

Sarlet (2007) prefere o termo dimensões a gerações, certamente valorizando não só a época de nascimento dos direitos, mas também as suas características, o seu conteúdo. Prosseguindo, os direitos de quarta geração ou dimensão compreenderiam, por exemplo, direitos de solidariedade, direito à paz, ao meio ambiente saudável e àqueles oriundos dos avanços biotecnológicos. (BROCHADO, 2006, p.125). Fazendo-se uma analogia com a ideia de Brochado (2006, p.127), os direitos fundamentais poderiam ser agrupados em duas categorias, a dos direitos-fim e a dos direitos-meio. Os direitos-fim seriam aqueles necessários para se garantir o livre e saudável desenvolvimento do indivíduo, em si mesmo considerado, como sujeito ativo de relações sociais e assujeitado a elas. Tais direitos, baseando-se na classificação anteriormente apresentada, estariam constitucionalmente assegurados pelas normas definidoras de direitos e, em princípio, teriam eficácia plena e imediata. Por outro lado, as garantias e princípios processuais enunciados (não exaustivamente) na Constituição brasileira seriam exemplos de direitos-meio. Trata-se também de direitos necessários para se alcançar a eficácia dos demais.

Com respeito às várias funções a que os direitos fundamentais podem se destinar, Sarlet (2007, p.272) os classifica em dois grandes grupos. No primeiro, estariam os direitos de defesa, compreendendo os direitos de liberdade, de igualdade, as garantias e a parte dos direitos sociais que seriam as liberdades sociais e os direitos políticos. No segundo grupo, estariam os direitos a prestações, compreendendo os direitos à proteção, à participação na organização e procedimento estatais e os sociais de natureza prestacional. Em outras palavras,

Se os direitos de defesa, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade, o mesmo não ocorre com o direito a prestações. Estes, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas, que levaram boa parte dos autores a negar-lhes aplicabilidade imediata e, em razão disto, plena eficácia. (SARLET, 2007, p.272).

Outra dificuldade que se apresenta à efetivação dos direitos fundamentais diz respeito às novas características do Ordenamento Jurídico. Hoje, o ordenamento caracteriza-se por ser um sistema aberto, constituído por regras e princípios, preenchidos por cláusulas gerais e conceitos indeterminados. (AZEVEDO, 2004; NAVES, 2003a). Essa compreensão demanda uma competência interpretativa ainda não plenamente dominada (ou pacificada) pelo meio jurídico.

Outro aspecto a influir diretamente na eficácia dos direitos fundamentais é o que Lorenzetti (1998, p.162) denominou de "inflação de direitos", provavelmente inspirado em Carbonnier (2001). No mesmo sentido, Ferraz Júnior, inspirando-se em Luhmann, chamou de *trivialização*:

(...) a proliferação de direitos fundamentais, a princípio, conjunto de supremos direitos individuais e, posteriormente, de direitos sociais, políticos, econômicos aos quais se acrescem hoje direitos ecológicos, direitos especiais das crianças, das mulheres, etc, provocou, progressivamente, a sua trivialização. Uma coisa se torna trivial quando perdemos a capacidade de diferenciá-la e avaliá-la, quando ela se torna tão comum que passamos a conviver com ela sem nos apercebermos disto, gerando, portanto, alta indiferença face às diferenças. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p.171).

A princípio, poderia parecer salutar a ampliação cada vez mais intensa do rol dos direitos fundamentais - todos estariam sendo atendidos em seus anseios e necessidades e a proteção seria, paradoxalmente, específica e generalizada. Porém, a proliferação dos direitos fundamentais mina-lhes a força da exigência. Por resultado do fenômeno tem-se a ineficácia. (LORENZETTI, 1998, p.162).

Ainda com respeito à ineficácia⁴⁴, em uma conferência para juristas, Norberto Bobbio ressaltou que o problema contemporâneo grave em relação aos direitos do homem não era mais o de fundamentá-los, mas de protegê-los:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 2004, p.25).

⁴⁴ Em prol da afirmação e como remédio à ineficácia, Flávia Piovesan (2000) propugna pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a União Europeia já mantém uma Corte para os Direitos Humanos.

Pode-se concluir, a partir da obra de Comparato (2001, p. 445 e seg.), que a pouca eficácia dos direitos fundamentais deve-se a um descolamento da técnica que propiciou um supercapitalismo, com o predomínio do plano econômico, em relação à ética, que, incapaz de afirmar a política, muito colaborou para a submissão do plano social ao econômico.

Após o que se discorreu sobre os direitos fundamentais, torna-se bem evidente o seu vínculo com o Direito Público. A questão agora será compreender o que é a esfera pública e o que é a esfera privada e a vinculação desses espaços jurídicos aos direitos fundamentais. As esferas pública e privada, ainda que distintamente visíveis, estão progressivamente se entrecruzando. A existência apartada dessas esferas é essencial ao Estado não-totalitário, embora a fronteira entre elas seja bastante nebulosa. (UBILLOS, 2003, p.305). As distinções clássicas⁴⁵ entre o Direito Público e o Privado baseadas na natureza da matéria ou das relações a serem reguladas ou pelas características das normas que regulam os distintos ramos têm ensejado novas caracterizações. Nesse sentido:

(...) o Direito Público seria o que protege interesses preponderantemente públicos, regulando relações jurídicas de subordinação; o Direito Privado diz respeito a interesses preponderantemente particulares, regulando relações jurídicas de coordenação. (BETIOLI, 1995, p.196).

Para Alexy (1997, p.511), a diferença entre os âmbitos público e privado se dá de acordo com a relação e com a titularidade dos direitos. Isto é, a relação Estado e cidadão, em que esse último é o titular de um direito fundamental, refere-se à esfera pública. Já uma relação entre cidadãos, em que ambos são titulares de direitos fundamentais, circunscreve-se à esfera privada.

Registra-se o trabalho, especialmente por ser de vanguarda, em que Michele Giorgianni, na década de 1960, já prognosticava a necessidade da publicização ou socialização do Direito Privado. Se esse ramo do Direito trazia um forte viés econômico desde o seu nascedouro, àquela época já se mostrava necessária a sua aderência à realidade social vigente. Ressaltava-se, ainda, a importante contribuição

⁴⁵ Caio Mário propugna pela distinção que associa elementos objetivo e subjetivo. O Direito Público teria por finalidade regular as relações dos Estados entre si, ou dos Estados com os seus súditos, procedendo de maneira soberana e atuando na tutela do bem coletivo. Já o Direito Privado seria o que disciplina as relações entre os indivíduos, com o predomínio imediato do interesse particular. (PEREIRA, 1999, p.13). Orlando Gomes, por seu turno, abdica do interesse e do fulcro no sujeito, para buscar no aspecto formal a distinção. O critério objetivo adotado é essencialmente o econômico, portanto Direito Privado seria aquele pertinente às relações econômicas. (GOMES, 1999, p.14).

do Direito Privado quanto à possibilidade de impor o uso de seus instrumentos à atividade econômica do Estado e dos entes públicos. (GIORGIANNI, 1998). No tocante à necessária socialização do Direito Privado e da intersecção desse com o Direito Público, novos doutrinadores também comungam das ideias acima. (CORDEIRO, 2005; TEPEDINO, 2004). Assim,

A interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o estado. (...) Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. (TEPEDINO, 2004, p.19).

Ainda no aspecto da socialização, percebe-se cada vez mais crescente a necessidade de se despojar o Direito Privado do caráter eminentemente bilateral-individualista para o caráter de coletivo-socializado. Duas ideias merecem destaque, a primeira pugna pela busca no Código Civil, ou ainda, no Direito Privado, da tutela dos direitos fundamentais⁴⁶; a outra ideia diz respeito à necessária leitura do Código Civil, ou da aplicação do Direito Privado, à luz da Constituição. Apesar de a leitura ter sido sempre vinculada à Constituição vigente, havia uma tendência a ater-se à força da *letra fria* dos códigos. Sobre a proteção aos direitos fundamentais a partir do Direito Privado, Lorenzetti (1998) procura apresentar o Direito Privado como garantia de acesso a bens, como limite ao poder⁴⁷ e como proteção ao indivíduo. Sendo o indivíduo considerado, agora, como componente de relações não mais bilaterais, mas estruturais, respeitando-se, como se disse acima, o caráter de coletividade do Direito Privado.

Com respeito aos direitos fundamentais, sobretudo os da pessoa humana, que se encontram na Constituição e no Código Civil, há um questionamento interessante de Canotilho (2003, p.339-357): os pressupostos dos direitos fundamentais pessoais postos na Constituição são iguais aos pressupostos daqueles direitos positivados no Código Civil? A resposta seria negativa, uma vez que os direitos fundamentais são históricos e os diplomas legais em referência

⁴⁶ Na verdade, além da tutela, o Direito Privado também deve garantir instrumentalmente a realização de direitos fundamentais.

⁴⁷ O limite ao poder é tratado de forma genérica, tais como o poder Estado-indivíduo, Estado-coletividade, coletividade-cidadão, grupos-indivíduo, indivíduo-indivíduo, maiorias-minorias, dentre outros.

tiveram gêneses diversas, assim como diversas suas pretensões de validade e de abrangência. Porém, Tepedino (2003, p.130) refere-se à "espinhosa tarefa de temperar o desajuste legislativo", privilegiando-se o tratamento constitucional do Direito Civil.

Quanto ao tratamento constitucional do Direito Privado, no Brasil, a ideia ganhou força após a Constituição de 1988 e com o advento do novo Código Civil. Porém, como já se referiu ao trabalho de Giorgianni⁴⁸ - da década de 1960 - já se tratava das fronteiras atuais do Direito Privado, falando-se de constitucionalização e da "'função social' do direito subjetivo". (GIORGIANNI, 1998, p.45). Também merece referência a obra de Perlingieri (2002) a tratar do Direito Civil constitucional. No Brasil, vários doutrinadores deram destaque ao tema da constitucionalização do Direito Privado, com ênfase para Amaral (2006), Tepedino (2004), Sarlet (2003), Moraes (1991), Ribeiro⁴⁹ (1998), Lôbo (2003), Fachin (2000), dentre outros. Ao se tratar dos novos aspectos prioritários na Constituição de 1988 - aspectos existenciais em detrimento do histórico patrimonialismo do direito civil - deve-se considerar que

qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida quotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em conseqüência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada. (MORAES, 1991, p.68).

Em posição semelhante, Tepedino (2004), ao tratar da intervenção direta do Estado nas relações de Direito Privado, procura demonstrar que não há um agigantamento do Direito Público, mas uma nova perspectiva de interpretação do Direito. Pensamento semelhante se encontra em Andrade (2003, p.271), ao afirmar que é preciso "que o estado regule os mecanismos econômicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias à transformação da sociedade

⁴⁸ O trabalho "O direito privado e suas atuais fronteiras", foi editado na Itália, em 1961. Toma-se por base a tradução para o Português, de 1998.

⁴⁹ Joaquim de Souza Ribeiro, autor português, em conferência cujo tema versava sobre constitucionalismo e o Código Civil brasileiro.

numa perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem estar." Nesse sentido,

A interpretação do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o Estado. (...) a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual. (TEPEDINO, 2004, p.19 e 21).

Os direitos fundamentais foram concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado; isto é, na sua gênese, tinham por destinatário apenas o Estado. "Os direitos fundamentais eram vistos, deste modo, como um instituto específico das relações entre os indivíduos e o Estado, consagrado com um fim determinado: a salvaguarda da liberdade individual e social." (ANDRADE, 2003, p.273). O Estado assegurava a obrigatoriedade (jurídica) de respeito recíproco aos direitos fundamentais por parte dos concidadãos, mas não era compreendida como ínsita a tais direitos fundamentais. A normatização garantidora e protetora daqueles direitos circunscrevia-se no âmbito do Direito Privado e do Direito Criminal. Se um indivíduo em suas relações particulares sofresse um atentado em sua integridade física, buscava-se tutela no Direito Penal. Se o caso fosse de uma lesão a direito real, buscava-se proteção no Direito Civil. Em ambos os exemplos, não se invocaria o direito fundamental, apesar de constitucionalizado. A situação começa a mudar com a força irradiante dos direitos fundamentais sobre todo o sistema jurídico. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como hoje é tratada, foi denominada eficácia sobre terceiros, ou *Drittwirkung*, e teve origem na Alemanha.

Em 1954, a doutrina da *Drittwirkung* foi formulada por H.C.Nipperdey, em trabalho doutrinário. A partir de uma decisão de uma das seções do Tribunal Federal do Trabalho, de que o Juiz Nipperdey era o presidente, reconheceu-se a relevância direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas. Postulou-se que os direitos fundamentais contêm princípios ordenadores para a vida social de caráter vinculante e de aplicação imediata às relações jurídico-privadas. (UBILLOS, 2003, p.307). A razão de tal decisão residia na assimetria de poder econômico e social verificada naquele caso concreto. Assumiu-se que havia entidades privadas com tal poder econômico e social que as equiparavam ao Estado. Sendo, portanto, legítimo

invocar certos direitos fundamentais, tais como, o direito à dignidade humana, ao livre desenvolvimento da personalidade, à não discriminação, o princípio da isonomia entre homens e mulheres, dentre outros. Aquele juiz também argumentava que se o legislador deixasse de concretizar, por meio de sua função legiferante, os valores e princípios constitucionais, o juiz poderia buscar diretamente na constituição a fundamentação para a solução dos casos concretos. (FACHINNI NETO, 2003, p.41). É interessante observar no pensamento de Nipperdey dois fenômenos jurídicos, quais sejam, a constitucionalização do direito civil e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

De certa forma decisões como a apresentada concorreram para uma equiparação entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, abrindo nova perspectiva para a compreensão das esferas pública e privada. Dessa forma, o direito à dignidade humana, ao livre desenvolvimento da personalidade, à não discriminação e o princípio da isonomia entre homens e mulheres, serão úteis e indispensáveis para se determinar se há o direito a só se ter filhos perfeitos.

3.2 Autonomia privada e direitos da personalidade

O homem só é feliz à condição de ser livre. Só é livre, quando responsável. E só é responsável se os motivos de sua conduta estão dentro e não fora dele. (VILLELA, 1982, p.32).

Ao desenvolver sua ética, Kant vinculou a liberdade à *autonomia da vontade*, que acabou por se tornar marca do Estado Liberal. O filósofo afirmou que a autonomia é "o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional." (KANT, 2006, p.66). Considerando como uma evolução moral, posteriormente, a autonomia é tratada como *autonomia privada* e alçada à condição de princípio jurídico, com o aval de doutrinadores como Pereira (1999), Cordeiro (2005), Amaral (1999), dentre outros. Dessa forma, a autonomia privada

é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.

Sinônimo de autonomia da vontade, para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão "autonomia da vontade" tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real. (AMARAL, 2006, p.345).

Acredita-se ser a preferência pela expressão autonomia privada fruto de uma maior e melhor delimitação do Direito Privado, com a evolução dos paradigmas de Estado. Particularmente, com o advento do Estado Democrático de Direito, que surge, portanto, de uma crise de legitimidade: o cidadão deixa de ser o sujeito passivo da tutela estatal, passando a ter participação ativa na vida do Estado. Não mais se concebe um poder estatal que não seja legitimado. E, para isso, há que se ter na sociedade pluralista, livre, justa e solidária, os espaços para o diálogo, para as interações positivas, garantidos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao compreender-se a autonomia privada como princípio jurídico, percebe-se o seu sentido numa perspectiva relacional, pois a ideia de autonomia "pressupõe socialidade, intersubjetividade". (NAVES, 2003b, p.83). O exercício da autonomia privada é assegurado por liberdades subjetivas ou direitos da personalidade.

Todos os direitos integrantes, explícita ou implicitamente, do ordenamento jurídico que visam dar conteúdo à personalidade seriam considerados como direitos da personalidade (CUPIS, 2004, p.23). Porém, "na linguagem jurídica, esta denominação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo." (CUPIS, 2004, p.24). Assim Orlando Gomes conceitua tais direitos:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade. (GOMES, 1999, p.148).

No Projeto⁵⁰ brasileiro, mencionam-se os direitos à vida, à honra e à liberdade, em caráter exemplificativo, e se disciplinam os atos de disposição do próprio corpo, vivo ou morto, o tratamento, o exame e a perícia médicos, o direito à imagem, o direito moral do autor e o direito ao nome. (GOMES, 1966, p.5).

Reiterando a conceituação acima, os direitos da personalidade não representam *numerus clausus*, nem no Código Civil, tampouco na Constituição. Buscando uma distinção entre as categorias dos direitos humanos/fundamentais e direitos da personalidade, Gustavo Tepedino, baseando-se em Fabio de Mattia⁵¹, conclui que

⁵⁰ Projeto de Orlando Gomes para substituir o Código Civil de 1916, que não teve prosseguimento.

⁵¹ Um dos responsáveis pela conceituação de direitos da personalidade na Enciclopédia Saraiva do Direito (1979).

os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que, quando se fala dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas. (TEPEDINO, 2004, p.33).

José de Oliveira Ascensão (2006) nega a identidade entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. O autor também vai mais longe, negando até a tutela plena dos direitos da personalidade, mesmo quando integrados aos direitos fundamentais. Ao se confrontarem os elencos dos direitos fundamentais com aqueles dos direitos da personalidade, tal qual uma interseção de dois círculos, não haveria total coincidência, “algo fica de fora”. (ASCENSÃO, 2006, p.46). Busca-se a resposta na essência de cada uma dessas categorias. No núcleo dos direitos da personalidade figura a defesa da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a base dos direitos fundamentais está na “conformação de relações que se desenvolvem na sociedade politicamente organizada.” (ASCENSÃO, 2006, p.46 e seg.). Enquanto os direitos da personalidade se voltam, sobretudo, à realização da pessoa como indivíduo, sem menosprezar o solidarismo, os direitos fundamentais buscam garantir uma harmonização da comunidade, a *estabilização das expectativas sociais*.

A compreensão que será adotada nessa tese não distingue direitos da personalidade de direitos fundamentais, sendo tratados como liberdades subjetivas a serem reconhecidas igualmente a todos "na maior medida funcionalmente possível." (CHAMON JÚNIOR, 2010, p.41). Uma vez que

Direitos da personalidade, pois, não são diferentes dos direitos fundamentais que limitam e constituem, enfim, que garantem as liberdades subjetivas que permitem aos sujeitos levarem adiante, de maneira juridicamente referida, o desenrolar de sua concepção de vida boa e seu projeto de autorrealização sem interferência de outra concepção pretensamente entendida por ela mesma como "melhor" ou "correta". (CHAMON JÚNIOR, 2010, p.44).

Ainda para Chamon Júnior (2010), são esses direitos os garantidores de uma *moderna* compatibilização das esferas de liberdade de todos. Quando lhes reconhecem a todos, indistintamente, os direitos fundamentais, consubstancia-se o *princípio da dignidade da pessoa*.

3.3 Dignidade da pessoa humana

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. Kant (2006, p.65).

De início, procura-se diferenciar a dignidade e o modo como ela se afirma e se manifesta na realidade (jurídica) humana. Boécio (2014), ao definir pessoa - *substância individual de natureza racional*⁵² - parece ter fornecido a chave para a questão. Mais de dez séculos antes da Renascença e outros mais ainda do Iluminismo, a natureza racional do ser humano determinou sua dignidade. Ainda numa vereda metafísico-teológica, no fato de ser humano e de se compreender humano repousaria a dignidade, que poderia se traduzir pela *centelha divina* - consciência moral (*scintilla conscientiae*) - habitando em todos os seres humanos, ou pairando sobre todos eles - a *sindérese*⁵³ mencionada por São Jerônimo. Modernamente, seguindo semelhante pensamento, Francis Fukuyama (2003) atribui a dignidade humana a um aspecto indissociável de todo ser humano, que pode vir de Deus - para os crentes - ou da natureza racional - para os não-crentes -, assim apresentado:

O que a exigência de igualdade de reconhecimento implica é que quando despimos uma pessoa de todas as características contingentes e acidentais resta sob isso uma qualidade humana essencial que é merecedora de certo nível mínimo de respeito - chamêmo-la de Fator X. (FUKUYAMA, 2003, p.158).

Não se sabe se intencional ou casualmente, mas ao nomear essa característica de Fator X, Fukuyama nos remete ao DNA, que é indicador genético da origem comum e única de todos os seres humanos, vinculado à *Eva Mitochondrial*. Mas, para além do que seja, torna-se mais necessário compreender como se materializa e, mais ainda, como se concretiza a dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º erige a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos, um dos pilares, do Estado Democrático de Direito em que se constitui a república brasileira (SÁ, 2002a, p86), além de ser

⁵² *Individua substantia rationalis naturae*, tratada como uma das questões (29) na Suma Teológica (TOMÁS DE AQUINO, 1954).

⁵³ Recomenda-se o estudo do termo *sindérese* realizado por Albertuni (2010).

"cláusula geral de tutela" (SÁ, 2003, p.36). Essa ideia permeia toda a Constituição e se explicita na forma de princípios, como, por exemplo, no Art. 227, ao tratar da liberdade no planejamento familiar - que Dworkin (2009, p.232) denomina "autonomia procriadora." Portanto, a dignidade da pessoa humana se apresenta constitucionalmente, como fundamento e como princípio. Para Andorno (2009, p.81), a dignidade é "uma realidade pré-jurídica que precede e dá fundamento ao ordenamento jurídico no seu conjunto."

Admite-se uma grande dificuldade em ver na dignidade da pessoa humana um princípio como se decanta corriqueiramente, talvez por ser um termo muito vinculado ao senso comum e fazer parte da realidade de toda pessoa humana. Não se comunga das ideias de considerar uma hierarquização axiológizante aos princípios e fundamentos constitucionais, como se encontra na teoria do substrato axiológico ou de hierarquização propriamente dita. Prefere-se ir além da questão valorativa, buscando uma posição que atenda à *forma jurídica moderna*. A dignidade humana, tal qual se apresenta na Constituição, vai além de ser princípio, de ser um balizador, é também um fundamento constitucional. Juntamente com a soberania, com a cidadania, com os valores sociais do trabalho e com o pluralismo político, a dignidade da pessoa humana compõe o fundamento, o princípio e a base, a sustentar o Estado Democrático de Direito, é ubíqua. Não se compreende a dignidade da pessoa humana como um superprincípio ao qual se subsumem os demais ou que possa concorrer com eles, mas um elemento essencial do Estado Democrático de Direito a compor o pano de fundo onde tudo se realiza, a Justiça, inclusive. Porém, encontra-se pacificada a ideia de que "valores como liberdade, igualdade e dignidade foram erigidos à categoria de *princípios constitucionais*." (SÁ; NAVES, 2009, p.56).

Quanto à afirmação de ser a dignidade da pessoa um princípio eminente da bioética, como visto em Andorno (2009), discorda-se, uma vez que é um princípio jurídico; para aquele ramo da ética, prefere-se vê-la como um fundamento. Muito além de ser princípio de tal ou qual sistema, a dignidade humana compreende o sistema humano, isto é, o princípio da dignidade da pessoa humana antecede⁵⁴, permeia, perpassa e transcende tudo o que disser respeito ao humano; não sendo

⁵⁴ Anteceder, aqui, guarda aquele sentido de cooriginariedade e complementaridade assumido por Chamon Júnior (2009) ao tratar do Direito e da Moral.

prerrogativa única de nenhum sistema de pensamento, mas compondo, sobretudo de maneira procedimental, todas as ações do e no *mundo da vida*.

A realidade do mundo atual tem demonstrado apesar de contramarchas inevitáveis à história humana, progressos na afirmação da dignidade. Uma vez que houve a passagem do *Império* - isto é, a supremacia quase-absoluta da autonomia, característica do Estado Liberal - à Benevolência⁵⁵ - isto é, o beneplácito do paternalismo estatal, característica do Estado Social. E, por ora, está-se reclamando por uma sociedade que supõe a Emancipação, a "independência pessoal do indivíduo, sujeito jurídico de direitos e deveres" (VAZ, 2002, p.361) - o *sujeito mobilizado* - no Estado Democrático de Direito. A constitucionalização da dignidade da pessoa humana promove o seu desvelamento e requer a aplicação "em um contexto de liberdade e igualdade, isto é, em um procedimento garantidor de iguais liberdades fundamentais." (SÁ; NAVES, 2009, p.56). O princípio da dignidade da pessoa humana trata de uma questão *jurídico-normativa* que

(...) a nós parece condensar simultaneamente o reconhecimento indistinto de direitos fundamentais a todos os cidadãos por sua vez atrelado ao ideal de coerência do sistema normativo. Com isso, afirmamos que não podemos sem maiores problemas assumir "materialmente" o princípio da dignidade porque ele só é capaz de ser compreendido e desenvolvido *processualmente* no próprio desenrolar da práxis jurídica. (CHAMON JÚNIOR, 2007, p.219).

Nesse mesmo sentido Diogo Moureira (2009a, p.84) afirma que "a dignidade da pessoa humana possui um *substrato processual* que só se verifica diante do caso concreto, seja no respeito à autonomia da pessoa, seja no seu sentido de merecimento de respeito - dignidade."

3.4 Da pessoa ao sujeito de direitos

A pessoa é o ponto de partida e o fim do direito.
(José de Oliveira Ascensão)⁵⁶

Inicialmente, julga-se necessário retomar o conceito de pessoa. Numa perspectiva que envolve a consideração da visão do direito como *estabilizador das*

⁵⁵ A ideia de *Império* e *Benevolência* foi encontrada em CAMARGO (2008), membro do CEBEL - Centro de Estudos Brasileiro sobre o pensamento de Emmanuel Lévinas.

⁵⁶ No prefácio da obra *A capacidade entre o fato e o direito*, de Simone Eberle (2006, p.10).

expectativas sociais, apresenta-se uma visão de pessoa que, apesar do viés da Antropologia, trata-se de conceituação filosófica, apresentada em Lima Vaz (2002, contracapa):

Do ponto de vista antropológico, o ser humano é essencialmente *pessoa*. Como pessoa é constitutivamente um *ser ético*. Mas o que ele é por *essência* deve tornar-se na *existência*, cumprindo-se mais uma vez na vida da *pessoa* a injunção "torna-te o que és". A realização existencial da *pessoa* não é senão a formação da sua *personalidade*, tarefa que, em meio a *condições* favoráveis ou adversas - tradição, educação, situações - cabe ao indivíduo enfrentar como o desafio mais radical de sua vida.

No ambiente jurídico, talvez pelo fato de ser aparentemente óbvio, de trato tão corriqueiro, o conceito de pessoa tem sido apenas de maneira perfunctória tratado pelo Direito. Exceto alguns clássicos, os doutrinadores têm dedicado, via de regra, poucas linhas a esse conceito, conferindo mais ênfase ao sujeito de direitos, à personalidade jurídica e à capacidade, conforme Simone Eberle (2006).

Em uma referência ao Código Civil brasileiro, de 1916, Jussara Meirelles (2000) afirmou que as relações jurídicas acabaram por conformar os papéis do homem, quais sejam, como contratante, proprietário, empresário, marido (ou companheiro), pai e testador. A pessoa assume o correto sentido etimológico do termo – *persona*, a máscara dos atores teatrais da Antiguidade. (MEIRELLES, 2000, p.90).

Pessoa, nessa ordem de idéias, é aquele que compra, que vende, que testa; enfim, aquele que reúne condições de desenvolver atividades adequadas no sentido marcadamente proprietarista do Código Civil Brasileiro. Ser pessoa é adequar-se, perfeitamente, aos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento; é traduzir, de modo concreto, a imagem conceitual ditada pelo mesmo. (MEIRELLES, 2000, p.91).

Em crítica a sistema jurídico pré-moderno, Bruno Torquato Naves fala que a "abstração intentada pelo sistema jurídico promove o distanciamento da realidade, pois cunha, de antemão, conceitos destinados a solucionar casos concretos e essa é, também, a situação do sujeito de direitos." (NAVES, 2003b, p.23). Trata-se, pois, de categorizações de natureza utilitarista, de cunho liberal, com o objetivo de proteger apenas o partícipe ativo da relação jurídica. (NAVES, 2003b).

O senso comum é suficiente para se reconhecer que a pessoa, no conceito jurídico, o sujeito do ter, nem sempre corresponde à pessoa, particularmente àquela do mundo da vida, vinculada ao mundo real do ser – um ser humano pela própria

natureza e dignidade. (MEIRELLES, 2000, p.91). Há um descolamento entre o sujeito de direito e o sujeito do mundo real, despossuído de um mínimo existencial necessário para se incluir no mundo jurídico e, assim, se realizar em seu projeto de humanidade. Isso se torna mais grave ainda em sociedades de desigualdades institucionalizadas. Não pode haver horizontes para uma pessoa a quem não seja permitido, em situações subjetivas, ver aflorar sua autonomia de ser. Com o advento da Constituição de 1988, esse estado de coisas tem-se alterado, buscando-se conferir personalismo ético às situações jurídicas. (AMARAL, 1999).

Pontes de Miranda afirmou que

sujeito de direito é a pessoa. Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito. (PONTES DE MIRANDA, 1954, vol.I, p.161).

Corroborando as assertivas acima, Rubens Limongi França, atribui a origem de pessoa ao verbo latino *personare*,⁵⁷ que significa soar com intensidade. O vocábulo designava a máscara que os atores teatrais usavam, e, graças a ela, era-lhes possibilitado aumentar o volume da própria voz. "Por analogia, a palavra passou a ser utilizada no direito para designar o ser humano, enquanto desempenha o seu papel no teatro da vida jurídica." (FRANÇA, 1980 vol.1, p.139). Importante ressaltar que a associação etimológica de pessoa com *persona* e a máscara (*prosópon*) do teatro grego remete a Aulo Gélíio⁵⁸, séc. II d.C., enquanto Boécio, que também adotou tal explicação, viveu no séc. V d.C. A acepção de pessoa, mais concreta que abstrata, retrata a influência do Direito Romano que não era personalista, não se preocupando em proclamar o direito da pessoa, considerada subjetivamente. (VILLEY, s.d.).

São várias as espécies de pessoas, reconhecidas no Direito (positivo) moderno. Podem-se classificar as pessoas em pessoas propriamente ditas, físicas, individuais ou naturais e as pessoas jurídicas, morais ou coletivas. Citando Teixeira de Freitas, França (1980), utiliza a terminologia *pessoas de existência visível*, às

⁵⁷ O escritor, teólogo e filósofo romano Boécio (2014) é reputado como o autor dessa conceituação de pessoa encontrada na obra *Liber de persona et duabus naturis...*, citada na Suma Teológica (TOMÁS DE AQUINO, 1954, parte I, questão 29).

⁵⁸ Segundo o Professor José Rodrigues Seabra Filho, em nota à tradução de Noites Áticas (AULO GÉLIO, 2010, p. 210, Nota 14), a origem do termo *persona* é de etimologia obscura. A relação entre *persona*, pessoa e a máscara (*prosopon*) grega seria apenas semântica.

peças naturais, e *peças de existência ideal*, às peças morais. Ressalva-se a visibilidade das peças morais através dos indivíduos que a compõem. Por outro lado, no conceito de Gagliano e Pamplona Filho (2004, vol.1, p.89), “a pessoa natural, para o direito, é, portanto, o ser humano, enquanto sujeito/destinatário de direitos e obrigações.” Na busca de um conceito comum, que abarcaria ambas as classificações, César Fiuza (2006, p.123) apresenta: “As peças naturais ou jurídicas, são os sujeitos dos direitos subjetivos. É em sua função que existe a ordem jurídica.”

