



Universidades Lusíada

Pinto, Edgar Emanuel dos Santos

Reflexão ético-jurídica da manipulação genética humana pré-natal

<http://hdl.handle.net/11067/2860>

Metadados

Data de Publicação	2013-03-11
Resumo	<p>O Projeto Genoma Humano e a aplicação da ciência genética em embriões humanos vêm sendo alvo de polémicas discussões, envolvendo o conhecimento e os resultados que essas aplicações práticas produzem, que são suscetíveis de provocar profundas transformações na maneira como vemos e lidamos com a vida pré-natal. A moderna biotecnologia já não se limita a conhecer a vida humana, implicando que os novos progressos científicos na área da genética humana se destinem agora a preservá-la, a perlongá-la e...</p> <p>The Human Genome Project and the application of the genetic science on human embryos it's a controversial discussion. It involves the knowledge and results from the product of practice applications, being capable of changing the way we see and deal with prenatal life. The modern biotechnology isn't anymore a science that only studies the human life, new scientifically progresses, in this field, are used to preserve, extend and change it. The genetic biotechnology object, of the in-utero life, is...</p>
Palavras Chave	Direito, Ética, Natureza humana, Manipulação genética, Personalidade jurídica
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-26T04:11:14Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**REFLEXÃO ÉTICO-JURÍDICA DA MANIPULAÇÃO
GENÉTICA HUMANA PRÉ-NATAL**

Edgar Emanuel dos Santos Pinto

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Universidade Lusíada do Porto 2012



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**REFLEXÃO ÉTICO-JURÍDICA DA MANIPULAÇÃO
GENÉTICA HUMANA PRÉ-NATAL**

Edgar Emanuel dos Santos Pinto

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre
Orientador: Professor Doutor Alberto Francisco Ribeiro de Almeida

Universidade Lusíada do Porto 2012

Agradecimentos

Ao meu orientador, Professor Doutor Alberto Francisco Ribeiro de Almeida, por toda a sua disponibilidade, paciência e confiança demonstrada. O meu muito obrigado por todo o apoio e conhecimento transmitido.

Aos meus pais, por todas as condições facultadas, pelo apoio, confiança e orgulho demonstrado. Por os valores que me ensinaram, como o empenho e a persistência.

Aos meus amigos, que me incentivaram ao longo deste trabalho, por toda a amizade, apoio e ajuda demonstrada.

A todos os autores citados neste trabalho, pois foi com eles que passei estes últimos oito meses de investigação. O meu muito obrigado pela herança que nos deixaram.

Índice

Agradecimentos.....	ii
Índice.....	iii
Resumo.....	vii
Abstract.....	viii
Palavras-Chave.....	ix
Lista de Abreviaturas.....	x
1 – Introdução.....	11

Parte I

O Homem e a Dignidade da Pessoa Humana

2 – Ser Humano e Ser Natureza.....	19
2.1 – Conceção Antropológica de Homem ao longo do pensamento Antropológico Filosófico.....	19
2.2 – Breves concepções de Homem ao longo do pensamento Antropológico-Filosófico...	20
2.3 – A Natureza Humana.....	25
3 – A Dignidade da Pessoa Humana.....	29
3.1 – Sobre o Princípio e o Valor da Dignidade da Pessoa Humana.....	29
3.2 – A Evolução do Conceito Dignidade da Pessoa Humana na História da Civilização Ocidental.....	36
3.3 – As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana.....	40
3.4 – A Dignidade da Pessoa Humana como fundamento dos Direitos Fundamentais do Ser Humano.....	44
3.5 – Da evolução e da dimensão dos Direitos Fundamentais.....	48

3.6 – Direito à Liberdade de Investigação Científica, Direito à Identidade Genética e Direitos Constitucionais.....	53
---	----

Parte II

Manipulação Genética, Ética e Direito

4 – O Projeto Genoma Humano	59
4.1 – Do Projeto Genoma Humano à Bioética.....	59
4.2 – Medicina Preditiva e Testes Genéticos	64
4.2.1 – Medicina Preditiva.....	64
4.2.2 – Tipos de Testes Genéticos	66
4.2.2.1 – Diagnóstico Pré-Sintomático de Doenças Monogénicas	66
4.2.2.2 – Diagnóstico de Predisposições.....	66
4.2.2.3 – Diagnóstico de Predição de Riscos para Futuras Gerações	67
4.2.2.4 – Rastreamento	67
4.3 – Manipulação Genética para fins Terapêuticos e de Melhoramento	68
4.3.1 – A Terapia Génica.....	68
4.3.1.1 – A Terapia Génica Somática	70
4.3.1.2 – A Terapia Génica Germinal	71
4.3.2 – Engenharia Genética de Melhoramento	72
4.4 – Manipulação Genética de Células Estaminais para fins de Investigação	73
4.5 – Um caso em particular: Diagnóstico Genético Pré-Implantatório	75
5 – Implicações Ético-Jurídicas da Manipulação Genética Pré-Natal.....	77
5.1 – Sociedade de Risco e Manipulação Genética.....	77
5.2 – O Eugénismo: o nome e a coisa	79
5.3 – Problemas Ético-Jurídicos da Manipulação Genética Humana Pré-Natal.....	84

5.4 – Necessidade de regulação: a questão da Validade do Direito na Teoria Discursivo-Comunicacional Racional	96
5.5 – Consequências e Problemas de Justiça: Reflexos em Termos de Justiça Distributiva	102
5.6 – Ser Humano é ser Pessoa?.....	111

Parte III

Pessoa e Direito

6 – Direito à Vida e Início da Pessoa	117
6.1 – A Essencialidade do Direito à Vida	117
6.2 – O Início da Vida Humana	121
6.3 – Teorias sobre o Início da Vida Humana.....	122
6.3.1 – Conceção (Fertilização).....	122
6.3.2 – Nidação.....	123
6.3.3 – Desenvolvimento do Sulco Primitivo.....	125
6.3.4 – Organogénese	126
6.3.5 – Viabilidade Fetal.....	127
6.3.6 – Nascimento	128
7 – Personalidade Jurídica	130
7.1 – Personalidade Jurídica: Pessoa Humana ou Pessoa Jurídica?.....	130
7.2 – Início da Personalidade Jurídica.....	133
7.2.1 – Começo da Personalidade Jurídica	133
7.2.2 – Personalidade Jurídica do Nascituro: Debate Doutrinal à luz do artigo 66.º do Código Civil de 1966.....	136
7.3 – Estatuto Jurídico do Embrião	140
8 – Princípio da Autonomia da Vontade	145
8.1 – Autonomia: do Conceito ao Princípio Bioético	145

8.2 – Autodeterminação e Heterodeterminação	148
8.3 – Consentimento Informado.....	156
Conclusão	161
Bibliografia.....	171

Resumo

O Projeto Genoma Humano e a aplicação da ciência genética em embriões humanos vêm sendo alvo de polêmicas discussões, envolvendo o conhecimento e os resultados que essas aplicações práticas produzem, que são suscetíveis de provocar profundas transformações na maneira como vemos e lidamos com a vida pré-natal. A moderna biotecnologia já não se limita a conhecer a vida humana, implicando que os novos progressos científicos na área da genética humana se destinem agora a preservá-la, a prolongá-la e a alterá-la. Por um lado, as finalidades da biotecnologia genética aplicadas na vida intra-uterina ou *in vitro* constituem um elemento fulcral de grande interesse para uma sociedade global, aumentando as expectativas da qualidade da vida humana, bem como na possibilidade de cura de inúmeras doenças até à data incuráveis. Por outro lado, a utilização da engenharia genética para fins de diagnóstico, de seleção, de investigação e de melhoramento revelou-se um instrumento que atemoriza o próprio ser humano e os seus bens mais essenciais, como a dignidade, a vida e a integridade física. Com este tema exige-se uma reflexão sobre o uso das modernas biotecnologias essencialmente no âmbito da ética e do direito, nas suas problemáticas específicas, não esquecendo o contributo da antropologia e das ciências naturais na delimitação do conceito pessoa e da personalidade jurídica. Procura-se com o tema, analisar os vários aspetos que manipulação genética pré-natal nos proporciona, tal como o seu impacto no campo da natureza humana, da dignidade da pessoa humana, no direito à vida, na identidade genética, na autonomia e da justiça social. No âmbito do direito, nomeadamente nos procedimentos de legitimação de normas jurídicas no âmbito das questões relacionadas com a manipulação genética, propõe-se uma reflexão à luz da teoria discursiva-comunicativa do consenso como fundamento de validade daquelas normas.

Abstract

The Human Genome Project and the application of genetic science in human embryos have been subject of polemic discussions, involving the knowledge and the results that their practical application produces, which is susceptible of causing deep transformations in the way we see and deal with pre-natal life. Modern biotechnology does no longer limit to the knowledge of the human life, the new scientific progress in the field of genetics works toward preserving, prolonging and altering it. On one hand, the finalities of genetic biotechnology applied in inter uterine life or in vitro constitute an essential element of great interest to the global society, increasing life expectancies and the quality of human life, as well as the possibility of curing innumerable diseases, incurable to this date. On the other hand, the use of genetic engineering as the means of diagnoses, selection, investigation and improvement as revealed to be a practice that terrorizes the human being himself and his most precious assets, such as dignity, life and physical integrity. This particular subject requires a reflection on the use of modern technology, essentially regarding ethics and the law, in their specific problematics, not forgetting the contribute of anthropology and science in limiting the concept of person and juridical personality. It is intended with this theme, to analyze the numerous aspects that pre-natal genetic manipulation implies, such as its impact on the field of human nature, human dignity, on the right to live, on the genetic identity, and on the autonomy of social justice. In the matter of law, namely in the proceedings of legitimacy of juridical norms in matters of questions related to genetic manipulation, it is proposed a reflection in light of the discursive-communicative theory of consensus as grounds of validation of said norms.

Palavras-chave: Natureza Humana, Dignidade da Pessoa Humana, Ser Humano, Pessoa, Manipulação Genética, Personalidade Jurídica, Autonomia.

Keywords: Human Nature, Human Dignity, Human Being, Person, Genetic Manipulation, Legal Personality, Autonomy.

Lista de abreviaturas

DNA – Acido Desoxirribonucleico

HUGO – Human Genome Organization

OGM – Organismos Geneticamente Modificados

ONU – Organização das Nações Unidas

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura

DGPI – Diagnóstico Genético Pré-Implantatório

DPN – Diagnóstico Pré-Natal

ADA – Gene da Desaminase da Adenosina

SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

PMA – Procriação Medicamente Assistida

ICSI – Microinjeção Intracitoplasmática

ISG – Interrupção Seletiva da Gestação

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

CI – Consentimento Informado

1.1. Introdução

Nos grandes problemas as soluções frequentemente parecem mais simples do que aparentavam. Mas muitas vezes, só existe solução se criarmos um problema. Frequentemente os problemas não existem, somos nós que os criamos. O homem sempre foi o problema e a solução. Se existe algo de natural nos homens é sem dúvida o de criar problemas. Ao longo do tempo, o homem criou instituições como o Estado e o Direito, de forma a regular as suas relações sociais ao mesmo tempo que determinou quem é que detinha o poder político. Criou uma solução ao mesmo tempo que criava o problema. Solução essa, mais do que criar aquele problema, foi pressuposto de um outro, definir o que era o Estado e o Direito, tarefa essa que ainda hoje não admite consenso na doutrina. Da mesma forma, o homem procurou definir-se a si e a sua natureza. Atualmente verifica-se que o homem ainda não sabe o que é, para onde caminhará, nem qual o seu fundamento. O homem é um ser histórico e social, que é mutável, tal como o mundo que ele criou e onde se projeta, restando as suas instituições a tarefa de o servir acompanhando-o na sua evolução.

Vivemos hoje numa denominada sociedade pluralista de risco. A atual sociedade encontra-se muitas vezes vulnerável pelos problemas criados para solucionar outros problemas. O último século foi determinado por inovações e descobertas científicas sem antecedentes na história. O nosso século avizinha-se ainda mais estonteante no que toca ao desenvolvimento da tecnologia e das modernas descobertas científicas. Atualmente, a ciência ocupa um lugar de destaque no seio das sociedades modernas, como um fator importante e cada vez mais presente na nossa vida quotidiana. O conhecimento científico está a crescer a um nível completamente alucinante, principalmente na sua aplicação à saúde humana e que hoje podemos constatar, a relevância dos benefícios alcançados e o seu significativo contributo na melhoria da qualidade de vida.

A corrida à inovação biotecnológica levou à capacidade de domínio sobre a natureza, à esperança da melhoria da qualidade de saúde, nomeadamente a expectativa de cura de determinadas doenças, da mesma forma que o medo, a insegurança, e a inquietação parecem ter invadido as nossas vidas, pela incerteza que esses os resultados representam. Os riscos da inovação biotecnológica podem aumentar mais que as soluções desses mesmos problemas. A moderna revolução genética, com a descoberta do genoma humano vai transformar de forma radical o horizonte para o tratamento de doenças, que até então se pensavam incuráveis. Os novos fármacos, a medicina preditiva, as diversas terapias e

diagnósticos, bem como o desenvolvimento dos aparelhos e procedimentos médicos disponíveis, tornam possível, de forma mais eficaz o combate às mais variadas doenças aumentando a expectativa da vida. O desenvolvimento da engenharia genética e o Projeto Genoma Humano desencadearam, entre outros avanços, o aprimorar e o estudo da terapia génica, procedimento esse, que promete acabar com a maioria das doenças à face da terra. Por outro lado, as pesquisas e os resultados das descobertas, em sede de engenharia genética de melhoramento e de investigação com células estaminais embrionárias, geram o receio de que os valores que cultivamos e consideramos fundamentais durante um largo período de tempo estejam, fortemente a ser ameaçados, tanto pela incerteza como pela irreversibilidade da aplicação desses procedimentos. E mais, a maioria dos atuais diagnósticos e testes preditivos, aumentam cada vez mais a ideia de que somos um cadáver adiado, ao mesmo tempo que se caracterizam de natureza predominantemente eugénica. O conhecimento das nossas doenças e a possibilidade de se proceder à seleção humana pelo desenvolvimento das descobertas científicas, é algo que no aterroriza.

A revolução biológica abre novos horizontes não só para a investigação científica, como para o próprio direito, explorando novas possibilidades para além do nosso conhecimento. O direito compreendido como um fenómeno histórico, social e cultural, não pode viver à margem dos problemas práticos que a revolução genética nos proporciona e que afetam a sociedade. Entendemos que o direito deve alcançar um equilíbrio entre a postura do “deixar fazer” e o de “tudo regular”. Antes de qualquer solução é necessário avaliar e refletir sobre os verdadeiros problemas. É necessário refletir se caberá ao direito, traçar fronteiras para evitar precipícios que prejudiquem o ser humano, ao mesmo tempo que possibilita, o avanço da ciência para que esteja sempre ao serviço do homem. Chegamos a um ponto, através dos avanços biotecnológicos na área da genética humana, em que poderá ser necessário repensar princípios e conceitos jurídicos centenários, tendo em conta que, a intervenção do homem na sua própria natureza poderá exigir a criação de novos ou modificação de alguns instrumentos jurídicos.

Ao longo da presente tese encontramos sempre o termo pessoa e a dignidade da pessoa humana. O sentido e a finalidade de um direito que se quer justo não podem deixar de ser a própria “pessoa”, como sujeito, objeto e fundamento de todo o direito. Com o tema da tese, quer-se iniciar um trabalho sobre o homem e a sua posição no mundo das coisas, dos conceitos e dos valores, de forma a problematizar a questão sem querer fechar portas, para que este trabalho não se esgote em si mesmo, e seja antes de tudo, um processo de reflexão contínuo. Esta tese, também não ensina como se devem resolver os problemas

enunciados, pretende antes, estimular a circunspeção e a reflexão de todos os objetos apresentados para análise. Os problemas jusfilosóficos não são para resolver, mas para compreender. Tentar-se-á desenvolver uma reflexão ética e jurídica que se ocupe de temas atuais, como a revolução biotecnológica, com as suas vicissitudes, ou seja, os problemas que o nosso tempo levanta.

Ao logo do tema, tivemos a preocupação de identificar quais os problemas éticos e jurídicos levantados pela manipulação genética pré-natal, mostrando que as intervenções no genoma humano vêm por em causa princípios e valores fundamentais do direito. A pretensão do tema em si, não se esgota num ramo ou uma disciplina específica do direito. Pelo contrário, os problemas levantados são tratados e versam sobre várias áreas do direito, como o direito constitucional, a teoria geral do direito civil, o direito penal, tendo sempre como pano de fundo a filosofia do direito. Tivemos também a preocupação de avaliar o objeto em estudo à luz das outras áreas do conhecimento humano, tanto das ciências naturais como a medicina, a embriologia e a genética, como das ciências humanas e sociais, como a filosofia, a antropologia e a sociologia, pois sem elas era impossível fazer uma reflexão que se quer justa e que muitas vezes nos afastou do próprio direito, mas sem nunca perder de vista as suas questões e a sua problemática específica.

Quanto à ordem de análise, na parte I – O Homem e a Dignidade da Pessoa Humana – procedemos ao enquadramento antropológico e filosófico-jurídico do ser humano e do seu valor. No capítulo segundo, no enquadramento antropológico-filosófico – Ser Humano e Natureza Humana – tentamos compreender o que é o ser humano, se existe alguma natureza humana e de que forma a revolução biotecnológica pode por em causa essa mesma natureza. No capítulo terceiro – Dignidade da Pessoa Humana – procuramos estabelecer se há ou não uma dignidade da pessoa humana, o que ela significa, a sua evolução, o seu fundamento e as suas dimensões, a sua relação com os direitos fundamentais, bem como a relação entre direitos fundamentais que se encontrem numa situação de conflito ou colisão. Indagamos também, se na manipulação genética pré-natal, está em causa a nossa dignidade.

Por sua vez, na parte II – Manipulação Genética, Ética e Direito – está em causa o enquadramento bioético e científico, bem como o enquadramento ético-jurídico do objeto da presente tese. No capítulo quarto – Projeto Genoma Humano – tentamos demonstrar a importância e as finalidades do projeto genoma humano, da medicina preditiva, dos testes e diagnósticos genéticos, da terapia génica, da engenharia genética de melhoramento e da investigação com células estaminais embrionárias. No capítulo quinto – Implicações Ético-

Jurídicas da Manipulação Genética Pré-Natal – propusemos um enquadramento ético-jurídico da manipulação genética pré-natal, no âmbito de temas como a sociedade de risco, o eugenismo, a validade das normas jurídicas, os direitos das gerações futuras, os reflexos em termos de justiça e a delimitação do conceito de pessoa, tal como a análise ética e jurídica pormenorizada dos problemas específicos em todas as circunstâncias que a medicina e a genética nos proporcionam.

Na parte III – Pessoa e Direito – procuramos demonstrar o contributo das ciências naturais e do Direito Civil na construção do conceito pessoa, tal como verificamos a importância que a autonomia exerce na delimitação daquele mesmo conceito. No capítulo sexto – debruçamo-nos sobre a essencialidade do direito à vida, sob uma perspetiva constitucional, como analisamos as diversas teorias existentes sobre o início da vida humana, tecendo as respetivas críticas, com o objetivo determinar quando começa a pessoa e quem tem direito à vida. No capítulo sétimo – Personalidade Jurídica – tentamos compreender se existe diferença entre a pessoa humana e a pessoa jurídica e se no âmbito da Teoria Geral do Direito Civil, em que condições o direito reconhece essa personalidade. Verificamos, sobretudo, quando essa personalidade jurídica começa com todas as suas vicissitudes e se haverá necessidade do reconhecimento de um estatuto jurídico ao embrião humano. No capítulo oitavo, pretendemos estabelecer a importância do conceito autonomia na delimitação do conceito pessoa, nomeadamente na tentativa de comprovar se o embrião tem autonomia e se a intervenção no seu genoma põe em causa essa mesma autonomia, da mesma forma que apreciamos, na falta dela, quem exerce essa mesma liberdade.

A metodologia apresentada nesta tese para analisar os objetos da reflexão ético-jurídica pressupõe a seguinte ordem de critérios: Primeiro, na delimitação do objeto da presente tese. Em segundo lugar, saber quais os conceitos gerais implicados na problemática apresentada pelo objeto de estudo. Em terceiro lugar, no desmembramento dos conceitos pressupostos, procurando conhecer o seu âmbito de aplicação. Em quarto lugar, verificar se nos conceitos enunciados está compreendido algum valor moral ou jurídico relevante, que mereça uma reflexão valorativa. Em quinto lugar, procurar os fundamentos e a razão de ser desses mesmos valores, pretendendo saber quais os fins e os interesses que esses valores pretendem acautelar. Em sexto lugar, pretendendo individualizar os casos concretos que o objeto de estudo nos apresenta, procurando saber “o que” são e “para que” servem. Em sétimo lugar, tentar subsumir os casos concretos nos conceitos objeto de qualificação, determinando se é ou não possível, uma ética de subsunção. Em oitavo lugar, se o caso concreto subsumir no conceito qualificado,

averiguar se existem outros interesses ou valores relevantes em conflito com aquele, que mereçam também uma reflexão ético-jurídica. Em nono lugar, se o caso concreto não subsumir no conceito qualificado, procurar se existe outro conceito que deva ser objeto de uma qualificação. Por ultimo, independentemente se existe subsunção, saber se os casos concretos devem ou não ser regulados por princípios éticos ou por normas jurídicas, porque, e com que fundamento.

Assim, o objeto da reflexão ético-jurídica da manipulação genética humana pré-natal, situa-se sobretudo, no âmbito da bioética, pela atualidade do tema e pelas decisões, que na maioria das vezes nos colocam perante riscos de grande importância prática, tendo sempre em conta que as questões que envolvem riscos, não conseguem normalmente gerar consenso. Quanto ao direito, pretende-se essencialmente tratar questões de direito material e de temas de justiça social como a sociedade de risco, o eugenismo, a bioética e especialmente a manipulação genética humana. Convém salientar, que a presente tese não se encontra isenta de lacunas, isso seria completamente impossível, algumas delas identificadas, outras não. Antes de mais, o mais importante é, que o tema deste trabalho não é para mim um projeto de natureza científica, é uma preocupação humana do nosso tempo, e é isso que absolutamente me importa.

Parte I

**O HOMEM E A DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA**

2. Ser humano e a natureza humana

2.1. Concepção antropológica do ser humano

Todos sabemos que somos animais da classe dos mamíferos, da ordem dos primatas, da família dos hominídeos, do género *homo*, da espécie *sapiens*, que o nosso corpo é uma máquina com trinta bilhões de células, controlada e procriada por um sistema genético que se constituiu no decurso de uma longa evolução natural de 2 a 3 bilhões de anos, que o cérebro com que pensamos, a boca com que falamos, a mão com que escrevemos, e admitimos, desde Darwin, que somos filhos de primatas, embora não nos consideremos primatas (MORIN, 1974: 17). No entanto, quando nos perguntam o que é o ser humano, parece que sabemos o que é, mas não arriscamos qualquer resposta.

Vivemos em tempos de mudança marcados pelo subjetivismo, relativismo cultural, por descobertas biotecnológicas e pelo desenvolvimento científico, que originaram uma aventura nas mais variadas áreas do conhecimento e âmbitos da humanidade.

A questão antropológica é a pedra fundamental para quem fundamenta qualquer paradigma bioético e é a pergunta que não podemos ignorar. Temos hoje inúmeras áreas antropológicas e o encontro destas variadas fontes de pensamento sobre o ser humano é decisivo para nós. O crescimento das múltiplas ciências que estudam o ser humano trouxeram mais confusão e dúvida, que elucidação do nosso conceito de ser humano.

Numa sociedade de risco a pergunta volta a ser colocada: Quem é o homem? Ele é objeto ou sujeito? É uma parte do mundo ou um mundo à parte? O homem é um mistério e um paradoxo. A nível epistemológico já Kant se interrogava (KANT, 1998: 9) O que posso saber? O que devo fazer? O que posso legitimamente esperar? O que é o homem? (antropologia).

Numa primeira abordagem a antropologia será facilmente considerada como a disciplina filosófica por excelência, pois tendo no homem o centro da sua reflexão como poderia deixar de o ser? De uma forma ou de outra somos sempre nós que nos questionamos. E como sublinha Max Scheler (1986: 15) é somente a partir da imagem da essência do homem, pesquisada pela antropologia filosófica, que é possível chegar a uma conclusão, que é um prolongamento inverso do ato do espírito que teve sua origem no centro do homem.

Com efeito, é impossível fazer uma reflexão sobre a essência e a natureza humana à margem da filosofia e da antropologia. O que está em causa são concepções de homem,

como aquilo que estabelece o sentido e a finalidade de todo o direito, como protagonista de todas as relações jurídicas.

2.2. Breves concepções de homem ao logo do pensamento antropológico-filosófico

Ao logo da historia assistiu-se à apresentação das mais diversas tentativas de definir o ser humano.

O primeiro autor representativo de um pensamento antropológico é Diógenes de Apolônia (floruit entre 440 e 430 a.C.) discípulo do filósofo Anaxímenes de Mileto. No pensamento de Diógenes (Lima Vaz, 1991: 31) é exaltada a superioridade do homem sobre os outros animais, e em seguida celebra-se a habilidade das mãos humanas, obreiras da *techne*, e exalta-se a prerrogativa da linguagem, manifestação do pensamento (*logos*). Assim, em Diógenes de Apolônia (VAZ, 1991) aparece, provavelmente pela primeira vez, a ideia do homem como estrutura corporal-espiritual, cuja natureza se manifesta na cultura por meio de suas obras. Ele é, pois, um ser ordenado finalisticamente em si mesmo e para o qual se ordena, de alguma maneira, a própria ordem do *cosmos*.

Na Grécia clássica o problema antropológico sobrepõe-se ao problema cosmológico, devido às transformações da sociedade grega, impulsionadas pelas guerras pérsicas e pela consolidação da democracia nas grandes cidades. Em Sócrates, encontramos provavelmente a fonte principal da definição do homem como *zoon- logikom*, descrita na obra Fédon de seu discípulo (PLATÃO, 2000), segundo qual, para Sócrates, o homem é a sua alma, e que por meio dela, o homem age eticamente na sociedade, o consciente onde habita a virtude. A alma que é a essência humana utiliza o instrumento que é o corpo. Já em Platão, influenciado pelo seu mestre, alma é imortal e é a consciência e a personalidade intelectual e moral.

No pensamento antropológico de Aristóteles encontramos no homem um ser composto de *psyché* e de *sôma* (ARISTÓTELES, 1978). A *psyché* é, portanto, a perfeição do corpo organizado e essa é a sua perfeição (¹). Ao contrário dos seus antecessores em Aristóteles, a alma existe no mundo dos vivos, definindo o homem como animal naturalmente civilizado. Muito influente foi também a segunda definição de ser humano

¹ Sobre a ligação estabelecida entre o corpo e alma ver: ARISTÓTELES. 2001. *Da Alma : (de anima)*. Lisboa : Edições 70. Cit. Pág. 23. «É realmente um facto a circunstância de, na maior parte dos casos, dever a alma em situação alguma não ser afetada por qualquer paixão, nem tão pouco suscitar qualquer ação que ao corpo não interesse, tal como se verifica com a cólera, a audácia o desejo e a sensação de uma maneira em geral. A intelecção (...) constitui algo que é intrínseco à alma. Mas se esta atividade constitui ela própria um ato de imaginação, jamais poderá ela consumir-se independentemente do corpo».

proporcionada pelo filósofo (ARISTÓTELES, 1999: 5) que, segundo o qual, caracteriza o homem com um animal social por natureza e não apenas um ser natural. Aristóteles deu particular destaque ao homem nas suas obras, distinguindo-o de todos os outros seres da natureza pela sua racionalidade, um *zoon-logikóm*, sendo o homem também um *zoon-politikón* por ser exatamente um *zôon logikón*.