De acordo com Tércio Ferraz Júnior (1994, p.155),

o sujeito jurídico enquanto ser humano é aquele que é sujeito de um direito ou de um dever correspondente. Nestes termos fala-se em pessoa, conceito que provém do cristianismo e que aponta para a dignidade do homem insusceptível de ser mero objeto. A personificação do homem foi uma resposta cristã à distinção, na Antigüidade, entre cidadãos e escravos. Com a expressão pessoa obteve-se a extensão moral do caráter de ser humano a todos os homens, considerados iguais perante Deus.

A pessoa natural ou física é um ente a quem o direito atribui direitos e deveres, em sentido muito amplo. Para Francisco Amaral (2006, p.219 e seg.), todo ser humano deve ser considerado pessoa, pelo simples fato de existir, sendo potencialmente capaz de direitos e deveres na órbita civil; a personalidade é idêntica a todos, pois todos os humanos têm, potencialmente, a mesma aptidão para serem titulares de direitos; e, por fim, essa aptidão é irrenunciável.

“A personalidade é um atributo jurídico” (GOMES, 1999, p.141), sendo para Fiuza (2006), atributo e valor. Ao se falar em valor, trata-se sobretudo da capacidade, que é a dimensão quantitativa do sujeito de direito. Ao se falar em atributo, trata-se da dimensão qualitativa do sujeito de direito. “O ordenamento jurídico reconhece a personalidade e concede a capacidade. [...] A personalidade é valor ético que emana do próprio indivíduo.” (AMARAL, 2006, p.219). E a capacidade é a aptidão para exercer direitos e assumir obrigações.

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2004, vol.1, p.88), a “personalidade jurídica, portanto, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito”. Uma vez adquirida a personalidade, a pessoa, o sujeito de direitos, poderá atuar, direta ou indiretamente, no mundo

jurídico, facultando-lhe participar das relações jurídicas em toda a sua extensão e profundidade⁵⁹.

Pietro Perlingieri apresenta a *acepção primeira e fundamental* do *status* da pessoa, no direito italiano:

O *status personae*, portanto constitui uma situação permanente de base, originariamente adquirida, que resume, como situação unitária e complexa, os direitos "invioláveis" e os deveres "inderrogáveis", típicos e atípicos, conexos, segundo o ordenamento vigente, à vida do homem na sociedade civil: as situações subjetivas que o compõem são diretamente (e não apenas indiretamente) funcionalizadas à satisfação das necessidades existenciais. Sob esse aspecto ele tem uma autonomia absoluta e pode prescindir de qualquer outro *status*. O *status personae* exprime um ser: ele representa a pessoa. Como situação, exprime a condição global da pessoa configurada em um momento histórico do seu desenvolvimento e, à diferença da capacidade - aptidão à titularidade e, portanto, forma neutra da subjetividade -, representa a configuração subjetiva de um valor, os necessários e não apenas potenciais conteúdos essenciais. Neste aspecto, não é concebível um *status personae* mais perfeito do que um outro. (PERLINGIERI, 2002, p.135).

Para Menezes Cordeiro (2005), a pessoa não constitui nenhum instituto jurídico específico, uma vez que o Direito como fenômeno histórico-cultural é uma criação humana para utilização das pessoas e a serviço de seus interesses e fins; além disso, ele padece de vicissitudes impostas pela humanidade. A pessoa humana permeia cada norma ou solução jurídica. Em termos dogmáticos, "uma pessoa é um centro de imputação de normas jurídicas. Nesse sentido, pode ou não haver coincidência entre a pessoa para efeitos de Direito e a pessoa enquanto indivíduo da espécie *homo sapiens*". (CORDEIRO, 2005, p.372). Na proposição apresentada, a pessoa torna-se sujeito de direitos ao se encontrar na condição de um *centro de imputação de normas jurídicas*.

Maria Helena Diniz (1998b) conceitua sujeito de direitos como a "pessoa física ou jurídica que seja titular de direitos subjetivos ou destinatária de deveres jurídicos." Para Simone Eberle, "somente às pessoas é dado *ocupar o posto* de sujeito de direitos, circunstância que por si só já revela que pessoa não seja sujeito de direitos, não obstante seja a única *convidada a assumir tal posição*." (EBERLE, 2006, p.89).

Os conceitos apresentados até aqui se conciliam com a tradição jurídica - conceitos com fundamentos morais, ontológicos e positivistas. Porém, a despeito do

⁵⁹ Para uma abordagem mais aprofundada sobre os diversos tratamentos conferidos à pessoa no direito, recomenda-se a obra *A capacidade entre o fato e o direito*, de Simone Eberle (2006).

que se apresentou sobre pessoa, sujeito de direitos, personalidade e capacidade, o pensamento adotado nesta Tese é aquele que vincula tais categorias ou institutos do direito à ética discursiva, no sentido de que devem ser (re)construídos argumentativamente, no âmbito relacional, à luz de uma ideia de autonomia privada que não se descure dos direitos da personalidade (fundamentais), núcleo da dignidade da pessoa humana. É nesse sentido que Diogo Moureira (2009a) argumenta que o problema central que atravessou a Modernidade e persiste atualmente reporta-se

às consequências decorrentes do reconhecimento da pessoa humana como ser autônomo, bem como o exercício efetivo desta autonomia que abre todas as possibilidades de revelação de uma pessoa que não é posta nem pressuposta, mas sim construída dentro de uma realidade relacional-procedimental. (MOUREIRA, 2009a, p.65).

Retomando-se o tema deste tópico - Da pessoa ao sujeito de direitos -, afirma-se que o conceito de pessoa é historicamente progressivo: *coisas* passaram a ser *pessoas*, a exemplo dos escravos. Nesse mesmo sentido, os defensores da *personalidade* - Peter Singer é um deles - que também defendem os direitos dos animais promoveriam a transferência desses ao rol das pessoas, quando (e se) forem sujeitos de direitos? A pessoa seria um sujeito de direitos em potencial, isto é, a pessoa tornar-se-ia sujeito de direitos ao exercer direitos ou ser destinatária de deveres jurídicos? Ser sujeito de direitos já implicaria em ter personalidade e capacidade? Seguindo a linha adotada, deve-se buscar as respostas discursivamente.

A pessoa, na qualidade de sujeito de direitos, deve ser tratada, no campo do Direito, como uma *estrutura argumentativa* capaz de ser referida a direitos ou a deveres. Essa é uma inferência, uma paráfrase, das ideias de Lúcio Chamon Júnior (2006a), quando aquele autor trata de vida, patrimônio e liberdade, na obra Teoria constitucional do Direito Penal, capítulo 7. Nesse mesmo sentido, Chamon Júnior (2006b; 2007) propõe uma reconstrução do sentido de atribuição da personalidade jurídica, que, por decorrência, exige ou provoca uma reconstrução interpretativa do instituto da capacidade. Tudo isso no "seio de uma argumentação referida ao sistema do Direito." (CHAMON JÚNIOR, 2006b, p.119).

O procedimentalismo presente na Teoria Geral do Direito Moderno, de Chamon Júnior (2006b; 2007), prescreve que figuras como pessoa, personalidade e

sujeito jurídico são conceitos relacionados a referenciais para imputação de direitos e deveres diante de um caso concreto, em uma argumentação legitimamente construída. Dessa forma

Tanto a ideia de "personalidade", quanto a de "sujeito de direitos/deveres", encontram-se mergulhadas na fundamentação para além do Direito quando, na verdade, *ao problematizarmos mais de perto, e no interior da própria argumentação jurídica, o que significa afirmar personalidade, podemos concluir que se trata de um centro de imputação de direitos e deveres.* Assim, pois, as noções de pessoa, personalidade, sujeito jurídico, foram construídas na argumentação sem perceber que é na própria argumentação que encontramos os fundamentos de tais figuras enquanto *referenciais para imputação de direitos e deveres.* (CHAMON JÚNIOR, 2006b, p.145).

À capacidade jurídica também é conferido novo enfoque. Em vez de se questionar a capacidade para determinado ato, argumenta-se (em uma *situação legitimante*) em torno da *liberdade ou não-liberdade* para a concretização desse ato. Ainda, segundo o autor, "ou há o concreto direito ou o concreto dever." (CHAMON JÚNIOR, 2006b, p.186). Por fim, torna-se necessário realçar também a reconstrução do conceito de direito subjetivo que, segundo essa nova teoria adotada, representa a *esfera de liberdade* reconhecida na práxis argumentativa e conformada em face de um caso concreto. (CHAMON JÚNIOR, 2006b; 2007). Daí poder-se dizer que *iguais liberdades subjetivas de ação* reconhecidas a todos na maior medida *funcionalmente* possível, isto é, processualmente desenvolvidas no interior da práxis jurídica, compõem os direitos da personalidade e representam o cerne da dignidade da pessoa humana. (CHAMON JÚNIOR, 2007; 2010).

3.4.1 A personalidade jurídica do nascituro

Afirmações de que a personalidade é inerente, natural ou consentânea à própria realidade humana reduzem o Direito à esfera da moral. (SÁ; NAVES, 2009, p.65).

O nascituro tem personalidade jurídica? Miguel Reale em suas preleções afirmava que toda pergunta já traz implícita uma expectativa de resposta. Nesse caso, especialmente, entre a afirmação e a negação, tem-se uma terceira via - a construção de uma resposta pela argumentação, diante de um caso concreto. (REALE, 1986).

Primeiramente, apresenta-se uma posição tradicional⁶⁰, que segue por veredas nem sempre coincidentes com a teoria adotada nessa Tese. Para Sílvio Rodrigues (1999, p.38), "Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno." Sem maiores aprofundamentos, o autor referido não reconhece a personalidade jurídica do nascituro. Sílvio Venosa (1999) alega que o fato de ter o nascituro proteção legal não autoriza imaginá-lo detentor de personalidade. "Trata-se de expectativa de direito." (VENOSA, 1999, p.121). Orlando Gomes (1999) fala em *personalidade fictícia*, referindo-se ao nascituro.

Essa *ficções* atribuem personalidade porque reconhecem nos beneficiados, a aptidão para ter direitos, mas é logicamente absurdo admitir a condição de pessoa natural em quem ainda não nasceu ou já morreu. Trata-se de construção técnica destinada a alcançar certos fins. Dilata-se arbitrariamente o termo inicial e final da vida humana, para que sejam protegidos certos interesses. (GOMES, 1999, p.143).

Caio Mário (PEREIRA, 2005) também não reconhece personalidade ao nascituro, falando em *direitos meramente potenciais*. Assim também, Maria Helena Diniz (1999, p.122) afirma que no útero materno o nascituro tem "*personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos personalíssimos" e, somente com o nascimento, passaria a ter "*personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial".

Seguindo outro caminho, mas chegando ao mesmo ponto, Paulo Nader (2004) também admite que não se reconhece personalidade ao nascituro. Para aquele autor, o ordenamento jurídico representa um *todo unitário* e haveria incoerência lógica no sistema se as ordens civil e penal fossem divergentes. Assim, se na ordem penal não se reconhece a personalidade do nascituro, o mesmo deve ocorrer na ordem civil. O argumento daquele autor ancora-se no permissivo penal para o aborto, tanto o terapêutico como o da gravidez decorrente de estupro; se se permite o aborto é porque ao nascituro não se reconhece personalidade. Por outro lado, Paulo Nader admite que a lei protege certos interesses do nascituro e que se exercitem certos direitos em seu nome, a exemplo dos alimentos. Também adota esta linha Franco Montoro (2009), admitindo ter o nascituro *certa capacidade de direito* e se o Código Civil lhe atribui direitos é porque reconhece sua personalidade.

⁶⁰ As teorias tradicionais que explicam a personalidade do nascituro podem ser agregadas em três grupos: doutrina natalista; doutrina da personalidade condicional; e doutrina concepcionista. Para aprofundamento, recomenda-se o Manual de Biodireito (SÁ; NAVES, 2009).

Um outro enfoque é conferido por César Fiuza (2006); para ele, não seria necessário à defesa do nascituro atribuir-lhe personalidade. E afirma que

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo a que o próprio legislador denomina "direitos do nascituro" não são direitos subjetivos. São, na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir, pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir ao nascer. (FIUZA, 2006, p.127).

Não se compreende como seria o *exercício* desses direitos ditos *objetivos* antes do fato do nascimento (com vida), que poderiam ser ineficazes, uma vez que a esfera de liberdades e não-liberdades realiza-se plenamente diante do caso concreto.

Para Francisco Amaral, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, garante o direito subjetivo à vida e a lei civil considera "o feto, desde a concepção, como possível sujeito de relações jurídicas (...). E só pode ser titular de direitos quem tiver personalidade, donde concluir-se que, formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica." (AMARAL, 2006, p.221). Recorrendo ao Direito Comparado, aquele autor afirma que existem códigos que reconhecem a personalidade jurídica do nascituro e outros que a negam; portanto, é questão de *política legislativa*. (AMARAL, 2006).

Demonstrando uma possível orientação no mesmo sentido da Teoria Geral do Direito Moderno, de Chamon Júnior, Menezes Cordeiro (2005) situa a questão em vertente semelhante. Considera a pessoa, em termos dogmáticos como um *centro de imputação de normas jurídicas* e o direito subjetivo como uma *permissão normativa específica*. Assim, fica a parecer que questões relacionadas à pessoa, à capacidade e à personalidade, inferindo-se também quanto ao nascituro, serão densificadas no momento das decisões jurídicas, pois

Aponta-se, assim, para uma certa relativização desta problemática [a polarização das soluções], o que não deixa, também, de corresponder à realidade: à propósito da pessoa, considera-se um aspecto (e não outro) porque, num momento histórico antecedente, ele não foi reconhecido ou porque, na própria época em causa, ele é contestado, inobservado ou está em perigo. (CORDEIRO, 2005, p.372, Nota 1025).

De acordo com Lúcio Chamon Júnior (2006b; 2007), a compreensão da personalidade como um referencial de imputação não avaliza de antemão, sem a

devida argumentação, concluir-se pela atribuição ou não da *qualificação de ser dotado de personalidade*; pois,

a noção de pessoa é determinável no interior da própria práxis; a práxis é quem mesmo constrói seus referenciais de imputação de direitos e deveres formando, assim, juízos de imputação problematizáveis não só no que tange ao seu destinatário/afetado, mas também no que se refere às liberdades, ou não-liberdades, envolvidas." (CHAMON JÚNIOR, 2006b, p.146).

Isto posto, Chamon Júnior (2006b; 2007), propõe, por decorrência, uma nova abordagem quanto ao reconhecimento, ou não, de personalidade ao nascituro. Para o autor, o nascituro pode configurar como *um centro, um referencial de imputação* tanto de direitos como de deveres. Para se afastar de uma vinculação à teoria (clássica) da relação jurídica, Chamon Júnior apresenta dois exemplos em que o nascituro poderia figurar como um centro de imputação. No primeiro caso, "um sujeito, agindo em estado de necessidade, legitimamente configurado, afeta um direito cujo referencial é o nascituro em razão de um patrimônio que lhe foi doado." (CHAMON JÚNIOR, 2006b, p.146). Concluindo que não se poderia assumir que a violação de tal direito teria por referencial os representantes legais do nascituro, em lugar dele próprio. No segundo caso, o autor assegura que naqueles deveres referidos a situações jurídicas nas quais "o nascituro se apresenta como *central na argumentação de imputação* - tal como um tributo incidente sobre os bens a ele destinados - jamais haverão que ser interpretados como deveres imputados (referenciados) aos pais." (CHAMON JÚNIOR, 2006b, p.146). Reforçando-se que os pais, na qualidade de representantes legais são os responsáveis pelo cumprimento daqueles deveres. Dessa forma, demonstrou-se a possibilidade de o nascituro configurar como *um centro, um referencial de imputação de direitos e deveres*, para além de uma mera ou sistemática atribuição de personalidade jurídica.

Consoante à linha de pensamento adotada, quando se criticou a pessoa e o sujeito de direitos, na obra Manual de Biodireito, Sá e Naves (2009) enfrentam a complexa questão da personalidade do nascituro. O ponto de partida para a revisitação proposta reside na relação jurídica, compreendida e aprimorada a partir da *teoria da situação jurídica*⁶¹. Ao se considerar a figura do *centro ou referencial de*

⁶¹ Recomenda-se a obra Relacionalidade e autonomia privada: o princípio da autonomia privada na pós-modernidade, de Bruno Naves (2003b). Apresenta-se uma breve ideia da teoria da situação jurídica. O posicionamento adotado baseia-se nas obras de Ascensão (2002), de Naves (2003b) e de

imputação normativa no polo de uma situação jurídica, o Direito abre espaço também para os entes não nascidos, pois "O reconhecimento de iguais liberdades [subjetivas de ação] pressupõe a inclusão daqueles que, na argumentação, podem assumir posições jurídicas, o que, no caso do nascituro, é suficiente para outorgar-lhe personalidade". (SÁ; NAVES, 2009, p.69). Reforça-se a superação da visão tradicional: a personalidade é tomada como um *centro de imputação de liberdades e não-liberdades*, não se limitando a direitos e deveres correlatos, mas estendendo-se às demais situações jurídicas, tais como o ônus e a sujeição. Prosseguem os autores, afirmando que "ninguém é ontologicamente pessoa; não há uma essência do ser que o torne pessoa no mundo jurídico, mas uma construção histórico-argumentativa a partir de uma situação concreta." (SÁ; NAVES, 2009, p.72).

3.4.2 O nascituro como sujeito de direitos

Pois uma criança nasceu para nós,
um filho nos foi dado. Is, 9, 5 (BÍBLIA 1961).

Uma vez considerada a opção pela via argumentativa, certas questões poderiam ficar esvaziadas, porém se deve, ao menos como um exercício de coerência, conferir a correção de certos raciocínios, a partir da sua problematização. Desde o início da gestação, ao nascituro é assegurado o exercício pleno do direito à vida ou do direito de representação, por exemplo; portanto, "bastaria ao nascituro ser titular de um único direito para que não lhe pudesse ser negada a qualidade de pessoa." (MONTORO, 2009, p.558).

Pontes de Miranda (1954, vol1, § 50) afirmou que pessoa é quem pode ser sujeito de direito e, no ventre materno, *a criança não é pessoa*, já atribuindo ao

Perlingieri (2002). A situação jurídica, em sentido amplo, é uma circunstância estática no mundo jurídico, caracterizada por uma qualificação normativa. Por isso tem-se o bem móvel e o imóvel, o fungível e o infungível, etc. Outro exemplo seria a qualificação (jurídica) de um imóvel como Bem de Família. Portanto, situação jurídica "é a conjuntura resultante da aplicação de uma norma jurídica." (NAVES, 2003b, p.28). Em sentido estrito, a situação jurídica torna-se situação subjetiva. Isto é, vai-se considerar a posição dos sujeitos (ou centros de interesses, ou referenciais de imputação) presentes na situação, desaguando-se na situação subjetiva. Essa, por seu turno, pode se desdobrar. Caso haja um único sujeito, trata-se de situação unissubjetiva. Caso haja dois ou mais sujeitos, situação plurissubjetiva ou relação jurídica. (CORDEIRO, 2005, p.305-306). De maneira assemelhada, Torquato Castro (1985), classifica as situações jurídicas (situações subjetivas) em uniposicionais e pluriposicionais. Essas últimas caracterizam-se por apresentarem dois ou mais sujeitos (ou centros de interesses), diversamente posicionados (posições jurídicas opostas), porém buscando a consecução de um objeto único. Quanto à relação jurídica, essa seria a correlação entre duas situações (jurídicas) subjetivas. (NAVES, 2003b, p.33).

nascituro certa *personalidade*⁶² - o fato de ser *criança*. Portanto, o nascituro não é pessoa, tampouco sujeito de direitos. Em linha semelhante, Caio Mário (PEREIRA, 2005, p.216 e seg.), afirma que o nascituro não é pessoa, não é dotado de personalidade jurídica nem se deve admitir que antes do nascimento seja ele sujeito de direito. Os direitos que lhe são reconhecidos são direitos *meramente potenciais*. Não se sabe de que maneira, adotando-se essa tese de Caio Mário, seriam efetivos certos direitos do nascituro, tais como o pleito por alimentos ou o reconhecimento de paternidade, além daqueles demais direitos já assegurados pelo Código Civil.

Segundo César Fiuza, o nascituro não podendo ser titular de interesses (jurídicos), não é pessoa; porém, a situação jurídica dele será "integrada por todos e cada um de nós que temos interesse em proteger o nascituro, por estarmos, desse modo, protegendo a nós mesmos e a nossa descendência. Nessa situação giram deveres e regras (direitos objetivos), ligados aos interesses." (FIUZA, 2006, p.128).

Pietro Perlingieri (2002, p.111), não trata especificamente da personalidade do nascituro, mas reconhece que a subjetividade, para as pessoas naturais se constitui com o nascimento. Portanto, o nascituro não é pessoa, tampouco sujeito titular de situações subjetivas. Porém, existem situações existenciais juridicamente relevantes e, por isso, tuteladas mesmo antes da existência do sujeito - caso do nascituro, que é considerado pelo autor como um *centro de interesses*.

À moda de uma síntese do que se falou sobre as figuras presentes nas situações jurídicas, reitera-se que o nascituro, tomado de uma perspectiva abstrata, *ex ante*, não é pessoa, sujeito de direitos, tampouco se lhe atribui personalidade. Portanto, como se adota, a partir de Chamon Júnior (2006a; 2006b; 2007) e de Sá e Naves (2009), ser reconhecido como um *referencial de imputação normativa* é o que confere, *in casu*, personalidade ao nascituro, que, assim, pode se fazer presente, ainda que representado, nas situações jurídicas necessárias ou correlatas ao livre e saudável desenvolvimento da sua personalidade.

⁶² Não se encontrou registros da compreensão de *personalidade*, à época, conforme se dá atualmente. Ver Moureira (2009a; 2009b).

3.5 Direito à vida e direito sobre o próprio corpo

A biografia é mais forte que a biologia.
Stefano Rodotà (2010, p.118)

Este tópico será abordado sob três vertentes, o corpo, o sagrado e o direito. Para o Budismo, o corpo é apenas um suporte da mente, que a permite ser *operacional*, e representa o

Agregado da forma (que se refere, de um modo geral, ao conjunto de elementos físicos) que, no ser humano, designa mais especialmente o corpo. Nosso corpo, de fato, é a reunião de uma multidão de células e partículas físicas que dão a impressão de unidade. Afora sua unidade aparente, o corpo é apenas a reunião de diferentes elementos. (LE GALL, 2003, p.114).

De acordo com Santo Isidoro de Sevilha (1951), chama-se assim ao corpo porque, uma vez corrompido, perece - na junção da expressão latina *corruptum perit*. Decorrendo, daí, que pode ser desagregado, separado em partes e que perece. Outra explicação, mais empírica, pelo mesmo autor, teria origem na expressão *carnis opus*, obra de carne, resultando em *corpus*.

A Encíclica *Gaudium et Spes*, seguindo a linha aristotélico-tomista, trata do homem como uma unidade e integridade composta de corpo e alma, coração e consciência, inteligência e vontade. Pela sua natureza corporal, o homem sintetiza os elementos do mundo material. Sua vida corporal não pode ser desprezada, devendo considerar seu corpo como bom e digno de respeito, uma vez que criado por Deus e para Ele. "É, pois, a própria dignidade humana que exige que o homem glorifique a Deus no seu corpo, não deixando que este se escravize às más inclinações do próprio coração." (VATICANO, 1965).

Atualmente a situação do corpo é um tanto paradoxal, se por um lado crê-se num corpo, unidade material e espiritual, por outro, dá-se extremo valor estético a ele; considera-se o corpo, mais que a morada do ser, *um locus* de que se procura extrair o maior proveito sensorial possível e ainda prolongar esse proveito até onde *cientificamente* for possível. A secularização propiciou a *fisicalização* do corpo, até mesmo as emoções a que hoje se entrega, sem grandes considerações metafísicas, somente acompanhando a massa que a mídia conduz; são emoções muito mais *bestializadoras* que *humanizadoras*. Se por um lado se fala em um *adeus ao corpo*,

no sentido de substituí-lo por algo mais durável, menos suscetível às contingências da carne, por outro se cultua o corpo, não o templo do ser, mas a unidade psicofísica capaz de prazeres imediatos e ilusoriamente incomensuráveis. A questão passa pelo número crescente tanto das academias de preparação física, quanto aos programas de culinária nas mídias, sem contar o sem número de publicações sobre vida saudável, sempre com foco no corpo, além das drogas, sobretudo as já tão comuns "tarjas pretas", que conferem, controlam ou prolongam desde os prazeres emocionais até os físicos. Talvez a alcunha mais correta para a *geração saúde* fosse *geração prazer*. Elevou-se o aforismo de Juvenal ao extremo, *mens sana in corpore sano*, sem saber que o autor quando falou de uma mente *sã em corpo sadio*, estava a prescrever o pedido ideal que em oração se deveria fazer. (JUVENAL, 199-, p.102). Parece que assim também foi interpretado Wittgenstein (2005, p.238) ao falar que "O corpo humano é a melhor imagem da alma humana.", quando pretendia dizer que somente é humana uma conduta que pareça humana.

Por outro lado, mas ainda pertinente à prevalência do corpo físico, encontram-se as técnicas de manutenção ou de preservação, em que o corpo é dissociado. As partes são manipuladas ou trabalhadas, reproduzidas em próteses, ou armazenadas, em aplicações científicas. Os órgãos, sangue, medula óssea, tecidos, células reprodutoras, o DNA, são armazenados e utilizados com fins científicos, às vezes em verdadeiras *transações comerciais* (RODRIGUES; FERREIRA, 2013).

Ao tratar dos bancos de preservação de partes ou produtos humanos, tais como, sangue, células e DNA, tecidos e gametas, Stefano Rodotà (2010, p.100), define o corpo como uma unidade funcional que pode abarcar entes situados em lugares fisicamente distantes, que deve ser protegido para tornar possível o direito de toda pessoa à autodeterminação. Prossegue, ainda, afirmando que a violação de quaisquer daqueles entes mencionados é suficiente para se considerar a violação do próprio corpo. À dispersão espacial do corpo, acompanha a dispersão temporal. A criopreservação das células reprodutivas pode proporcionar a geração de um descendente mesmo após a morte do respectivo corpo.

Um dos pontos de maior ênfase nas argumentações de Rodotà (2010) diz respeito ao controle eletrônico do corpo. Um destaque é a *indústria do medo*, que vem experimentando *chips* implantados subcutaneamente, permitindo a identificação e o controle à distância, com o objetivo de tornar mais *segura* a vida das pessoas.

Na maioria das vezes, os *chips* são gratuitos e sua implantação consensual. Porém, os chips podem conter também informações desde a situação econômica (informações bancárias) até dados da biofisiologia da pessoa, tipo de sangue, restrições a determinadas drogas, uma verdadeira anamnese. O grande problema é a manipulação desse *chip* que, cada vez mais, poderá ser controlado e identificado à distância. Dessa forma, também poderá ser adulterado à distância. Segundo aquele autor, também há o *corpo eletrônico* - representado pelo conjunto de informações existentes sobre cada um e a maneira como se apresenta na *internet*, aspectos relativos à identidade, que é indissociável do corpo, unitário. Para Rodotà, isso confere o nascimento de um *novo sujeito moral* - quanto ao corpo psicofísico - e de um *novo sujeito social* - quanto ao corpo eletrônico - pois a proteção de dados pessoais atribui ao interessado o poder de governo sobre as informações que lhe são afetadas, a despeito dos riscos de violação. (RODOTÀ, 2010, p.105-106). Daí, conclama o autor à reflexão sobre as razões para não se encerrar a *vida* em um *chip* contendo as características do corpo físico e do corpo eletrônico de uma pessoa, sem as devidas cautelas e necessidades. (RODOTÀ, 2010, p. 93 e seg.).

O convite à reflexão torna-se ainda mais pertinente quando a mídia apresenta novos projetos de pesquisa relacionados ao corpo e à informática. Não faz muito tempo, a British Telecom apresentou seu projeto de pesquisa, que sem dúvidas, será a declaração de *morte ao corpo* conforme anunciada por David Le Breton⁶³. O *fim da morte*, assim o projeto foi definido, consiste em serem todas as experiências (sensoriais?) de uma pessoa armazenadas em um *chip* implantado em seu cérebro. Posteriormente, transfere-se o conteúdo do *chip* para um computador, em uma espécie de *back up*, que permitirá a transferência daquelas informações a outro cérebro. O *chip da vida* assegurará a *imortalidade eletrônica*, ao menos, de início, aos mais ricos, uma vez que toda tecnologia de vanguarda em regra é muito cara, no lançamento. (NOVAES, 2003; VEJA, 2005).

Contudo, uma reflexão mais atual se faz necessária quanto ao tratamento hoje dispensado ao corpo, no seu aspecto físico. Há uma certa idolatria do corpo cuja compreensão desafia a todos. Quando a mídia noticia o desaparecimento de um avião no oceano ou uma avalanche soterra alpinistas em algum lugar do planeta, generaliza-se uma angústia, maior ainda enquanto não se encontram os corpos.

⁶³ Para o autor de Adeus ao corpo, "se o corpo é o lugar da morte, será necessário um dia extirpá-lo do homem " (LE BRETON, 2013, p.124).

A tradição cristã reforçou a questão ao fundir corpo e alma, transformando o corpo em uma unidade, na morada do ser, mas a História⁶⁴ registra os rituais fúnebres e o culto aos mortos, sempre envolvendo a questão do corpo físico. Assim, o caminho ficou facilitado para a *biopolítica*. Paul Roubier (1963), que não acreditava em direitos da personalidade, afirmava que tratar o corpo humano como coisa (reificação) provocaria um elastecimento moral absurdo e irreversível. Avançando um pouco mais, insistiu que a filosofia do *ton corps est à toi*⁶⁵ desintegraria a sociedade. Porém, passados mais de cinquenta anos, a sociedade persiste no seu curso complexo, muitos autores até abordando uma teoria do progresso moral (DUTRA, 2005).