A concepção de homem na idade média prevalece na cultura ocidental até ao século XV, e trata-se de uma concepção teológico-cristã, mas os instrumentos conceptuais utilizados na sua elaboração provêm em grande parte da filosofia grega. Essa visão teológica do homem é encontrada nas confissões de Santo Agostinho, desenvolvendo o tema central da antropologia patrística, o homem à imagem de Deus. A dimensão essencial da antropologia agostiniana (VAZ, 1991: 65) é a concepção do homem como ser itinerante, concepção essa que se traduz na grandiosidade do itinerário da humanidade, entre a cidade terrena e a cidade celeste. O homem é concebido como um ser uno, não pela sua relação corpo e alma, mas por referência ao horizonte teológico em cujo âmbito ele é pensado, e trata-se da unidade de um desígnio de salvação que da parte de Deus é dom ou oferecimento e da parte do homem é resposta ou aceitação, cuja recusa do dom implica a perda de unidade.

A convergência entre a antropologia clássica e a antropologia bíblico-cristão encontra o seu equilíbrio em Sto. Tomás de Aquino. Um dos problemas com o qual se defronta Tomas de Aquino é o da unidade do homem, da relação alma e corpo. Em São Tomas como também foi para Aristóteles (MONDIN, 2008) o homem é constituído de corpo e alma, transformando-se assim em uma única substância que não pode ser separada. Mantém-se assim a unidade hilemórfica do homem, pois a alma unida ao corpo é mais semelhante a Deus do que a alma separada dele. Quanto ao lugar do homem na hierarquia dos seres (MONCADA, 1955), aparece determinado pela sua natureza racional como um animal naturalmente social. A concepção do homem à imagem de Deus é tratada numa concepção teológica e tem como tema fundamental à ideia da perfeição relativa do homem e da perfeição absoluta de Deus.

Com o fim da época medieval dá-se início à idade moderna, e o homem passa a ser o centro do universo, surgindo dois fenómenos únicos na história da cultura europeia chamados, *Humanismo* e *Renascimento*. Nesta época assiste-se a uma nova sensibilidade face ao homem, a uma nova concepção de vida e à redescoberta e exaltação da literatura clássica greco-romana, numa atitude de oposição à idade média. A antropologia

Renascentista aparece como uma antropologia de rutura com a imagem cristã-medieval do homem, e transição para a imagem racionalista (VAZ, 1991).

René Descartes inaugura a idade moderna e coloca a subjetividade como o ponto focal da problemática filosófica. Com recurso à metafísica, em Descartes, edificou-se a física e em sequência recolocou-se o problema antropológico com o problema da relação da alma com a mecanização do corpo. O ser humano é o ser que pensa (DESCARTES, 2010: 50) eu penso logo sou, e apresenta o homem como uma *res cogitans* e *res extensa*, em que de um lado está o eu pensante, independente do corpo, e por outro, o corpo é considerado como uma máquina absolutamente privada de animação (DESCARTES,2010).

Verifica-se assim, com Descartes, um dualismo essencialmente racionalista diverso do dualismo clássico, apresentando uma metafísica do espírito e uma física do corpo como se duas naturezas se tratassem podendo subsistir uma sem a outra. Quanto à separação entre o homem e o animal está fundamentada pelo elemento espiritual-racional, manifestando-se sobretudo na linguagem dos humanos.

Em Kant, podemos encontrar duas linhas de desenvolvimento de conceção do Homem uma propriamente antropológica, de origem metafísica e de base empírica, e outra, através de uma linha crítica que abrange a razão teórica, a razão prática e a faculdade de julgar (VAZ, 1991). A relação entre estas duas linhas define a ideia kantiana de antropologia (KANT, 2006: 21), como ciência cuja finalidade é preparar o homem para o conhecimento do mundo, isto é, do mundo humano (²), e a sua característica fundamental é ser pragmática. O seu pensamento crítico subsiste na tradição dualista racionalista, e a sua ideia de homem é apresentada com grande complexidade (VAZ, 1991: 98), através de três linhas de pensamento; uma sensitivo-racional, que acompanha o homem como ser cognoscente estabelecida entre os dois extremos do ser da natureza situado no espaço-tempo do mundo, e do ser racional capaz de formular o ideal da Razão pura e as Ideias transcendentais; outra de estrutura físico-prática que acompanha o homem como ser natural ou mundano, físico designando o que a Natureza opera no homem e pragmático o que o homem faz de si mesmo; e uma terceira linha de estrutura histórica ou do destino

² No prefácio de: KANT. 2006. *Antropologia em sentido pragmático*. Trad: Clélia Aparecida Martins. São Paulo : Editora Iluminuras. O filósofo escreve: «Uma doutrina do conhecimento sistematicamente composta (antropologia) pode ser tal do ponto de vista fisiológico ou pragmático. O conhecimento fisiológico do ser humano trata de investigar o que a natureza faz do homem; o pragmático, o que ele faz de si mesmo, ou pode e deve fazer de si mesmo como ser que age livremente».

homem, que o acompanha em duas direções fundamentais: religiosa, que aponta para o fim último do homem e a pedagógico-política.

A concepção do homem na época contemporânea inicia-se com o idealismo alemão tendo como pano de fundo o movimento romântico, dando-se primazia ao sentimento sobre a razão. No idealismo de Hegel (MONCADA, 1955: 284) desaparece toda a oposição entre pensamento e ser, entre sujeito e objeto, como toda a questão de saber se os primeiros conseguem fazer presa nos segundos ou captá-los. Pensar e ser são idênticos, fala-se do homem (VAZ, 1991) como uma gradação, um movimento de natureza dialética que integra cada nível na integridade do todo, que começa com a relação do homem com o mundo natural, precedida pela relação do homem com a cultura, seguida pela relação do homem com história, até à relação com o absoluto, abrindo a dimensão da filosofia do espírito. Na concepção Hegeliana de homem (MONCADA, 1955) encontramos um espírito tripartido; individual na forma de relação consigo mesmo (subjetivo), cultural e histórico, o que ele é segundo a sua essência dentro do sistema (objetivo), e espírito em sua verdade absoluta como unidade que é em si e para si, é a ideia, exprimindo-se como Arte, Religião, e Filosofia no qual tem sua verdade absoluta.

No final do século XIX assistiu-se à desconstrução de concepção do homem pelo rápido e amplo desenvolvimento das ciências humanas e das ciências biológicas. É com Max Scheler que nasce a antropologia filosófica como disciplina da antropologia. Na visão do engenheiro da Fenomenologia (SCHELER, 2003) o homem é o que, em medida ilimitada, se pode comportar como aberto ao mundo. Essa abertura dá-se através do ser espiritual, que consiste na liberdade e no desprendimento da dependência da orgânica da vida, e não se encontra sujeito ao impulso e ao meio, é aberto ao mundo. A sua interpretação de homem parte da fronteira entre homens e animais, que é demarcada pela falta de autoconsciência destes, admitindo mesmo, que os animais possuem consciência e vontade, mas que não se sobrepõe aos seus impulsos orgânicos e biológicos estados apenas abertos ao meio.

No pensamento existencialista filosófico de Karl Jaspers, o homem é um ser composto de matéria pertencente à natureza, de razão como atuantes e criadores, pertencermos à história, e por fim o homem é um ser abrangente, por compreender a natureza e a história (JASPERS,1965). Tendo em conta as várias concepções e características do homem (³), Jaspers considera que o essencial não está presente, pois o

³ JASPERS, Karl. 1965. *Introdução ao Pensamento Filosófico*, São Paulo : Cultrix. Cit. Pág. 46 «Se não nos compreendemos a partir de nossa origem, podemos, ao menos, saber o que somos? O homem foi

homem não pode ser concebido como ser imutável. A sua essência é a mutação, logo o homem não pode permanecer como é, o seu racionalismo esta em constante evolução (4).

A concepção Heideggeriana de homem, prevista na sua carta sobre o Humanismo (HEIDEGGER, 2000), considera que a essência humana não pode ser enunciada numa perspectiva biológica ou zoológica, rejeitando ao mesmo tempo a definição metafísica de homem como animal racional. A essência do homem está na sua existência, o homem é o pastor do ser. O homem diferencia-se do animal em termos ontológicos, tem mundo e está no mundo, enquanto os animais e as plantas estão mergulhados nos respetivos ambientes.

No pensamento complexo de Edgar Morin, a essência humana não reside unicamente na espécie, na sociedade ou no indivíduo. O homem é uma espécie de trindade humana: indivíduo, uma espécie e membros de uma sociedade, e cada um destes elementos serve os demais como se numa tríplice natureza se tratasse (MORIN, 1974).

Será que com o advento da revolução biológica devemos perfilhar uma atitude determinista do genoma humano? Ou pelo contrário, determinar que o ser humano é um produto do meio ambiente em que está inserido? Deixou o homem de ser uma questão ontológica e teológica, para reduzir-se a um desafio biológico? (BARBAS, 2011).

Aqui a pergunta “o que é o ser humano” pode ser substituída por esta outra: o que queremos fazer de nós mesmos? A primeira pergunta é ontológica e a segunda tecnocientífica. Talvez seja necessário uma terceira pergunta: qual o sentido do homem na era tecnocientífica? Seremos apenas seres compostos de corpo e alma, ou mais que isso, seres espirituais, inteligentes, com consciência, instinto, com sentidos, que nos relacionamos pela linguagem? Bastará uma dessas características para nos conceber como humanos ou seremos como um todo, uma unidade altamente complexa? O homem que vive na cultura e que traz consigo a sua natureza, poderá ser ao mesmo tempo as duas coisas? Se não sabemos quem é, e o que significa o ser humano, como podemos julgar se as ciências biomédicas ameaçam ou aperfeiçoam a nossa humanidade? Será este o momento da história em que fará sentido distinguir humanos de não humanos? São estas e outras perguntas que nos capítulos ulteriores problematizaremos com maior rigor.

definido como ser vivo dotado de palavra e pensamento (*zoon logon echon*); como ser vivo que, agindo dá à sociedade a forma de cidade regida por leis (*zoon politikon*); como ser que produz utensílios (*homo faber*); que trabalha com esses utensílios (*homo laborans*); que assegura sua subsistência por meio de planificação comunitária (*homo oeconomicus*)».

⁴ JASPERS, Karl. 1965. *Introdução ao Pensamento Filosófico*, São Paulo : Cultrix. Cit. Pág. 47. «Contrariamente aos animais, ele não é um ser que se repete de geração para geração. Ultrapassa o estado em que é dado a si mesmo. O homem nasce em condições novas».

2.3. A natureza humana

Desde o início da Civilização, o Homem procurou respostas sobre a sua *natureza* e o seu lugar no *cosmos*, tornando-se desde sempre, num dos problemas mais complexos da filosofia, a questão de saber se existe uma natureza humana. Então o que é isso de natureza? O que é o homem? Será que existe alguma natureza no homem?

A este respeito, Paulo Ferreira da Cunha sublinha bem que só há apelo filosoficamente correto à natureza do homem quando o dique que sustenta a sociedade, se encontra em rotura, e que, aqui e ali ainda pode ver-se um paradoxal apelo ao humanismo (antropocentrismo na verdade) por parte dos que descreem do Homem e da sua natureza, como uma espécie de meio de defesa contra os resquícios de idades teológicas e metafísicas (CUNHA, 2001: 22).

Numa época marcada pelo avanço da engenharia genética, Fernando Savater afirma que neste momento deveríamos perguntar-nos se existe uma natureza humana, se somos seres naturais apesar de seres convencionais, e se existirá contradição entre uma e outra coisa (SAVATER, 1999). Quanto à importância do assunto explica que:

“Nos interesan estas preguntas porque quizá conocer nuestra naturaleza o nuestra relación con la naturaleza nos pueda orientar respecto a cómo actuar y cómo emplear convenientemente nuestra libertad. Después de todo, cuando queremos aprobar o disculpar un comportamiento solemos decir que es «natural» actuar así; y también reprobamos algunas conductas diciendo que son «antinaturales» o contrarias a la naturaleza” (SAVATER, 1999: 49).

Antes de mais convém fazer uma ressalva. Muitas vezes na filosofia e na linguagem corrente os termos natureza humana e a condição humana são utilizados com o mesmo sentido. Já dizia Hannah Arendt: *“Para evitar erros de interpretação: a condição humana não é o mesmo que natureza humana. A condição humana diz respeito às formas de vida que o homem impõe a si mesmo para sobreviver. São condições que tendem a suprir a existência do homem. As condições variam de acordo com o lugar e o momento histórico do qual o homem é parte. O problema da natureza humana é indefinível, seria como pular sobre a nossa própria sombra, só um deus a poderá conhecer ou definir”* (ARENDRT, 2007:18).

Note-se, que a questão sobre a essência do homem aproxima a autora ao pensamento de Santo Agostinho. A filosofia-teológica do bispo de Hipona (AGOSTINHO, 2000) que trata com predileção a questão do homem, o seu destino e a sua natureza, sustenta que o homem não se conhece, e procura em Deus respostas sobre a sua essência, pois só Deus criador do homem e do universo poderá conhecer tal natureza humana (⁵).

Citando Paulo Ferreira da Cunha, pensamos efetivamente que a condição humana é apenas o estar do homem, num dado *hic et nunc*, enquanto a natureza humana é o seu ser... (CUNHA, 2001:36). É importante partir de uma teorização da existência ou inexistência da natureza humana na conceção de homem, nas mais variadas perspetivas.

Um bom exemplo metafísico de descrição da natureza humana é o do mexicano Jorge Adame Goddard, insistindo na ideia que o homem é um animal racional, um espírito encarnado (GODDARD, 1995). O autor caracteriza assim o homem pela distinção entre este e o animal, adiantando que a natureza humana é uma natureza verdadeiramente racional, mas não é a única natureza racional (GODDARD, 1995: 14), pois existem outras naturezas espirituais não corpóreas, como a dos anjos e a de Deus (GODDARD,1995).

Por outro lado, podemos encontrar nas conceções antropológicas existencialistas uma forma de negação da natureza humana. Em Portugal, João Baptista Machado influenciado pelo existencialismo, acabaria por negar a natureza humana, considerando o homem um ser aberto ao mundo, um homem prematuro ou um quase aborto no seu início, e assim o homem seria um ser artificial (MACHADO, 1965).

É interessante notar que nos encontramos frente a uma questão em que uns acreditam e outros que descreem da natureza humana, como se uma questão de fé se tratasse. Além destes, existem outros, como o caso de Armesto Fernández, que nos diz que a natureza humana, se é apropriado falar em tal coisa, não está fixada: mudou no passado e poderia mudar de novo (FERNÁNDEZ, 2007: 156). Para Agostinho da Silva, aí não podemos fazer outra coisa senão acreditar ou não acreditar... (SILVA, 2000: 162).

Recordando novamente Fernando Savater, a propósito da natureza humana, o autor afirma: *Cuando lo aplicamos al caso del hombre, el término «natural» se contrapone en primer lugar a «cultural»* (SAVATER,1999:51). Relativamente à pertinência do assunto (SAVATER, 1999) o autor considera que, em cada um de nós, qualquer marca natural

⁵ A este respeito afirma Santo Agostinho no seu livro confissões, AGOSTINHO, Santo. 2000. *Confissões*. Livro X, XV. Trad: Arnaldo do Espírito Santo, João Beato e Maria Cristina de Castro-Maia de Sousa Pimentel; Introdução de M. B. da Costa Freitas, Lisboa : IN-CM. Cit. Pág. 50. «És tu, na realidade, Senhor, que me julgas, porque, embora nenhum homem saiba o que é próprio do homem, a não ser o espírito do homem que está nele, todavia há alguma coisa do homem que nem o próprio espírito do homem, que nele está, conhece; mas tu, Senhor, que o fizeste, conheces todas as suas coisas».

estará sempre contaminada pela cultura e vice-versa (⁶), em que tudo é fabricado e tudo é natural no homem, e por muito que busquemos no fundo a sua natureza, sempre encontramos o selo da cultura, e portanto o mais natural nos homens é nunca o serem de todo.

O mais importante do tema é saber que tipo de natureza se está a falar. Numa natureza em tudo aparece sem a intervenção do homem, uma natureza selvagem, ou uma natureza culturalizada. É interessante notar com Agostinho da Silva, que:

“Qualquer ideia que nós tenhamos de um homem natural, nada, hoje quase nada é natural é natural. Bichos naturais? Se houver, porque bichos naturais só os inferiores e não são naturais, porque já estão alterados por toda a química que nós espalhamos pelo mundo, aquilo que se chama de poluição, não é? Nunca vi nenhum homem natural” (SILVA, 2000, 163).

Como diria Paulo Ferreira da Cunha, estando em causa os valores de uma civilização, a confusão destes sentidos poderia incorrer numa falácia naturalista (CUNHA, 2001). Basta recordar a natureza humana perspectivada por Hobbes no estado natureza, em que os homens viviam em condições miseráveis, selvagens, permanentemente em guerra uns com os outros (HOBBS, 2010). Não menos importante será a natureza humana caracterizada por Jean-Jacques Rousseau, na sua obra *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*:

“Porque 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, 1991: 228).

⁶ A este respeito Savater exemplifica: «Nada más natural y universal en los humanos - como en el resto de los animales - que la necesidad de comer, pero nadie come sin someterse a pautas culturales, reverenciar modas gastronómicas, elegir o rechazar alimentos de acuerdo con hábitos adquiridos: es natural tener que alimentarse pero siempre nos alimentamos culturalmente. ¡Que se lo pregunten si no a los supervivientes de aquel accidente aéreo en los Andes, que tuvieron que optar entre devorar los cadáveres de otras víctimas o morir de inanición mientras esperaban ser rescatados! Incluso si se hubieran visto obligados a sacrificar finalmente a alguno de entre ellos para seguir alimentándose, seguro que lo hubieran echado a suertes, en lugar de elegir al más gordito como sería «natural». SAVATER, Fernando. 1999. *Las preguntas de la vida*. Círculo de Lectores. Barcelona : Ariel. Cit. Pág. 51.

Rousseau confessa que ela não existe, e acredita que talvez nunca tenha existido nem vá existir. É curioso como este discurso nostálgico, e tão presente nos dias que correm, nos leve a acreditar que será necessário inventá-la, que a natureza humana é produto da criação mental do homem.

É aqui que chamo à colação a fundamentação do Direito Natural, que nas palavras de António dos Santos Justo, recordando Santo Agostinho, dir-se-á que o direito natural é uma daquelas ideias que sabemos se nos não perguntam, mas já não sabemos se nos perguntam (SANTO JUSTO, 2003: 95).

A questão da natureza humana tem implicações na filosofia política e do direito, e designadamente a decisão que se tome acerca da sua existência ou inexistência, influenciará de forma indelével a opção que de igual modo venha a fazer-se do Direito Natural (CUNHA; 2001: 28). De todo o modo, com Paulo Ferreira da Cunha, há de sempre revelar-se muito difícil prescindir da ideia de natureza humana na construção do direito natural, até mesmo devido à sua relação juzante com o direito positivo, ora um Direito assim tão vinculativo do Direito Positivo não pode ter o seu fundamento senão em algo de perene: e tal só pode ser, no caso, a natureza humana (CUNHA, 2001: 34).

A importância da ligação Direito Natural com a natureza humana é preponderante na construção dos direitos humanos e na fundamentação dos mais altos valores da humanidade, pois foi através do fracasso positivista que se consagrou a dignidade humana e a maioria dos direitos humanos como direitos e valores universais, depois dos horrores do holocausto praticados durante a segunda Guerra Mundial.

Atendendo ao Direito natural e à questão sobre se existe uma natureza humana e como ela poderá fundamentar tal direito, Mario Biggote Chorão elucida-nos com estas palavras tão eloquentes: O conceito de natureza humana subjacente à noção de direito natural tem, pois, um sentido metafísico (referido à essência ontológica da pessoa humana) e não meramente naturalístico, fenoménico ou empírico. E é, como se viu, um conceito teleológico, que implica o dinamismo da ação do homem em direção aos seus fins essenciais. (...) Em suma, o teleológico radica na metafísica do ser, na *plenitudo essendi*, que é, assim, um verdadeiro valor (CHORÃO, 1989: 143).

Será então a natureza humana uma criação mental dos homens para fundamentar o direito natural? Ela existe? Será preciso inventá-la? Paulo Ferreira da Cunha dá-nos uma resposta e uma pergunta: poderá ser um sistema de valores, tornados natureza (segunda natureza). E não é isso uma magnífica criação do que, sendo claramente cultura, está em

potencia na natureza desse único bicho que sabe falar, e que quer falar sobre justiça? (CUNHA, 2001: 68).

Então, poder-se-á falar em direitos do homem se não existir uma natureza? Serão os defensores dogmáticos da natureza humana mais ligados aos valores a uma concepção de homem ideal? Ou serão os que negam a sua existência, pessoas que aceitam o relativismo dos valores, sentindo-se mais á vontade com a mudança? Poderá o teocentrismo revelar-se mais humanista que o zoologismo humano? (CUNHA, 2001).

Uma coisa é certa, o homem construiu valores, que independentemente da sua fundamentação, são algo que nos caracteriza como homens, nos enobrece como seres humanos e sociais. É interessante a incansável procura de respostas sobre a natureza humana, talvez porque a nossa essência preceda à nossa razão.

3. A dignidade da pessoa humana

3.1. Sobre o princípio e o valor da dignidade da pessoa humana

A necessidade de proteger o homem na integralidade das suas várias dimensões é de todos os tempos e de todos os lugares. Cada progresso, cada conquista de uma nova dimensão parece trazer consigo um crescente agnosticismo antropológico. É o que acontece quando, a pretexto dos avanços no conhecimento genético e comportamental, surge a tendência para reduzir o ser humano à sua mera dimensão biológica (ALMEIDA, 2005: 623).

Um dos grandes problemas substanciais da filosofia do direito e da axiologia jurídica recai, essencialmente, no esclarecimento da hierarquia entre os valores, que devem ser tomados em conta para a elaboração do direito justo, procurando saber, qual o supremo princípio ou valor ideal orientador de todo o direito, e por conseguinte fim último do Estado (SICHES, 1999: 497). E esse valor é hoje, mais do que em qualquer altura, a dignidade da pessoa humana, maioritariamente aceite pela doutrina. E assim, no dizer de Castanheira Neves, que é hoje este valor – o homem e a sua dignidade – o maior valor, o “bem supremo”, a que todos os outros valores vão referidos nas suas posições axiológicas deste mundo, o mundo humano finito e da história, é decerto um ponto em que todos nos encontramos (NEVES, 1995: 144). Para o autor, pressupomos esse valor porque a nós próprios nos comprometemos no reconhecimento dele mediante uma autónoma assunção

axiológica. Queremos dizer: só porque a nós próprios nos compreendemos nessa dignidade postulamos o valor que ela justifica e lhe corresponde. O esclarecimento antropológico oferece-nos decerto a condição de possibilidade dessa posição axiológica, mas uma tal posição não se infere nesse esclarecimento, assim como a verdade antropológica menos ainda dará só por si garantia da viabilidade desse valor, assegurando as condições da sua efetiva realização (NEVES, 1995: 142).

O tema dignidade da pessoa humana está longe de ser uma criação da contemporaneidade. Note-se que as incertezas, contradições e inseguranças da pós-modernidade geram dúvidas sobre a dignidade como fundamento de todo o convívio humano. Mas num ponto a doutrina é geralmente unânime: a necessidade de afirmação e valorização da pessoa humana, em todas as circunstâncias e fases da existência humana em que se encontre, independentemente da organização política a que esteja sujeita (ALMEIDA, 2005).

Foi no final da Segunda Guerra Mundial, no âmbito jurídico que o tema ganhou destaque no cenário internacional, exigindo do direito positivo uma nova orientação nas suas políticas internacionais.

Tal como os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana universalizou-se e estas expressões passaram a ser uma das âncoras da convergência universal, porque todos as utilizam, sem suscitar ondas, nos foros nacionais e internacionais. Então de onde vem essa dignidade da pessoa humana? No entender de José de Oliveira Ascensão, isso já se não diz; e todavia, seria essencial dizê-lo. Porque se não assentarmos sobre a razão de tal dignidade a afirmação não terá substância (ASCENSÃO, 2008).

É também interessante o facto de o conceito filosófico de dignidade humana, que surgiu já na antiguidade e alcançou em Kant uma versão que continua a ser válida, só ter sido incluído em textos de direito internacional após o fim da Segunda Guerra Mundial. Então, por que razão é a referência aos «direitos humanos» no direito muito anterior à referência à dignidade humana? (HABERMAS, 2012: 29).

Falar em dignidade da pessoa humana parece algo inevitável no âmbito de documentos internacionais sobre direitos humanos. A dignidade da pessoa humana, apesar de figurar inicialmente em documentos jurídicos como a constituição do México de 1917 e a constituição alemã de Weimar de 1919 aparece, pela primeira vez como princípio

universal reconhecida a todos os membros da família humana no artigo 1º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 1948 (⁷):

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

No período pós- guerra, quando se ouviram as reivindicações dos direitos humanos e da dignidade humana reconhecidas neste artigo 1º, não podemos deixar de pensar que respondem a um sermão do século XVII do nosso conhecido padre António Vieira (CUNHA, 2001):

“Estes homens não são filhos do mesmo Adão e da mesma Eva? Estas almas não foram resgatadas com o sangue do mesmo Cristo? Estes corpos não nascem e morrem como os nossos? Não respiram com o mesmo ar? Não os cobre o mesmo céu? Não os esquenta o mesmo sol?” (TEIXEIRA, 2011: 19).

Declarações semelhantes, assentes na ideia da dignidade da pessoa humana, positivaram-se depois em outros documentos como a constituição Alemã de Bona de 1949 e que no seu artigo 1º diz categoricamente: «*A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público*». O apelo à dignidade da pessoa humana multiplicou-se em diplomas internacionais e na maioria das constituições europeias, inclusive na constituição Portuguesa. Inspiraram-se no modelo da Grundgesetz Alemã, sem nunca atingirem a grandeza lapidar desta (ASCENÇÃO, 2008).

Na atual constituição Portuguesa de 25 de Abril de 1976, aponta a dignidade da pessoa humana no artigo 1º como a base da República:

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

⁷ Na opinião de Norberto Bobbio a afirmação contida neste artigo não é verdadeira, pois não é certo que os seres humanos nasçam livres e iguais (...) a expressão não deve ser entendida literalmente. Uma vez interpretada quer dizer que os seres humanos devem ser tratados como livres e iguais. BOBBIO, Norberto. 1991. *El tiempo de los derechos*. Madrid : Editorial Sistema. Cit. Pág. 40.

Para o constitucionalista Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana é fundamento e fim da sociedade e do estado (MIRANDA, 2000).

Na doutrina de Gomes Canotilho a dignidade da pessoa humana é a trave de sustentação e legitimação da república, e não é apenas um princípio limite, ela tem um valor próprio e uma dimensão normativa específica. Desde logo está na base de concretizações do *princípio antrópico ou personicentrico* inerente a muitos direitos fundamentais (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à integridade física e psíquica, direito à integridade pessoal, direito à identidade genética) e alimenta materialmente o princípio da igualdade (CANOTILHO, 2007: 198).

Numa perspetiva puramente positivista, José de Oliveira Ascensão, entende que a dignidade da pessoa humana só pode ser entendida como uma fórmula vazia, adaptável a todos os conteúdos (ASCENÇÃO, 2006: 148). O conceito de dignidade humana ⁽⁸⁾ apresenta-se assim como um conceito indeterminado cujo sentido tem vindo a ser determinado ao longo da história.

Apesar do princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser um conceito vago, ambíguo e impreciso, há quem arrisque uma definição como no caso de Ingo Wolfgang Sarlet ⁽⁹⁾:

“A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, 2007: 383).

⁸ Quando me refiro à dignidade humana quero dizer dignidade da pessoa humana. Com o devido respeito por quem defende opinião contrária, e, tendo em conta os desenvolvimentos expostos no capítulo 5.6, poderá ser incoerente pensar em seres humanos que não sejam pessoas.