Numa paráfrase a Giorgio Agamben (2010), em vez de *homo sacer* deve-se falar em *corpus sacer*. A sacralização do corpo nem sempre tem colaborado com o avanço das técnicas biomédicas e possibilitou o controle (pelo medo) da humanidade, o *biopoder*. A raiz etimológica de sagrado vincula-se a sangue, sacrifício e sanção. Sagrado era o nome que se atribuía à parte externa dos templos, onde ficava o altar destinado aos sacrifícios de animais (ISIDORO DE SEVILHA, 1951). Na verdade, o sagrado é o destinado a um sacrifício, o sancionado, isto é, o que recebeu sanção – o condenado. Remarque-se que essa interpretação do sagrado não é a mesma de Agamben. Aqui, parte-se de considerações de quem elabora essa Tese, que guardando uma maior distância da língua latina tenta compreendê-la olhando do exterior e, inversamente, permitindo-se um certo grau de ousadia, busca-se uma analogia ao *dalit* indiano (sancionado pela intocabilidade), além de um recurso à Bíblia. Pelo Novo Testamento, Cristo - o mais sagrado dentre todos os humanos - foi imolado, e, em contrapartida, divinizou-se o sentido do termo. Assim, doravante, o sagrado estará sempre atrelado a um sentido religioso, absoluto. Daí, Albert Camus, em *O homem revoltado*, perguntar: "Longe do sagrado, e de seus valores absolutos, pode-se encontrar a regra de uma conduta?" (CAMUS, 1951, p. 29). O que torna o desafio ainda maior quanto à pretensão de se conferir um direito sobre o próprio corpo, pois, primeiramente, é preciso se livrar do

⁶⁴ Veja-se *Historia*, de Heródotos (1988); *Totem e tabu*, de Freud (1995) e *Antígona*, de Sófocles (2001), como exemplos do culto ao corpo físico.

⁶⁵ "Teu corpo a ti pertence", frase célebre do romance *Filosofia da alcova*, do Marquês de Sade e também título de romance de Victor Margueritte, em ambos um apelo à dessacralização do corpo, no sentido religioso. (ROUBIER, 1963).

sagrado, isto é tratá-lo com o devido respeito - tolerância e reconhecimento -, mas no seu âmbito de ação, dentro dos limites da crença ou da fé.

Veja-se esta passagem de Calderón de la Barca, em a Vida é Sonho:

Descobrir, oh Deus pretendo
já que me tratas assim
que delito cometi
fatal, contra ti, nascendo.
Mas eu nasci, e compreendo
que o crime foi cometido
pois o delito maior
do homem é ter nascido. (CALDERÓN DE LA BARCA, 2008, p.36)

Esta outra de Miguel de Unamuno (1999, p.25), em São Manuel Bueno Mártir: "Eu não resistiria às tentações do deserto. Eu não poderia carregar sozinho a cruz do nascimento." Passagens ilustrativas, em que o sagrado e o condenado se equiparam. O que também é útil para demonstrar certa confusão no entendimento comum quando se fala da vida como o maior dom, ou, mais complexo ainda, da vida como um dom sagrado. Ideias que associadas a conceitos etéreos de dignidade humana, não permitem uma política legislativa adequada - os legisladores atuam pelo e para o senso comum, precisam ser eleitos e reeleitos. Uma objeção poderia ser apresentada quanto ao que já se assumiu a respeito de Direito e Moral e os planos de justificação e aplicação da norma. Ficaria, então, para o Judiciário, diante do caso concreto, a adequação, ou melhor, o juízo de aplicação normativa, que conferiria coerência e integridade ao sistema. Porém, a história não tem apontado nesse sentido - alguns argumentos práticos serão apresentados em próxima parte deste trabalho, pois a jurisprudência se apresenta pródiga em exemplos de decisões com fundamentos naturalizantes, convencionais, axiológicos, políticos e religiosos. Principalmente na seara do Biodireito, onde parece que não se veem princípios, mas tão somente vazios normativos.

Alguns doutrinadores classificam o direito à vida como componente do direito à integridade física⁶⁶, a exemplo de Orlando Gomes (1999, p.153). O direito à vida, para Adriano de Cupis, é um *direito inato* (originário) no sentido de ser relativo à pessoa, um direito do indivíduo pelo simples fato de ter personalidade. Para o mesmo autor, o suicídio seria um abuso do direito à vida. "Não basta que um fato seja *contra jus* para que deva considerar-se como ato de exercício de um direito

⁶⁶ Sobre vida e integridade física, liberdade-autonomia e renúncia a direitos da personalidade, recomenda-se "O presente dos direitos da Personalidade" (Rodrigues; Ferreira, 2013).

subjetivo: é também necessária uma defesa contra o exterior, que falta no caso do suicídio.” (CUPIS, 2004, p.74). Essa afirmação não encontraria guarida entre os defensores do suicídio assistido como defesa à agressão provocada pela distanásia, ou à obstinação terapêutica, em situações específicas. Por outro lado, há os autores que consideram o direito à vida como originário, pois, “quando se diz serem os direitos da personalidade inatos, o que se quer dizer é que nascem com a pessoa, por força da Lei.” (FIUZA, 2006, p.175).

O direito à integridade física seria, para Orlando Gomes (1999), um direito da personalidade que se especializaria em direito à vida e em direito sobre o próprio corpo. Esse último se desdobraria em direito sobre o corpo inteiro e direito sobre as partes separadas do corpo. Interessante observar que o autor não faz a distinção semântica entre o direito *ao* e *sobre* o próprio corpo⁶⁷. Porém, afirma que apesar de ensejar menos controvérsias, o direito sobre as partes separadas do corpo, dada sua natureza não pacificada na doutrina, pois sendo as partes separadas do corpo "deixariam de ser *direito de personalidade*, segundo alguns escritores, transformando-se em *direito de propriedade*, e passando as partes separadas à categoria de coisas no comércio." (GOMES, 1999, p.155). O autor ainda alega que a disponibilidade das partes separadas do corpo também não provocaria a perda da natureza daquele direito. Ainda realça a proteção do direito à integridade física em dois sentidos: "contra os atentados provenientes de terceiros e contra o poder de disposição do próprio indivíduo." (GOMES, 1999, p.155). Por fim, acrescenta uma consideração muito pertinente à linha de pensamento adotada: "é proibida a extração anatômica em vida, mas, excepcionalmente, há de ser permitida, respeitados os limites que somente podem ser traçados **à luz do caso concreto.**" (GOMES, 1999, p.155, grifo nosso).

O direito à vida, na opinião de Carlos Alberto Bittar,

Trata-se de direito que se reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar o aspecto da indisponibilidade, uma vez que se caracteriza, nesse campo, um direito à vida e não um direito sobre a vida. Constitui-se direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que a todos os componentes da coletividade se exige. Com isso, tem-se presente a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceamento a esse

⁶⁷ Em sentido oposto, Adriano de Cupis (2004) pugna pelo direito à vida, pelo direito à integridade física e não pelo direito *sobre* a vida e pelo direito *sobre* a integridade física, com a justificativa de que a estrutura dos direitos da personalidade tem por objeto a vida. Deve-se observar que se adota, nesta Tese, a dignidade da pessoa humana como o fundamento dos direitos da personalidade.

direito, eis que não se pode ceifar a vida humana, por si, ou por outrem, mesmo sob consentimento, porque se entende, universalmente, que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir missão, própria da sociedade (...) objetivos esses alcançáveis ante o pressuposto da vida. (BITTAR, 2004, p.71, grifo nosso).

A assunção do conceito acima compreende alguns riscos, pois o direito à vida não poderia ser transformado em um dever de viver, uma imposição ao indivíduo, sem se considerar o que seria uma vida digna. O tratamento conferido ao direito à vida no cenário jurídico o torna dependente da conjugação com o princípio da dignidade da pessoa humana. “Portanto, vislumbra-se a mudança de paradigma do direito à vida ao direito à vida digna, de conteúdo amplo, para conduzir a tutela da vida em seus aspectos biológico, psíquico e espiritual.” (NOGUEIRA, 2009, p.158).

Elimar Szaniawski também adere à posição de que o direito à vida e o direito à integridade corporal compõem o direito à integridade física; indo além, ao afirmar que não há direito à propriedade do corpo, mas um direito que consiste em não ser atingido o corpo da pessoa – assegurando sua integridade física. (SZANIAWSKI, 2005, p.467).

O direito ao próprio corpo apresenta-se como um direito da personalidade em dupla dimensão: há um elemento material – o corpo propriamente dito – e o elemento espiritual ou anímico – a consciência (BITTAR, 2004). Assim, para Carlos Alberto Bittar, o direito ao corpo somente passaria a direito sobre o corpo após a morte quando poderia ser considerada alguma disposição prévia do morto quanto ao destino do próprio cadáver, no que se configuraria um direito ao cadáver e às partes do cadáver. Consoante ao artigo 13 do Código Civil⁶⁸, “tem a pessoa o direito de dispor de seu corpo, para diferentes finalidades da vida social normal, inclusive para satisfação da lascívia alheia.” (BITTAR, 2004, p.82).

Na atualidade, a autodeterminação sobre o próprio corpo envolve questões de reprodução assistida, tais como, inseminação artificial, útero de substituição, doação de óvulos e sêmen, comércio de cabelos, venda da própria imagem, além do direito às cirurgias de correção ou readaptação genital, as cirurgias plásticas puramente estéticas, esterilizações e intervenções médico-cirúrgicas em virtude de doenças. Por fim, destaca-se o uso do corpo, ou partes dele, para transplantes, seja

⁶⁸ Art. 13: Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.(BRASIL, 2007).

doações em vida ou *post mortem*. O corpo como uma realidade biológica individual potencialmente portadora de um quociente de inteligência é *prima facie* constitucionalmente protegido, havendo desdobramentos dessa proteção tanto na esfera civil como na penal. O direito civil especializa a proteção do corpo, sobretudo, por meio dos direitos da personalidade.

O art. 13 do Código Civil é muito semelhante ao art. 5º do Código Civil Italiano, de *matriz fascista*. Com respeito aos atos de disposição sobre o próprio corpo, Maria Cristina de Cicco (2013) afirma que os codificadores brasileiros praticamente transcreveram a legislação civil italiana, porém numa perspectiva de interpretação constitucionalmente integrada, a questão do direito sobre o próprio corpo pode ser adequadamente conduzida. Uma *interpretação unitária* do ordenamento, tendo a Constituição como centro, confere a ele uma *unidade aplicativa*, e não teórica. Além disso, com a Constituição de 1988, a pessoa humana foi elevada à *categoria central do ordenamento brasileiro*. Nesse sentido, opinam Stancioli e outros: "O epicentro da questão está, no entanto, no momento em que se percebe serem a Pessoa Humana (como sujeito de direitos) e sua dignidade enquanto 'projeto' os centros do ordenamento jurídico — e não meramente a vida como tal." (STANCIOLI e outros, 2001, p.125).

O direito sobre o próprio corpo (e, por inferência, o direito sobre a vida) não diz respeito ao âmbito estrito do Direito e, assim, duas vertentes são abordadas; por um lado os aspectos éticos, morais e religiosos devem, por exigência social, ser considerados e, por outro lado, os avanços tecnológicos têm alterado a concepção de *pessoa*, com uma verdadeira crise no conceito tradicional de indivíduo e de corpo. Ainda que não reconheça um *dever de viver*, a autora não se põe de acordo com a *dogmática da autonomia individual* do passado, tampouco com *posturas libertárias*. Mas, em prol da dignidade da pessoa humana e considerando aquelas duas vertentes mencionadas, admitem-se "formas leves de regulamentação" (CICCO, 2013, p.6), nos espaços de liberdade, nos espaços que Rodotà (2010) denomina do *não-direito*. Conclui a autora afirmando que "de um ponto de vista jurídico, a dignidade da vida, princípio laico, deve prevalecer sobre a sacralidade da vida, princípio de ordem religiosa." (CICCO, 2013, p.12).

Admitindo-se a seguinte construção: o corpo veio antes do Direito, que foi antecedido pelo sagrado. Tem-se dois caminhos, uma tese e uma antítese. O direito sobre o próprio corpo pode seguir por uma de duas vias: o caminho secular - opção

por uma *ética intersubjetiva*, de *pretensões universalizáveis* ou pelo caminho do sagrado - opção por uma *moral religiosa*, caracterizada pela subjetividade. Ainda nessa linha, afirmam Stancioli e outros (2011, p.125) que "poucos espaços são tão 'contaminados' pelo sagrado como o corpo humano - haja vista ser ele *locus* de enormes tabus, pertinentes a sexualidade, integridade, intangibilidade etc." Porém, tem-se evoluído. Não fosse por um direito sobre o próprio corpo nada se poderia afirmar sobre questões hoje já pacificadas como a doação de órgãos e os transplantes intervivos, além da exigência do consentimento livre e esclarecido nos tratamentos médicos ou a recusa a eles. (STANCIOLLI, 2010).

Aspectos políticos, jurídicos, éticos e religiosos rondam o *fato do corpo* - dom ou propriedade? Segundo Hans Joas (2012, p.235), "se não reduzirmos a pessoa ao seu corpo, a morte do corpo não é necessariamente a morte da pessoa." O que representa uma clara prevalência da biografia sobre a biologia.

De acordo com Maria de Fátima Freire de Sá, existe uma linha tênue

entre o particularismo das liberdades, preferências e interesses pessoais, pertencentes ao campo dos direitos de cada indivíduo, e o universalismo das necessidades e interesses coletivos, pertencente ao campo dos direitos de todos os indivíduos. (SÁ, 2003, p.117).

Na tragédia grega, "pelo meio irás mais seguro", disse Febo ao filho, Faetonte⁶⁹. A harmonização dos limites entre o individual e o coletivo deveria ser sempre a meta, sem comprometer jamais a liberdade individual da pessoa, naquilo que somente a ela concerne, como, por exemplo, nas questões do uso ou do destino do próprio corpo. É essencial à dignidade humana o exercício do maior direito possível sobre o próprio corpo, sobre a própria vida; temas que serão essenciais na vinculação entre direitos da personalidade, ou direitos fundamentais, e o direito, a liberdade, de se decidir sobre ter ou não ter filhos perfeitos.

⁶⁹ *In medio tutissimus ibis*, Metamorfoses, livro II, 135, Ovídio (CARVALHO, 2010, p.67).

3.6 Liberdade e dignidade

Tudo me é permitido, mas nem tudo me convém. Tudo me é permitido, mas eu de ninguém me farei escravo. I Cor, 6, 12 (BÍBLIA, 1961).

A liberdade no plano jurídico é a expressão mais adequada da dignidade humana. A liberdade é um conceito ético e a dignidade também, portanto situam-se nos mesmos níveis conceituais. No plano jurídico, a essa liberdade estariam vinculados os direitos da personalidade que parecem estar *condensados pelo princípio da dignidade da pessoa humana* (CHAMON JÚNIOR, 2010, p.42).

Prosseguindo, com apoio no pensamento de Lima Vaz (2002), no plano político, a liberdade é, também, a expressão mais adequada da dignidade humana. Porém, a liberdade *in casu* é um conceito político, enquanto a dignidade permanece um conceito ético. Ao se situarem em distintos níveis conceituais, deve-se observar a relação que vigora entre eles. Isto é, uma relação de tipo ontológico, aquela que tem lugar entre o ser e o fenômeno, entre a essência e sua manifestação. Essa liberdade no plano político que fortemente caracteriza o Estado Social de Direito - Estado Providência - ainda se faz presente pelas ações afirmativas, aos auxílios econômicos, as bolsas ou subvenções monetárias. Porém, o regime político no Estado Democrático de Direito é marcado (ou deveria sê-lo) pela emancipação e não por uma política de satisfação de necessidades, que mais caracterizaria uma *democracia governada*, em detrimento de uma *democracia governante*.

Roberto Andorno (2009) afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana é o *princípio eminente da Bioética*. Porém, uma vez que se trata de um princípio jurídico, como assumido anteriormente, *juridicizar* a Bioética seria transformá-la em Biodireito. Não se nega a raiz ética da dignidade humana, mas se tornou princípio (jurídico) constitucionalizado. Pensa-se, e será a linha adotada, que a dignidade humana, muito além de ser o princípio de tal ou qual sistema, compreende o sistema do humano, isto é, o princípio da dignidade humana, antecede⁷⁰, permeia, perpassa e transcende tudo que disser respeito ao ser humano, como diria Terêncio⁷¹, *nada do que é humano lhe é indiferente*, não sendo

⁷⁰ O termo antecede foi usado na falta de melhor expressão, mas o sentido é de cooriginariedade e complementariedade, como tratado por Chamon Júnior (2009; 2010).

⁷¹ Escritor, satirista, latino. GRANDE Enciclopédia Barsa (2005).

prerrogativa única de nenhum sistema de pensamento, mas compõe, sobretudo de maneira procedimental, todas as ações do e no *mundo da vida*.

Ao tratar do equilíbrio entre liberdade e dignidade da pessoa, Roberto Andorno afirma que a liberdade é pressuposto da dignidade humana e respeitá-la “implica que se garantam conjuntamente estas duas exigências: que seja o sujeito mesmo, sem coação de terceiros, quem determina seu agir e que não se coloquem obstáculos injustificados à realização de seu querer.” (ANDORNO, 2009, p.75). Evidentemente, a autonomia e a liberdade permitem às pessoas viver como queiram, respeitando-se seus espaços de liberdades e não-liberdades, mas até para se decidir viver uma autêntica vida irrefletida, sem metafísica, sem ontologias ou escatologias, é necessária uma prévia reflexão, um pensamento crítico, pois, caso contrário, a decisão seria viciada, não-autêntica.

4 BIODIREITO: JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

Meu nascimento não trouxe proveito ao Universo,
 Minha morte não lhe reduzirá a imensidão nem o esplendor,
 Ninguém sabe explicar-me porque vim ao mundo,
 Tampouco porque me vou embora, um dia.
 (Omar Khayyam - Rubaiyat)⁷².

A proposta de se abordar um tema ligado à vida, seguindo pelas sendas do Direito, torna-se necessário passar por uma vertente da ética aplicada - a Bioética - e seu correlato mais imediato no campo jurídico - o Biodireito. Segundo Joaquim Clotet, "Ética aplicada é aquela parte da filosofia prática [orientação para o agir] cujo objetivo é considerar e avaliar a conduta por meio de regras, princípios, valores, ideais, razões e/ou sentimentos." (CLOTET, 2003, p.28). De maneira sintética, a Bioética pode ser conceituada como a ética aplicada às biociências e às ciências da saúde.

De acordo com Léo Pessini (2003), na Alemanha, em 1927, Fritz Jahr publicou um artigo que trazia o termo Bioética no título. A proposição apresentada no artigo é um exemplo que facilita a compreensão do que seja ética aplicada. Partindo do imperativo kantiano, Fritz Jahr assim prescreveu, em relação a *todas as formas de vida*: "Respeite todo ser vivo como princípio e fim em si mesmo e trate-o, se possível, enquanto tal." (PESSINI, 2003, p.22). Portanto, a Bioética estaria no âmbito da ética aplicada, cujo núcleo seria composto pelos princípios da autonomia, da beneficência e da justiça. (CORTINA; MARTINS, 2005; SÁ; NAVES, 2009). Porém, há a necessidade de se fundamentar (discursivamente) tais princípios junto ao conceito de pessoa, considerada como um interlocutor reconhecidamente válido por todos os membros da comunidade que participam do discurso; assim, confere-se validade intersubjetiva. (CORTINA; MARTINS, 2005).

A Bioética na qualidade de disciplina aberta a questionamentos de maneira ampla não se confunde com o Direito que é *ordem pragmática de solução de conflitos*, podendo ser investigado sob uma *perspectiva dogmática*. (SÁ; NAVES, 2006, p.6).

⁷² *Rubaiyat* é o plural da palavra persa *rubai*, estrofe de quatro versos; Alfredo Braga, estrofe 54 (KHAYYAM, 2003) e Octávio Tarquínio de Souza, estrofe 56 (KHAYYAM, 1969). Adaptação nossa baseada nas duas traduções.

O *equivalente jurídico* da Bioética seria o Biodireito - o Direito aplicado às biociências e às ciências da saúde. Quanto a justificação e aplicação, "Biodireito e Bioética são ordens normativas, e, como tal, têm caráter prescritivo. A distinção, todavia, está na forma de abordagem e na força cogente." (SÁ; NAVES, 2009, p.9); de maneira semelhante, já se abordou o Direito e a Moral. Para Heloísa Helena Barboza, "Não se cuida, simplesmente, de encontrar um 'correspondente jurídico' para a Bioética, mas de estabelecer quais as normas jurídicas que devem reger os fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina, também disciplinados pela Bioética." (BARBOZA; MEIRELLES; BARRETO, 2003, p.70-71). Porém, deve-se fazer uma interpretação mais alargada do Biodireito que não deve reger apenas os *fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina*, pois estaria limitado às consequências, ao aspecto corretivo; antes, deve o Biodireito atuar preventiva e proativamente.

4.1 Aconselhamento genético

E a mim? Quem me dará as lições de abismo?
Gustavo Corção (1989, p182).

Dentre os aspectos biomédicos em que o Biodireito e a Bioética se fazem presentes, destaca-se o aconselhamento genético, que apresenta implicações tanto éticas quanto jurídicas. Recentemente, sob a justificativa dos avanços da Medicina genômica, a NSGC - Sociedade Norte-americana de Conselheiros Genéticos apresentou nova definição⁷³ para aconselhamento genético: processo de ajudar as pessoas a compreender e se adaptar aos fenômenos médicos, psicológicos e familiares decorrentes das contribuições genéticas para doenças. Esse processo integra a interpretação do histórico médico e familiar para avaliar a ocorrência de doença; educação sobre hereditariedade, testes, gestão (biológica), prevenção, recursos disponíveis e pesquisas; aconselhamento para promover escolhas informadas e adaptação ao risco ou condições específicas. Cumpre observar que a NSGC considera o conselheiro genético como um profissional especializado e responsável por várias atribuições, tais como, projeto e condução de pesquisas,

⁷³ The NSGC definition of genetic counseling states that genetic counseling is the process of helping people understand and adapt to the medical, psychological, and familial implications of the genetic contributions to disease. (NSGC, 2006, tradução nossa).

administração de casos clínicos, supervisão de treinandos, ensino, participação na elaboração de políticas de saúde, além de desenvolverem e implementarem ferramentas educacionais. O aconselhamento genético torna-se a essência da relação entre o conselheiro e o cliente, quando eles se interagem.

Em 2004, a UNESCO por meio da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos apresentou, no art. 2º, inc. XIV, uma definição de aconselhamento genético:

Procedimento que consiste em explicar as consequências possíveis dos resultados de um teste ou de um rastreio genético, suas vantagens e seus riscos e, se for caso disso, ajudar o indivíduo a assumir essas consequências a longo prazo. O aconselhamento genético tem lugar antes e depois do teste ou rastreio genético. (UNESCO, 2004).

A definição de aconselhamento genético adotada pelo CFM - Conselho Federal de Medicina (2012), coincidente com aquela apresentada por Goldim:

Aconselhamento genético é a atividade de fornecer informações a respeito do risco de recorrência de doenças genéticas para pacientes e familiares, devendo ser o mais não-diretivo possível. Entende-se por não-diretivo o aconselhamento no qual o profissional se mantém imparcial frente às informações e decisões que serão tomadas. (GOLDIM, 2007).

O CFM também admite que não há consenso para a utilização do termo aconselhamento genético. Esse pode ser substituído por assessoramento, ao argumento de ter o último termo significado mais neutro, com menor carga diretiva.

Investigou-se o nível de atuação e instalação das entidades, associações ou instituições de aconselhamento genético em vários países; o movimento é bastante recente, acompanhando as evoluções e o *boom* da genética das últimas décadas. A associação norte-americana é a mais antiga dentre as pesquisadas, iniciando suas atividades no início da década de 1980 (NSGC, 2014). Constitui-se numa empresa que opera com licença ou franquia em vários estados norte-americanos. (NSGC, 2014). No Japão, a Sociedade de Genética Humana tem como associada desde a década de 1980 a JSGC - Japanese Society of Genetic Counseling (2014). Na França, há a AFCG - Association Française des Conseillers en Génétique (2014) e a AFGCCG - Association Française de Génétique Clinique et de Conseil Génétique (2014), esta última é ligada à Federação Francesa de Genética Humana, da mesma forma que a similar japonesa. As associações francesas foram constituídas na

década passada. Nos três países pesquisados, as associações e instituições vinculam-se à iniciativa privada e, exceto na França, em que têm caráter voluntário e assistencialista, perseguem fins comerciais. No Brasil, quando oferecido, o aconselhamento genético é conduzido em hospitais, públicos ou particulares, ou em laboratórios e clínicas de reprodução assistida, geralmente de caráter privado. (FERREIRA, 2010). Pelas datas de constituição, missão, valores e objetivos dos empreendimentos, dois aspectos são interessantes: apesar de haver obra (médica) que já mencionava o aconselhamento genético desde o ano de 1968 (FUHRMANN; VOGEL, 1978), o movimento é recente e é forçoso reconhecer um certo *espírito eugênico* nas propostas de todos eles, um certo esforço no sentido de se aumentarem as chances de se ter o *filho perfeito*.

Há instituições que oferecem apenas o aconselhamento genético, como orientação de vida, a partir do resultado de consultas, exames e testes genéticos; outras instituições, que se dedicam à reprodução humana assistida, também se valem do aconselhamento genético. Deve-se observar que o aconselhamento não se limita aos aspectos vinculados à reprodução humana. Um exemplo são os testes pós-natal, seja em neonatos ou em adultos, para diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas que poderiam manifestar-se ao longo da vida.

Transitando o aconselhamento genético nas esferas do Biodireito e da Bioética, toma por decorrência os princípios dos dois sistemas. Quando se fala em decisões e em caráter não-diretivo, está-se no âmbito do princípio da autonomia. Outros princípios⁷⁴ relevantes referem-se à beneficência, à não-maleficência, além da precaução e da responsabilidade. Além da principiologia adequada, outro aspecto relevante refere-se ao procedimento dialógico em que se desenvolve o aconselhamento. A importância da relação médico-paciente, ou médico-consultante, é decisiva para os objetivos que se atribui ao aconselhamento genético. Uma decorrência dessa perspectiva relacional envolvida e da correlata responsabilidade dos participantes, num momento inicial, mais até do conselheiro, resultou na *teoria do consentimento informado*. O consentimento livre e esclarecido torna a relação conselheiro-consultante "ética e juridicamente legítima" (STANCIOLLI, 2004, p.48), além de prevenir questões de responsabilidade médica, de responsabilidade civil, inclusive. (SÁ; NAVES, 2009).

⁷⁴ Para aprofundamento, recomenda-se o Manual de Biodireito (SÁ; NAVES, 2009).

Em obra sobre os aspectos jurídicos do aconselhamento genético, Romeo Casabona (2002) apresenta quatro situações em que podem ocorrer os exames e diagnósticos genéticos, essenciais ao *assessoramento genético*. Primeiramente, trata-se do exame pós-natal que pode abranger desde o momento do nascimento até exames para detecção da possibilidade de doenças genéticas em adultos ou para rastreamento de doença genética pós-nascimento. No Brasil, como se verá mais à frente, alguns exames são legalmente obrigatórios nos recém-nascidos, como por exemplo, o já assimilado *teste do pezinho*. (FERREIRA, 2010). As outras três situações estão relacionadas à reprodução humana assistida; trata-se do diagnóstico pré-conceptivo, do diagnóstico pré-implantatório, além do diagnóstico pré-natal. (CASABONA, 2002).

4.1.1 Reprodução assistida

Certamente, o casamento sem filhos não é senão o prazer permitido. Se o amor da mulher é digno de maior respeito do que qualquer outro, é talvez unicamente porque contém a promessa do futuro. Mas não é exatamente no momento em que a vida nos parece mais absurda e mais destituída de objetivo que temos o direito de alegrar-nos pelo fato de perpetuá-la. Aquele filho, com o qual havíamos sonhado juntos, viria ao mundo entre dois estranhos. Não era nem o testamento, nem o complemento da felicidade, era uma compensação. Esperávamos vagamente que tudo se arranjaría quando ele chegasse. Eu o quis porque estava triste.
Marguerite Yourcenar (1981, p.112).

Quando uma pessoa ou um casal decide ter um filho, vários são os seus motivos; provavelmente tantos motivos quanto são os envolvidos. Acontece que nem todos conseguirão ou poderão atingir o objetivo naturalmente. Assim, recorre-se aos recursos técnicos e científicos da reprodução humana assistida. Conquanto bastante desenvolvidas, as técnicas de reprodução ainda atuam com variados graus de probabilidade de sucesso. Podendo haver a necessidade de várias tentativas de fertilização, para um mesmo evento. Isso acarreta certo grau de angústia e apreensão entre os pacientes envolvidos. A *via crucis* da reprodução assistida pode conduzir a pessoa ao vale da felicidade (fertilidade) ou ao calvário da desilusão. Tendo em vista que o sistema público de saúde é pouco eficaz no atendimento a essas demandas, o mais comum é recorrer-se às instituições comerciais privadas. De qualquer forma, seja ao vale ou ao monte, a parte interessada chegará lá

também financeiramente desgastada - ainda são bem elevados os custos da reprodução assistida no Brasil. (GLOBOCIÊNCIA, 2013).

Segundo Gustavo Ribeiro (2002, p. 286), conceitua-se reprodução assistida "como o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação dos gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana."

Vários são os métodos de reprodução assistida, enunciados a seguir em ordem crescente de complexidade. A relação sexual assistida consiste em acompanhamento médico, diagnóstico pré-concepção (ultrassonografias, exames e testes genéticos), aconselhamento genético e tratamento hormonal simples. A inseminação artificial consiste em consultas prévias, diagnóstico pré-concepção, aconselhamento genético, além da coleta e tratamento de esperma e sua inserção no útero. Da fertilização *in vitro* clássica - FIV - fazem parte consultas, diagnóstico pré-implantação, aconselhamento, coleta e tratamento dos gametas - oócitos e espermatozóides - que, uma vez fertilizados, darão origem ao embrião a ser transferido ao útero. Método semelhante à FIV é a ICSI - injeção intracitoplasmática de espermatozóide. - cujo diferencial é a microinjeção de espermatozóide ou espermátide diretamente no óvulo, realizando a fecundação. A transferência intratubária de gametas - GIFT - consiste em tratamento semelhante à FIV, porém os oócitos e os espermatozóides são depositados nas trompas de Falópio (por meio de videolaparoscopia). Nesse processo a fecundação é *in vivo*. O método de transferência intratubária de zigoto - ZIFT - assemelha-se ao anterior, porém, após a manipulação dos gametas, promove-se a fertilização *in vitro*. Depois de selecionados, os zigotos são transferidos às trompas de Falópio. (SÁ; NAVES, 2009, p.110-111). Note-se que as técnicas de fertilização *in vitro*, GIFT e ZIFT, permitem algum grau de DGPI - diagnóstico genético pré-implantação. Por outro lado, o diagnóstico pré-natal pode ser realizado em quaisquer dos métodos mencionados. Também há algumas variações entre as diversas técnicas, que foram apresentadas de modo exemplificativo.

Não se abordou a clonagem reprodutiva humana devido ao seu caráter ainda ficcional e às interdições legais; parafraseando Victoria Camps (2002), deve-se especular sobre o que é ciência e não sobre o que ainda é ficção científica, apesar de se reconhecer alguns deslizes ao longo desta Tese, dado o aspecto instigante daquela.

4.1.2 Normatização, jurisprudencialização e casuística

Um jardim sem folhas, quem ousaria negar sua beleza?
Abbas Kiarostami⁷⁵ - Cópia Fiel

A legislação brasileira sobre aconselhamento genético é escassa. Uma novidade é a Portaria nº 199, de 30 de janeiro de 2014, do Ministério da Saúde (BRASIL, 2014), que "Institui a política nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, aprova as Diretrizes para Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e institui incentivos financeiros de custeio." O Sistema Único de Saúde - SUS - será responsável pelo aconselhamento genético no âmbito de abrangência dessa Portaria.