⁹ Sobre o âmbito de aplicação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana em relação as normas constitucionais ver: SARLET, Ingo Wolfgang. 2007. *As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana : Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In *Revista brasileira de direito constitucional – RBDC* nº 09 – Jan./Jun. Cit. Pág. 364. «A dignidade da pessoa humana ao contrário do que sucede com as restantes normas constitucionais, não cuida de aspetos mais ou menos específicos da existência humana, mas sim de uma qualidade tida para muitos».

Sobre a qualidade intrínseca da dignidade da pessoa humana, Paulo Otero considera que essa dignidade é uma síntese da ordem de valores historicamente geradora da civilização ocidental, um princípio de *ius cogenes* dotado de força jurídica supraconstitucional, pois não é o constitucionalismo que impõe o respeito pela dignidade da pessoa humana ao sistema jurídico, mas sim a dignidade que, autonomamente se impõe à constituição, hétero-subordinando-a, vinculando o sistema jurídico à vontade de poder e os membros da sociedade (OTERO, 2010: 37).

Note-se que a Constituição da República Portuguesa se refere à “dignidade da pessoa humana” e não à dignidade humana (apesar de no artigo 26º, se falar tanto em dignidade pessoal (n.º 3), como em dignidade humana (n.º 2)), sendo que a primeira expressão se dirige ao homem individual e concreto e a segunda se refere à humanidade como uma “*transpersonalista dignidade*” (GOMES, 2008: 29). Para Jorge Miranda não é exatamente o mesmo falar em dignidade da pessoa humana e em dignidade humana. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba ou ultrapassa (MIRANDA, 2000: 184).

A dignidade da pessoa é a de todo o ser humano individual e concreto, não a de uma humanidade universal e abstrata ou do homem como parcela de qualquer agrupamento social (ALMEIDA, 2005: 631). E desde logo, porque se fala de “pessoa”, cumpre fixar o conteúdo de tal conceito, que em sede própria problematizaremos.

Ao viajar da Filosofia para o Direito, a dignidade da pessoa humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha um estatuto de princípio jurídico. Na sua trajetória rumo ao Direito, a dignidade beneficiou do advento de uma cultura jurídica pós-positivista. A locução identifica a reaproximação entre o Direito e a ética, tornando o ordenamento jurídico permeável aos valores morais. Por um lado os valores morais uma vez institucionalizados pelo direito, por meio de normas e princípios, ganham eficácia jurídica, mas por outro lado, poder-se-ão degradar e banalizar, devido a circunstâncias sociais, valores morais se não forem constantemente reafirmados ⁽¹⁰⁾ (ALMEIDA, 2005). Quando nos referimos à dignidade como um valor, não queremos com isto reduzir este a um conceito de formação tardia, nem se esgota na sua dimensão estritamente normativa, como

¹⁰ ALMEIDA, Vasco Duarte de. 2005. *Sobre o valor da Dignidade da Pessoa Humana*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XL, n.º 2. Coimbra : Coimbra Editora. Cit. Pág. 630. «Nem todos os valores se deixam facilmente institucionalizar. Considere-se o caso do altruísmo, se for tomado obrigatório pelo direito transforma-se em algo diferente (...) correndo o risco de se desvirtuar perdendo o carácter desinteressado que o caracteriza».

princípio que se projeta no ordenamento jurídico que está na origem de um complexo de direitos, proibições e deveres (ALMEIDA, 2005: 635). O que se propõe em primeiro lugar é saber qual a razão que justifica atribuir o reconhecimento de tal dignidade ao ser humano. E em segundo, que consequências tem este valor num mundo colonizado pelas biotecnologias.

O Norte-Americano Francis Fukuyama considera que, o conceito da igualdade da dignidade humana desligado das suas origens cristãs e kantianas é defendido como uma espécie de dogma religioso pelos científicos naturais mais materialistas ⁽¹¹⁾, perdendo assim a sua consistência moral. Desta forma o autor procura um argumento a favor da dignidade humana, sem recorrer a formulações cristãs ou kantianas (ROSELLO, 2005).

Diferentes culturas valoram diferentemente o conteúdo e o alcance da dignidade da pessoa humana. Para uma cultura de ideologia liberal, poder-se-á eventualmente ir um pouco mais além na investigação científica com embriões sem querer com isto ofender a dignidade da pessoa humana, desde que esta disposição constitua uma expressão da autonomia da pessoa. Uma conceção de justiça numa ordem jurídica aristocrática não será a mesma do que uma ordem jurídica democrática.

Tendo em conta a indeterminação e o alcance do valor dignidade, supõe-se que a comunidade jurídica deverá inscreve-la no entendimento de valores e princípios fundamentais partilhado pela consciência jurídica em geral. Sobre este aspeto de “ outras culturas outros costumes” é apropriado citar Jurgen Habermas, quando se refere ao ser humano num mundo multicultural, como um ser antropológico universal:

“Não se trata, pois da cultura, que é diferente em todo o lado, mas sim da noção da diferentes culturas têm do ser humano, ser humano esse que (...) é o mesmo em toda a parte” (HABERMAS, 2006: 82).

Esta regulação para ser adequada deve ter em conta os discursos éticos na esfera pública (HABERMAS, 2006) ⁽¹²⁾.

Numa perspetiva mais constitucionalista, também no que respeita às formas de proteção e regulamentação da dignidade da pessoa humana, no dizer de Norberto Bobbio,

¹¹ O autor quando se refere a este dogma religioso quer com isto referir-se a uma espécie de dogma laico da modernidade. ROSELLO, Francesc Torralba. 2005. *Ser humano, persona y dignidad: La raíz de la dignidad humana : Apostillas filosóficas a Francis Fukuyama*. Madrid : Universidad Pontificia Comillas.

¹² Esta regulação a que Habermas se refere é no âmbito das práticas de aplicação da ciência genética, mas a analogia é inteiramente justificada, tendo em conta que o que esta em causa é o respeito pela dignidade humana que o autor tanto defende na sua vasta bibliografia.

os valores e os princípios universais não são efetivados, e que continuam a ser violados porque não preveem sanção. O jurista italiano esclarece que esses valores e princípios só têm eficácia quando são acolhidos pelas constituições estaduais, e que só se poderá falar em direitos do homem quando uma jurisdição se conseguir impor às jurisdições nacionais (BOBBIO, 1991: 39). O direito, pelo seu carácter institucional, empresta-lhes precisamente a durabilidade de que carecem, oferecendo caminhos para a solução de inconsistência e incompatibilidade entre os diversos valores, bem como para a redução da subjetividade das avaliações individuais sobre a sua existência e alcance (ALMEIDA, 2005: 643).

A dignidade da pessoa humana consiste então num critério de ordenação das relações humanas, e como valor necessita permanentemente de ser reafirmado para manter-se vivo possuindo uma dimensão temporal própria, visto que tem a pretensão de se projetar para o futuro, quando incorporado por normas e princípios, e se religa ao passado enquanto promessa que perdura no tempo de umas gerações para outras (ALMEIDA, 2005: 639).

Tendo em conta as atuais descobertas na área da ciência genética, estará o princípio da dignidade da pessoa humana posto em causa? E o valor da dignidade humana? Poderemos estar a lesar direitos fundamentais sem pôr em causa a dignidade humana? Admitindo que a dignidade da pessoa humana é uma criação do homem, para proteger o homem nas relações entre si e contra a arbitrariedade estadual, será este um valor imutável? Haverá hoje, maiores riscos de violação da dignidade do homem, tendo em conta os avanços da ciência genética, pelo chamado eugenismo liberal em relação ao antigo eugenismo estatal? São estas e outras perguntas que só merecem resposta se não prescindirmos de fazer um voo panorâmico pela evolução do conceito de dignidade ao longo da história ocidental.

3.2. A evolução do conceito dignidade da pessoa humana na história da civilização ocidental

A compreensão da evolução do conceito dignidade humana como valor e princípio fundamental depende, dos diferentes sistemas filosóficos que ao longo da história se foram construindo.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fruto da antiguidade clássica e da incisiva contribuição do cristianismo. Apesar da contribuição da filosofia clássica grega na construção da antropologia, a mesma não foi decisiva a respeito da dignidade da pessoa humana. É com o estoicismo que se revigorou o princípio da dignidade da pessoa humana, propugnando por uma ética rigorosa e enaltecendo a conduta moral, apregoando à igualdade e a fraternidade entre os seres humanos. Os estoicos contribuíram para a efetiva compreensão do conteúdo da dignidade, reconhecida a todos os seres humanos (PEDROSO, 2007).

Dentro do pensamento estoico, destacam-se as contribuições do humanista Sêneca na elaboração do conceito dignidade, pois não há filósofo estoico que, mais do que ele, tenha-se oposto à instituição da escravidão e exaltado o amor e à fraternidade entre os homens. Sêneca deu grande importância à dimensão moral interior e negou qualquer valor às diferenças sociais e políticas do homem: *todos os homens são iguais enquanto tais* (REALE, 2007: 326). Propôs uma norma para regular o modo como o senhor se deve comportar em relação ao escravo:

“Comporta-te com os inferiores como gostarias que comportassem contigo aqueles que te são superiores; a natureza me obriga a servir aos homens, sejam estes escravos ou livres, libertos ou livres de nascimento. Ali onde existe um ser humano ali há lugar para benevolência” (PEDROSO, 2007: 51).

Assim sendo, Sêneca funda o seu pensamento na ideia da fraternidade e a sua doutrina dedica-se ao reconhecimento da dignidade, enaltecendo os valores de todos os homens.

Dentro da doutrina estoica encontramos o pensamento do jurista Cícero, que contribuiu de forma inegável para a afirmação de dignidade humana, aliada a uma ideia universal de uma lei eterna e imutável. Na sua obra *De Legibus*, Cícero formulou as características universais do direito natural, que consistia na existência de uma lei

verdadeira, que não é invenção do homem, e conforme à natureza, vale para todos os homens, é eterna e inalterável (CÍCERO, 1994). Da decorrência dessa lei todos os homens são iguais pela sua dignidade. Igualmente na sua obra *De Officiis* sustenta que todos os homens estão sujeitos a essa lei da natureza, não devendo o homem causar dano ao seu semelhante (¹³) (CÍCERO, 1913). A dignidade está bem presente no seu discurso, apesar de não ser esta a terminologia, referindo-se principalmente à igualdade e unidade do ser humano.

A dignidade da pessoa só apareceu com a concepção de pessoa, dada pelo cristianismo, através da doutrina da “*imago Dei*”, contribuindo para revolucionar toda a escala de valores que os gregos adotavam. O conceito de pessoa na doutrina cristã acentua o indivíduo, o singular, enquanto a filosofia grega dá importância só ao universal, não podendo o homem ser absorvido pelo estado (MODIN, 1980).

O resumo dos princípios do cristianismo nasce com as obras de Gregório de Nissa, que procura formular o ser humano à imagem de Deus. Sobre a grandeza do homem, o teólogo de Capadócia ensina:

“Que grandeza tem, portanto, o homem, se o consideramos figura e semelhança do cosmo? Deste céu que circunda, da terra que muda, de todas as coisas neles compreendidas e que passam com aquilo que as circunda? Em que consiste, conforme a Igreja, a grandeza do homem? Não na semelhança com o cosmo, mas em ser à imagem do Criador de nossa natureza” (REALE, 2005: 65).

Na sua obra *A criação do homem*, o princípio da dignidade da pessoa humana é claramente ressaltado, embora com outra nomenclatura. Verifica-se a importância da imagem de Deus e a sua inerência à dimensão antropológica na construção do conceito pessoa, que evidencia a dignidade do ser humano (PEDROSO, 2007).

A dignidade da pessoa humana decorre também do pensamento de Santo Agostinho, representante da patrística latina. A dignidade da imagem pertence ao homem, pois no homem, a imagem tem um vestígio próprio, que é a referente à sua alma (GILSON, 1969). A dignidade da pessoa, na visão de S. Agostinho, repousa no fato de o homem ser

¹³ CÍCERO, Marcus Tullius. 1913. *De officiis*. III. Translated by Walter Miller. Loeb edn. Cambridge : Harvard University Press. Cit. Pág. 27. « And further, if Nature ordains that one man shall desire to promote the interests of a fellow-man, whoever he may be, just because he is a fellow-man, then it follows, in accordance with that same Nature, that there are interests that all men have in common. And, if this is true, we are all subject to one and the same law of Nature; and, if this also is true, we are certainly forbidden by Nature's law to wrong our neighbour».

criado à imagem e semelhança de Deus, e é portador de dignidade porque é um valor absoluto e não instrumental, é valor absoluto participado, e a fonte do valor absoluto da pessoa é Deus (MONDIN, 1990).

O pensamento escolástico de São Tomas de Aquino também trata a questão da dignidade do homem segundo a “*imago Dei*”. O homem é o auge da criação de Deus, tendo em consequência valor absoluto, e é pessoa graças ao espírito, pois o corpo sem o espírito não é pessoa. Afirma também que o homem tem consciência do mundo, dos valores, é livre e capaz de auto realizar-se (MONDIN, 1990).

Na época renascentista dá-se início a uma nova mentalidade. O homem passa a estar no centro do universo, considerado um ser livre e capaz de dirigir seu próprio destino, mentalidade esta, contrária à do pensamento medieval que considerava a pessoa humana no conjunto do ser. Sobre a dignidade da pessoa humana, merece especial destaque o pensamento do filósofo Renascentista Giovanni Pico Della Mirandola, que coloca o homem no centro do universo declarando ser ele o artífice de si mesmo, criador da sua própria vida. Na sua obra intitulada “*discurso sobre a dignidade do homem*”, demonstra a grandeza do ser humano por ser livre, capaz de se autodeterminar, responsável por si mesmo, e que foi colocado no centro do mundo pelo seu criador ⁽¹⁴⁾ (MIRANDOLA, 2006). A liberdade como dimensão da dignidade do homem, está presente em quase toda a obra do filósofo:

“*Ó suma liberdade de Deus pai, ò suma e admirável felicidade do homem! Ao qual é concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer*” (MIRANDOLA, 2006: 57).

¹⁴ Sobre o criador como Supremo Artífice e Pai, Mirandola relembra uma narração bíblica: «ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspeto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspeto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhuma limitação, determiná-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio cujo poder te entreguei. Coloquei-te no meio do mundo para que dai possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar ate aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo». MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. 2006. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução: Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa : Edições 70. Cit. Pág. 57.

Sobre a natureza do homem afirma o Humanista que o homem é como um camaleão de natureza indefinida, mutável e multiforme, não se contentando com coisas medíocres, devendo aspirar às mais altas ⁽¹⁵⁾ (MIRANDOLA, 2006).

Contudo, é inquestionável que a configuração definitiva do princípio da dignidade da pessoa humana é obra de Immanuel Kant (PEDROSO, 2007: 59). O fundamento da dignidade do homem para Kant é a própria natureza racional como o próprio afirma:

“Ora digo eu: - O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade (...) Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos (KANT,1995: 65) (...) No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade (KANT,1995: 71).

Através da fórmula do imperativo categórico *“Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”* (KANT,1995: 66) Kant reconhece o valor absoluto da pessoa humana, já que, tendo o ser humano a dimensão da liberdade e da autonomia, deve nas relações de intersubjetividade reconhecer a dignidade dos semelhantes, exigindo destes, por idêntico fundamento, o respeito de sua dignidade pessoal.

A construção teórica de Kant passou a influenciar a filosofia moderna, nomeadamente a corrente personalista. A dignidade da pessoa humana passou a ter uma dimensão intersubjetiva, sendo a configuração elaborada por Kant o ponto culminante da evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana (PEDROSO, 2007).

¹⁵ É importante situar este discurso humanista na época renascentista. Esta época é marcada pelos descobrimentos e pelo aparecimento da ciência moderna, em que o homem caminhava a passos largos para o desconhecido, para a incerteza, reafirmando-se uma nova concepção de homem. É precioso salientar a atualidade deste discurso tão elegante e original, fazendo um paralelismo com a nossa época marcada pela revolução biotecnológica, e que muitos consideram por em causa a dignidade de muitos embriões humanos.

3.3. As dimensões da dignidade da pessoa humana

A análise da evolução do pensamento filosófico acerca do conceito de dignidade da pessoa humana demonstra a complexidade do seu significado. A falta de consenso sobre o conteúdo do conceito da dignidade da pessoa humana é latente na doutrina atual por se tratar de um conceito impreciso, vago e de natureza polissémica.

O conceito concreto de dignidade ou honra pertence ao mundo das sociedades tradicionais com estruturas hierárquicas, em que a pessoa podia receber a sua dignidade e autoestima pela sua conduta, e exprime agora a ideia de que todos os seres humanos têm a mesma posição (HABERMAS, 2012: 45). Será então a dignidade humana um valor intrínseco, inerente a todo ser humano, como algo de real e preexistente? Na tentativa de esclarecer o sentido da dignidade humana apresentamos algumas das suas dimensões.

Na sua dimensão ontológica, a dignidade da pessoa humana aparece como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo o elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado (SARLET, 2007: 366). Esta dimensão encontra-se expressa também no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Na sua origem, com Mário Reis Marques, a dignidade humana deve ser perspectivada como um imperativo superior de pendor pré-jurídico. Antes de a vermos transformar-se num conceito jurídico, este referente exprime o valor intrínseco da pessoa (MARQUES, 2010: 562).

A dimensão ontológica é também reconhecida por Vasco Duarte de Almeida, entendendo que cada pessoa, pelo facto de o ser, é merecedora do máximo respeito e proteções sociais, sobretudo em contextos que tornam evidente a fragilidade da condição humana (¹⁶).

¹⁶ Esta abundancia ôntica da dignidade da pessoa humana na visão do autor, alarga-se a todos os domínios do ser, compreendendo também a realidade humana e as suas atividades praticas que se desenrolam na contingência do tempo, reconhecendo que o próprio excesso do ser ao abrir possibilidades do curso dos acontecimentos permite que o homem possa ganhar iniciativa face ao decurso do tempo dando orientação as suas ações. ALMEIDA, Vasco Duarte de. 2005. *Sobre o valor da Dignidade da Pessoa Humana*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XL, n.º 2. Coimbra : Coimbra Editora. Cit. Pág. 636. «Para que, no entanto, a sua ação corresponda à sua dignidade, devem ser estabelecidos três pressupostos. O primeiro é o de que o homem não é princípio nem origem do ser das coisas ou do seu ser pessoal, embora se apresente como autor e responsável pelas suas ações. Significa isto que o ser do homem e a sua própria existência são dados ou atribuídos por qualquer outra realidade. Ao homem compete reconhecê-lo e constatar a sua finitude e dependência. Apesar de dada, deve pressupor-se, em segundo lugar, que o ser, a vida e a existência do homem assim atribuídos são algo de bom e valioso. A bondade da vida e da existência de cada um de nós pressupõe-se, em primeiro lugar, pelo simples facto de existirmos e estarmos vivos e, depois, porque a sua atribuição originária, que está para além do poder e da disponibilidade do homem, foi para nós uma doação inteiramente gratuita e benfazeja. Finalmente, cada homem que existe no seio da

A inerência da dignidade com a natureza humana é afirmada por Paulo Otero quando reconhece a dimensão ontológica da dignidade humana:

“O respeito por essa dignidade nas mais variadas dimensões, sejam elas dimensões verticais (vinculação subjetiva do poder); horizontais (entre as pessoas nas relações entre si) e auto-referenciais (ser humano perante si próprio), não resulta de uma qualquer forma de subordinação ao poder, nem traduz o resultado de um simples reconhecimento jurídico positivo: a dignidade humana e o seu respeito universal decorrem da própria natureza humana, como entidade racional anterior e superior ao estado e ao direito” (OTERO, 2010: 37).

Face há tamanha incerteza ontológica, não seria melhor a busca de um estatuto ético para o homem, ou seja, de uma dignidade como forma de manter estável o termo especificamente humano? Apesar do reconhecimento da dignidade da pessoa humana na sua dimensão ontológica pela maioria da doutrina, existem autores mais céticos e relativistas defensores do multiculturalismo, que a negam ou simplesmente não a reconhecem, como se de uma questão de fé se tratasse. Recorde-se que reflexão idêntica se desenvolveu sobre a natureza humana.

É esse o sentido inferido no pensamento de Eduardo Ramalho Rabenhorst, pois se existe algo que pode ser chamado *natureza humana*, dela não é possível inferir qualquer juízo moral sobre a dignidade ou a igualdade entre os homens pois a natureza do homem, assim como a de qualquer organismo vivo, apenas estabelece as estratégias que visam assegurar a continuidade da nossa evolução, ou seja, a sobrevivência e a multiplicação dos nossos genes (RABENHORST, 2001: 43). Assim a necessidade de relacionar a dignidade humana à realidade da criatura do homem não encontraria nenhum amparo na sua dimensão ontológica.

Da mesma forma, com Günther Maluschke, a conceção ontológica da dignidade da pessoa humana é compreendida como superada e sem sentido, entendendo mesmo, que a dignidade seria apenas uma criação humana (¹⁷) (MALUSCHKE, 2007).

pluralidade humana, integrado em comunidades históricas, de língua, de costumes, de religião e de crenças, deve constatar, antes mesmo de todas estas condições empíricas e configurações culturais, que a vida do outro vale tanto como a sua. Esta igualdade de dignidade é, como afirma Ricoeur, constitutiva da condição humana fundamental, independentemente de toda a história e cultura do homem. Trata-se do terceiro pressuposto. Todos eles, no entanto, devem jogar conjugadamente».

¹⁷ MALUSCHKE, Günther. 2007. *A dignidade humana como princípio ético-jurídico*. In Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza. Vol. 27, jul./dez. Cit. Pág. 108. «A procura de

Mesmo considerando que exista uma dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana não podemos descurar uma eventual dimensão social, no plano da intersubjetividade, justamente pelo reconhecimento da igual dignidade a todos os seres humanos.

Essa dimensão é sugerida por Sarlet, e apesar da sua dimensão ontológica a dignidade só assume seu pleno significado em função do contexto da intersubjetividade que marca todas relações humanas e, portanto, também o reconhecimento dos valores (assim como princípios e direitos fundamentais) socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas (SARLET, 2007: 370).

Esta dimensão é também afirmada no entendimento de Jorge Miranda, mesmo não estando explícita no seu pensamento, quando sustenta que cada pessoa tem de ser compreendida em relação com as demais. Por isso, a Constituição completa a referência à dignidade com a referência à mesma dignidade social que possuem todos os cidadãos e todos os trabalhadores [arts. 13, nº 1, e 59, nº 1, alínea *b*], decorrente da inserção numa comunidade determinada (MIRANDA, 2000: 189). Em Gomes Canotilho, a dignidade pressupõe ainda relações de reconhecimento intersubjetivo, pois a dignidade de cada um deve ser compreendida e respeitada em termos de reciprocidade de uns com os outros (CANOTILHO, 2007: 199).

Sendo assim, o valor da dignidade manifesta-se a partir de uma experiência cultural de valoração, que no entender de Vasco Duarte de Almeida, funciona como modo de atribuição de bens ou valores no quadro de uma situação intersubjetiva. Como estatuto ético do homem na relação com tudo o que não lhe é redutível, a questão da dignidade só emerge por intermédio de uma específica mediação intersubjetiva (ALMEIDA, 2005: 637). Não convém esquecer que esta dimensão intersubjetiva especificada na modalidade de reciprocidade, já tinha sido reafirmada pelo humanista Séneca ⁽¹⁸⁾ e não deixa de manifestar-se nos modernos sistemas jurídicos, sobretudo quando consideram temas como

um fundamento *ontológico* de normatividade e, neste caso, do direito do homem e de sua dignidade não faz sentido. (...) Qual poderia ser a solução? O surgimento da consciência da necessidade de normas pode ser compreendido como manifestação de protesto contra as muitas formas de violência que sempre acompanharam a história da humanidade. Normas morais e jurídicas, e também a ideia de dignidade humana, são postulados e como tais invenções humanas; surgiram na mente humana. O único fator fundador é a facticidade da mente humana como criadora de normas. Normas não têm fundamento no mundo externo; não tem ancoragem ontológica; e, no que concerne à dignidade humana, esta deve ser compreendida como atributo que o homem atribui a si mesmo. A jurisprudência hoje ainda não consegue se livrar de concepções ontológicas superadas».

¹⁸ Ver: Pág. 36.

os da culpa, do perdão, reinserção social dos criminosos, bem como o das condições de cumprimento da pena (ALMEIDA, 2005).

No âmbito desta dimensão intersubjetiva, com Thierry Pech, a dignidade do ser humano depende do prévio reconhecimento por outro ser humano. O autor vai mais longe, considerando mesmo que não temos essa dignidade humana, ela nos é dada, não a possuímos. (THIERRY PECH, 2001: 108).

É importante que se tenha presente a circunstância oportunamente destacada por João Carlos Loureiro, de que a dignidade da pessoa humana, no âmbito de uma perspetiva intersubjetiva, implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa, pelo seu valor intrínseco como pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos (LOUREIRO, 2002: 229). Para se entender a dignidade da pessoa humana, deve-se realçar a sua dimensão individual e social. Porém existe uma outra dimensão que ainda deve ser descortinada. Trata-se de uma dimensão histórico-cultural.

Esta dimensão parte da ideia de dignidade da pessoa humana como categoria axiológica aberta, um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento, reclamando uma constante concretização pelos órgãos estatais e pelo próprio indivíduo (SARLET, 2007: 373). Nesta perspetiva, a dignidade da pessoa humana não poderá ser conceituada de maneira fixa, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza, não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas. O mesmo entendimento tem Vasco Duarte de Almeida, quando considera que a dignidade da pessoa humana encontra-se na posição de promessa não integralmente cumprida, de tradição legada continuamente entre gerações, dependendo, no entanto, para a sua plena atualização histórica, quer das condições organizativas do poder e do reconhecimento das instituições, quer de determinações existenciais de recorte mais geral (ALMEIDA, 2005: 634).

Além do mais, esta linha de orientação histórico-cultural da dignidade da pessoa humana, pode ser encontrada num precedente jurisprudencial do Tribunal Constitucional Português no âmbito de um acórdão de 1990, que assentou na ideia de que: «a dignidade da pessoa humana», no seu conteúdo concreto — nas exigências ou corolários em que se desmultiplica — não é algo de puramente apriorístico e ou a-histórico, mas algo que justamente se vai fazendo (e que vai progredindo) na história, assumindo, assim, uma dimensão eminentemente «cultural» (19). Para dizer ainda com Vieira de Andrade, que o

¹⁹ Ver Acórdão n.º 90-105-2, de 29.03.1990 do Tribunal Constitucional disponível na internet em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html>.

valor da dignidade da pessoa humana, como ser livre e responsável, único e irrepetível, não é produto ideológico, uma especificidade do liberalismo individualista já perimido, antes corresponde a uma potencialidade característica do ser humano, que se vai atualizando nas ordens jurídicas concretas ⁽²⁰⁾ (ANDRADE, 2004: 110).

Face ao contexto histórico-cultural da dignidade da pessoa humana perguntar-se-á de que forma não estará a dignidade acima das especificidades culturais. Mesmo admitindo a universalidade do conceito da dignidade humana, haveria sempre uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que estivéssemos a avaliar se uma determinada conduta é ou não ofensiva da dignidade. Só através da articulação destas dimensões enunciadas se poderá entender e proteger o alcance da dignidade da pessoa humana.

3.4. A dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais do ser humano

Verifica-se, atualmente na doutrina, as mais variadas expressões para classificar os direitos mais fundamentais do ser humano. No âmbito desta matéria ouve-se muitas vezes as expressões de direitos humanos ou direitos fundamentais. Estaremos a falar da mesma coisa?

No entender de Gomes Canotilho, direitos humanos e direitos fundamentais trata-se da mesma coisa, apesar de poderem ser diferenciados no que respeita à sua dimensão, pois segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço temporalmente (CANOTILHO, 2003: 393).