Houve várias críticas à Portaria nº 199 por parte de geneticistas, pois a norma restringe o aconselhamento genético, quando realizado pelo SUS, aos profissionais da Medicina, excluindo biólogos, biomédicos e demais profissionais da área de saúde, com especialização em genética humana, conforme publicado pelo Centro de Estudos do Genoma Humano e de Células-tronco (CEGH-CEL, 2014).

Quanto à reprodução assistida, o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 3.149, de 12 de dezembro de 2012, destinando recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à reprodução humana assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização *in vitro* e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides.

Em relação a produção legislativa, o que se encontrou mais recente foi o Projeto de Lei (PL) nº 4.892, de 19 de dezembro de 2012, da Câmara dos Deputados, que Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Esse projeto está apensado ao PL nº 1.184, de 2003, em tramitação, que dispõe sobre a reprodução assistida. O projeto mais recente propõe a possibilidade da gestação de substituição, que o PL de 2003 não permitia, e ainda abre a possibilidade para que a *doadora* de útero não seja da família de nenhum dos interessados. Há de haver previamente ao procedimento um pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente. Mantém-se a proibição do descarte de embriões e permite a *adoção de embriões*, regulamentada, por analogia, pelo

⁷⁵ "Le jardin du dépouillement, qui ose nier sa beauté?" Tradução livre de diálogo do filme Cópia Fiel, de Abbas Kiarostami (2010).

Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, criando-se um Cadastro Nacional de Adoção de Embriões.

Ainda sobre reprodução assistida, o Conselho Federal de Medicina (2013) publicou a Resolução nº 2.013, em 2013. Dentre alguns aspectos destacados, essa Resolução estende os procedimentos de reprodução assistida a casais em união estável homoafetiva, uma vez reconhecida como entidade familiar, permite o descarte de embriões com mais de cinco anos de criopreservação, se essa for a vontade dos pacientes e não somente a doação para pesquisas, conforme a Lei de Biossegurança; a doadora temporária de útero deve pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau e se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a **aprovação** do cônjuge ou companheiro. Interessante observar que não se trata de uma cientificação do cônjuge ou companheiro, mas uma outorga marital sobre um órgão (parte do corpo) da mulher.

Já se falou sobre espaços de não-direito, isto é, espaços em que o próprio direito deles não se ocupa, confiando a resolução das questões neles surgidas à autonomia privada. Porém, há casos, a realidade tem demonstrado que são inúmeros, em que o Direito fica em débito, por não se manifestar. Se o direito materialmente não se efetiva, seja por ineficácia ou por inexistência legal, abre-se espaço para a jurisprudência. Obviamente, a jurisprudência também dispõe de espaço próprio e reconhecido no e pelo Sistema Jurídico. Aqui, trata-se de um espaço que deveria ser preenchido pela atividade legislativa, que não consegue acompanhar a rápida e demandante atividade social. Temas relacionados à vida humana, e, por decorrência, à morte, têm sido atraídos pela atividade jurisdicional, pelos tribunais superiores, pelo tribunal constitucional - STF -, sobretudo. Assim foi no caso da união estável entre pessoas do mesmo sexo e sua possibilidade de conversão em casamento civil, do aborto de fetos anencéfalos, dentre outros.

Recentemente, a consulta de um profissional ao Conselho deu origem ao Parecer nº 30/2012 - Conselho Federal de Medicina (2014). O ponto de partida foi a consulta de profissional que solicitava orientações sobre como conduzir o aconselhamento genético junto aos parentes de um recém-nascido portador de malformação congênita de hipótese genética. Na consulta, "a médica assistente deseja mapear geneticamente a família com o objetivo de identificar 'quem não deveria procriar.'" A despeito dos termos um tanto *técnicos* utilizados, a atitude tanto

de quem efetuou a consulta quanto a resposta do CFM mantiveram-se coerentes com o conceito de aconselhamento genético apresentado e de que também se vale o próprio CFM. Pelo parecer, o ato decisório seria de responsabilidade também do médico, no sentido de esclarecer a situação com base em fundamentos éticos e científicos, expondo alternativas possíveis. Porém deveria ser respeitada a autonomia do paciente (familiares) e não se direcionar qualquer decisão dos envolvidos, tanto sobre o aprofundamento na investigação genética para identificar portadores quanto na ciência dos resultados dos exames e testes. A opção pelo aconselhamento seria do paciente (familiares), incluindo-se a adoção de medidas preventivas ou curativas, se houvesse. Novamente, ressalta-se o potencial eugênico do aconselhamento ou assessoramento genético.

4.2 Eugenia e contemporaneidade

Os espelhos e a cópula são abomináveis, porque multiplicam o número de homens. Jorge Luis Borges (1999, p.29).

Falar de aconselhamento genético e reprodução assistida, é também falar de eugenia, ainda que indiretamente. Considera-se importante a memória do período eugênico do século passado, mas as pessoas já não se reportam com tanta ênfase aterrorizante à eugenia espartana. Alterar o nome para se falar de realidades semelhantes não resolveria a questão⁷⁶. Portanto, a engenharia genética e tudo que está a ela correlato apresentam algum grau de *pensamento eugênico*. Caso não haja consenso em torno da reabilitação do termo, para uso corrente, ao menos que se preserve seu significado. Será falando nela e dela, sem falsos pudores, sem hipocrisias, que a eugenia poderá ser preservada nos corações e mentes e, assim, evitar-se erros do passado. Recorda-se a referência feita a Arthur Caplan (2011), afirmando que a eugenia entrará em todos os lares pela porta da frente, conduzida pelos próprios pais. Também como fato da atualidade, é interessante apresentar a visão de um contemporâneo filósofo da moral, James Rachels, ao descrever a cultura esquimó dos *Inuit*, que praticam o infanticídio em recém-nascidos do sexo feminino: "Os valores dos esquimós não são totalmente diferentes dos nossos.

⁷⁶ A propósito, uns versos de uma cantora que tem o sugestivo nome de Maria Eugênia: "eu pensei correr de mim, mas pra onde ia eu estava". Canção "Se correr o bicho pega", de Juraídes da Cruz. CD Viver e sorrir, faixa 02, Gravadora Tratore, Maria Eugênia (2006)

A questão é que a vida os pressiona a fazer escolhas que nós não temos de fazer." (RACHELS, 2006, p.25).

Pelas normas mais recentes, apresentadas, tanto pelo Ministério da Saúde quando pelo Conselho Federal de Medicina, torna-se evidente a possibilidade prática, até mesmo necessária, devido a alguns tipos de procedimentos de fertilização, do diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI) - sem sombra de dúvida, representando ações eugênicas, ainda que terapêuticas e não de aperfeiçoamento - o que, até mesmo para Habermas, poderia ser aceitável.

Recentemente, a primeira pessoa nascida no Brasil em que se utilizou a técnica de fertilização *in vitro* completou trinta anos de vida, em outubro de 2014. Em entrevista a jornal televisivo, duas questões chamam a atenção: não se percebe o menor problema quanto aquela questão da *autocompreensão e autodeterminação de origem* levantada por Habermas; e, se precisar recorrer a métodos semelhantes, quando decidir ter filhos, a aniversariante diz que não haveria problemas. Também faz esta declaração: "Algumas famílias questionam: 'o procedimento é de Deus? É ciência?' Quem está no comando não são os médicos. Muitas mulheres tentam e não conseguem. É uma ferramenta de ajuda." (GLOBO, 2014).

Dentro do espírito de tese *versus* antítese, investigou-se a realidade de outras pessoas, frutos das técnicas de fertilização. No Reino Unido, onde tudo começou, o primeiro bebê de proveta do mundo - nascido em 1978 -, quando completou dezessete anos, disse em entrevista: "Não, não me tenho interessado muito por essas técnicas de fertilização." (PÚBLICO, 2003).

A primeira criança nascida no mundo pela técnica de FIV tem outra irmã, produto da mesma técnica. No ano passado, completou trinta e cinco anos, mãe de duas crianças concebidas *naturalmente* e se diz pouco afetada pela sua origem:

Quando eu nasci, todos disseram que isso não deveria ter sido feito e que se estava mexendo com Deus e com a natureza, mas funcionou, e, obviamente, assim estava destinado a ser. (...) **É apenas o início da vida que é um pouquinho diferente, o resto é a mesma coisa.** (WOMEN YOU SHOULD KNOW, 2013, grifo nosso)⁷⁷.

Agora, a partir de um Site católico, tem-se o relato sobre uma pessoa norte-americana gerada por inseminação artificial. Estudante de Biologia, concebida a

⁷⁷ "When I was born they all said it shouldn't be done and that it was messing with God and nature, but it worked and obviously it was meant to be." She added, (...) "It is just the beginning of life that's a little bit different, the rest is just the same." (Tradução nossa).

partir do sêmen de doador anônimo, assim se manifestou: "sou uma pessoa gerada por inseminação artificial com esperma de doador e nunca conhecerei metade de minha identidade". E continua, "De quem são os olhos que tenho? Quem pôs na cabeça de minha família a idéia de que minhas raízes biológicas não importavam? Não se pode negar a ninguém o direito de conhecer suas origens biológicas." (DIRETÓRIO CATÓLICO, 2014). Provavelmente, um tanto influenciada pela carreira profissional que irá abraçar, ainda que procedentes, as questões apresentadas referem-se antes a aspectos fenotípicos, em detrimento de aspectos genéticos, propriamente, ou, até mesmo, de aspectos morais.

Não se percebe em nenhum dos três exemplos quaisquer questões vinculadas à autocompreensão e à autodeterminação de origem, numa perspectiva metafísica.

4.2.1 Um mundo perfeito com imperfeitos

Malucos, somos iguais na diferença
e todos temos uma crença:
seguir a lei jamais compensa.
Rita Lee (2008)⁷⁸.

A primeira questão a ser colocada é: que seria a perfeição?

Em todas as línguas neolatinas, o termo *perfeito* contém a ideia aportada do latim de completamente feito, completamente realizado (*per* e *facere*). As línguas germânicas seguem pela mesma via das neolatinas. Também, ao que se observa, as línguas eslavas do centro-sul da Europa (Rep. Checa, Eslováquia, Eslovênia, Sérvia, Croácia) se valem do termo de raiz latina. Por outro lado, as línguas eslavas da parte norte-oriental da Europa (russo, ucraniano, bielo-russo, polonês) adotam termos que têm um étimo comum, relacionado ao termo *ideal*. Aqui reside o ponto interessante. Aqueles que se utilizam da raiz latina compreendem o termo *perfeito* como completo, acabado, e sem defeitos, ligado a um fato, isto é, vinculado a uma realidade; já as últimas línguas mencionadas (eslavas da parte norte-oriental) atribuem um sentido de idealidade ao que é *perfeito*. Portanto, são compreensões distintas e que poderiam se complementar, numa dialética. O que se retiraria disso é o entendimento, pela cultura ocidental, de que a realidade da perfeição seria deste

⁷⁸ Canção Hino dos Malucos, da trilha do filme Os Normais, compositores: Rita Lee, Fernanda Young, Alexandre Machado e Roberto de Carvalho.

mundo, podendo ser materialmente realizada. Assim, a realidade do mundo perfeito não se tornaria utópica, sendo possível e, em grande parte, já naturalmente posta.

Segundo Jean Lauand, nas línguas Tupi e Guarani, o termo bom é representado também pelo mesmo termo que se traduz como belo, *catu* e *poranga*, respectivamente. Há uma *coincidência transcendental* entre a coisa e o ente, tornando-se uma unidade indivisível - só é bom o que é belo e só é belo o que é bom. (LAUAND, 2007). Poderia ser esse o entendimento do que seria a perfeição? Se se considerar que toda língua revela a filosofia de um povo...

Porém, a questão que segue diz respeito à perfeição daqueles que não são predeterminados na origem, isto é, aos humanos. Se a técnica permite ainda mais o embelezamento do mundo físico e a vitória sobre os desafios naturais, por que não se estender essa visão de mundo aos *donos* dele? Esse parece ser o mote da busca pela perfeição humana: vencer a doença, a decadência psicofísica, quiçá, a própria morte. O primeiro passo seria uma atuação no começo da vida, relativizando-se, ainda que minimamente, a predeterminação da origem. A proibição legal ou moral do incesto e dos casamentos consanguíneos poderiam ilustrar a assertiva, mas a Técnica e a Ciência podem ir muito mais além.

Ainda que tenha muito a descobrir, a Genética e demais ciências biomédicas hoje já permitiriam, com alto grau de acerto, o nascimento *apenas de filhos perfeitos*. Passa-se aos conflitos, éticos, morais, legais e religiosos daí decorrentes.

O sentido do termo *perfeito* como uma coisa, ou um fato, realizado, pronto e acabado, sem defeitos, é amplamente passível de problematizações. Quando se trata da etimologia de um termo no contexto geral de uma língua, a situação é muito mais simples do que a realidade de se pôr em prática a compreensão daquele termo pelas pessoas. Ilustra-se o caso emblemático de um casal de lésbicas, ambas surdas, nos Estados Unidos, que decidiram ter um filho *perfeitamente* igual a elas; e assim o fizeram. Na ocasião do nascimento da criança, noticiou-se:

O bebê chama-se Gauvin. Foi concebido por inseminação artificial há 38 semanas. Aos olhos das suas mães - duas mulheres independentes na casa dos 30, licenciadas, pós-graduadas, profissionais na área da saúde mental -, se Gauvin H. for surdo, será *perfeito*.

Não há ainda forma de saber se Gauvin é *perfeito* do modo que Sharon e Candy queriam que fosse. Só daqui a dois ou três meses é que um teste sofisticado dirá, com certeza, se Gauvin é surdo, como desejam as mães. (PÚBLICO, 2002).

Em sua obra, Andrew Salomon (2013, p. 789 e seg.) também aborda esse caso e relata que o casal também teve outra filha, igualmente surda. De acordo com Salomon, a imperfeição, ou deficiência, na percepção de quem não é acometido por ela, seria uma doença, enquanto para o portador seria uma identidade. (SALOMON, 2013, p.46).

Para o casal em destaque, a surdez não representa imperfeição ou deficiência, mas uma *identidade*⁷⁹. Que a deficiência componha uma identidade, seja um traço dela, é forçoso reconhecer, mas que seja a *identidade* é, no mínimo, passível de ser tomado como um preconceito às avessas.

Tanto a aplicação das tecnociências para ter-se um filho *perfeitamente superior*, com um potencial expandido ao máximo do razoável, quanto para um filho *perfeitamente específico*, são questões que demandam intensas e sérias reflexões, no plano ético, jurídico, moral e religioso. Parto, no sentido literal de *dar à luz*, mesmo em seu termo correspondente no inglês, *delivery*, entregar, sempre foi um ato histórico e culturalmente caracterizado pela doação do filho ao Mundo⁸⁰. Mas o Mundo tem suas exigências, contingências, locais e temporais. É imperioso considerar isso.

Fica-se pensando na atitude do casal do exemplo apresentado acima; como seria compreendida no Brasil a escolha dos pais, a partir da interpretação constitucional e principiológica do Estatuto da Criança e do Adolescente, do princípio da dignidade e do princípio do melhor interesse da criança?

Ao esclarecer o título de seu livro, *Longe da árvore*, Andrew Salomon, em uma dupla associação - a metafórica *árvore da eugenia*⁸¹ e o provérbio de origem alemã - assim se manifesta:

⁷⁹ É interessante o confronto entre identidade genética e identidade biográfica. Recomenda-se conferir em A identidade genética e seus reflexos no Direito brasileiro (TEIXEIRA; MOUREIRA, 2011).

⁸⁰ "Vossos filhos não são vossos filhos.

São os filhos e as filhas da ânsia da Vida por si mesma.

Vêm através de vós, mas não de vós.

E embora vivam convosco, não vos pertencem.

Podeis outorgar-lhes vosso amor, mas não vossos pensamentos, porque eles têm seus próprios pensamentos.

Podeis abrigar seus corpos, mas não suas almas; pois suas almas moram na mansão do amanhã, que vós não podeis visitar nem mesmo em sonho.

Podeis esforçar-vos por ser como eles, mas não procureis fazê-los como vós, porque a vida não anda para trás e não se demora com os dias passados.

Vós sois os arcos dos quais vossos filhos são arremessados, como flechas vivas." (GIBRAN, 1965).

⁸¹ Veja-se em Diwan (2007, p.15).

O desgastado ditado⁸² diz que a maçã não cai longe da árvore, o que significa que uma criança se assemelha a seus progenitores; essas crianças [imperfeitas] são maçãs que caíram em outro lugar - algumas, um par de pomares de distância, outras, do outro lado do mundo. No entanto, miríades de famílias aprendem a tolerar, aceitar e, por fim, celebrar crianças que não são o que elas originalmente tinham em mente. Esse processo de transformação é com frequência facilitado e, às vezes, confundido por políticas de identidade e progressos médicos que se infiltraram nas famílias em um grau que seria inconcebível há vinte anos. (SALOMON, 2013, p.16).

O que se observa ao longo das mais de mil páginas do livro acima, para além de se buscar a afirmação da deficiência como identidade, é o colossal esforço dos envolvidos para se aproximar, ao máximo e na medida do possível, da *árvore* e buscar sua sombra. Com isso, já seria possível arriscar uma resposta à questão inicial. Perfeição em matéria de reprodução humana seria a própria *imagem e semelhança*, com a possibilidade de adição ou subtração de caracteres que as circunstâncias atribuem alguma importância, necessidade ou valor.

Em um livro-libelo, *Contra a perfeição*, Michael Sandel (2013) faz uma aproximação das ideias de Habermas (2004) apresentadas em *O futuro da natureza humana*. No início da obra, o autor a dedica aos seus dois filhos "perfeitos exatamente como são". (SANDEL, 2013, p.9). A partir daí, torna-se difícil uma leitura em que se busca esclarecimentos e subsídios para qualquer reflexão sobre alternativas. Uma vez que, ao que parece, conformando-se com seus filhos como são e já estando eles postos e acabados, só resta ao autor ser contrário a qualquer argumento que possibilite uma decisão diferente da que prescreve. Na conclusão, o autor (que filhos perfeitos já os tem, mas ninguém está a salvo de certas manifestações adventícias) confirma sua radical posição contra a utilização da engenharia genética para *produzir filhos sob encomenda* - esquecendo-se de que há casos e casos -, mas admite a pesquisa com células-tronco - obtidas a partir de embriões, que ele prefere denominar blastocistos - voltada para a cura de doenças debilitantes. (SANDEL, 2013, p.133).

⁸² Dito no Brasil, "o cavaco não voa longe do pau", ou ainda, "quem nasce aos seus, não degenera". Uma vez mais, a Língua como manifestação filosófica de um povo.

4.2.2 Epigenética - mito e realidade para além da Genética

Toda família tem um momento, um momento em que começa a apodrecer. Percebeu? Pode ser a família mais decente, mais digna do mundo. E lá um dia, aparece um tio pederasta, uma irmã lésbica, um pai ladrão, um cunhado louco. Tudo ao mesmo tempo.
Nelson Rodrigues (1990, cena II, 3º ato).

Conceitua-se a Genética como a "Ciência que estuda os genes, a herança, a variação e o conjunto dos fenômenos e problemas relativos à descendência. Ramo da Biologia que estuda a forma como se transmitem as características biológicas de geração para geração." (ZATZ, 2011, p.197).

A tecnociência genética pode oferecer opções, mas o resultado nunca é garantido; como na epígrafe acima, pode-se ter surpresas ao longo da vida. Os fatores influentes no ideal, livre e saudável, desenvolvimento da pessoa humana são tais e de tal complexidade que representam um desafio constante à engenharia genética. As expectativas das pessoas aliada à exploração midiática acabam por mitificar as possibilidades da Genética.

Há mais do que genes na hereditariedade. São identificados quatro sistemas de herança, que representam as quatro dimensões da evolução: a genética; a epigenética; a comportamental; e a simbólica. (JABONKLA; LAMB, 2010). Por sua vez, a epigenética é a "alteração na expressão ou função de um gene sem alteração na sequência primária do DNA." (ZATZ, 2011, p.196).

As novas pesquisas genéticas e suas descobertas têm alterado a compreensão do darwinismo. A teoria da evolução de Darwin preconiza que os seres vivos evoluem, adaptam-se, por meio da *seleção natural de variações genéticas aleatórias* (BROWNE, 2007; DARWIN, 2010). Para Jaques Monod (1970), as variações genéticas não seriam tão aleatórias como se considerava, passando a evolução do *reino do puro acaso* para o da *necessidade*. O autor ilustra suas assertivas mencionando o desenvolvimento epigenético, embora afirmasse ser tema não muito bem compreendido, mas já o vinculava a *revelação* (como um epifenômeno). Quanto à necessidade como fator da evolução humana, o exemplo para reforçar a teoria é o desenvolvimento contínuo e progressivo da caixa craniana e do cérebro, culminando-se no desenvolvimento da função linguística. Pelo menos, no caso dos humanos, houve uma *pressão de seleção orientada*. (MONOD, 1970).

Interessante é a confirmação das ideias de Jaques Monod, desenvolvidas há mais de três décadas.

Os progressos da biologia molecular têm exigido algumas *adaptações* à teoria darwinista, segundo Jablonka e Lamb (2010). As autoras esposam as quatro teses mencionadas acima e agora detalhadas: a hereditariedade é mais complexa do que simplesmente uma questão de genes; algumas variações hereditárias são não-aleatórias em sua origem; algumas informações adquiridas são transmitidas hereditariamente; e a instrução pode provocar alterações evolutivas, além da tradicional seleção. De acordo com as autoras,

Quando se levam em conta todos os quatro sistemas de herança e as interações entre eles, surge uma visão muito diferente do darwinismo. É uma visão que pode aliviar a frustração que muitas pessoas sentem com a abordagem dominante centrada no gene, pois é mais necessário atribuir a evolução adaptativa de cada estrutura biológica e de cada atividade, inclusive o comportamento humano, à seleção de variações genéticas aleatórias cegas às suas funções. Quando são considerados todos os tipos de variação hereditária, fica claro que mudanças induzidas e adquiridas também desempenham um papel na evolução. Ao adotar uma perspectiva em quatro dimensões, é possível elaborar uma teoria da evolução mais rica e sofisticada, na qual o gene não é o único foco da seleção natural. (JABLONKA; LAMB, 2010, p.14).

A par do sistema genético - base de toda a organização biológica -, os outros três sistemas de herança (epigenético, comportamental e simbólico) possibilitam também a transferência de variações, que podem passar a várias gerações sucessivamente. O sistema de herança comportamental torna-se mais facilmente compreensível quando associado ao sistema simbólico. Uma vez que a linguagem e a comunicação incorporam-se aos aspectos comportamentais, quase se confundindo com eles. Mas, para as autoras, são dimensões que podem exercer sua influência tanto separada quanto conjuntamente. Torna-se mais evidente a influência ou ação da dimensão comportamental quando se pensa nos outros animais desprovidos da elaborada linguagem humana; e um exemplo da expressão e força do simbólico seria a religião, ou a questão do sagrado (divino) ou de rituais. (JABLONKA; LAMB, 2010).

Sobre a epigenética, Richard C. Francis, afirma que seus efeitos alteram os genes sem alteração do código genético - a alteração se opera ao nível celular, portanto não é uma mutação. Tais alterações podem durar a vida toda e até ultrapassá-la. São diferenciações epigenéticas induzidas pelo ambiente que levam

gêmeos idênticos a variar tanto em suas suscetibilidades a doenças, por exemplo, ao câncer e à demência. Um aspecto positivo é a possibilidade de reversão dos efeitos epigenéticos - promessas da medicina. Outro aspecto promissor é a exploração das propriedades epigenéticas das células-tronco. O autor acredita que a epigenética responderá a questão mais difícil de toda a Ciência atual: como uma esfera oca de células-tronco idênticas se transforma em uma pessoa? (FRANCIS, 2011).

Os pesquisadores têm chegado à conclusão de que as dimensões epigenéticas, comportamental e simbólica da hereditariedade manifestam-se à frente das mudanças genéticas. As modificações fenotípicas antecedem às genotípicas. Como as primeiras manifestações são mais evidentes, a manipulação genética de um embrião, sobretudo em relação às *intervenções de aperfeiçoamento*, podem estar fadadas ao insucesso. O DGPI é necessário e ajuda muito, mas não dá conta de resolver tudo.

De acordo com Richard C. Francis (2011), cinco temas envolvem o processo epigenético. O primeiro tema diz respeito às regulações genéticas advindas das alterações epigenéticas que mesmo podendo ser de longo (ou a longo) prazo, são geralmente reversíveis, pois não afetam a estrutura do DNA. O segundo tema diz respeito aos fatores ambientais sobre o feto e seus efeitos epigenéticos na vida adulta da pessoa. Os casos mais pesquisados e comprovados dizem respeito à má nutrição na gravidez e os efeitos do estresse. Há um terceiro aspecto que não deve ser subestimado: a aleatoriedade. Ao menos por ora, quando as pesquisas ainda não são exaustivas, há determinadas manifestações epigenéticas que não se pode associar a questões ambientais. Então, trabalha-se com a hipótese da aleatoriedade. O quarto tema diz respeito à questão transgeracional. Algumas alterações epigenéticas apresentam efeitos ao longo de uma vida individual e até mesmo ultrapassando-a. Há uma *verdadeira herança epigenética*, situações nas quais a marca epigenética original no pai se reproduz com grande fidelidade na prole. O quinto e último tema resulta da interação dos quatro anteriores. O autor se vale da metáfora de uma produção teatral: os genes são os diretores, as proteínas, os atores e os demais elementos, os ajudantes de palco. Acontece que nessa peça teatral há um elevado grau de improvisação. Os genes produzem mais efeitos durante a síntese das proteínas e os demais agentes durante a diferenciação celular. Porém, há efeitos duplos nas ações dos genes. Os efeitos externos (ou

aparentes) já considerados pela Ciência tradicional e os efeitos internos, objeto das pesquisas epigenéticas. Daí o autor denominá-los como genes Janus, uma alegoria à divindade romana representativa das entradas e saídas, dos começos e dos fins.

De certa forma e em certa medida, a epigenética, se não advoga contra a perfeição, ao menos demonstra que o projeto do filho perfeito pode ser malogrado ao longo da existência de uma vida. Pesquisas conduzidas ao longo de vários anos com gêmeos idênticos - portadores de igual DNA - ao longo de suas vidas apresentaram manifestações biopsicofísicas distintas que podem ser consequências de fatores ambientais e de estilos de vida diferenciados, ou de adversidades que se lhes acometem distintamente. (CHURCH, 2009).

Ainda que seja de direito, seja válido e até mesmo necessário o esforço para ter-se um filho perfeito, as variáveis envolvidas são ainda inumeráveis e nem sempre controláveis. Portanto, por mais bem projetado que seja um filho, por mais perfeito que venha ao mundo, por mais que se esmere na sua formação, haverá sempre o imponderável, o risco de uma degenerescência, ainda que tardia - pode-se ter algum grau de liberdade, mas não o comando absoluto, por ora não.

4.3 Eugenia liberal e decidibilidade

E que é uma semente? Uma predeterminação.
Monteiro Lobato (2008, p.54).

Para além dos discursos normativos, permissivos ou não, a questão da eugenia - a terapêutica ou a de aperfeiçoamento - envolve um aspecto crucial do direito e, por decorrência, afeta também toda a natureza humana - trata-se da decidibilidade. Uma vez que à clássica definição de pessoa - substância racional de natureza individual - deve-se acrescentar a *condenação de decidir*. Disso, é difícil se escapar. O grande desafio que se apresenta à vida do sujeito moderno é a indecidibilidade entre meios e fins, entre causa e consequência, entre autonomia e heteronomia, entre teleologia e deontologia.

Não é de hoje que à dogmática jurídica incorporou-se inexoravelmente algum grau ainda que variável da questão *zetética*⁸³. Suficiente torna-se constatar que o sistema jurídico moderno não prescinde do discurso legitimamente realizado

⁸³ Veja-se Introdução ao estudo do Direito (FERRAZ JÚNIOR, 1994); Manual de Biodireito (SÁ; NAVES, 2009).

e, dificilmente, sem uma reflexão problematizada - aqui a *zetética* melhor se afigura - chega-se ao objetivo do Direito que é a *estabilização de expectativas sociais*. Decidir é também filosofar.

Três vertentes serão abordadas para uma aproximação à decidibilidade: as ideias utilitaristas de Peter Singer; a posição antiliberal de Habermas; e a argumentação liberal de Dworkin. A citação de Corrado Fratini (1980, p.218), já apresentada é retomada parcialmente: "É muito mesquinho obrigar a verdade a lutar contra a verdade. E é exatamente daí que nasce uma profunda desconfiança para com as éticas e as religiões, ao vê-las digladiarem-se entre si, ciosas em descobrirem umas as mazelas das outras." As ideias que serão expostas apresentam em alguma medida oposições indiretas ou até mesmo diretamente, caso de Habermas-Dworkin, embora o objetivo seja conhecer para compreender e, quando necessário, decidir.

Peter Singer (1993) afirma que suas ideias são baseadas na compaixão e no desejo de se evitar o sofrimento, também pugna para que os indivíduos tenham mais poder para decidir sobre suas próprias vidas. O autor admite que pensar no embrião como um indivíduo seria um absurdo, pois se trata de "um momento em que ele não passa de um agrupamento de células." (SINGER, 1993, p.167). Posteriormente, Peter Singer (2006) reforça seus argumentos afirmando que os embriões não têm consciência e esse seria o argumento a justificar seu uso em experimentos ou até mesmo o descarte. Afirma ainda que a legislação (especificamente a britânica) que permite a realização de experimentos com embriões somente até quatorze dias depois da fertilização é desnecessária e restritiva. Para Singer, as experimentações em um embrião obtido por clonagem, além do uso dele, não apresenta o menor problema ético, uma vez que ele não representa uma singularidade; o embrião, além de não ter consciência, apenas reproduz a singularidade do indivíduo clonado, portanto, mantém-se o indivíduo e usa-se o embrião. (SINGER, 1993; 2006).

Ronald Dworkin quando apresenta e analisa casos específicos, elabora construções teóricas orientadas pela razão prática. Em sua obra, *A virtude soberana*, Dworkin (2011) apresenta seus argumentos favoráveis com respeito à seleção embrionária e à clonagem terapêutica e os fundamenta no *individualismo ético*, que se apresenta oposto ao pensamento kantiano. Ao falar dos benefícios da clonagem afirma que

Os pais de uma criança muito doente podem querer outro filho, ao qual amariam tanto quanto a qualquer outro, mas cujo sangue ou medula poderia salvar a vida do filho doente do qual foi clonado. Clonar determinadas células-tronco humanas para produzir um órgão para transplante, em vez de um organismo inteiro, pode resultar em benefícios ainda maiores. (DWORKIN, 2011, p.627).

Quanto à manipulação embrionária, Dworkin (2011, p.631) a aprova e apresenta a seguinte questão: "Qual é a diferença entre obrigar seu filho a fazer exercícios extenuantes para ganhar ou perder peso e alterar os genes, ainda em embrião, com a mesma finalidade?"

Habermas (2004) afirma que a autocompreensão ética se alteraria no caso de pessoas projetadas, isto é, alteradas geneticamente pela biotecnologia ou engenharia genética. A multifatorialidade que pesa sobre o ser humano é muito ampla em relação àquilo que se altera no projeto de origem, principalmente quando se consideram as quatro dimensões da evolução, apresentadas. Além disso, as intervenções da engenharia genética são limitadas pelas suas próprias limitações tecnocientíficas. Dessa limitação, ou, visto por novo ângulo, desse avanço necessariamente progressivo, advém a possibilidade de que a cada conjunto de degraus da escada da pesquisa genética se associe um patamar, que permita avaliações e reflexões livres e autônomas sobre subir ou não o próximo lance. O que se segue é que a decisão ou o direito a só se ter filhos perfeitos precisa considerar e enfrentar questões sensíveis, que se alargam, se aprofundam e se entrelaçam, envolvendo reprodução, planejamento familiar e interrupção da gravidez.

5 A CONDIÇÃO FEMININA - ABORTO E PROJETO PARENTAL

(...)
 [o pássaro trazia]
 Preso no bico um ramo de veneno,
 e belo e grande e trágico e sereno
 disse: "Meus filhos, a existência é boa
 só quando é livre. A liberdade é a lei.
 Prende-se a asa, mas a alma voa...
 Ó filhos, voemos pelo azul!... Comei!"
 (...)
 E partiu pelo espaço heroicamente,
 Indo cair, já morto, de repente.

O Melro, Guerra Junqueiro (1926).

É preciso reabilitar Medéia, conhecer sua história, dentro da perspectiva de que é necessário conhecer para compreender. A história da Medéia comporta várias possibilidades - o mito já existia antes de a tragédia tê-lo consagrado, segundo Luísa Ferreira (1997). Com isso, há várias possibilidades para a morte dos filhos; eles poderiam ter sido mortos pela mãe em um ritual de sacralização, no altar do templo, para, assim, tornarem-se deuses; poderiam ter sido mortos pelo próprio pai ou pelos habitantes de Corinto; e poderiam ter sido mortos pela mãe para poupar-lhes uma morte mais cruel e dolorosa, impingida pelos moradores de Corinto⁸⁴, em vingança ao rei assassinado. Eurípedes (1991) preferiu converter Medéia, mulher, mãe e esposa, em uma pessoa cruel, ardilosa e fria, que matou os próprios filhos para vingar-se do marido, que a havia repudiado. A tragédia apresenta extensos diálogos íntimos, solilóquios, em que Medéia antecipadamente sente e sofre o peso dos seus atos, além de demonstrar um decréscimo progressivo de discernimento. Para azar da categoria - mulher, esposa e mãe -, o que passou à história foi o infanticídio de Medéia e nenhuma atenuante a respeito da sua indigência moral, obnubilada pela demência, fruto da rejeição. É interessante constatar que a protagonista não sofre nenhuma espécie de castigo heterônimo, pelo contrário, ao final da peça, sai de cena conduzida no carro alado do deus Sol. Obviamente, matar crianças não é o mesmo que interromper voluntariamente uma gravidez, exceto, talvez, para Peter Singer (1993), que aprova o infanticídio, *em algumas hipóteses*.

⁸⁴ Essa possibilidade foi descartada pelo autor, que, para não ofender os habitantes de Corinto, por patriotismo ou mediante suborno, escolheu a própria Medéia, mulher e estrangeira, *bárbara*, para se desincumbir da missão.

De acordo com a teóloga Uta Ranke-Heinemann (1996), o aborto e o infanticídio eram equiparados no Império Romano, mas, apesar de recriminados, não eram considerados assassinato. A lei do aborto promulgada pelo Imperador Sétimo Severo e por seu filho Caracala, por volta do século III, prescrevia o exílio para a mulher casada que tentasse abortar a gravidez. A meta era proteger os interesses do marido. Tanto assim, que as solteiras não eram penalizadas. Também não havia nenhum interesse específico na proteção do feto como tal. Por sua vez, o infanticídio foi criminalizado como assassinato pela segunda metade do século IV.

Na obra, *Uma história não contada - a história das ideias sobre o aborto na Igreja Católica* (HURST, 2000), a autora relembra Santo Agostinho e as questões sobre o Êxodo em que afirmava que nenhuma alma poderia viver num corpo não-formado e conclui que não se pode falar em assassinato tanto em relação à contracepção quanto ao aborto precoce.

A revolução sexual e a evolução dos métodos contraceptivos têm suportado parcialmente as conquistas da mulher no campo sexual e reprodutivo. Mas uma questão ainda é marca da condição feminina da brasileira: a falta de liberdade para decidir sobre ter filhos.

Em uma análise da condição humana das mulheres, bastante condizente com a realidade brasileira, Marcela Lagarde (2003), afirma que a condição feminina é de *cidadania mutilada*. A desigualdade política da mulher promove uma tripla expropriação. A primeira é caracterizada pelo desconhecimento e negação de competência às mulheres na definição do sentido e da normatividade do aborto. Trata-se de um mecanismo de expropriação da individualidade de uma e de todas as mulheres. Uma vez excluídas as mulheres, a segunda expropriação é a de seus corpos e de sua subjetividade, pois a condição humana dos fetos e dos embriões é superior à das mulheres, em decorrência da supremacia do direito à vida. A terceira expropriação é política, é a da cidadania. A vida das mulheres fica fora das decisões e da participação nos assuntos que são essencialmente de seu interesse, como os sexuais e os de reprodução, por exemplo. A autora prossegue afirmando que as mulheres valem menos e os *produtos da procriação* valem mais. Há uma posição simbólica na hierarquia assimétrica de valores com a supremacia fetal humanizada. A mulher não somente é colocada como um suporte vital, mas também é-lhe atribuído o fim supremo de sua vida, procriar a todo custo.

O discurso patriarcal cria uma teleologia: ser mãe é melhor que ser mulher, como se fosse possível ser mãe sem ser mulher. A complexa identidade de ser mulher antecede qualquer outra. A separação da sexualidade e da procriação, além da ampliação dos eventos que conferem sentido à vida das mulheres, faz com que ser mãe seja mais uma opção, não a única possibilidade. Não mais se define a vida da mulher por uma maternidade totalizadora e alienante. A maternidade é parte da vida (livre). Por outro lado, quem se opõe a que as mulheres decidam sobre sua sexualidade defende uma ordem em que as mulheres são escravizadas por sexualidades e maternidades em cativeiro. (LAGARDE, 2003).

Ao se chamar de mãe a mulher gestante, materniza-se seu estado e sua experiência. Estar grávida já seria ser mãe, como se a gestação concluísse automaticamente com o parto, forçando a identidade da mulher na direção da identidade materna. A gestação poderia ser tomada como um primeiro passo, o início de um processo de ser mãe que vai muito além de dar à luz. Em si mesma, a gestação não difere nem abarca a identidade materna. A gestação representa parte dos processos sexuais potenciais da mulher e, somente daquelas em idade reprodutiva. (LAGARDE, 2003).

Os discursos patriarcais sobre o aborto operam uma *mágica linguística: mulher igual a mãe*. Essa equação política coloca as mulheres à disposição de interesses supremos sempre alheios a elas. Essa *moral* eleva à categoria de virtude o sacrifício, a entrega, a abnegação, a submissão da boa mulher, da mãe em favor do nascituro. A virtude torna-se mais valiosa quando não exclui o risco, o dano ou atentado vital que a procriação significa para a mulher. À categoria mãe correspondem na ordem simbólica patriarcal quatro conteúdos implícitos: a perda real da liberdade para a mulher; sua submissão ao produto da concepção; a intervenção *legítima* do poder na definição do que seja prioritário para ela; e a subordinação de sua vontade a qualquer outra com poder. Por isso, em assuntos ligados à reprodução, a mulher é sempre chamada de mãe - complexo simbólico da maternidade alienada. Como consequência, a pressão do Estado, das leis, da moral e dos outros, atuando sobre uma mulher grávida colocam o *produto da concepção* acima de seu desenvolvimento e realização como pessoa, ser mãe torna-se a *obrigação*. Isso dificulta enormemente a decisão pela interrupção voluntária da gravidez, que sempre é realizada por uma necessidade imperiosa. (LAGARDE, 2003).

Em sentido semelhante, afirma Rosado-Nunes (2006, p.28) que "impor a qualquer mulher, mesmo seguidora de um credo religioso, uma norma que restringe sua liberdade é impedi-la de exercer sua capacidade moral de julgamento e decisão. É negar-lhe sua humanidade." Assim também afirma Michèle Ferrand, a partir da sua experiência francesa: a possibilidade de se interromper uma gravidez contribuiu para que fosse redefinida a identidade feminina, permitiu a transição do paradigma do *destino maternal* para outro muito mais diversificado, que pode até envolver a maternidade, mas compreende também a realização sexual e uma carreira profissional. (FERRAND, 2008). Para José Henrique R. Torres (2012, p.43), a "criminalização do aborto constitui um instrumento ideológico de controle da sexualidade feminina, representa um mero instrumental simbólico da ideologia patriarcal."

Se, pelo viés religioso é pecado, pelo viés laico é delito, independentemente, o aborto convola a culpa para quem se encontra sob tais convicções. A culpa é uma inquisição com função política de controle sobre as mulheres e assombram como castigo permanente e desvalorização da identidade da mulher. Ao converter a mulher grávida em um corpo coisificado, cujo dever é conceber, gestar e parir, ainda que contra a sua vontade e sua consciência, seus desejos, interesses, necessidades e possibilidades não são considerados relevantes. Essa é a condição da mulher que não pode decidir sobre si, sobre seu corpo. Com isso, extirpa-se o poder pessoal de cada mulher sobre o sentido ético de sua própria vida. (LAGARDE, 2003).

O projeto parental é assegurado pela Lei nº 9.263, de 1996 (BRASIL, 1996), que veio regular o artigo 226 da Constituição Brasileira de 1988, no que tange ao planejamento familiar. Pela Lei e pelo princípio constitucional da igualdade, decorre não ser o projeto parental exclusividade da mulher, mas prerrogativa de *todo cidadão*. Por isso, será necessária também uma abordagem do planejamento familiar em relação a todas as partes envolvidas.

5.1 Aborto

Gelado em cada veia,
 correr sinto-me o sangue.
 A sombra do filho exangue
 me desespera de terror.
 E para aumentar minha pena
 reconheço que fui cruel
 a uma alma fiel,
 a um inocente coração.
 Farnace⁸⁵, Vivaldi (2011)

Na Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, o Papa João Paulo II criticou a *terminologia ambígua* - interrupção da gravidez - como para esconder a verdadeira natureza do ato de praticar o aborto e atenuar sua gravidade na opinião pública. Prossegue, sugerindo que o recurso linguístico poderia ser um artifício para aliviar o mal-estar das consciências, mas de nada serviria, pois "o aborto provocado é a morte deliberada e directa, independentemente da forma como venha realizada, de um ser humano na fase inicial da sua existência, que vai da concepção ao nascimento." (VATICANO, 1995, n.58). Defronta-se aqui com uma situação que irá permear o restante do trabalho e compele uma evocação a Paul Ricoeur (1995, p.185), que, em *O Justo ou a essência da justiça*, apresentou o *dilema constrangedor*, "onde se oporiam, termo a termo, a lei, tida por imutável, impositiva, objetiva, e a consciência, considerada variável, circunstancial, espontânea e eminentemente subjectiva." Prossegue o autor afirmando que "O problema não reside apenas em recusar este aparente dilema [dogmatismo e situacionismo], mas construir um modelo plausível de correlação entre os termos numa alternativa paralisante." (RICOEUR, 1995, p.185). A questão será retomada logo à frente.

De acordo com Santo Isidoro de Sevilha (1951), o termo aborto deriva de *ab* e *oritur*, significando algo que desde a origem não se concretiza, ou é interrompido

⁸⁵ Gelido in ogni vena
 scorrer mi sento il sangue.
 L'ombra del figlio esangue
 m'ingombra di terror.
 E per maggior mia pena
 veggio che fui crudele
 a un'anima fedele,
 a un innocente cor.

Ária da ópera *Farnace*, de Vivaldi (tradução nossa); numa decisão extrema, os pais combinam matar o próprio filho, pois seria menos doloroso para todos, caso caíssem nas mãos dos inimigos. Durante muito tempo, as realidades do aborto e do infanticídio se sobrepueram e até na atualidade é recorrente o apelo ao terror do infanticídio no discurso contra o aborto.

no curso de sua concretização. Daí o emprego do termo em projetos ou empreendimentos interrompidos e não concluídos. De acordo com De Plácido e Silva (1993), a definição jurídica de aborto é a "Expulsão prematura do feto, ou embrião, antes do tempo do parto." Outra definição jurídica, de Mirabete (2005, p.968): "Aborto é a interrupção da gravidez, com a morte do produto da concepção, que pode ser o ovo, o embrião ou o feto, conforme a fase de sua evolução. Pode ser espontâneo, natural, ou provocado." (MIRABETE, 2005, p. 968). Por essa última definição, fazer uso da *pílula do dia seguinte* poderia ser aborto provocado.

As terminologias mais comuns para a interrupção da gravidez adotadas pelos setores biomédicos serão enunciadas a seguir. A referência será uma obra publicada pelo Conselho Federal de Medicina - Iniciação à Bioética (CFM, 1998). A interrupção eugênica da gravidez é denominada IEG. Nesse caso, a interrupção da gravidez é realizada considerando-se valores racistas, sexistas, étnicos, dentre outros. Essa prática está associada às ações nazistas que obrigavam ao abortamento pessoas com deficiência, judias, ciganas, negras. Pela regra geral apresentada, essa modalidade ocorre sempre contra a vontade da mulher. Outra modalidade é a interrupção terapêutica da gravidez - ITG - representando os casos que envolvem a saúde materna e chegam a comprometer-lhe a vida. A interrupção seletiva da gestação - ISG - ocorre quando a causa da interrupção se deve a anomalias fetais. Segundo os autores, trata-se de casos em que as patologias diagnosticadas impediriam ao feto vida extrauterina, cumprida a gestação, apresentando como exemplo clássico a anencefalia. Permite-se discordar, pois, na França⁸⁶ é elevado o número de interrupções devido à Síndrome de Down, por exemplo. E a modalidade mais comum atualmente, a interrupção voluntária da gravidez - IVG - essas interrupções ocorrem em atenção à autonomia do casal ou da gestante, principalmente, que não deseja determinada gravidez, seja lá por quais motivos. Essa modalidade, normalmente é limitada a períodos mais iniciais da gestação, por exemplo, doze semanas. Há países que a permissão abrange os dois primeiros trimestres. (DINIZ; ALMEIDA, 1998).

No Brasil, é corrente ainda uma terminologia vinculada aos penalistas que fala do aborto sentimental - casos de vítimas de estupro - e do aborto necessário ou terapêutico - em que se visa salvar a vida materna. Atualmente, por decorrência jurisprudencial, o aborto terapêutico incluiria aquele dos fetos inviáveis.

⁸⁶ Recomenda-se a obra de Alexandre Varaut (2002), "Être ou ne pas naître", *Ser ou não nascer*.

As informações que se seguem foram extraídas de uma publicação denominada História da formação da problemática do aborto, obtidas no *site Documenta Catholica Omnia* (2014). A legalização do aborto na Rússia, ex-União Soviética, data de 1920. Fazia parte dos ideais da Revolução a emancipação feminina. A igualdade de gênero deveria ser a mais abrangente possível, incluindo-se as questões profissionais, pois trabalhos antes reservados aos homens, por exemplo, nas minas, também era acessível às mulheres, com igualdade de remuneração. O aborto e o planejamento familiar disponibilizados pelo Estado não tinham objetivos de controle de natalidade. Diferentemente da Rússia, na Alemanha Nazista, a partir de 1920, o aborto, a eutanásia e o infanticídio tinham fins eugênicos. Os países escandinavos, Islândia, Suécia e Dinamarca, devido ao passado de tradição protestante luterana, liberaram o aborto como consequência da reforma sexual. É interessante observar que a Inglaterra esteve mais preparada para a adoção do controle de natalidade e do aborto, em época bem anterior à dos países citados, devido às ideias de Malthus. Apesar de não ter havido uma adoção governamental de imediato, a população inglesa, além de adotar as práticas de contracepção e o recurso do aborto, exportou tanto para as colônias quanto para a Europa continental as ideias, consolidadas nas Ligas Malthusianas, além de ideais feministas. Ao final do século XIX e início do século XX, em sentido contrário, pois a população estava decrescendo bastante, surgiram movimentos para estimular a natalidade e o crescimento demográfico. Em 1922, a Liga das Nações promoveu uma Conferência para analisarem o declínio demográfico - a Conferência Internacional para a Supressão da Circulação e do Tráfico de Publicações Obscenas. Tratava-se das publicações sobre controle de natalidade. Nos Estados Unidos, não havia declínio, mas crescimento demográfico intenso. Os procedimentos de controle de natalidade e sua divulgação eram considerados obscenos. Destaca-se uma pioneira do feminismo norte-americano (também muito citada em trabalhos sobre eugenia, pois era simpatizante do movimento eugênico), a enfermeira Margaret Sanger. Impressionada com as consequências dos abortos malfeitos, Sanger abriu uma clínica para aconselhamento sobre contracepção, posteriormente, além de fundar uma revista, *A mulher rebelde*, criou a *American Birth Control League*, que perdura até hoje, com a denominação de *Planned Parenthood Federation of America* (PPFA). A mentalidade da época desvinculava métodos contraceptivos de aborto, em relação ao qual se opunham, ao argumento

de que nunca deveria ser necessário, não poderia ser moral, ainda que raramente legal. Em 1929, foi realizado o Congresso para a Reforma Sexual cujo objetivo era discutir uma ética e sociologia sexuais com base científica na biologia e na psicologia, em substituição à base teológica vigente. Na Inglaterra, em 1931, o juiz MacCardie, julgando uma série de casos de aborto, fez declarações como estas:

Expresso aqui o meu ponto de vista claramente: em minha opinião a lei do aborto tal como existe hoje deveria ser substancialmente modificada. Ela está defasada em relação às condições que prevalecem no mundo ao nosso redor.

A lei, tal como ela reza no presente provoca mais dano do que bem. Em meu ponto de vista, chegou o tempo em que a nação deveria ser advertida. Eu a estou advertindo hoje.

Eu não acho correto que uma mulher deveria ser forçada a ter uma criança contra a sua vontade. (DOCUMENTA CATHOLICA OMNIA, 2005, p.115).

Desde a década de 1930 até a de 1960, várias alterações nas leis de proibição do aborto foram adotadas nos Estados Unidos e na Inglaterra, tais como a permissão do aborto em caso de estupro e em questões de risco à vida ou à saúde da mulher. A permissão do aborto somente ocorreu em meados da década de 1960, nos dois países. Nos Estados Unidos, somente a partir de 1973 foi permitido o aborto a pedido, pois até aquela data, os estados que permitiam o aborto faziam-no observando certas restrições, por exemplo, até o primeiro trimestre da gravidez. (DOCUMENTA CATHOLICA OMNIA, 2005). O aborto a pedido nos Estados Unidos tornou-se possível a partir do emblemático caso *Roe versus Wade* (DWORKIN, 2009).

A França⁸⁷ apresenta um histórico da permissão do aborto que em quase cem anos saiu de uma proibição quase absoluta (poderia haver condenação à morte) a uma permissão bastante razoável. No início do século passado, sobretudo devido ao decréscimo populacional causado pela Primeira Guerra Mundial e aos movimentos malthusianos, havia uma preocupação do Estado em estimular o crescimento demográfico. Assim, não havia interesse em permitir o aborto. Porém, mesmo com o baixo nível de crescimento demográfico, mas com a liberação progressiva da mulher e de sua liberdade sexual, o estado de coisas foi-se alterando. A legislação que previa penas correccionais, vigente depois da Segunda Grande Guerra, passou a cominar penas infracionais, até que, nos anos 1970,

⁸⁷ As informações aqui apresentadas foram extraídas junto à base de dados do Site www.legifrance.gouv.fr.

houve anistia penal e revisão do Código Penal, incluindo-se mais algumas hipóteses permissivas ao aborto.

A pesquisa procurou centrar esforços nas argumentações pró e contra a proposta de flexibilização da lei penal, com fulcro nas fundamentações. A avaliação que se procurou fazer concerne ao peso dos aspectos não jurídicos nas discussões legislativas - no plano de elaboração da nova norma.

A lei da interrupção voluntária da gravidez na França teve início em 1974, a partir de iniciativa governamental - projeto de lei proposto e defendido pelo Ministério da Saúde. Na exposição de motivos, a Ministra da Saúde, que, posteriormente, dará nome à lei - Lei Veil - aborda o relaxamento da lei que proibia o aborto e a desordem política, moral e social que a transgressão estava causando. Desordem política, ao fazer da lei letra morta; desordem social, devido aos riscos e às consequências dos procedimentos abortivos, sobretudo os reflexos na saúde; e desordem moral em virtude da situação permitir todo e qualquer tipo de intervenção, havendo excessos e provocações de toda natureza. A proposta de lei era bastante singela, condensada em nove artigos, e não propunha a revogação da lei penal, prevista no Código; somente criava algumas exceções de ordem prática, com apenas três pontos essenciais, a serem considerados conjuntamente em relação ao aborto: período de gestação de até dez semanas; realização por médico; e somente em hospitais ou clínicas públicos ou privados.

A decisão da interrupção voluntária da gravidez - IVG - deveria ser deixada à apreciação livre e responsável do casal e, em último caso, da mulher. Previa-se um apoio à mulher para que a decisão não fosse precipitada, tampouco irracional. Criavam-se dois conselhos, o médico e o social para suportar o aborto. Passar pelo primeiro conselho era de regra, o segundo seria opcional. O apoio social também previa o incentivo a conduzir a gravidez e entregar a criança à adoção. Um formulário deveria ser preenchido pela mulher que teria um prazo não inferior a sete dias para retificar ou ratificar sua decisão. A exposição de motivos esclarecia que o aborto não era, nem nunca deveria ser, um método de controle de natalidade nem de contracepção. Também havia uma regularização de preços dos procedimentos para facilitar o acesso a todas as interessadas. Tanto o projeto quanto a exposição de motivos eram bem sucintos, mas pôde-se extrair algumas justificativas: havia à época um movimentado *turismo IVG* - recorria-se aos países vizinhos onde a prática era liberada; as sequelas de abortos malfeitos, os casos de suicídios de mulheres

inconformadas com a gravidez e outros males à saúde física e mental das mulheres foram os argumentos mais enfáticos e que também serviram para justificar a iniciativa do Ministério da Saúde na proposição da lei. O projeto não permitia a prática da IVG por estrangeiras, salvo se residissem comprovadamente na França por mais de três meses. Também previa a objeção de consciência. O médico que se recusasse a realizar o procedimento, não sendo o único disponível, poderia repassar o caso a outro.

Os debates foram realizados em três sessões, sendo a última, em que também ocorreria a votação, espaçada de três semanas. Um aspecto interessante na estratégia governamental foi o *efeito surpresa*. O projeto foi apresentado na primeira seção legislativa do período e inovava ao propor uma lei com prazo determinado, ao fim do qual se faria uma avaliação. O prazo proposto era de uma legislatura. Os primeiros a se manifestar foram os deputados adeptos ao aborto e as abordagens com algum teor metafísico e ontológico surgiram apenas pontualmente e no decorrer das seções. [A impressão que se tem é a de que ser laico na França é uma autêntica *postura religiosa*].

Dentre os primeiros deputados a se manifestar, surgiram questões do declínio demográfico e a falta de eficácia da lei penal sobre a questão. Havia uma crença de que as políticas de aconselhamento e as políticas de apoio socioeconômico às gestantes poderiam até reverter a situação. A autonomia da mulher foi considerada em algumas intervenções, sendo até mais frequente que as referências ao nascituro - esse termo sequer foi utilizado. Quando arguida, a Ministra da Saúde reiterou que o projeto de lei considerava o aborto como o último e excepcional recurso, não impunha novas regras morais, nem convocava o debate de consciências, visando unicamente remediar uma situação calamitosa e de injustiça - o turismo IVG não era acessível a todas as mulheres.

No debate falou-se que as questões de consciência eram grandes e graves, em relação à vida, mas eram questões dolorosas de responsabilidade concernentes à consciência individual. A consciência pessoal e a moral confessional de cada indivíduo não deveriam interferir naquilo que fosse de abrangência e de interesse gerais, ainda mais que não se impunha nenhuma obrigatoriedade, pois aprovar e respeitar a lei não significava adotar suas prescrições nem ser obrigado a fazê-lo.

A lei francesa foi considerada autorizativa - no sentido de permitir a prática do aborto -, dissuasiva - no sentido do apoio oferecido pelos conselhos sociais e da

educação sexual e planejamento familiar propostos - e, por fim, democraticamente protetiva - ao apoiar tanto as mulheres que desejassem interromper a gravidez quanto as demais grávidas. Uma das últimas intervenções trouxe a ideia do feto como ser, pessoa potencial; o *embrião porta as virtualidades da vida*; é tão somente *uma cadeia frágil de transmissão da vida*. Essa intervenção não prosperou.

Também surgiram os argumentos de que votar favoravelmente a uma lei não significa estar de acordo com o que ela permite, pois não há a imposição da permissão. Confere-se a liberdade a quem desejá-la. O resultado foi a aprovação por ligeira maioria - sessenta por cento de votos favoráveis -, ratificação ao final do quinquênio e alteração do prazo da IVG para doze semanas, no ano 2000. Também foi revisto o acesso às estrangeiras, que não mais precisam ser residentes.

Um fato bastante interessante é a observação das veredas se bifurcarem. Nosso Código Penal é ligeiramente mais novo que o Código Francês - 1941 e 1939, respectivamente -, no entanto, qualquer pessoa com um mínimo de discernimento saberia dizer onde, em termos de Estado Democrático de Direito, a situação progrediu para o melhor. Por exemplo, índice de desenvolvimento humano, índice de criminalidade, segurança pública, tratamento prisional, duração de um processo, são alguns aspectos sobre os quais se poderia começar uma reflexão.

Primeiramente, retorna-se a Eurípedes. Além de Medéia, o dramaturgo também legou à posteridade outra tragédia - Íon - que se enquadra bem à realidade brasileira. A jovem filha de um rei, Creúsa, foi assediada e violentada e se viu grávida. Sem a menor possibilidade de se livrar do estado embaraçoso, sofreu sozinha e secretamente, ao que tudo indica era órfã de mãe, o peso da gravidez; quando deu à luz um menino, imediatamente abandonou-o em uma caverna, *como se fosse para morrer*. Mal sabia ela que o pai da criança era o deus Apolo que providenciou para a criança ser salva. Recolhida a um templo em sua homenagem, foi o menino criado pela sacerdotisa de Apolo. Tempos depois, mãe e filho, já um jovem adulto, reencontram-se no templo e a história caminha para um final feliz. Entretanto, alguns aspectos são marcantes: o sofrimento da jovem donzela pela violência sexual, a impossibilidade de se livrar da gravidez indesejada e o sofrimento durante todos aqueles anos em que se culpou pelo suposto *infanticídio*. Voltemos ao direito brasileiro. Como seria essa tragédia em solo pátrio? É fácil imaginar a impossibilidade de se livrar da gravidez: a justiça morosa, toda a *via crucis*, além da burocracia e exposição pública de uma questão pessoal, tão íntima, para se

caracterizar o estupro e, posteriormente, pleitear-se o aborto. Na peça⁸⁸, à entrada do templo, no momento do encontro com o filho, a protagonista diz o que poderia ser a síntese de todas as tragédias, bem como poderia ser dito em qualquer tribuna ou tribunal: "Onde é que havemos de buscar justiça, se perecemos pelas injustiças dos divinos Senhores?"

Passa-se à realidade brasileira. Todos os projetos de lei⁸⁹ com algum relevo quanto à interrupção voluntária da gravidez encontravam-se arquivados ou paralisados em alguma comissão, em 25 de outubro de 2014. Porém, no final de 2012, um Projeto de Lei do Senado - PLS nº 236/2012 - patrocinado pelo Senador Sarney foi submetido à análise de uma comissão temporária adrede, composta por dez senadores. O Projeto de Lei já foi analisado e alterado pela comissão. Destaca-se o excerto do Relatório referente às alterações propostas ao art. 128 do Código Penal atual - excludentes do crime de aborto. No Projeto de Lei foram mantidos no art. 128 os incisos vigentes, I e II. Com um pequeno acréscimo no inciso I, onde se prescreve que o crime de aborto não será punido "se não há outro meio de salvar a vida da gestante" passa a "se houver risco à vida ou à saúde da gestante" e alteração do inciso II que passa a "se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida". Incluídos no Projeto o inciso III, "se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos." Um último inciso, o IV, encerra a proposição: "se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.", *não há crime de aborto*. Interessante observar que a autonomia *nenhuma* da mulher hoje, sobre a questão, é outorgada ao médico ou psicólogo. No entanto, na contramão da História, a comissão, composta por dez senadores, sendo uma mulher, alterou o Projeto, eliminando o inciso IV - que previa a IVG.

⁸⁸ Íon, 1º episódio, Eurípedes (1950).

⁸⁹ Sobre o aborto, na referida consulta ao Portal Legislativo da Câmara Federal, observou-se que entre 1949 e 2012, houve 175 proposições legislativas que versavam sobre o aborto. A mais antiga, de 1949 visava à revogação do artigo 128 do Código Penal. Os projetos do Estatuto do Nascituro e o do Estatuto da Reprodução Assistida, por via indireta, também propõem a vedação ao aborto, em graus e circunstâncias diferenciados. Há dois projetos de lei especificamente sobre o aborto em andamento, um deles diz respeito aos fetos anencefálicos e situações assemelhadas e o outro sobre a IVG.

Na primeira observação, constata-se que o texto do relatório é expresso quase sempre na primeira pessoa do singular, como se todo o seu produto houvesse saído de uma só (des)razão. Ao impugnar o inciso IV, a *comissão* tece longas digressões sobre a vida e a constitucionalidade de sua proteção. Alguns argumentos são apresentados:

Com efeito, ainda que a questão jurídica relativa à vida seja permeada de polêmicas, com alguns defendendo, inclusive, a ideia de “vida juridicamente relevante”, é preciso considerar que, em sua expressão literal, a Constituição se limita a declarar a proteção e inviolabilidade da “vida” sem adjetivos. Esse conceito, em face do seu elevado valor constitucional, não admite interpretações restritivas nem balizas temporais, especialmente quando manifesta compatibilidade entre o que determina a Constituição formal e a **vontade da maioria do povo brasileiro** – alma do fenômeno constitucional em sua dimensão política e sociológica, fonte maior de legitimidade democrática que não pode ser ignorada pelo legislador ordinário. (...)