No mesmo sentido Ingo Wolfgang Sarlet considera que embora sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como

²⁰ Sobre a dimensão histórica dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana ANDRADE, José Carlos Vieira de. 2004. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ª Ed. Coimbra : Almedina. Cit. Pág. 107-108: «não é possível resumir o ser humano num programa de coerência linear, nem encerrar os seus valores fundamentais num sistema lógico de normas. O homem é um ser cultural que carrega a responsabilidade de construir a sua história em comunidade e que realiza essa tarefa pela harmonização de tensões e contradições, num modo de ser dialético (...) em referência ao princípio da dignidade da pessoa humana que atua aqui como um princípio regulativo e não como princípio unicitário de uma ordem hierárquica e fechada».

sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2006: 35).

Falar em direitos fundamentais, como princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional, com Siqueira Jr, traduz-se na concepção de dignidade humana de uma sociedade que legitima o sistema jurídico estadual. Já os direitos humanos são considerados como aquelas cláusulas mínimas para que o homem viva em sociedade com dignidade (SIQUEIRA JR, 2008: 255).

Para o caso, é também significativa a opinião do filósofo Jürgen Habermas, que segundo o mesmo, os direitos humanos, independentemente do seu conteúdo exclusivamente moral, têm a forma de direitos subjetivos positivos, cujo desrespeito é punido, o que garante ao indivíduo espaços de liberdade e de direitos. Portanto os direitos descrevem precisamente a parte de uma moral esclarecida que pode ser traduzida no veículo do direito coercivo e tornar-se uma realidade política na forma robusta de direitos fundamentais concretizados (HABERMAS, 2012: 38).

Independentemente da dimensão que os diferencia, o fundamento de qualquer um deles poderá ser extensivo aos outros?

Sobre o caráter natural dos direitos do homem, o jurista italiano Norberto Bobbio, acredita que o elenco dos direitos humanos se modificou e vai-se modificando com as alterações das condições históricas, pois aquilo que parece fundamental numa época histórica e numa civilização determinada, não é fundamental numa outra época ou em outra cultura (BOBBIO, 1991: 57). Sobre o fundamento destes direitos, o autor considera que não se deveria falar em fundamento mas em fundamentos dos direitos humanos, pois para cada direito haverá um fundamento diferente (BOBBIO, 1991: 58).

A propósito de um ou vários fundamentos, partindo da premissa de que a dignidade da pessoa humana é o fundamento dos direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade fala em graus de vinculação dos direitos aquele princípio da dignidade da

pessoa humana, em vez de vários fundamentos ⁽²¹⁾. Sobre o grande fundamento dos direitos fundamentais, o autor entende, que o conjunto desses direitos é significativo e desvendável porque é referido a um critério de valor; os direitos fundamentais são obrigatórios judicialmente, porque são explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana, que lhes dá fundamento (ANDRADE, 2004: 110). Pode, pois, dizer-se com Castanheira Neves, que vai agora pressuposto o fundamento dos direitos humanos e do próprio direito: Pudemos admitir que no reconhecimento do homem como homem (que o mesmo é dizer como pessoa), nas suas dimensões individuais e social, e nesse reconhecimento a assunção do valor que a ele, também como tal, lhe corresponde, o valor da dignidade humana, se nos revelou o próprio fundamento do direito (NEVES, 1995: 174).

Quando se fala na dignidade humana como fundamento dos direitos fundamentais, seria negligente não falar em Francisco de Vitória. Para o teólogo espanhol, e apesar de a sua argumentação ter como fundamento teológico o ser à imagem de Deus, considera que o homem, uma vez que foi criado, tem liberdade e autonomia. O fundamento da sua teoria está na dignidade do homem, e mesmo que não use esta expressão, é daí que derivam os direitos fundamentais ⁽²²⁾ (ORDEÑANA, 1999).

Da mesma forma com Silva Pimentel, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todos os direitos humanos, é o princípio superior incondicional e, na maneira de sua realização, indisponível da ordem constitucional (PIMENTEL, 2008: 446).

Mesmo a nível internacional, nos preâmbulos dos Pactos Internacionais de Direitos do Homem, se reconheceu que os direitos humanos “*decorrem da dignidade inerente à pessoa humana*”. A Declaração e Programa de Acção de Viena de 1993, adotada por

²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. 2004. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ª Ed. Coimbra : Almedina. Cit. Pág.102-103. «Assim, alguns direitos constituiriam explicitações de primeiro grau à ideia de dignidade modelando o seu conteúdo, como o direito à vida, à identidade e à integridade pessoal, à liberdade física e de consciência (...) Outros direitos decorreriam desse conjunto de direitos fundamentalíssimos (...) constituiriam explicitações de segundo grau mediadas pela particularidade das circunstâncias sociais e económicas, políticas e ideológicas, como o direito de resposta, liberdade da empresa, do direito a férias pagas, direitos à habitação, à saúde (...) Mas ainda aí, é o princípio da dignidade da pessoa humana que esta nos tempos atuais, na raiz da sua previsão constitucional e da sua consideração como direitos fundamentais.

²² Sobre a relação dos direitos civis com os direitos fundamentais em Francisco de Vitória ver: ORDEÑANA, Juan Gote. 1999. *Del tratado de Tordesillas a la doctrina de los Derechos Fundamentales em Francisco de Vitória*. Valladolid : Universidad de Valladolid. Cfr. Pág. 269. O teólogo espanhol considera que apesar de crianças, inválidos, idiotas, e dos índios estarem impedidos do exercício pelo direito civil, continuam a ter direitos fundamentais, apesar do seu desconhecimento (...) e vê no direito civil um direito derivado de uma determinada cultura, e um direito exclusivamente positivo.

unanimidade pelos delegados de 171 Estados, proclamou também no seu preâmbulo a dignidade como fundamento dos direitos humanos (²³):

“Reconhecendo e afirmando que todos os Direitos Humanos decorrem da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana, que a pessoa humana é o sujeito central dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, e que, conseqüentemente, deve ser o seu principal beneficiário e participar ativamente na realização desses direitos e liberdades”.

A referência tardia à dignidade da pessoa humana no direito constitui uma resposta manifesta às circunstâncias terríveis vividas durante a Segunda Guerra Mundial. É certo que as alterações das circunstâncias históricas se limitaram a demonstrar e a tornar consciente algo que estava implícito nos direitos humanos desde o início. É no plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (HABERMAS, 2012: 31).

É curioso que, na discussão atual sobre os avanços biotecnológicos, os países que mais longe levaram a concretização dos direitos fundamentais, são os que seguem as mais variadas posições sobre estas novas descobertas, quando o que está em causa é o próprio ser humano na sua dimensão ontológica (ASCENSÃO, 2008).

Fica assim demonstrada a importância do direito na fundamentação, na institucionalização e na salvaguarda do respeito pela dignidade da pessoa humana. Assim a promessa moral da dignidade humana só pode ser cumprida na moeda jurídica, pois uma ordem jurídica que se pretenda justa nos dias de hoje não pode, de forma alguma deixar de garantir, como pilar, o valor moral da dignidade da pessoa humana (HABERMAS, 2012).

²³ Cfr. Preâmbulo da Declaração e Programa de Acção de Viena, parágrafo 2º.

3.5. Da evolução e da dimensão dos direitos fundamentais

Em geral costuma-se fazer um corte histórico no processo de desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais, conducente a uma separação absoluta entre duas épocas: uma anterior ao *Virginia Bill of Rights* (12-6-1776) e à *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (26-8-1789) caracterizada por uma relativa *cegueira* em relação à ideia de direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada constitucionalização ou positivação dos direitos do homem nos documentos constitucionais (CANOTILHO, 2003: 380).

Os direitos fundamentais apesar de triunfarem politicamente no final do século XVIII com as revoluções liberais, não deixaram de ser uma ideia no pensamento dos homens ao longo da história (ANDRADE, 2004). Mas antes de nos debruçarmos sobre a evolução desses direitos, é conveniente salientar as considerações das diversas perspetivas sobre aquilo que se chama, ou é legítimo chamar, de direitos fundamentais.

Foi numa dimensão (ou perspetiva) filosófica ou jusnaturalista que começaram por existir os direitos fundamentais, sendo costume remontar aos estoicos as origens dos direitos fundamentais na cultura ocidental, dado que nas suas obras se manifestam as ideias de igualdade e dignidade. O cristianismo também contribuiu incisivamente na ideia de direitos fundamentais, na densidade que deu ao conteúdo do conceito de dignidade humana (ANDRADE, 2004). Ora, foi com a secularização do direito natural pela teoria dos valores objetivos da escolástica espanhola (Francisco de Viória, Vazquez e Suarez) que, substituindo a vontade divina pela «natureza ou razão das coisas» deu origem a uma conceção secular do direito natural, posteriormente desenvolvida por Grotius, Pufendorf e Locke (CANOTILHO, 2003: 382).

Porém, o pensamento humanista da modernidade cristã não é ainda capaz de gerar a ideia de direitos humanos fundamentais no sentido atual. O indivíduo ainda não é um verdadeiro sujeito de direitos públicos, sujeito de direitos subjetivos, mas sim um simples beneficiário de direitos por parte do poder político. Só no século XVIII que se afirma a primazia do indivíduo sobre o estado e a sociedade. E só agora a dignidade jusnaturalista e humanista que dava ao homem um direito de resistência se transforma numa força espiritual capaz de revolução, cujos marcos históricos mais significantes viriam a ser a revolução americana e francesa (ANDRADE, 2004: 18).

Assim se afirmaram os direitos do homem, construídos contratualmente com base na liberdade política e nas liberdades individuais, definindo a possibilidade de realização

jurídica dos direitos do homem. Sob uma perspectiva jusnaturalista os direitos fundamentais são, na sua dimensão natural direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica (ANDRADE, 2004: 19).

Esta dimensão não fica isenta de críticas, nomeadamente quando se tratam de críticas puramente positivistas. Neste sentido Norberto Bobbio entende que falar de direitos naturais ou fundamentais, alienáveis e invioláveis é usar fórmulas de linguagem persuasiva que podem ter uma função prática em um documento político para dar maior força e exigência, mas não têm valor teórico algum e são portanto completamente irrelevantes numa discussão de Teoria do Direito (BOBBIO, 1991: 19).

Num outro ponto de vista, podemos ver os direitos fundamentais sob uma perspectiva Estadual ou constitucional. Na garantia constitucional dos direitos fundamentais ganham destaque, especialmente em Inglaterra, as cartas franquias medievais dadas pelos reis aos vassallos, sendo a mais célebre a *Magna Charta Libertatum* de 1215. Não se tratava porém de uma manifestação da ideia de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003: 382), além de que, em rigor, não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações específicas daqueles reis que os subscreviam, sujeitas a confirmação pelos seus sucessores. Nesta perspectiva tem também relevo os direitos dos ingleses conquistados durante o século XVII, pela revolução puritana e pela *Glorious Revolution*, através especialmente do *Bill of Rights* onde se consagraram o direito de petição, a proibição dos tribunais de exceção e de penas cruéis e até uma relativa liberdade (ANDRADE, 2004: 21).

A grande viragem constitucional dá-se com as declarações do estado da Virgínia de 1776, onde os costumes se transformam em princípios e mais tarde com a contribuição francesa na afirmação jurídica dos direitos fundamentais, em nome da razão universal, com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Não se trata apenas de declarar constrições teóricas ou fazer apelos morais ao soberano, mas sim assegurar a garantia dos direitos fundamentais de forma tão efetiva quanto o é a separação real dos poderes e das potências. Assim essa limitação efetiva do poder alcançou-se através da consagração constitucional dos direitos, tornando-se direitos constitucionais fundamentais reunindo por força dessa dignidade formal, as condições para que lhes seja reconhecida relevância jurídica positiva com valor superior ao da própria lei parlamentar ⁽²⁴⁾ (ANDRADE, 2004).

²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. 2004. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.^a Ed. Coimbra : Almedina. Cit. Pág. 23. «É certo que em França os direitos fundamentais ficaram

Durante a Segunda Guerra Mundial, e depois dela, sentiu-se a necessidade de garantir ao nível de uma comunidade internacional mecanismos jurídicos para a proteção dos direitos fundamentais a nível mundial. Assim, prevê-se uma terceira dimensão dos direitos fundamentais antevendo-se uma civilização universal e agora afiguram-se irreduzíveis as sensibilidades e as valorações, que se sustentam nos diversos povos a respeito dos direitos e dos deveres do homem e do estado (MIRANDA, 2000). Exemplos desta dimensão universal são as inúmeras declarações e documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; os Pactos Internacionais, um sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais e outro sobre Direitos Cívicos e Políticos, sendo ambos de 1966; a Convenção Americana dos Direitos do Homem assinada em 1969; Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem a nível Europeu de 1950; Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos de 1981 e a Carta Árabe de Direitos Humanos assinada em 1994.

A assinatura destas declarações, convenções e pactos assinalam a preocupação internacional em garantir certos direitos fundamentais do homem. Não, porém, na perspetiva jus-racionalista de afirmações de verdade absoluta, válidas para todos os tempos, mas mais modestamente, na perspetiva de manifestações fundamentais de princípios inscritos na consciência jurídica universal, que hoje seria comum aos povos de todos os continentes ⁽²⁵⁾ (ANDRADE, 2004: 30).

Analisando agora a evolução dos direitos fundamentais, sob as vestes do positivismo jurídico no contexto histórico da cultura ocidental, é comum para a maioria da doutrina falar em gerações dos direitos fundamentais, para explicar a evolução desses direitos.

A expressão “geração de direitos” tem sofrido várias críticas por parte de alguma doutrina, pois o uso do termo “geração” pode dar a falsa impressão de uma substituição gradual de uma geração por outra, o que poderá ser um erro, já que os direitos de liberdade e propriedade não desapareceram. Além disso, a ideia pode induzir que certos direitos só poderão ser reconhecidos quando a geração anterior de direitos fundamentais estiver amadurecida. A teoria da geração dos direitos fundamentais pode ser perigosa, na medida

e mantêm-se ainda fora do articulado constitucional (...) precisamente para mostrar o seu carácter supraconstitucional. Dai proveio o mal-entendido que levou a sublinhar o carácter filosófico e abstrato e declamatório das declarações (...) pois afirmava-se a superioridade moral dos direitos, mas não se garantia a sua efetividade no plano jurídico.