No momento mesmo da concepção, já está definido todo o patrimônio genético do indivíduo, suas características físicas, aptidões intelectuais, eventuais doenças genéticas já estão, **em tese**, ali presentes. Trata-se já, por conseguinte, de ser indissociável de toda a humanidade que envolve a pessoa. (...)

A necessidade impõe que não haja outra alternativa (*sic*) melhor para alcançar o fim almejado (princípio lógico do terceiro excluído). A adequação diz respeito à eficácia do meio para atingir o fim, enquanto que a proporcionalidade em sentido estrito demanda uma regra de ponderação, em que se confrontam os princípios em sua dimensão de peso e importância, atribuindo prioridade na concretização de **princípios mais importantes**, cuja violação acarretaria maior dano à ordem constitucional. (SARNEY, 2014, p.159-162, grifos nossos)⁹⁰

A expressão *condições psicológicas de arcar com a maternidade*, contida no inciso IV, justificativa no Projeto para a IVG, foi contestada nos seguintes termos:

- i) os critérios de aferição dessas circunstâncias são falhos, sem parâmetros científicos;
- ii) a laicidade do Estado brasileiro não significa que se pode violar o direito fundamental à vida – na sua mais pura essência de elemento vital;
- iii) diferentes classificações sobre o conceito de “vida” refletem valores de grupos, sem compreender a dimensão constitucional da proteção à vida;
- iv) a doutrina da proteção gradual da vida não pode se sobrepor ao fato de que a Constituição não oferece essa distinção;
- v) a autonomia da mulher perante seu corpo deve ser pensada a partir de uma ética da alteridade, de modo que a ponderação entre gerar uma vida e manter sua autonomia deve ser anterior à concepção, especialmente quando o nível de informação sobre os métodos contraceptivos já é suficientemente amplo;
- vi) a gravidez não é doença, ela acontece com o concurso da vontade humana – e, nesse caso, liberdade sexual rima com responsabilidade; e

⁹⁰ José Sarney foi o patrocinador do Projeto de Reforma do Código Penal; os excertos apresentados são da Comissão de avaliação do Projeto de Lei.

vii) questões de saúde pública não podem ser enfrentadas com a simples omissão estatal em permitir a realização de abortos. (SARNEY, 2014, p.163).

Diante de todo o exercício argumentativo apresentado, algumas perguntas que surgem são as seguintes: qual seria a diferença entre a "vida" do fruto de um estupro e a de qualquer outro nascituro? Qual a diferença entre a "vida" do produto de uma reprodução assistida não consentida e a de qualquer outro nascituro? E o *princípio constitucional da igualdade*? Qual seria o critério para se levar em consideração a autonomia da mulher?

No Brasil, o incesto - relacionamento consentido entre adultos parentes - não se encontra criminalizado, porém não é nem nunca foi prática moral e socialmente adotada. No Parecer da Comissão do PLS 236/2012, também era de se esperar o enveredamento pela *ladeira escorregadia*⁹¹:

Pelo contrário, a liberação do aborto poderia conferir um "atestado de irresponsabilidade" para que cada vez mais pessoais sejam negligentes ao exercitar sua vida sexual, não tomando as medidas cabíveis para evitar gravidezes indesejadas. (SARNEY, 2012, p.167).

Para Marcela Lagarde, o aborto é um marco na construção da democracia contemporânea, pois confere às mulheres ao lado dos direitos políticos, o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos, marcando um novo paradigma de desenvolvimento democrático. Representa o reconhecimento da condição humana das mulheres como condição autônoma, não sujeita nem determinada por necessidades e interesses institucionais e pessoais sobre as mulheres. Quando o aborto é liberado - fato histórico - ocorre o reconhecimento incondicionado e ilimitado da humanidade de cada mulher. O mapa dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres mostra como uma parte do mundo vive em uma era e outra parte em outra precedente e de menor desenvolvimento civilizatório. O direito à interrupção da gravidez inaugura a plenitude das mulheres, com a apropriação de seus corpos e possibilita a vivência da sexualidade com autonomia e liberdade. Inaugura os

⁹¹ Argumento da ladeira escorregadia: em francês, pente savonneuse ou pente glissante; em espanhol, pendiente resbaladiza; em inglês, slippery slope; ainda há formas similares em português: efeito cascata, efeito dominó ou bola de neve. Trata-se de argumentos utilizados nos discursos comum e especializado, que rejeitam critérios, prescrições, limites ou exceções, em que se vale da arguição de que, uma vez aceitos, desencadeariam uma avalanche de consequências e que tudo passaria a ser permitido, indistinta e não-gradualmente. Há um sério coeficiente de aterrorização nesses argumentos, que, em última instância, passam muito ao largo do correto e neutro discurso problematizante. (FELDHAUS, 2003; VOLOKH, 2003).

direitos humanos das mulheres com o primeiro deles: o direito à vida em primeira pessoa. (LAGARDE, 2003).

5.1.1 Dados práticos

(...) é difícil defender,
só com palavras, a vida
ainda mais quando ela é
esta que vê, severina.
João Cabral de Melo Neto (1980, p.112).

No relatório *World Abortion Policies*, de 2013, a ONU (2013) apresentou a situação das políticas de aborto no mundo. Na América Latina, à exceção da Guiana e do México - em que o aborto está permitido desde 2007 e 2010, respectivamente -, a situação é praticamente a mesma apresentada no relatório de 1996, não houve grandes alterações. O Relatório traz um mapa-múndi para ilustrar a realidade atual. É difícil não ceder à tentação de se estabelecer um comparativo entre os Estados que permitem o aborto e o paradigma do Estado Democrático de Direito. A dúvida que se desponta é: o aborto leva à democracia ou a democracia é que leva ao aborto? Países como o Brasil, Cuba, Rússia e China, dentre outros, poderão fornecer a resposta proximamente.

A Organização Mundial da Saúde - OMS - divulgou a segunda edição do Manual da OMS sobre abortamento seguro (OMS, 2013). Na exposição introdutória do Manual, a OMS fala dos avanços ocorridos no desenvolvimento tecnológico, na saúde e nos fundamentos lógicos dos direitos humanos para propiciar um atendimento seguro e integral à realização do aborto. Apesar dos avanços mencionados, as taxas de mortalidade e de outras consequências lesivas à saúde da mulher ainda são elevadas. Segundo o Manual, a cada ano são vinte e dois milhões de abortamentos inseguros. Quarenta e sete mil mulheres morrem todos os anos em virtude de abortos provocados e mal feitos e outras, cinco milhões, apresentam sequelas traduzidas por disfunções temporárias ou permanentes, físicas ou mentais, incluindo-se a esterilidade. Isso representa mais de cinco mortes por hora. Um dado de destaque é o número anual de mulheres que mesmo usando regularmente os anticoncepcionais ficam grávidas: trinta e três milhões. De acordo com a OMS, "O abortamento ser ou não legal não produz nenhum efeito sobre a necessidade de praticá-lo, porém, afeta dramaticamente o acesso das mulheres a

um abortamento em condições seguras." (OMS, 2013, p.17). Obviamente, o número dos casos de mortes e de sequelas é maior onde a prática é proibida. Assim se apresenta: "Quase todos os abortamentos inseguros ocorrem nos países em desenvolvimento, onde as taxas de mortalidade materna são altas e o acesso a um abortamento em condições seguras é limitado." (OMS, 2013, p.17). A respeito dos aspectos jurídicos e políticos ligados à saúde da mulher, o Manual afirma que "Tribunais e organizações internacionais, regionais e nacionais de direitos humanos recomendam cada vez mais a legalização do aborto, prestando atendimento médico à mulher em situação de abortamento com vistas a proteger sua vida e sua saúde" e "O respeito, a proteção e o cumprimento dos direitos humanos requer que os governos garantam que os serviços de abortamento autorizados pela lei sejam acessíveis na prática". (OMS, 2013, p.87; 98).

No Brasil, o Ministério da Saúde, em 2005, publicou a norma técnica *Atenção humanizada ao abortamento*. Uma das referências dessa norma técnica é a primeira edição do Manual da OMS, de 2003. A norma do Ministério da Saúde traz informações e recomendações de ordem social, jurídica e médica quanto ao abortamento. Na introdução, apresenta-se:

Para grande contingente de mulheres, o abortamento resulta de necessidades não satisfeitas de planejamento reprodutivo, envolvendo a falta de informação sobre anticoncepção, dificuldades de acesso aos métodos, falhas no seu uso e ausência de acompanhamento pelos serviços de saúde. É preciso destacar que para outras mulheres a gestação que motiva o abortamento resulta de relações impostas pelos seus parceiros ou situações de estupro. (BRASIL, 2005, p.7)

No Brasil, embora haja uma legislação restritiva e criminalizante, o aborto é praticado em escala significativa e as consequências dos efeitos de abortamentos inseguros refletem no índice de mortalidade materna, ficando entre as quatro maiores causas de morte de grávidas. Em 2005, para cada cem nascidos vivos, estima-se terem ocorrido trinta abortos provocados e realizados em *condições inseguras e precárias*. (FREIRE, 2012, p.31). Naquele mesmo ano, mais de um milhão de abortos foram induzidos, no Brasil, segundo projeto de pesquisa desenvolvida pelo Ministério da Saúde. Porém, em função dos tabus, da proibição legal e de fatores ligados a aspectos morais, os autores do projeto, cujo título é *20 anos de pesquisa sobre o aborto no Brasil*, reconhecem a dificuldade de ordenação e clareamento dos dados, principalmente a sua obtenção e à certa altura da obra

comentam: " O percurso dessas mulheres é desconhecido." (BRASIL, 2009, p.24). Isso relembra Flora Tristán e suas *Peregrinações de uma pária*. (LLOSA, 2009).

5.1.2 Os discursos normativos ou negativos

Nossa razão não é um fecho de luz, mas um pequeno lume.
Norberto Bobbio (2002, p.202).

Em relação à interrupção da gravidez, os defensores da proibição valem-se dos discursos normativos, que geralmente apresentam duas vertentes, a constituição ou a lei infraconstitucional. Uma terceira via é a dos aspectos extra ou meta-jurídicos, a vida como dom ou a sua sacralidade.

Uma vez que a morte é um tributo inescapável, que todos os vivos devem pagar e que a todos iguala, que representaria o *câncer* para a vida como um dom? Se a morte é parte da vida, a sacralidade da vida comportaria a sacralidade da morte? Quando uma pessoa doente-terminal decide morrer em casa, ela estaria decidindo sobre a vida ou sobre a morte; seria um caso de *suicídio por omissão*? A essas questões o Direito, como ciência dogmática, teria bastante dificuldade em responder. Propõe-se que elas sejam postas de lado, numa espécie de suspensão do juízo, momentaneamente.

Retoma-se o discurso normativo, muito mais afeito ao Direito. No Brasil, o Direito Civil, ao pôr a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, além dos direitos da personalidade, fornece argumentos a quem é contrário à IVG. Vai-se pelo mesmo raciocínio, se se considera a lei penal e a criminalização do aborto. Por sua vez, a Constituição também fornece argumentos aos defensores da proibição, quando trata do direito à vida. Porém, esse raciocínio não estaria correto, ou ao menos não estaria sintonizado com o discurso da Modernidade. Primeiramente porque adota uma lógica positivista pura, às vezes, ambígua, incoerente; em segundo lugar, a interpretação e a aplicação da legislação infraconstitucional precisa ser feita à luz da Constituição. Negligencia-se a interpretação, a partir das teorias do discurso e da adequabilidade. Todavia, essa é a realidade brasileira, sobretudo no âmbito judiciário. Não fosse assim, já teriam as brasileiras reconhecimento e cidadania, no tocante a liberdade sexual e reprodutiva. Para ilustrar esse pensamento, serão apresentados alguns Projetos de Lei e suas respectivas motivações. Deve-se observar nesses projetos uma forte carga positivista e

coercitiva, representando o apego ao que se denominou de discurso normativo ou negativo.

O primeiro institui o Estatuto da Reprodução Assistida, PL 4.892, de 2012, que se encontra apensado ao PL 1.184, de 2003, que trata igualmente da RA - reprodução assistida. (PAIVA, 2012). Os pontos destacados dos projetos de lei foram: a reprodução assistida é limitada somente aos casos de infertilidade ou esterilidade; um dos projetos permite e o outro veta o emprego de útero de substituição; o descarte de embriões é proibido; e se institui a adoção de embriões, regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo-se criar um Cadastro Nacional de Adoção de Embriões. Interessante observar que a avaliação psicofísica da mulher é necessária para determinar sua aptidão para ser mãe e se valer da reprodução assistida. Mas a questão psicofísica da mulher grávida não é relevante para se determinar uma IVG. A mulher é instrumentalizada e menos importante que o embrião ou feto.

O Projeto de Lei PL 478, de 2007 trata do Estatuto do Nascituro. Interessante mencionar que esse projeto de lei é idêntico até na exposição de motivos a outro, anteriormente arquivado (PL 6.150, de 2005). Atualmente, encontra-se sob a análise da CCJC - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Esse projeto já passou pela Comissão de Seguridade Social e Família e foi apresentado um substitutivo. Pela consulta ao Portal Legislativo da Câmara Federal, ao que parece, a CCJC irá apreciar a proposta original. Essa proposta traz como justificativa

pretender tornar integral a proteção ao nascituro, realçando-se, assim “o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar” e a proibição de “qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevivência ou de delitos cometidos por seus genitores.

(...)

A proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de **crime cometido por seus pais**, os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isso requer que, a exemplo de outros países como a Itália, seja promulgada uma lei que ponha um “basta” a tamanhas atrocidades. (BASSUMA; MARTINI, 2007, grifo nosso).

Ainda, segundo os autores, na Itália, em março de 2004, entrou em vigor uma lei que dá ao embrião humano os mesmos direitos de um cidadão e o mesmo deve ser realizado no Brasil.

Dentre os aspectos destacados do projeto, ressalta-se que "O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos 'in vitro', os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito." (BASSUMA; MARTINI, 2012); é vedada qualquer pesquisa e experimento com nascituros e, por decorrência, com embriões, uma vez, *in vitro*, já serem considerados nascituros; não se permite o aborto, sequer quando o feto seja inviável, em sua vida extrauterina; fazer a apologia do aborto será crime, bem como *referir-se ao nascituro com palavras ou expressões manifestamente depreciativas*; o artigo 128 do Código Penal manterá apenas o inciso I, excluindo-se do crime de aborto somente a proteção à vida da mulher, em situações emergenciais; a conclusão da gravidez pela vítima de estupro torna-se obrigatória e uma espécie de auxílio financeiro, a título de pensão alimentícia, será concedido ao filho, até a maioridade; acrescenta-se a modalidade culposa para o crime de aborto; algumas práticas ligadas ao aborto e tratadas como contravenções penais passam ao rol de crimes em sentido estrito; e, a prática do aborto será configurada como crime hediondo. Esse projeto sugere caminhar-se no sentido do que se denomina a *coerência maltesa* - Malta é o único Estado em que nenhuma forma de aborto é admitida. (UNESCO 2013).

Certas questões por serem extremamente técnicas, ou científicas, poderiam ficar sob a responsabilidade de órgãos específicos, como o CFM, por exemplo, que regulamentariam as particularidades. Ao não proceder assim, revela-se a visão positivista do Poder Legislativo, incluindo-se a crença na completude da Lei. Por outro lado, a ideia apresentada traz problemas, pois ainda é recorrente a noção de que resoluções de instituições e conselhos profissionais não teriam a força de lei, isto é, por exemplo, numa compreensão de hierarquia jurídica, uma Resolução do CFM estaria muito abaixo de qualquer lei oriunda do Poder Legislativo. Um exemplo seria o tratamento dispensado às fichas e aos prontuários médicos no processo que se tornou conhecido como o *caso das dez mil mulheres do Mato Grosso do Sul*. (COSTA, 2014; FREIRE, 2012). Trata-se de um processo judicial envolvendo o crime de prática de aborto. Uma clínica de Campo Grande regularmente estabelecida como clínica de planejamento familiar tornou-se foco de investigação policial e os documentos foram apreendidos; mas, durante certo tempo, em 2007,

início do evento, até mesmo cidadãos comuns tiveram livre acesso aos dados médicos no Órgão Judiciário. Em todo o inquérito policial e na instrução do processo não foram observadas as normas prescritas na Resolução nº 1.605, de 2000, do Conselho Federal de Medicina (2000).

Ainda compondo o discurso negativo, destaca-se a magnitude da operação de indiciamento e de julgamento no processo mencionado: dentre cerca de dez mil mulheres envolvidas na prática de aborto, quase mil e quinhentas investigadas e mais de vinte e cinco cumpriram penas alternativas, que foram essencialmente prestar serviços em escolas, creches e APAES; segundo o juiz do caso "Se elas forem trabalhar em creches e escolas vão ver que muitas mulheres podem criar um filho com um pouco de esforço." (ÉPOCA, 2012). Algumas condenações foram convertidas em multa. Outro fato interessante foi relatado por uma das condenadas: "Eu e minha mãe fomos penalizadas. Como sou menor de idade, **é ela quem faz as faxinas em uma escola.**" (ÉPOCA, 2012, grifo nosso). Um *habeas corpus* coletivo visando ao trancamento do inquérito policial foi indeferido sem análise de mérito, pelo Superior Tribunal de Justiça (2011), tendo a ministra Laurita Vaz como Relatora.

Quanto às envolvidas na realização dos abortos, psicóloga, assistente e enfermeiras da clínica, foram condenadas pelo Tribunal do Júri - composto por cinco mulheres e dois homens - e receberam penas que variaram entre um ano e três meses a sete anos de reclusão. O juiz responsável pelo processo, em decisão mencionou que a missão de julgar é "dádiva conferida pela providência divina" (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL, 2014). Seria ele procurador de Deus? A missão de julgar é *múnus público* daqueles investidos em tal poder.

A médica responsável pela clínica faleceu antes de ser levada a julgamento. Conforme uma pesquisa publicada por Costa (2014), o promotor responsável pelo caso afirmou que "não se tratava de ser a favor ou contra o aborto: a discussão do júri deveria ser pautada pela lei" e acrescentou que "as atividades da Clínica configuravam claramente uma violação do direito à vida." Para aquele promotor, é nítida a ideia de norma como *texto legislativo*, em que se "Acredita ser o texto legislativo a fonte da qual as controvérsias jurídicas devem partir e encontrar seu porto." (CHAMON JÚNIOR, 2009, p.195).

Retorna-se à sacralidade da vida. A vida como um dom é recorrente e torna necessário o enfrentamento da questão. Hans Joas (2012) defende a ideia da

sacralidade da vida como produto de um processo histórico-evolutivo, que acabou por se institucionalizar no direito. O autor não se furta a apresentar e a refutar a ideia de Luhmann (Funktion der Religion) de que

O dom relega à gratidão permanente e à culpa permanente. Dar dessa maneira é algo, no mínimo, moralmente ambivalente. Pode-se até achar bom que a vida seja um bem, mas, por outro lado, é uma maldade requintada relegar o receptor desse modo à culpa permanente, da qual ele próprio não consegue se libertar. (JOAS, 212, p.242).

Hans Joas (2012, p.244) termina por enveredar pela seara teológica, para, ao mesmo tempo, se afastar dela, não sem antes afirmar que "conceber a própria vida como um dom representa uma das mais fortes muralhas a protegê-la da instrumentalização." Essa afirmação soa como uma ressalva normativa, um resguardo parcial da vida e de sua sacralidade no campo do direito, sobretudo quanto aos direitos humanos. Para o autor, a assunção da vida como um dom ou da sua *sacralidade* representa um medo muito difundido de que um *estatuto humano* teria menos estabilidade que um *estatuto divino*.

No romance a ilha do Dr. Moreau (WELLS, 1983), a ruptura com o Criador, e por decorrência com o sagrado, levou ao caos. O *argumento da ladeira escorregadia* já foi apresentado. Agora, em contraposição, é preciso analisar o discurso liberal.

5.1.3 Os discursos justificantes ou permissivos

Não temos mais Senhor, nem Chicotes, nem Casa da Dor. Tudo isso acabou. Nós amamos a Lei e sabemos guardá-la, mas não há mais dor, nem senhor, nem chicotes para todo o sempre.
A ilha do Dr. Moreau, H. G. Wells (1983, p.182).

O Poder Legislativo da França na aprovação da lei que permite a interrupção voluntária da gravidez procurou (e conseguiu) não enfrentar as questões relacionadas ao aspecto moral do aborto, isto é, questões sobre direito à vida do feto e seu caráter de pessoa não foram considerados, apenas debatidos de passagem. Tratou-se a proposta como questão de saúde pública e, em menor intensidade, como direitos da mulher, para atender à demanda feminina por liberdade sexual e reprodutiva. A decisão sobre interromper a gravidez foi deixada à consciência individual de cada um, ao argumento de que aprovar não significava absolutamente

praticar ou obrigar a prática do que a lei permitia; dessa forma a liberdade era ampliada e fortalecida.

Nos Estados Unidos, desde o ano de 1967, alguns estados já permitiam o aborto, mas a prática reforçou-se com o caso emblemático *Roe contra Wade*. A Corte Suprema decidiu que o Estado não poderia restringir uma liberdade individual fundamentando a decisão em convicções religiosas, pois estaria contrariando a própria liberdade religiosa, constitucionalmente assegurada. Para Dworkin (2009), a decisão foi política e não jurídica. Sob a ótica jurídica um acordo somente seria possível com a superação da questão moral.

Quanto ao *desacordo moral* identificado na questão do aborto, Dworkin (2009) procura tratá-lo como um *desacordo racional*. O discurso proibitivo, ou conservador, apresenta-se em duas correntes argumentativas. Há os que argumentam que os fetos são criaturas com interesses próprios, incluindo-se o interesse de permanecerem vivos, desde a concepção. O autor denomina esse posicionamento de *objeção derivativa* porque "pressupõe direitos e interesses que a objeção presume que todos os seres humanos têm, inclusive os fetos, e que deriva desses mesmos direitos e interesses." (DWORKIN, 2009, p.13). A segunda corrente, cujo posicionamento é denominado por *objeção independente*, considera que a vida humana tem um valor intrínseco, inato; "a vida humana é sagrada em si mesma". (DWORKIN, 2009, p.13). Para essa corrente, mesmo antes de a criatura desenvolver-se, manifestar-se ou ter interesses, ela já é sagrada, desde o início da sua vida biológica.

Dworkin desloca o eixo do discurso que deixa de ser sobre a pessoa, a personalidade do feto, e concentra-se no *caráter sagrado da vida*. Segundo o autor, "uma ideia fundamental que quase todos compartilhamos de alguma forma: que a vida humana individual é sagrada." (DWORKIN, 2009, p.15). Novamente as veredas vão-se bifurcar; duas posições se vislumbram dentre todos que consideram o caráter sagrado da vida: há os conservadores, que se opõem ao direito ao aborto porque a sacralidade da vida tem origem no investimento nela realizado pela natureza, ou biológico, na opinião de Daniel Sarmiento (2006). Por outro lado, os liberais, favoráveis ao aborto, persistem na crença do valor intrínseco da vida, porém acreditam que a sacralidade é *reforçada* com o decorrer da vida. Stefano Rodotà (2010, p.118) afirma que a biografia torna-se mais importante que a biologia. Desse modo, para os liberais, a permissão do aborto valorizaria mais a vida da mãe, cujo

investimento humano mostra-se sempre maior que aquele investimento natural da vida em seu início. (DWORKIN, 2009).

Relatou-se alhures que Francisco Amaral (2006), com base em *direito comparado*, afirmou que a atribuição de personalidade ao nascituro é questão de *política legislativa*. Essa afirmação contraria a tese de Dworkin no tocante à *objeção independente*, pois se a questão é de *política legislativa*, desconsidera-se o *valor intrínseco da vida* e retorna-se ao *desacordo moral*. Porém, e por ora, a *objeção independente* será adotada até a análise de um novo discurso (Moderno).

5.2 Direitos da mulher

Ser pessoa é ser local e global. Ter identidade. Ter direitos da personalidade. Poder renunciar. Mas nunca ser uma possibilidade que se esgotou. (STANCIOLI, 2010, p.125).

As mulheres não têm o mesmo direito que os homens, nem nunca terão. As demandas são histórica e contingentemente diferentes; o que ambos devem ter é a mesma justiça, fundada na concepção de equidade de Rawls (2003), isto é, "o reconhecimento de necessidades diferentes, de sujeitos também diferentes, para atingir direitos iguais." (GARRAFA; OSELKA; DINIZ, 1997).

O enfrentamento de questões que envolvem decisões sobre outro ser, real ou hipotético, é sempre complexo. Para se decidir sobre algo é importante saber se há o dever ou o direito de decidir. Quanto à obrigatoriedade, já foi abordada a condenação a decidir - marca dos humanos. Quanto ao direito de decidir, a questão torna-se mais complexa à medida que se avança na esfera existencial. Para que se tenha somente filhos perfeitos, é preciso distingui-los dos imperfeitos. Mais veredas se bifurcando, salvo para aqueles, ou aquelas, que não se preocupam com a loteria genética, coisa rara hoje em dia, uma vez que o acompanhamento pré-natal é a regra; além de alguns exames pós-natal também serem obrigatórios, tais como o *teste do pezinho* e, recentemente, o exame auditivo - ambos compulsórios. Ao que parece, no Brasil, já não se admite mais a **imperfeição** da surdez nem de certas deficiências mentais.

Nos procedimentos de reprodução assistida a opção pelo filho perfeito é possível. Os diagnósticos pré-concepção e a escolha de embriões saudáveis, pelos diagnósticos pré-implantatórios, definem o caminho da perfeição. Quanto à

concepção pelos métodos naturais, a escolha pode ser feita a partir do diagnóstico pré-natal, assumindo-se como perfeito o ser saudável e sem deficiências.

O direito ao filho perfeito envolve duas possibilidades de ação, a preventiva e a corretiva. A ação preventiva relaciona-se à reprodução assistida e aos diagnósticos postos à disposição da mulher que deseja engravidar. Desde 2008, no Reino Unido, há lei que proíbe a seleção para implante de embriões com alguma deficiência. (SALOMON, 2011). De acordo com Robert J. Stillman, profissional de um centro de fertilidade dos Estados Unidos, "uma das premissas da paternidade é criar um mundo melhor para nossos filhos." Ao que parece, a perfeição é a norma. (SALOMON, 2011, p.789).

O diagnóstico pré-natal está ligado tanto à prevenção quanto às ações corretivas. Esse diagnóstico é disponível às grávidas, independentemente do procedimento de concepção. Segundo Alexandre Varaut (2002), a interrupção terapêutica da gravidez, na França, chega a noventa e sete por cento dos casos de fetos trissômicos (Síndrome de Down). Tal interrupção é de livre determinação dos sujeitos envolvidos, dada a autonomia e liberdade dos mesmos, mas há fortes recomendações médicas naquele sentido. - o que Varaut denomina de *eugenismo à francesa*.

Sobretudo pelo viés corretivo, é preciso tratar do direito ao aborto. Tratar como questão de saúde pública é o argumento mais usual dentre os países que permitem a prática. (OMS, 2013). Esse também é o argumento preferido pelos que pugnam pela sua adoção. Nesse caso, ignora-se a questão moral, pois a prioridade é a redução da mortalidade materna e das sequelas dos abortamentos inseguros. O número de mortes é expressivo, mas ações público-privadas de educação sexual, de planejamento familiar e de suporte às grávidas poderiam reduzir as cifras. Ainda assim, não se estaria a salvo de uma gravidez indesejada, ou por falha na contracepção, ou por malformação fetal, que seria diagnosticada no acompanhamento médico pré-natal.

O direito ao aborto como um direito da mulher sobre o próprio corpo divide opiniões, mas encontra guarida até mesmo entre os conservadores. De início é necessário saber as condições em que se deu a concepção. Se o caso for de violência sexual, até os conservadores, a princípio, aprovam o aborto. Em contrapartida, quanto à hipótese de uma interrupção voluntária, pura e simples, as opiniões divergem. Na maioria dos países onde a prática é permitida, há limitação

temporal, normalmente de doze semanas de gravidez (OMS, 2013). Nos demais países em que a prática é proibida, a alternativa é a clandestinidade e os riscos a ela inerentes. O direito ao aborto como um direito a se realizar na esfera privada da mulher reconhece e assegura a dignidade humana, que compõe o núcleo dos direitos da personalidade. De acordo com Dworkin, uma decisão sobre o aborto é de âmbito privado: "Em certo sentido é ainda mais privada, pois implica o controle pela mulher não apenas de suas relações sexuais, como também das mudanças que se verificam em seu próprio corpo." (DWORKIN, 2009, p.147).

O direito ao aborto é defesa contra a instrumentalização do corpo da mulher. Obrigar uma mulher a conduzir uma gravidez indesejada é o mesmo que reduzi-la à condição análoga à do escravo. Nesse caso, os direitos da personalidade se ampliam e até se confundem com os direitos humanos, dada a dimensão da violação. Em uma síntese da não autonomia da mulher sobre o próprio corpo e sobre a instrumentalização dele, Dworkin (2009, p.143), assim se manifesta: "Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão."

5.2.1 A sujeição das mulheres

Quando nasci um anjo esbelto,
desses que tocam trombeta, anunciou:
vai carregar bandeira.
Cargo muito pesado pra mulher,
Esta espécie ainda envergonhada.
Adélia Prado (1991, p.11).

A beleza do poema acima ofusca a compreensão de que ainda paira a espessa sombra da desigualdade de gênero sobre as pessoas. A poetisa foi buscar inconsciente ou intencionalmente nos versos de *um poeta*⁹² a inspiração para expressar seu inconformismo.

A vida dedicada aos direitos fundamentais, sobretudo à liberdade, deveria ser suficiente para situar Stuart Mill mais perto dos liberais, afastando-o do Utilitarismo extremo. Quando o filósofo escreveu sobre o Utilitarismo, ficou evidente o esforço para mitigar as ideias de seus antecessores; procurou sempre a via

⁹² Poema de sete faces, Carlos Drummond de Andrade (1987).

alternativa da conciliação. Como membro do Parlamento Britânico, foi o pioneiro a pugnar pelo voto feminino (MILL, 2006). Em defesa da igualdade de gênero e tecendo críticas à educação feminina da sua época, argumentou que

Os homens não querem unicamente a obediência das mulheres; eles querem seus sentimentos. Todos os homens, exceto os mais brutais, desejam encontrar na mulher mais próxima deles, não uma escrava conquistada à força, mas uma escrava voluntária, não uma simples escrava, mas a favorita. (MILL, 2006, p.31-32).

Seria saudável uma retribuição a Stuart Mill principalmente se se visse o liberal antes de se ver o utilitarista. Mill defendia não só a igualdade material entre homens e mulheres, também discursava favoravelmente ao igual acesso à instrução, ao trabalho e aos direitos tipicamente masculinos como o direito de propriedade, o direito a participar na gestão dos bens do casal, que se deveriam compor em comunhão universal. Afirmava que às mulheres era destinado o casamento, ou os recursos da vida religiosa, senão os da caridade. Para Stuart Mill, deve-se lutar por autonomia e as mulheres tinham que superar o desafio inicial - ter homens adeptos à causa. Também reconhecia que a liberdade era a primeira carência do ser humano, antecedida somente pelas *necessidades primárias* de alimentação e vestuário. (MILL, 2006, p.134).

Articulando luta pela igualdade das mulheres e as alterações no cenário jurídico, Habermas (2003c, p.168) afirmou que

é possível concluir que não se pode formular adequadamente os direitos subjetivos destinados a garantir também às mulheres uma configuração privada autônoma de vida, se antes não forem articulados e bem fundamentados aspectos relevantes para tratamento igual ou diferente. A classificação dos papéis dos sexos e das diferenças que dependem do sexo repousam sobre camadas elementares da autocompreensão cultural de uma sociedade. (HABERMAS, 2003c, p.168).

Para a progressiva afirmação da igualdade, as mulheres dependem da discussão pública, mas o monopólio das definições não pertence às vanguardas feministas, segundo Habermas (2003, p168). Acredita-se que a mídia, principalmente a expansão rápida e de longo alcance das ideias que a internet propicia, tenha superado esse entrave, em termos de informação e mobilização. Porém, o fato da inferior representatividade política das mulheres junto ao Poder Legislativo as deixa à mercê somente dos adeptos da causa da igualdade de

gênero. Quanto à autocompreensão cultural da sociedade brasileira, a questão foi abordada com respeito à mãe que habita em toda mulher e a visão patriarcal da maternidade.

Habermas (2003c) argumenta que qualquer regulamentação que busque concretizar o direito igual a uma configuração autônoma de vida privada somente será possível se houver o fortalecimento correspondente da posição da mulher na esfera pública política. Retorna-se à questão dos adeptos à causa da igualdade; remete-se à *luta por reconhecimento*, conforme foi abordado quando se tratou da tolerância.

5.2.2 O discurso jurídico moderno

Para quê, então, este arco, se a teu favor tens a justiça?
Alceste, 1ª cena, Eurípedes (1968).

Nesta Tese, quando se tratou do Direito e da Moral e, sobretudo, da pessoa e do sujeito de direitos, além da situação do nascituro, a linha de pensamento adotada foi a apresentada por Lúcio Chamon Júnior (2006), em sua Teoria Geral do Direito Moderno. A partir daquela teoria, associada à Teoria da Argumentação Jurídica, do mesmo autor (CHAMON JÚNIOR, 2009), pretende-se abordar o que se denomina o discurso jurídico moderno, aplicado à interrupção da gravidez.

Partindo da decisão do Supremo Tribunal Federal (2012) sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54 - Chamon Júnior (2009) realça o tema da interpretação e aplicação e o situa no Direito Moderno. O discurso jurídico moderno atrela-se, necessariamente, a

uma compreensão do Direito como um sistema idealmente coerente de princípios capazes de, em face de novos casos surgidos, serem sempre re-interpretados à melhor luz do projeto moderno referido ao Direito, qual seja, de realização de iguais liberdades a todos os cidadãos no maior grau possível. Afinal, somente assim poderíamos considerar e levar adiante a construção e o reconhecimento contínuo de uma Sociedade de homens livre e iguais. (CHAMON JÚNIOR, 2009, p.197).

O autor não nega que o sentido normativo do Direito na Modernidade tenha por referência o texto legislativo, porém, a leitura de sua dimensão e força normativas é que não deve ser extremamente sufocante. (CHAMON JÚNIOR, 2009, p.198). Não se nega a força normativa do Direito, uma vez que "o processo de

modernização da Sociedade implica uma *exigência normativa genuína*". (CHAMON JÚNIOR, 2010, p.29). Isto significa que todos devem ser reconhecidos como livres e iguais - esse é o *princípio da dignidade da pessoa*.

Ainda segundo aquele autor, a ausência de um direito ou de um dever não convencionalmente legislado não significaria *usurpação de poder* nas situações em que o reconhecimento jurisdicional aflora em atuação, sobretudo se se trata de direitos fundamentais, a que o autor equipara aos direitos da personalidade (CHAMON JÚNIOR, 2010; 2009):

Significa dizer que *reconhecer* - e não inventar - jurisdicionalmente um direito ou um dever não convencionalmente firmados pelo Legislativo não implica extrapolar os limites da função jurisdicional; antes representa o esforço de se construir, *reconstruindo* o Direito, a solução que *ao caso*, e sob o manto da busca, da maior maneira possível, pela igual realização dos direitos fundamentais, seja capaz de ser, então assumida como a solução *adequada* ao caso. Destarte, esse esforço há que assumir, pois, o desafio que a leitura dos princípios de liberdade e igualdade em face das peculiaridades do caso impõe. Tudo isso porque o sentido normativo do Direito jamais se pode deixar fazer refém do institucionalmente convencionado em leis. (CHAMON JÚNIOR, 2009, p.200).

O autor da Teoria da Argumentação Jurídica apresenta uma hipótese de gravidez cujo feto é portador de síndrome de Down e expõe possíveis objeções à interrupção da gravidez, mesmo considerando que **seu filho** tenha uma síndrome que não dependeu do exercício da autonomia materna. A primeira objeção à interrupção da gravidez oferecida pelo autor é calcada na possibilidade que hoje a mulher desfruta de, no uso de sua autonomia, exercer livremente sua sexualidade, aliado à liberdade de uso de todos os meios contraceptivos existentes. O aborto não é meio contraceptivo e o risco de uma gravidez é previsível. As mulheres têm *garantidos direitos* capazes de permitir-lhes decidir sobre como e quando exercer sua sexualidade. (CHAMON JÚNIOR, 2009, p.226 e seg.).

Essa objeção examinada à boa luz da Teoria Geral do Direito Moderno e da Teoria da Argumentação Jurídica precisa ser mais bem esclarecida. Evidentemente o feto não é parte do corpo da mulher, mas está lá, qualquer que seja a circunstância em que o fato se deu, invadindo um espaço de liberdade exclusivo da mulher. Buscando a coerência e a integridade que a Teoria Geral do Direito Moderno preceitua, será necessário conhecer todas as circunstâncias do caso concreto. De início, o aborto realmente não é método contraceptivo, mas um último recurso para casos em que alguma coisa falhou ou está falhando. Argumentar que a

mulher no exercício de sua autonomia pode viver sua sexualidade livremente, mas que deve assumir o risco de uma gravidez involuntária e de ver-se obrigada a conduzi-la a termo, é no mínimo, enxergar a mãe antes de se ver a mulher. Já se falou na ideia da maternidade *patriarcalista* e o enunciado do problema deixa entrevê-la: a expressão **seu filho** traz subjacente a anulação da mulher em prol da mãe e, consigo, o veredito. Ainda que a responsabilidade por uma gravidez seja de ambos partícipes, é enormemente distinta entre eles. O que para o homem poderia pesar apenas *no bolso*, para a mulher pode mutilar sua liberdade e pesar por uma vida inteira⁹³. Em respeito aos direitos da personalidade e à dignidade da mulher, ser favorável ou contrário à interrupção da gravidez, em qualquer situação, é questão que somente pode ser resolvida num discurso legitimamente construído, diante de um caso concreto e envolvendo todas as circunstâncias. De acordo com a Teoria Geral do Direito Moderno,

qualquer que seja a situação jurídica, esta só se faz relevante quando problematizada, enfim, quando, em face do Direito e dos argumentos apresentados foram levantadas todas as circunstâncias consideradas relevantes à mesma em sua reconstrução. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p.107).

Na segunda situação, a objeção à interrupção da gravidez deve-se ao fato de que "aos portadores de sofrimento mental é possível construir sua particular subjetividade e exercer direitos, inclusive na construção dessa subjetividade." (CHAMON JÚNIOR, 2009, p.226). O argumento contrário a essa objeção é o mesmo apresentado quanto à primeira, além de constatar-se que a permissão do aborto no caso de violência sexual desconsidera de plano qualquer hipótese de construção de uma subjetividade ou de respeito ao feto, produto do estupro. Pela mesma forma, as circunstâncias do caso concreto e até as alternativas que envolvem apoio à vítima de violência, tais como auxílio médico, psicológico, financeiro, poderiam ser agregados ao discurso, numa questão que é integralmente vinculada à liberdade e à individualidade da mulher, no exercício de suas liberdades subjetivas.

⁹³ Aqui, especificamente, refere-se a situações em que não houve necessária e/ou corretamente um projeto parental. Em sentido semelhante, afirma Cristina Zamberlam: "O pai solteiro, ou separado, que só é pai em fins de semana, ou nem isso; o pai, mesmo casado, que não tem tempo para seus filhos; o pai que não paga ou boicota a pensão alimentícia e nem se preocupa ou deseja ocupar-se com isto; o pai que não reconhece seu filho e não lhe dá o seu sobrenome na certidão de nascimento. 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 e que repercute, obviamente, nas relações sociais. (ZAMBERLAM, 2001, p.86).

O discurso jurídico moderno é regido pela compatibilização das liberdades subjetivas; os direitos da personalidade representariam essas mesmas liberdades, como "garantidoras do exercício da uma autonomia privada". (CHAMON JÚNIOR, 2010, p.44). Passa-se, agora, a uma abordagem da concepção referida ao planejamento familiar.

5.3 O projeto parental

Mas tu hás de chegar, amor, meu filho,
porque as águas dão sal; a terra, fruta;
e o nosso ventre guarda tenros filhos
como as nuvens carregam doce chuva.
Yerma - García Lorca (2000).

García Lorca mantendo a tradição do teatro grego nomeou sua protagonista como Yerma; a etimologia evoca o deserto, o ermo, o estéril. Assim foi a vida conjugal dessa mulher ávida de filhos, cujo projeto parental era somente dela. O marido não desejava filhos. Com isso, a obsessão por um filho a conduziu à loucura e a um fim ainda mais trágico.

Em termos sexuais e reprodutivos, por maiores que tenham sido os avanços sociais, ainda não existe equidade entre os gêneros. À mulher, além do ônus bio-psicofísico de suportar a gravidez, compete um grau maior de cuidados por ser ela a trazer dentro de si uma futura pessoa. Aqui, objetiva-se ratificar a proteção legal dispensada ao nascituro e também ressaltar que, em boa parte das vezes⁹⁴, a concepção decorre de um planejamento familiar, constitucionalmente assegurado e que vem ao encontro de um projeto parental de duas pessoas. Na verdade, ao tratar do planejamento familiar, a Constituição fala em *decisão do casal*, tema já bastante revisto pela sociedade, que conhece e reconhece a diversidade de modulações das formas familiares. Isso fica mais evidente, quando se observa a Lei nº 9.263, de 1996, Lei do Planejamento Familiar, que regula o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988. Em seu primeiro artigo, a indigitada lei já afirma ser o planejamento familiar direito de todo cidadão. (BRASIL, 1996).

Portanto, a despeito de ser o projeto parental produto de compartilhamento, há casos de projeto parental individual. E ainda há casos em que não ocorre um

⁹⁴ Segundo Ana Liési Thurler (2004), em cerca de trinta por cento dos casos, a parentalidade é suportada unicamente pela mãe, no Brasil.

projeto parental, deixando a mulher com o "dilema atroz entre o aborto criminoso e a parentalidade solitária." (MORAES, 2005, p.632).

Embora o projeto parental seja prerrogativa legal de todo cidadão, o projeto do filho perfeito precisaria considerar, além da composição ou forma familiar, aspectos relativos aos diagnósticos biotecnológicos e à engenharia genética. O diagnóstico pré-natal e o DGPI poderão afetar o projeto e, até mesmo, forçar a consideração de alternativas que envolvam a interrupção da gravidez. Decisões que direta ou indiretamente irão afetar as partes envolvidas.

5.3.1 O pai, a mãe e o filho

Um mais um é sempre mais que dois.
Beto Guedes (1998).

O velho adágio, *quando um não quer, dois não brigam*, nem sempre está correto. Yerma nos demonstra isso. No caso dela e de sua obsessão por um filho, houve mais que *briga*, pois, alucinada pelo ideal de maternidade, ela acaba por estrangular o próprio marido. (LORCA, 2000).

É pressuposto geral e generalizado de que se as pessoas se unem constituindo uma família, fazem-no para consolidar um projeto parental. Mas essa situação pode refletir apenas uma expectativa social e não o real desejo das pessoas. Ter filhos deixou de ser prerrogativa de um casal e pode, ou não, fazer parte do plano de vida de qualquer pessoa - uma vez conjugado o binômio liberdade-responsabilidade.

Dois aspectos merecem ser ressaltados no que tange ao projeto parental. O primeiro deles é a diversidade do fenômeno família. Há toda uma gama de possibilidades de se constituir uma família, desde a biparentalidade até a monoparentalidade. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

Em termos sociológicos, a tendência da família contemporânea é tornar-se um grupo cada vez menos organizado, menos hierarquizado e independente de laços consangüíneos, e cada vez mais baseado em sentimentos e em valores compartilhados. (MORAES, 2006, p.617).

Se a consideração anterior afeta diretamente o planejamento familiar, o outro aspecto pesará ainda mais na questão do direito ao filho perfeito. Trata-se dos

resultados dos avanços da Medicina e das biotecnologias. O diagnóstico pré-natal cada vez mais sofisticado pode detectar, prever e evitar anomalias fetais. Muitas vezes ao preço de se ter que optar pela interrupção da gravidez ou de, ao menos, considerar essa hipótese. Por outro lado, o DGPI e a manipulação genética podem ter impacto altamente relevante no projeto parental, pois

se por um lado os pais podem pretender a manipulação genética para evitar doenças hereditárias de natureza grave em seus filhos, o que, a princípio, não levantaria objeções porque estaríamos diante da eugenia negativa, de outro, podem pretender a manipulação genômica para a prática de eugenia positiva. (SÁ, 2006).

Assim como o embrião tem vida, o nascituro idem, mas não são pessoa. Ninguém é ontologicamente pessoa; recapitulando, não há uma essência do ser que o torne pessoa no mundo jurídico, mas uma *construção histórico-argumentativa*, a partir de uma situação jurídica concreta. *A pessoa se constrói no discurso*. (SÁ; NAVES, 2009, p. 61 e seg.). Haverá situações em que direitos do nascituro e direitos da mulher concorrerão, podendo haver a prevalência de um ou de outro - a Nota 15 (p.43) deste trabalho aborda a *reserva de aplicação* de uma norma em relação a outra.

A ambição da completude, ilusória como toda ambição, levou à abordagem do projeto parental como prerrogativa de todos os gêneros humanos. Mas, o objetivo deste trabalho é analisar, sempre que possível, a questão do direito a só se ter filhos perfeitos como um direito da mulher - evidentemente, não exclusivo dela.

5.3.2 O direito a só se ter filhos perfeitos

E, de fato, existe no mundo alguma coisa mais bela do que uma mulher com um filho sadio nos braços?
Pais e filhos - Ivan Turgueniev (1971, p.30).

A seleção não-natural conduzida pelo ser humano reflete seu início na domesticação dos animais e nas técnicas agrícolas. A transformação de lobos em cães, pelo *Homo sapiens*, além do desenvolvimento de plantas alimentícias - o milho seria o melhor exemplo -, também marcam o potencial criador da humanidade. As transformações ocorreram inicialmente em grau e não necessariamente alteraram as espécies. Porém, com a possibilidade das novas técnicas transgênicas, o ser

humano passou a orquestrar nova origem para as espécies; para a espécie humana, inclusive. A manipulação genética expandiu o horizonte criador da humanidade, possibilitando ao ser humano a criação de novos seres humanos, com menos imperfeições ou fragilidades e, até mesmo, com aprimoramentos. Nesse aspecto, Sloterdjick (2000) chama a atenção para as diferenças que não sejam apenas de grau, pois diferenças complexas poderiam provocar o surgimento de nova espécie (humana?). Francis Fukuyama (2003) fala em um futuro pós-humano.

Reforçando o que se disse anteriormente: perfeição em matéria de reprodução humana, para além de toda a carga subjetiva, poderia ser a própria imagem e semelhança, com a possibilidade de adição ou subtração de caracteres que as circunstâncias, época e cultura, atribuem alguma importância, necessidade ou valor.

Portanto o direito a só se ter filhos perfeitos encontra óbices na própria subjetividade da perfeição. Procurou-se, ao longo do trabalho, provocar reflexões sobre questões sensíveis, seja do ponto de vista ético ou jurídico, tais como: filhos perfeitos seriam filhos sem malformações físicas, porém saudáveis? Doenças congênitas seriam imperfeições? A interrupção voluntária da gravidez poderia ser alternativa aos casos anteriores? Em qual extensão e em quais circunstâncias?

Em sua obra, Salomon (2013) relata as diretrizes (informais) que imperam entre as instituições de reprodução assistida nos Estados Unidos, no sentido de se evitar a imperfeição. Na Inglaterra, segundo o mesmo autor, já existe lei que proíbe a seleção de embriões com alguma deficiência. Ainda sobre o tema, um estudo conduzido por Smolensky (2008) aborda duas questões interessantes: a responsabilidade civil em casos de concepção injusta⁹⁵ e o direito dos filhos de acionarem juridicamente os genitores em situações de imperfeição biopsicofísica. Esse estudo relata que na maior parte dos EUA a jurisprudência tem caminhado no sentido do esvaziamento das ações de *concepção injusta*, sobretudo daquelas de nascimento injusto e de responsabilidade civil dos pais, ao fundamento de que uma *vida imperfeita é melhor do que vida nenhuma*. Isso inviabiliza, de certa forma, o direito, a pretensão, a só se ter filhos perfeitos, embora não fira o direito a ter filhos.

⁹⁵ Nos Estados Unidos, as ações de concepção injusta - *wrongful conception* - têm-se desdobrado em ações de nascimento injusto - *wrongful birth* - e ações de vida injusta - *wrongful life*. De acordo com Sá e Naves (2009), pelas primeiras, os pais acionam juridicamente médicos e/ou instituições, reclamando consequências de negligência médica nos procedimentos e acompanhamentos da concepção. Pelas segundas, são os próprios indivíduos que reclamam as consequências advindas de imperfeições do nascimento, porém, essas não têm prosperado, em regra.

6 CONCLUSÃO

Não devemos parar nunca de explorar
E o fim de toda nossa exploração
Será chegar ao ponto de partida
E conhecer o local pela primeira vez.
T.S. Eliot (2014).

As conclusões surgem conforme as circunstâncias, e do uso que se faz delas. Assim, é também com o Direito, com a Moral, com a Política. Porém, atém-se ao campo jurídico e se considera que a afirmação feita não se refere a uma ética de situação, tampouco a um relativismo moral. A afirmação feita diz respeito à ideia do Direito Moderno como capaz de realizar a construção da resposta a determinado problema a partir do discurso legitimamente instituído, à luz das considerações de todas as circunstâncias envolvidas, diante do caso concreto. A motivação foi afirmar a importância do discurso jurídico da Modernidade, que deve ser o balizador e compor o *locus* determinante exatamente das questões jurídicas.

O direito a só se ter filhos perfeitos perpassa e, ao mesmo tempo, é credor do Direito. Principalmente em países como o Brasil, em que há leis restritivas, a interrupção voluntária da gravidez é sempre tema diretamente jurídico. É importante lembrar que nem toda interrupção da gravidez é aborto provocado, por isso, a maioria dos países que permitem aquela prática, mantêm algum grau de criminalização a esse último. Seria justo e faz parte da moderna democracia, principalmente tratando-se de direitos da mulher, que a decisão pela procriação se ativesse à esfera de suas liberdades, do exercício de sua autonomia privada.

A realidade demonstra que muitos são os óbices ao projeto do filho perfeito, desde os fatores extrajurídicos, principalmente os sociológicos - fatores simbólicos (a linguagem) e comportamentais - e os biológicos - genéticos e epigenéticos - até os fatores propriamente jurídicos. Fato é que a interpretação do direito positivado torna-se antimoderna, pois representa a interpretação predominante, sobretudo em questões existenciais, ainda estando muito vinculada ao texto da lei - não assume que o Direito é um *sistema de normas* apenas *prima facie* aplicáveis.

A seleção não-natural a partir das técnicas de reprodução assistida ou proveniente de diagnóstico pré-natal, rotineiro, que procura assegurar a perfeição no produto do ato de conceber, também se encontra dependente de outras subjetividades, dentre as quais se destaca a própria ideia de perfeição, de conceito

complexo, de difícil determinação. Portanto, a seleção não-natural como suporte à reprodução humana é um recurso que faz parte de um assessoramento mas não assegura o direito a só se ter filhos perfeitos, até mesmo porque o direito precisaria ser assegurado somente pelo próprio Direito.

Do entrelaçamento do Biodireito, da Bioética e das ciências que lhes são diretamente correlatas, dois aspectos merecem destaque. O primeiro aspecto diz respeito às biotecnologias e à engenharia genética e seu rápido e progressivo desenvolvimento. A possibilidade crescente de acesso às novas tecnologias eleva a probabilidade de atingir-se alguma perfeição. No entanto, os recursos postos à disposição, ainda que reconhecidamente sedutores e tentadores, não significam a obrigatoriedade de uso. *As iguais liberdades democraticamente atribuídas a todos, em seu maior grau funcionalmente possível*, permitirão as escolhas e a opção, segundo a consciência individual de cada um.

O segundo aspecto envolve desvincular a interrupção voluntária da gravidez da sacralidade da vida. Não da forma elaborada por Dworkin, que pondera investimento biológico, ou natural, em relação a investimento de vida pessoal, realizado no transcurso do tempo, ou aspectos da biografia. Esses últimos pesarão mais e assim, ainda que a sacralidade da vida seja considerada, o aborto torna-se justificável. Isto até poderia ser uma verdade, mas a proposta é retirar o sagrado do Direito. Dessacralizar o Direito - por meio de um discurso democraticamente legitimado, fazer valer um *estatuto humano* em detrimento do *estatuto sagrado*. Se isso é impossível, como foi visto, em um discurso de justificação ou de elaboração normativa, uma vez que desse discurso também participa a Moral, que também se encontra impregnada pelo sagrado, que se dessacralize o discurso de aplicação - *locus da concretização* do Direito. Portanto, considerando-se a interpretação constitucional do Direito e os direitos da personalidade, pode-se e se deve conduzir um discurso de interpretação, e aplicação, suficientemente democrático, no que concerne à atribuição de iguais liberdades fundamentais a todos os envolvidos em dada situação, na maior medida possível, e, assim, legitimar-se o projeto parental que trata dos filhos perfeitos, para aqueles que assim o desejarem, não sendo um direito, mas uma possibilidade. Enfatizando que aquele projeto pode-se defrontar com a alternativa e/ou necessidade de se considerar a interrupção da gravidez.

A legislação que permite a interrupção voluntária da gravidez, nos países em que é adotada, não obriga a sua prática. Tanto é mais democrática e moderna, mais

atenta ao fato da pluralidade e da diversidade, quanto mais deixa a decisão à livre consciência de cada indivíduo, sem lhes impor uma moralidade generalizada nem lhes reger por um *ethos* específico. Ressalta-se ainda que nos países onde é permitida a interrupção voluntária da gravidez, a prática do aborto continua criminalizada.

Uma nova origem para as espécies se descortina com o domínio humano das biotecnologias. O potencial criador do ser humano se expandiu assegurando a seleção não-natural. Porém, uma questão de resposta ainda inconclusiva, ou melhor, de conclusão subjetiva diz respeito ao direito a só se ter filhos perfeitos. Primeiramente, há a subjetividade do que seja a perfeição. Em segundo lugar, querer somente filhos perfeitos pode ser o ideal do projeto parental, assim foi apresentado, mas garantia plena não pode ser oferecida à concretização desse ideal, ao longo de uma vida. Tomando-se a perfeição, para além de subjetividades, por exemplo, como as capacidades não reduzidas - visão, audição, fala, raciocínio, capacidade de locomoção dentro de limites médios e a integridade biopsicofísica sem limitações funcionais; a perfeição seria a regra, em sede de reprodução humana. Isto é, em tese, busca-se essa perfeição. Por ora, e para além do direito ao planejamento familiar, torna-se casuística a afirmação de que há o direito a só se ter filhos perfeitos. Porém, assim, está-se em consonância com o discurso jurídico moderno, em que as questões se densificam diante das circunstâncias do caso concreto.

Somente tem um direito quem dele pode fazer uso. Somente existe um direito, caso possa ser devidamente assegurado, numa perspectiva realizativa. Portanto, para além do direito a ter filhos, o direito a só tê-los perfeitos ainda é um desafio a todas as Ciências, não somente para o Direito. Quando Faetonte foi advertido que seguiria bem pelo meio, era para não se aproximar muito nem do Céu, nem da Terra. Da mesma forma, equilibrando-se entre o estatuto divino - da Moral - e o estatuto humano - da Política - deve caminhar o Direito.

REFERÊNCIAS

AFCG. - Association Française de Conseil Génétique.. **Homepage**. Disponível em: <<http://asso.orpha.net/AFCG/cgi-bin/index.php?lng=fr>>. Acesso em: 19 out. 2014.

AFGCCG - Association Française de Génétique Clinique et de Conseil Génétique. **Homepage**. Disponível em: <<http://ffgh.net/index.php/afgccg-association-francaise-de-genetique-clinique-et-de-conseil-genetique>>. Acesso em: 19 out. 2014.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução: Henrique Burigo. 2.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AGAR, Nicholas. Liberal eugenics. **Public Affairs Quarterly**, [S.l.] vol. 12, n.2, apr.1998.

ALBERTUNI, Carlos Alberto. O termo sindérese e sua introdução no pensamento medieval. **Ágora Filosófica**, Universidade de Pernambuco, Ano 10, n.1, jan./jun. 2010, p.15-22.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Versión castellana: Ernesto Gastón Valdés. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. Tradução: José Pedro Xavier Pinheiro. São Paulo: Atena Editora, 1955. Canto I, versos 85-87.

ALMEIDA, Aires; TEIXEIRA, Célia; MURCHO, Desidério. **50 lições de filosofia - Filosofia 10º ano**. Lisboa: Didáctica Editora, 2013.

AMARAL, Francisco. Autonomia privada. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br/revista>>. Acesso: 06 out. 2006. **Cadernos de Estudos Jurídicos**, Brasília, dez. 1999.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDERSON, Joel. HONNETH, Axel. Autonomia, vulnerabilidade, reconhecimento e justiça. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da USP, n.17, p.81-112, jan./jun. 2011.

ANDORNO, Roberto. "Liberdade" e "Dignidade" da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. (Org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.73-93.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Antologia poética**. 22 ed. Rio de Janeiro: Record, 1987.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.271-298.

AQUINO, Márcia Regina Pitta Lopes; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Um estudo a respeito da carta de Heidegger "Sobre o Humanismo". **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.6, n.1, p.97-140, abr./set.2013.

ARENDT, Hanna. **Entre o passado e o futuro**. Tradução: Mauro W. Barbosa. 6 ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v.3.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 26, p. 46-66, abr./jun. 2006.

AULO GÉLIO. **Noites Áticas**. Tradução: José Rodrigues Seabra Filho. Londrina: EDUEL, 2010.

AZEVEDO. Antônio Junqueira de. **O princípio da boa-fé nos contratos**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo7.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2004.

BALLESTEROS, Jesús Llompart. **Derechos Humanos**. Madrid: TECNOS, 1992.

BARBOZA, Heloísa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal; BARRETO, Vicente de Paulo. **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.49-81.

BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, V, Belo Horizonte, 2005. **Anais...** São Paulo: IOB Thomson, 2006. p.881-890.

BASSUMA, Luiz; MARTINI, Miguel. **Projeto de Lei da Câmara Federal nº 478, de 2007**. Estatuto do Embrião. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/sileg/default.asp>>. Acesso em: 29 out. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BENSAÏD, Daniel. **Mur et murailles de la peur**. Disponível em: <www.danielbensaid.org/>. Acesso em: 04 set. 2014.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O Mercado Humano**. Tradução: Isabel Regina Augusto. Brasília, Editora UNB, 1996.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito**. 3.ed. São Paulo: Letras & Letras, 1995.

BIAGGIO, Ângela Maria Brasil. **Lawrence Kohlberg: ética e educação moral**. São Paulo: Moderna, 2002.

BÍBLIA. **A Bíblia Sagrada** - Velho e Novo Testamento. Tradução: Pe. Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Editora Guarabu Ltda, 1961, 2 vol.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BLACK, Edwin. **Guerra contra os fracos**: a eugenia e a campanha dos Estados Unidos para criar uma raça dominante. Tradução: Tuca Magalhães. São Paulo: A Girafa Editora, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Cultura laica y laicismo**. Publicado em El Mundo, Espanha, em 17 nov. 1999. Disponível em: <<http://www.iglesiaviva.org/222/222-50-BOBBIO>>. Acesso em: 29 ago.2014.

BOÉCIO. **Liber de persona et duabus naturis**. Disponível em: <http://www.documentacatholicaomnia.eu/02m/0480-0524,_Boethius._Severinus,_Liber_De_Persona_Et_Duabus_Naturis_Contra_Eutychen_Et_Nestorium,_MLT.pdf>. Acesso em: 07 out. 2014.

BORGES, Jorge Luis. **Ficções**. Tradução: Carlos Nejar. 8 ed. São Paulo: Globo, 1999.

BORGES, Maria de Lourdes; DALL'AGNOL, Darlei; DUTRA, Delamar Volpato. **Ética**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

BRAGA, Antonio Saturnino. Habermas e a questão da validade cognitiva dos enunciados teóricos e morais. **Philosophos**, Goiânia, v.14, n.1, p.11-44, jan./jun. 2009.

BRASIL. **Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial**. CAHALI, Youssef, Said (Org.). 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 jan. 1996.

BRASIL. Ministério da Saúde. **20 anos de pesquisa sobre aborto no Brasil**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Atenção humanizada ao abortamento**: norma técnica. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 199, de 30 de janeiro de 2014**. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis>>. Acesso em: 22 out. 2014.

BROCHADO, Mariá. **Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BROWNE, Janet. **A "Origem das Espécies" de Darwin: uma biografia**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

CALDERÓN DE LA BARCA. **A vida é sonho**. Tradução: Renata Pallottini. São Paulo: Hedra, 2008.

CAMARGO, José Jorge Guedes de. **Império e benevolência: duas faces do egoísmo**. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/ffch/filosofia/pos/cebel/art3.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2008.

CAMPS, Victoria. ¿Qué hay de malo en la eugenesia? **Isegoría**, CSIH, Centro de Ciencias Humanas e Sociales, Madrid, n.27, p.55-71, 2002.

CANCINO, Emilssen González de. Eugenia: avanço ou retrocesso. In: CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.339-357.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**. Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade da pessoa humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPLAN, Arthur. **What Should the Rules Be?**. Disponível em: <<http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,95244,00.html>>. Acesso em: 14 maio 2011.

CARBONNIER, Jean. **Flexible Droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur**. 10 ed. Paris: L.G.D.J., E.J.A., 2001.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade**. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick. Nota Técnica. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. **Direito Público**, Belo Horizonte, n.1, v.1, jan./jun. 1999, p.101-115.

CARVALHO, Raimundo Nonato Barbosa de. **Metamorfoses em Tradução**. 2010. 158f. Relatório Final (Pós-doutoramento) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo.

CARVALHO, Vicente. **Poemas e canções**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1954.

CASABONA, Carlos María Romeo. Aspectos jurídicos do aconselhamento genético. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). **Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectivas em Direito Comparado**. Tradução: José Carlos Sampaio Rodarte. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.50-65.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CEGH-CEL. Centro de Estudos do Genoma Humano e de Células-tronco. **Testes genéticos e aconselhamento genético: restrições prejudicam a população**. Disponível em: <<http://genoma.ib.usp.br/wordpress/?p=5715>>. Acesso em: 22 out. 2014.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio A. Estudo prévio - dignidade e diferença: há futuro para os direitos da personalidade?. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: atualidades IV** - teoria e prática no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.1-45.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio A. **Filosofia do Direito na alta modernidade**. Inscursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio A. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CHAMON JÚNIOR. **Teoria constitucional do Direito Penal** - contribuições a uma reconstrução da dogmática Penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio A. **Teoria geral do direito moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio A. **Teoria geral do direito moderno**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio A. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.79-120.

CHASE, Alexander. **Lifequoteslib**. Disponível em: <http://www.lifequoteslib.com/authors/alexander_chase_3.html>. Acesso em: 15 set. 2014.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 1995.

CHAUÍ, Marilena. Liberdade: aptidão para o múltiplo simultâneo. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Vida, vício, virtude**. São Paulo: Editora Senac, 2009.

CICCO, Maria Cristina de. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. **civilistica.com**, a.2, c.2, 2013.

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONCHE, Marcel. **O fundamento da moral**. Tradução: Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Européia dos Direitos Humanos, 1949**.

Disponível em:

<<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em <10 out 2012>.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina - **Convenção de Oviedo, 1997**. Diário da República, 03 de janeiro de 2001.

Disponível em: <<http://www.dr.incm.pt>>. Acesso em: 15/10/2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Iniciação à Bioética**. COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.) – Brasília : Conselho Federal de Medicina, 1998.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Parecer CFM nº 30/2012**. Disponível em: <www.cfm.org.br>. Acesso em: 19 out. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.605/2012**. Disponível em: <www.cfm.org.br>. Acesso em: 19 out. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.013, de 2013**.

Disponível em: <www.cfm.org.br>. Acesso em: 19 out. 2014.

CORÇÃO, Gustavo. **Lições de abismo**. Rio de Janeiro: Agir, 1989.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil português - parte geral**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. A teoria geral dos direitos da personalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba, v. V, ano X, dez.1996.

CORTINA, Adela. **Ciudadanos del mundo** - hacia una teoría de la ciudadanía. Madrid: Alianza, 2001.

CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emilio. **Ética**. Tradução: Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Ed. Loyola, 2005.

CORTINA, Adela. Ética de las biotecnologías. **Isegoría**, CSIH, Centro de Ciencias Humanas e Sociales, Madrid, n.27, p.73-89, 2002.

CORTINA, Adela. **Ética mínima**. Tradução: Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

CORTINA, Adela. **Ética sem moral**. Tradução: Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

COSTA, Alexandra Lopes da. **Inquisição contemporânea: uma história de perseguição criminal, exposição da intimidade e violação de direitos no Brasil**. Disponível em:

<www.surjournal.org/conteudos/getArtigo19.php?artigo=19,artigo_11.htm>. Acesso em: 29 out. 2014.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DARWIN, Charles. **A origem das espécies**. 2 ed. Tradução: John Green. São Paulo: Martin Claret, 2010.

DIAS, Maria Christina Longo Cardoso. **A ampliação do espaço da moral no utilitarismo de John Stuart Mill: uma comparação com a moral do utilitarismo de Bentham**. 2011. 318f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo.

DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos de. Bioética e Aborto. *In*: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 15 ed. São Paulo: Saraiva: 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998a. v.3.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998b. v.4.

DIRETÓRIO CATÓLICO. **Acirrada polêmica sobre "Bebês de Proveta"**. Disponível em: <<http://www.acidigital.com/vida/probeta.htm>>. Acesso em: 20 out. 2014.

DIWAN, Pietra. **Raça pura: uma história da eugenia no Brasil e no mundo**. São Paulo: Contexto, 2007.

DOCUMENTA CATÓLICA OMNIA. **História da formação da problemática do aborto**. Disponível em: <http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/sine-data,_AA_VV,_Historia_Da_Formacao_Da_Problematica_Do_Aborto,_PT.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2014.

DUSSEL, Enrique. **Desconstrucción del concepto de "tolerancia"** (De la intolerancia a la solidaridad). Disponível em: <<http://www.afyl.org/tolerancia-dussel.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

DUTRA, Delamar José Volpato. Natureza e liberdade ou das implicações éticas da biotecnologia: os argumentos de Habermas contra Dworkin. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, v.32, n.102, p.105-129, jan.-abr. 2005.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução: Jussara Simões. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2 ed. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Fabris, 2006.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 13 ed. Tradução: Gilson Cesar Cardozo de Souza. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1996.

ECO, Umberto. MARTINI, Carlo Maria. **Em que crêem os que não crêem?** Tradução: Eliana Aguiar. São Paulo: Record, 2000.

ELIOT, Thomas Stearns. **Four Quartets**: Little Gidding. Disponível em: <<http://www.philoctetes.org/documents/Eliot%20Poems.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2014.

ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. Rubens Limongi França (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1979. v.28.

ÉPOCA. **Punidas por abortar**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG83654-6014,00-PUNIDAS+POR+ABORTAR.html>>. Acesso em: 26 jun. 2012.

EURÍPEDES. **Alceste**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bruno Buccini, 1968.

EURÍPEDES. **Héraclès; Les Suppliantes; Ion**. Paris: Société d'Édition "Les Belles Lettres", 1950.

EURÍPEDES. **Medéia; Hipólito; As Troianas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

FACHIN, Luiz Edson. Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n.76, p.129-151, jan./dez. 2000.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FANCHINI NETO. Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.11-60.

FAVARIM, Flávia Néгри. **Limites da tolerância nos conflitos entre grupos religiosos**. 2007. 113f. Dissertação (Mestrado). Universidade Metodista, Piracicaba, São Paulo.

FEARN, Nicholas. **Filosofia** - novas respostas para antigas questões. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

FELDHAUS, Charles. Hare e o problema da ladeira escorregadia. **ethic@**, Florianópolis, v.2, n.2, p.173-191, dez. 2003.

FELDHAUS, Charles. Liberdade em Habermas e Kant. **Controvérsia**, Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 7, n. 2, p. 01-14, maio-ago. 2011.

FERRAND, Michèle. O aborto, uma condição para a emancipação feminina. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, 16(2), maio-ago., 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo Aurélio Século XXI**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, João B. D. Autonomia privada e aconselhamento genético - a prudência entre a potência e o ato. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: atualidades IV** - teoria e prática no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.47-70.

FERREIRA, Luísa de Nazaré. A fúria de Medéia. **Hvmanitas**. Coimbra, vol. XLIX, 1997.

FERRY, Luc. **A revolução do amor**: por uma espiritualidade laica. Tradução Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 9 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. vol.1.

FRANCIS, Richard. C. **Epigenetics**: The Ultimate Mistery of Inheritance. New York: W. W. Norton & Company, 2011.

FREIRE, Nilcéa. Aborto seguro: um direito das mulheres? **Ciência e Cultura**. Campinas, ano 64, n.2, abr./maio/jun., 2012, p.31-32.

FREITAG, Bárbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

FREUD, Sigmund. **Edição Standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud: vol. 19: Totem e tabu e outros trabalhos**. Rio de Janeiro: Imago, 1995.

FUHRMANN, Walter; VOGEL, Friedrich. **Aconselhamento genético: um guia para estudantes e médicos**. São Paulo: E.P.U.: Springer, 1978.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vol.1.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte; Del Rey, 2001. p.46-91.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.213-238.

GARRAFA, Volnei. Bioética e manipulação da vida. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O homem-máquina: a ciência manipula o corpo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.213-225.

GARRAFA, Volnei. OSELKA, Gabriel. DINIZ, Débora. Saúde Pública, Bioética e equidade. **Revista Bioética**, Conselho Federal de Medicina, n. 5, (1), 1997, p.27-33.

GIBRAN, Kahlil. **O profeta**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, a.87, v.747, p.35-55, jan. 1998.

GLOBO. Jornal Hoje. **Primeiro bebê de proveta do Brasil e da América Latina completa 30 anos**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/10/primeiro-bebe-proveta-do-brasil-e-da-america-latina-completa-30-anos.html>>. Acesso em: 13 out. 2014.

GLOBOCIÊNCIA. **Quanto custa a reprodução assistida?** 2013. Versão digital disponível em: <<http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2013/05/quanto-custa-reproducao-assistida.html>>. Acesso em: 22 out. 2014.

GOLDIM, José Roberto Aconselhamento Genético. **Bioética**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/acongene.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2007.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. **A moral e o direito em Kant**: ensaios analíticos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

GOMES, Orlando. Direitos de Personalidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a.62, v. 16, p.5-10, out./dez. 1966.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRANDE Enciclopédia Barsa: **temapédia**. 3 ed. São Paulo: Barsa Planeta Internacional, 2005

GRAYLING, A. C. **O significado das coisas**: a aplicação da filosofia à vida. Tradução: Maria de Fátima St. Aubyn. Lisboa: Gradiva, 2003.

GUEDES, Beto; BASTOS, Ronaldo. O sal da Terra. In: GUEDES, Beto. **Dias de Paz**. Manaus: Sony Music, 1998, Faixa 13, CD.

GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da USP, n.6, p.85-102, ago. 2000.

GUSTIN, Miracy B. S. - **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** - estudos de teoria política. Tradução: George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v.1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c. v.2.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. **Direito, estado e sociedade**. Rio de Janeiro, PUC-Rio, n.17, p.190-208, ago./dez., 2000.

HABERMAS, Jürgen. Teoria da adaptação. **Folha de São Paulo**, São Paulo. 05 jan. 2003d. Caderno +mais!.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação** - ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização**. Sobre razão e religião. 4 ed. Tradução: Alfred J. Keller. Aparecida, São Paulo: Editora Idéias & Letras, 2007.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. O cisma do Século 21. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 abr. 2005, Caderno +mais!.

HEIDEGGER, Martin. **Sôbre o humanismo**. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

HERÓDOTOS. **Historia**. 2 ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1988.

HONNETH, Axel. Entrevista: Honneth esquadrinha "déficit sociológico". **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 out. 2003, ilustrada.

HUGO, Victor. **Os trabalhadores do mar**. Tradução: Machado de Assis. São Paulo: Círculo do Livro, 1994.

HURST, Jane. **Uma história não contada**: a história das ideias sobre o aborto na Igreja Católica. Tradução: Sandra Lampreia. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2000.

ISIDORO DE SEVILHA. **Etimologías**. Madrid: La Editorial Católica, 1951.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflito entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JOAS, Hans. **A sacralidade da pessoa**: nova genealogia dos direitos humanos. Tradução: Nélcio Schneider. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Trad. Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto e PUC Rio, 2006.

JSGC - Japanese Society of Genetic Counseling. **Homepage**. Disponível em: <<http://www.jsgc.jp>>. Acesso em: 19 out. 2014.

JUNQUEIRO, Guerra. **A velhice do Padre Eterno**. Porto: Lello & Irmão Ed., 1926.

JUVENAL. Décimo Júnio. **Sátiras**. Tradução: Francisco Antônio Martins Bastos. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint, [199-].

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KHAYYAN, Omar. **Os rubaiyat**. Tradução: Alfredo Braga. 2003. Versão digital. Disponível em: <<http://www.alfredo-braga.pro.br/poesia/rubaiyat.html>>. Acesso em: 18 out. 2014.

KHAYYAM, Omar. **Rubaiyat**. 14 ed. Tradução: Octávio Tarquínio de Souza. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1969.

KIAROSTAMI, Abbas. **Cópia Fiel** - filme. Estúdio: MK2. Realização e distribuição: CNC, France 3, Canal +. 2010.

KÜNG, Hanz. **Para que um ethos mundial**. Tradução: Alfred J. Keller. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

LABORDE, Cécile. **Français encore un effort si vous voulez être républicais!** Disponível em: <http://www.raison-publique.fr/IMG/pdf/LABORDE_ParisFev10_.pdf>. Acesso em 29 ago.2014.

LABORDE, Cécile. Entretien avec Cécile Laborde. **Revue du CREUM**, Montreal, vol.4, n.2, p-111-129, Été/Summer 2009. Versão digital disponível em: <creum.umontreal.ca/wpcontent/uploads/2009/09/pdf_09_Entretien_Laborde.pdf>.

LAGARDE, Marcela. La condición humana de las mujeres. In: SALGADO, Martha P. Castañeda (Coord.). **Interrupción voluntaria del embarazo**. México, D.F.: Plaza y Valdés, S.A., 2003. p.31-59.

LAGES, Cíntia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.469-515.

LAUAND, Jean. **Filosofia, linguagem, arte e educação**, São Paulo: ESDC/Factash, 2007.

LE BRETON, David. **Adeus ao corpo**: antropologia e sociedade. Tradução: Marina Appenzeller. 6 ed. Campinas, SP: Papyrus, 2013.

LE BRETON, David. Adeus ao corpo. In: NOVAES, Adauto (org.). **O homem-máquina**: a ciência manipula o corpo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.123-137.

LEE, Rita et al. Hino dos Malucos. In: LEE, Rita. **Balacobaco**. Rio de Janeiro: Somlivre, 2003, Faixa 12, CD.

LE GALL, Robert. **O monge e o lama**: diálogo entre budismo e cristianismo. Tradução: Maria Alice A. S. Doria. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

LLOSA, Mario Vargas. **O paraíso na outra esquina**. Tradução: Wladir Dupont. São Paulo: Arx, 2003.

LOBATO, Monteiro. **O presidente negro**. São Paulo: Globo, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Org.). **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.197-217.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LORCA, Federico García. **Yerma**. Tradução: Marcus Mota. São Paulo: Imprensa Oficial, 2000. Ed. Humanidades.

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

MACINTYRE, Aisdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Tradução: Jussara Simões. Bauru, SP: EDUSC, 2001.

MANTEGNA, Andrea. **Madonna con Gesù Bambino piangente**. 1480, cerca de. 1 original de arte. Óleo, têmpera, 43 cm x 31 cm. Accademia Carrara, Bergamo. Disponível em: <<http://www.accademiacarrara.bergamo.it/>>. Acesso em: 17 out. 2014.

MARIANO, Ricardo. Efeitos da secularização do Estado, do pluralismo e do mercado religiosos sobre as igrejas pentecostais. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, PUCRS, Porto Alegre, vol.3, n.1. p-111-125, jun.2003.

MARQUES, José Oscar de Almeida. Sobre as Regras para o parque humano de Peter Sloterdijk. **Natureza Humana. Revista Internacional de Filosofia e Práticas Psicoterápicas**, PUC, São Paulo, vol. IV, n.2, p.363-381, 2002. Versão digital: <<http://www.unicamp.br/~jmarques/pesq/parque.htm>>.

MARTINS-COSTA, Judith. **Pessoa, personalidade, dignidade**: ensaio de uma qualificação. Tese de livre-docência em direito civil apresentada à congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Maio, 2003.

MASLOW, Abraham H. **A theory of human motivation**. 1943. Disponível em: <<http://psychclassics.yorku.ca/Maslow/motivation.htm>>. Acesso em: 02 set. 2014.

MASLOW, Abraham H. **Introdução à psicologia do ser**. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Eldorado, [19--].

MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da inconfidência**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.87-114.

MELO, Adelio da Costa. A medida e a desmedida da técnica actual: fugas em torno de Protágoras e de Heidegger. **Revista da Faculdade de Letras: Filosofia**, Porto, II série, vol. 22, p. 83-118, 2005.

MELO NETO, João Cabral de. **Morte e vida Severina**: e outros poemas em voz alta. 12 ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1980.

MENDONÇA, Gustavo Proença S. **Desigualdades Raciais no Brasil**: os Desafios da “Luta por Reconhecimento” para o Constitucionalismo. 2007. 157f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MILL, Stuart. **A sujeição das mulheres**. Tradução: Débora Ginza. São Paulo, Editora Escala, 2006a.

MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução: Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo, Editora Escala, 2006b.

MILL, Stuart. **O Governo representativo**. Tradução: Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo, Editora Escala, 2006c.

MILL, Stuart. **Utilitarismo**. Tradução: Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo, Editora Escala, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código Penal interpretado**. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

MONOD, Jacques. **O acaso e a necessidade**. 2 ed. Tradução: Alice Sampaio. Mira-Sintra, Portugal: Publicações Europa-América, Ltda., 1970.

MONTAIGNE, Michel de. **Ensaio**. Tradução: Sérgio Milliet. São Paulo: Nova Cultural, 2000. Vol.1.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 28 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro: PUC Rio, n.1, p.59-73, jul./dez. 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin. A família democrática. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, V, 2005. **Anais...** Belo Horizonte. São Paulo: IOB Thomson, 2006. P.613-640.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.105-148.

MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, v.n.21, p21-62, jul. 2001.

MOTA PINTO, Paulo. Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista Jurídica**, Porto Alegre: Notadez, Ano 51, n.314, p.7-34, dez. 2003.

MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da Pessoaalidade no Direito Privado. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Org.). **Direito Civil: atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a. p. 55-86.

MOUREIRA, Diogo Luna. **Pessoas: A co-relação entre as coordenadas da pessoaalidade e as coordenadas da personalidade jurídica**. Abril 2009b. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol.1.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Da citação por edital do acusado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução crítica às categorias jurídicas relacionais: relação jurídica e situação jurídica no direito privado. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Org.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003a. p. 1-21.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Relacionalidade e autonomia privada**. O princípio da autonomia privada na pós-modernidade. 2003b. 138f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NOGUEIRA, Clayton Ritnel. **A teoria discursiva de Jürgen Habermas**. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1210>. Acesso em: 05 jan. 2007.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto. O direito à vida – seu caráter paradoxal e a proposta da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhman. In: FIUZA, César (Org.). **Curso avançado de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

NOVAES, Adauto. A ciência no corpo. In: NOVAES, Adauto (org.). **O homem-máquina: a ciência manipula o corpo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.07-14

NOVAES, Adauto. Políticas do Medo. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ensaio sobre o medo**. São Paulo: Editora Senac, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. [s.l.]: Coimbra Editora, 1996

NSGC - National Society of Genetic Counselors. A New Definition of Genetic Counseling: National Society of Genetic Counselors' Task Force Report. **Journal of Genetic Counseling**, Vol. 15, No. 2, April, 2006.

NSGC - National Society of Genetic Counselors. **Homepage**. Disponível em: <www.nsgc.org>. Acesso em 19 out. 2014.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na teoria discursiva de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.171-225.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.47-78.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2013.

ONU. Organização das Nações Unidas. **World Abortion Policies. 2013**. Disponível em: <www.unpopulation.org>. Acesso em: 27 fev. 2014.

ORO, Ari Pedro. A laicidade no Brasil e no ocidente - algumas considerações. **Civitas**, Porto Alegre, vol.11, n.2, p.221-237, maio-ago. 2011.

PAIVA, Eleuses. **Projeto de Lei da Câmara Federal nº 4.892, de 2012**. Estatuto da Reprodução Assistida. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/sileg/default.asp>>. Acesso em: 29 out. 2014.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1995.

PENA, Mara Pires. **O absoluto na elaboração do Direito**: da absorção da argumentação religiosa nas normas da sociedade no Estado Democrático de Direito. 2009. 159f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições e direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol.1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21 ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSINI, Léo. **Bioética**: um grito por dignidade de viver. 3 ed. São Paulo: Paulinas, 2008.

PLATÃO. **Diálogos** - Teeteto e Crátilo. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Belém, PA: Editora Universitária-UFPA, 2001.

PLATÃO. **Oeuvres de Platon**. Tome septieme. 1831. Disponível em: <<http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/platon/cousin/lois4.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editora BORSOI, 1954, vol.1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000, t. I., p. 30.

PRADO, Adélia. **Poesia reunida**. São Paulo: Siciliano, 1991.

PÚBLICO. **Casal de lésbicas norte-americanas surdas concebeu um bebê intencionalmente surdo**. 14 abr. 2002. Disponível em: <<http://publico.pt/ciencia/noticia/casal-de-lesbicas-norteamericanas-surdas-concebeu-um-bebe-intencionalmente-surdo-126822>>. Acesso em: 20 out. 2014.

PÚBLICO. **Louise Brown, o primeiro bebé-proveta**. 25 jul. 2003. Disponível em: <www.publico.pt/ciencia/noticia/louise-brown-o-primeiro-bebeproveta-1459373>. Acesso em: 13 out. 2014.

RACHELS, James. **Os elementos da filosofia moral**. Tradução: Roberto Cavallari. Barueri, SP: Manole, 2006.

RAMOS, Graciliano. **São Bernardo**. 86 ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

RANKE-HEINEMANN, Uta. **Eunucos pelo reino de Deus**: mulheres, sexualidade e a Igreja Católica. Tradução: Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1996.

RANQUETAT JÚNIOR, César Alberto. **Laicidade à brasileira**: um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos. 2012. 321f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre.

RANQUETAT JÚNIOR, César Alberto. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. **Revista Tempo da Ciência**, UNIOESTE, Toledo Paraná, vol.15, n.30, p.59-72, 2.sem.2008.

Versão digital: < <http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia>>

RAWLS, John. **Justiça como equidade** - uma reformulação. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução: Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 8 tiragem, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.283-303.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v.74, p.729-755, jan./dez. 1998.

RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Tradução: Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

RODOTÀ, Stefano. **La vida y las reglas**. Entre el derecho y el no derecho. Traducción: Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

RODOTÀ, Stefano. **Perché laico**. Roma: Editori Laterza, 2009.

RODRIGUES, Nelson. **Teatro completo de Nelson Rodrigues: tragédias cariocas** II. Peça: Bonitinha, mas ordinária. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

RODRIGUES, Renata de Lima; FERREIRA, João B. D. O presente dos Direitos da personalidade: os transplantes de órgão e tecidos na ordem do dia. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna; ALMEIDA, Renata Barbosa de. (Coord.). **Direito Privado: revisitações**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Parte geral**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSADO-NUNES, Maria José. Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católica pelo Direito de Decidir, 2006, p.23-40.

ROSE, Michael R. **O espectro de Darwin: a teoria da evolução e suas implicações no mundo moderno**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

ROUBIER, Paul. **Droits subjectifs et situations juridiques**. Paris: Dalloz, 1963.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. A dignidade do ser humano e os direitos da personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002a. p.83-99.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte, : Del Rey, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Bioética: impacto do projeto parental na escolha do filho. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, V, 2005. **Anais...** Belo Horizonte. São Paulo: IOB Thomson, 2006. P.663-677.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002b. p.100-127.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SALGADO, Sebastião. **Terra**. Prefácio de José Saramago. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Ideia de justiça em Kant** - seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte: UFMG, n.81, p.16-69, jun. 1995.

SALOMON, Andrew. **Longe da árvore**. Tradução: Donaldson M. Garschagen; Luiz A. de Araújo; Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia as Letras, 2013.

SAMPAIO, Jáder dos Reis. O Maslow desconhecido: uma revisão de seus principais trabalhos sobre motivação. **Revista de Administração**, USP, São Paulo, v. 44, n.1, p.5-16, jan./fev./mar. 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANDEL, Michael. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Tradução: Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANDEL, Michael. **Justiça** - o que é fazer a coisa certa? 10 ed. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.9, n.36, p.54-104, out./dez. 2000.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. **Em defesa da vida**: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. P.117-180.

SARNEY, José. Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. 2013. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Altera o Código Penal. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade>. Acesso em 25 out. 2014.

SCHAPER, Valério G. **A tolerância entre solidariedade e reconhecimento**. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/vinicio260861/tolerancia-e-reconhecimento>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

SÉNAT. **Les Colloques du Sénat**. Jean Carbonnier - art et science de la législation. Disponível em: <www.senat.fr>. Acesso em: 02 set. 2014.

SÈVE, Bernard. O medo como procedimento heurístico e como instrumento de persuasão em Hans Jonas. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ensaio sobre o medo**. São Paulo: Editora Senac, 2007.

SHAKESPEARE, William. **Tragédias**. Tradução: F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros e Oscar Mendes. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1993.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 4v.

SINGER, Peter. De compras por el supermercado genético. **Isegoría**, CSIH, Centro de Ciencias Humanas e Sociales, Madrid, n.27, p.19-40, 2002.

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

SINGER, Peter. **The Revolutionary Ethics of Embryo Research**. 2006. Disponível em: <<http://www.utilitarian.net/singer/by/200512--.htm>>. Acesso em: 25 out. 2014.

SLOTERDIJK, Peter. **Regras para o parque humano** - uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo. Tradução: José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

SMOLENSKY, Kirsten Rabe, Creating Children with Disabilities: Parental Tort Liability for Preimplantation Genetic Interventions. **Hastings Law Journal**, Vol. 60, 2008; Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 08-15. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1158631>>. Acesso em 21 nov. 2014.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução: Millôr Fernandes. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2001.

SOUZA, Marcelo Gustavo Andrade de. **Tolerar é pouco?** Por uma filosofia da Educação a partir do conceito de tolerância. 2006. 315p. (Tese de Doutorado). Departamento de Educação, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SQUARISI, Dad. Língua Solta. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 23 jan. 2007. Caderno D+, p.7.

STANCIOLI, Brunello. **A relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Ou como alguém se torna o que quiser ser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STANCIOLI, Brunello *et al.* O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v.11, n.3, p.123-154, nov.2010/fev.2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HABEAS CORPUS Nº 140.123 - MS**. 19 dez. 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 54**. 12 abr. 2012. Disponível em: <www.STF.jus.br>. Acesso em: 14 jun. 2012.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2005.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Tradução: Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MOUREIRA, Diogo Luna. A identidade genética e seus reflexos no Direito brasileiro. In: CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito biomédico: Brasil-Espanha**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TENNYSON, Alfred. **Tennyson** - A selection by W. E. Williams. Aylesbury: Penguin Books Limited, 1953.

THURLER, Ana Liési. **Paternidade e deserção**. Crianças sem reconhecimento e maternidades penalizadas pelo sexismo. Tese (Doutorado). Dez. 2004. Universidade de Brasília, Brasília.

TIERNEY, Brian. **The idea of natural rights**: studies on natural rights, natural law, and church law. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2001.

TOMÁS DE AQUINO. **Do governo dos príncipes ao rei de Cipro e do governo dos Judeus à duquesa de Brabante**. Tradução: Arlindo Veiga dos Santos. São Paulo: Editora Anchieta, 1946.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica: 1ª parte da 2ª parte: questões 18-48**: da definição dos atos humanos. Das paixões. São Paulo: Indústria Gráfica Siqueira, 1954.

TONETTO, Milene Consenso. **O papel dos direitos humanos na filosofia prática de Habermas**. 2006. 145f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. **Ciência e Cultura**. Campinas, ano 64, n.2, abr./maio/jun., 2012, p.40-45.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL. **Processo nº 0022370-19.2007.8.12.0001**. Disponível em: <www.tjms.jus.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

TUGENDHAT, Ernst. Como devemos entender a moral? Tradução: Adriano Naves de Brito. **Philosophos**, Goiânia, vol.6, n.1/2, p.59-84, 2001. Versão digital em: <<http://revistas.ufg.br/index.php/philosophos/article/view/3129#.VAN2CYXfCwU>>.

TUGENDHAT, Ernst. **Es gibt keine Gene für die Moral**. Disponível em:<http://www.zeit.de/1999/39/199939.sloterdijk_.xml>. Acesso em: 11 set. 2012.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.299-338.

UNAMUNO, Miguel de. **São Manuel Bueno, Mártir**. Tradução: Sérgio Faracco. Porto Alegre: L&PM, 1999.

UNESCO. **Declaração de Princípios sobre a Tolerância**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.

UNESCO. **Declaração Internacional sobre os dados Genéticos Humanos**. 2004. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2014.

VALE, André Rufino do. *Drittwirkung* de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre: Síntese, n.9, p.52-74, jul./set. 2005.

VARAUT, Alexandre. **Être ou ne pas naître**. Monaco: Éditions du Rocher, 2002. Collections Colère.

VATICANO. **Carta Encíclica Evangelium Vitae**. 1995. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/cjp/a_pdf/enciclica_joao_paulo_2_evangelium_vitae.pdf>. Acesso em: 26 out. 2014.

VATICANO. **Encíclica Gaudium et Spes**. 1965. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_enciclica_gaudium_spes.pdf>. Acesso em: 26 out. 2014.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Ética e Direito**. TOLEDO, Cláudia; MOREIRA, Luiz (Org.). São Paulo: Landy Editora, 2002.

VEJA. **Futuro e informática**. Edição virtual, 2005. Disponível em <http://veja.abril.com.br/especiais/tecnologia_2005/p_084.html>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral - introdução ao direito romano**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

VIDIGAL, Pedro Maciel. **Religião, Política e Humanismo**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1984.

VILAÇA, Murilo Mariano. O humano entre natureza e seleção. Dilemas éticos no debate Sloterdijk-Habermas. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, USP, São Paulo, vol.15, n.2, p.211-231, 2009.

VILLELA, João Baptista. Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social não-violenta. **Série Monografias**, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v.IV, n.3, 1982.

VILLELA, João Baptista. Direitos de personalidade negativos: por que não? **Revista Autêntica**, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p.34-35, jun., 2004.

VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Tradução: Fernando Couto. Porto: Rés-Editora Ltda, [s.d.].

VIVALDI, Antonio. **Farnace**: ópera. Texto de Pietro Metastasio. CD3, faixa 23, Erato Disques-Virgin Classics, 2011.

VOLOKH, Eugene. The mechanisms of the slippery slope. **Harvard Law Review**, vol. 116, p.1026-1138, 2002-2003. Em meio digital, disponível em: <<http://www2.law.ucla.edu/volokh/slippery.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2014.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a Tolerância**. Tradução: Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Editora Escala, [199-].

WALZER, Michael. **Da tolerância**. Tradução: Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WELLS, H. G. **A ilha do Dr. Moreau**. Tradução: Mário M. Lima. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Ed., 1983.

WIKISOURCE. **Invictus**. Disponível em: <<http://pt.wikisource.org/wiki/Invictus>>. Acesso: 24 ago. 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

WOLFF, Francis. Devemos temer a morte? In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ensaio sobre o medo**. São Paulo: Editora Senac, 2007.

WOMEN YOU SHOULD KNOW. **Today, Louise Brown, the world's first test-tube baby, celebrates her 35th birthday!** 25 July 2013. Disponível em: <<http://www.womenyoushouldknow.net/happy-birthday-to-louise-brown-the-worlds-first-test-tube-baby/>>. Acesso em: 20 out. 2014.

YOURCENAR, Marguerite. **Alexis ou o tratado do vão combate**. Tradução: Martha Calderaro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea**: uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZARCA, Charles Yves. La tolérance, une vertu difficile. **I Castelli di Yale**, Ferrara, Itália. VII (7), p.49-55, 2004.

ZATZ, Mayana. **Genética**: escolhas que nossos avós não faziam. São Paulo: Globo, 2011.