²⁵ O autor fala ainda numa dimensão de direitos fundamentais constitucional positiva, albergando os direitos fundamentais internacionais e não esquecendo a dimensão jusnaturalista dos direitos fundamentais. Sobre esta dimensão ver: ANDRADE, José Carlos Vieira de. 2004. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ª Ed. Coimbra : Almedina. Cfr. Pág. 37 e ss.

em que poderá dificultar a sua positivação e efetivação. Poderá levar também a que se considere que os direitos de primeira geração (liberdade) são mais importantes do que os direitos de segunda geração (igualdade), como se houvesse uma hierarquia entre esses direitos. Atendendo às razões expostas, será aconselhável falar em direitos fundamentais no contexto da sua evolução histórica ou no reconhecimento dos direitos fundamentais ao longo da história, não descurando que a terminologia “ geração” possui, sobretudo, um inegável valor didático que auxilia o estudo dos direitos fundamentais, induzindo a ideia de historicidade desses mesmos direitos.

Os direitos fundamentais para Vieira de Andrade foram reconhecidos politicamente com as revoluções liberais, aparecendo fundamentalmente como liberdades. Esta época é marcada pelas revoluções americana e francesa, e mais tarde pelas revoluções liberais europeias, em que se exigia do estado um abstencionismo face à vida económica e social como na vida pessoal. A propriedade torna-se mais que um conteúdo de um direito fundamental, uma condição objetiva e uma garantia da liberdade. A segurança constitui um pressuposto da liberdade (ANDRADE, 2004).

O traço que marca o reconhecimento destes direitos, é que se trata de liberdades reivindicadas contra e face ao estado, consagrando-se um conjunto de direitos de natureza negativa e de natureza individualista (HAARSCHER, 1993). Assim, neste contexto liberal, os direitos fundamentais eram vistos como liberdades, em que o conteúdo era determinado pela vontade do seu titular ou como garantias, para assegurar a não intervenção do poder público enquanto direitos de defesa perante o estado (ANDRADE, 2004).

Com a revolução industrial dos séculos XVIII e XIX, que correspondeu a um salto tecnológico deflagrado pela aplicação da máquina a vapor aos processos produtivos, o indivíduo embora protegido contra o arbítrio do estado via-se agora desguarnecido em face aos efeitos perversos do novo sistema económico. As péssimas condições de vida dos trabalhadores do século XIX desencadearam um surto de greves, agitações e rebeliões por toda a Europa. Na verdade, a revolução industrial no plano fático, e o ideário socialista, na esfera intelectual, revelaram ao mundo um novo tipo de homem, o homem real, concreto, situado, longe daquele homem natural dos iluministas, titular de direitos eternos e imutáveis (LEWANDOWSKI, 2008: 392). Nesta época, esfumam-se os resíduos do poder monárquico, favorecem-se as autonomias locais, a sociedade estrutura-se em grupos e organizam-se partidos em massas. Aparecem assim os direitos de participação na vida política, à greve, à liberdade religiosa, de associação, de liberdade de imprensa, à educação, à proteção da saúde, à segurança social e à cultura (ANDRADE, 2004). A

igualdade torna-se o lema da maioria destes direitos sociais, exigindo agora do poder público uma postura de prestador de serviços. Não se trata agora de direitos contra o estado mas direitos através do estado.

O reconhecimento dos direitos económicos, sociais e culturais, ao lado dos antigos direitos individuais, não esgotou a produção legislativa no campo dos direitos fundamentais. De facto, com a explosão demográfica, as guerras mundiais, as agressões ao meio ambiente, a competição económica internacional em suma, com a globalização dos problemas do homem sobretudo a partir da segunda metade do século XX, surgiu uma nova classe de direitos, que se convencionou chamar de direitos de solidariedade ou de fraternidade ou direitos de terceira geração. Dentre eles destacam-se o direito à paz o direito à autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, o direito à proteção do meio ambiente e do património comum da humanidade (LEWANDOWSKI, 2008: 393).

Atualmente e a partir do final do século XX, a sociedade continuou a evoluir aceleradamente, assistindo-se a um espetacular desenvolvimento tecnológico e científico, realçando uma mudança no paradigma cultural. Por um lado, instalou-se uma sociedade de comunicação nas relações entre as pessoas, uma sociedade de informação impulsionada pelos meios de comunicação, uma sociedade consumista numa perspectiva económica, abriram-se as fronteiras, e o multiculturalismo impôs-se numa sociedade completamente globalizada. Por outro lado, os sociólogos descrevem a sociedade atual como uma sociedade de risco ou de desaparecimento. Do ponto de vista político afirma-se a falência do estado como entidade nacional soberana perante os fenómenos da mundialização. E desde logo, a tendência atual procura desenvolver um novo tipo de direitos, como os direitos de solidariedade, o direito à democracia, o direito à identidade genética face ao perigo das novas técnicas de manipulação genética, da liberdade contratual, direitos à diferença (orientação sexual) e o direito das minorias. As tendências atuais destes direitos, embora não sejam direitos de defesa nem direitos de participação e de prestação, formam um complexo de todos eles. São direitos circulares com uma horizontalidade característica e uma dimensão objetiva, que protegem bens, que embora possam ser individualmente gozados, são ao mesmo tempo direitos comunitários, não só de todos os seres vivos mas respeitam as gerações futuras na medida em que esteja em causa a sobrevivência da sociedade (ANDRADE, 2004).

3.6. Direito à liberdade de investigação científica, direito à identidade genética e direitos constitucionais

Os notáveis avanços científicos das últimas décadas na área da genética humana suscitaram grandes problemas, tanto no plano ético como no jurídico. A ciência já não se limita a descobrir, tem hoje a possibilidade de alterar e criar algo com o genoma humano. No plano jurídico o direito à liberdade de investigação científica, mais concretamente a possibilidade de manipulação genética de embriões que muitos consideram humanos ou pessoas, pode traduzir-se na violação ou na colisão com outros direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

No que concerne à dicotomia entre o direito à investigação e direitos fundamentais existem duas grandes correntes. Uma das teses considera que, nesta época de incerteza, dever-se-á optar por uma atitude conservadora sem definir a natureza humana procedendo cautelosamente até que soubéssemos para onde estamos a caminhar. A corrente diametralmente oposta considera que já que vivemos num tempo de incerteza, a solução é aderir a uma postura liberal e avançar rapidamente de forma a atingir o conhecimento de que necessitamos para a definição da nossa natureza (BARBAS, 2011: 70). Fará sentido, procurar uma harmonização doutrinal destas duas correntes doutrinárias?

Analisando o problema no âmbito do direito constitucional, optando pelas disposições referentes a direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa, o direito à liberdade de investigação científica encontra-se consagrado no artigo 42.º do referido diploma. A liberdade de investigação científica é uma manifestação particular da liberdade de expressão. Trata-se de uma liberdade pessoal. É positivada como direito não sujeito à reserva de lei restrita. Os limites a considerar são apenas limites resultantes da sua colisão com outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente garantidos. Os limites mais frequentes, não expressamente consagrados na constituição dizem respeito ao direito à vida, à identidade genética, integridade física e moral em experiências médicas (CANOTILHO, 2007).

Haverá em todo o caso a necessidade de procurar um ponto de equilíbrio entre a colisão desses direitos fundamentais. Será esse ponto de equilíbrio a dignidade da pessoa humana? Citando Jorge Miranda “para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa”. Então poder-se-á, dadas as circunstâncias e ponderando os interesses em causa, levar um pouco mais longe a investigação científica em matéria do genoma humano? Então, quando se possibilita a derrogação e a restrição de direitos fundamentais

nomeadamente o direito à liberdade, nos casos especialmente previstos em documentos estatais e em pactos internacionais, qual será o ponto de equilíbrio? A ordem pública? Não será demais lembrar que é nos casos de estado de sítio e estado de emergência, em virtude de um conflito armado, que mais se violam direitos fundamentais pondo em causa nomeadamente a dignidade das pessoas. No entender do Prof. Oliveira Ascensão dever-se-á evitar o recurso desmesurado a este princípio ontológico da dignidade da pessoa humana, que pode levar à banalização do mesmo (ASCENSÃO, 2003).

Para avaliar o âmbito de aplicação do direito à investigação científica, será preponderante realçar a importância de outros direitos fundamentais, nomeadamente o direito à identidade genética, na medida em que possa haver uma colisão de direitos fundamentais.

Na Constituição da República Portuguesa podemos encontrar o que se pode chamar de Bio-Constituição, no seu artigo 26.º. O n.º 3 deste artigo, ao garantir a dignidade pessoal e a identidade genética suscita algumas interrogações. Mas antes destas interrogações, Stela Barbas entende que é necessário proceder à distinção entre identidade pessoal e identidade genética. A autora diz-nos que a identidade genómica é parte integrante da identidade pessoal. Cada pessoa é um ser dotado de razão, autonomia, liberdade e autodetermina-se, e que cada um é produto do diálogo entre o genoma e meio ambiente. A vida espiritual, o meio ambiente, a liberdade a racionalidade e a cultura enriquecem a personalidade para além do puro determinismo genómico. Assim o clone nunca terá a mesma identidade pessoal que o ser clonado embora possua a mesma carga genética, pois não é possível clonar a identidade pessoal (BARBAS, 2011). Será então o objetivo da constituição consagrar biodireitos?

Inicialmente, no caso de se tratar de biodireitos, é oportuno perguntar se se trata de direitos autónomos ou de dimensões de direitos constitucionalmente garantidos. Em segundo lugar, é também duvidosa a sua base antropológica, pois não é líquido que o n.º 3 desse artigo 26.º tem como referencia o ser humano vivo ou engloba também os bens da vida (células, embriões, fetos). No entender de Gomes Canotilho, no que respeita ao âmbito da dissertação em questão, a garantia constitucional da dignidade pessoal e a garantia da identidade genética ⁽²⁶⁾ não são postas em causa pelas práticas de fertilização

²⁶ A garantia da identidade genética implica a proibição da reprodução artificial da mesma constituição genética ou do mesmo genoma humano, abrangendo desta forma a clonagem reprodutiva, que implica a duplicação do mesmo indivíduo, perpetuando o seu genoma. Implica da mesma forma a proibição da criação de seres híbridos ou quimeras, e a criação de seres humanos hermafroditas ou sem sexo. Cfr.

artificial e de reprogenética, entendendo-se que os chamados direitos reprodutivos podem alicerçar-se em procedimentos biomédicos de fertilização in vitro e de transferência de embriões. Mas sempre restarão problemas relacionados com a utilização de embriões excedentários para fins de investigação e terapia (CANOTILHO, 2007). No âmbito deste artigo, fica assim sem esclarecimentos os casos controversos da terapia génica e da engenharia genética de melhoramento.

Outro direito constitucionalmente garantido, que está intimamente ligado com o direito à investigação científica e à identidade genética, podendo originar uma colisão de direitos, é o próprio direito à vida (artigo 24.º). Os problemas constitucionais mais controvertidos do direito à vida dizem respeito ao começo e ao fim da vida humana. O constitucionalista Jorge Miranda considera, que a inviolabilidade da vida humana e da sua dignidade projetam-se não só para a vida depois do nascimento, como também desde o momento da conceção (MIRANDA, 2000).

A constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Protege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus titulares. Enquanto bem ou valor constitucional garante também a vida pré-natal. Mas segundo Gomes Canotilho é seguro que a proteção da vida intra-uterina não tem de ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até ao nascimento, e que não existe um estatuto jurídico-constitucional do embrião não implantado, sendo questionável a sua subjetividade e aceitável a sua proteção objetiva (CANOTILHO, 2007:449).

Com isto fica demonstrado os problemas controversos que a investigação científica se depara em matéria de direitos fundamentais. Haverá espaço para a criação de biodireitos? Caberá ao legislador essa tarefa? Não haverá um direito a nascer saudável?

Embora o tema “manipulação genética” tenha uma ligação profunda com estes direitos fundamentais, não podemos descuidar outros, como o direito à saúde, à integridade física e moral, à igualdade, à liberdade, entre outros, que pela abrangência destes temas não poderão ter aqui o desenvolvimento desejado. Sobre o direito à vida e o direito à personalidade jurídica mais desenvolvimentos caberão nos capítulos subsequentes.

Parte II

Manipulação Genética, Ética e Direito

4. O projeto genoma humano

4.1. Do projeto genoma humano à bioética

A genética é a ciência do século XXI, tal como a física foi do século XX e a química do século XIX. Se o século XX presenciou a extraordinária manipulação do átomo, o século XXI assistirá há ainda mais extraordinária manipulação: a dos genes de todos os seres vivos incluindo o próprio homem (BARBAS, 2011: 37).

Foi com Gregor Johann Mendel que pela primeira vez se estabeleceu as bases científicas da hereditariedade. Foi graças a Mendel, que se descobriu que a única razão pela qual a maioria das características herdadas parece uma mistura, se deve ao facto de envolverem mais do que uma partícula. (BARBAS, 2011).

Entretanto, é somente após a segunda revolução biológica ocorrida com a descoberta do DNA por O. T. Avery, e pela descoberta da dupla cadeia polinucleotídica que constitui a molécula do DNA por James Watson, Francis Crick, Rosalind Franklin e Maurice Wilkins, e a consequente aplicação prática operada pela engenharia genética dos anos oitenta, que se pode falar em emergência *stricto sensu* do paradigma biotecnocientífico. Com efeito, é a partir deste momento que se criam as condições para que a forma de saber-fazer racional e técnico dos engenheiros não se limitasse mais aos objetos físicos e químicos, mas fosse também aplicado aos organismos biológicos com o objetivo de reprogramá-los de acordo com projetos de melhoria do bem-estar humano (SCHRAMM, 1998: 219).

Assim os avanços alcançados pelo desenvolvimento científico e tecnológico nos campos da biologia e da saúde, principalmente nos últimos trinta anos, têm colocado a humanidade frente a situações até pouco tempo inimagináveis. Se por um lado todas estas conquistas da ciência trazem grandes esperanças na melhoria da qualidade de vida das pessoas, por outro lado criam grandes contradições que necessitam ser analisadas com vista ao equilíbrio e o bem-estar da espécie humana (GARRAFA, 1998: 99).

Para nós, a biotecnologia é inquietante porque manipula a própria vida. E torna-se mais inquietante quando volta a sua atenção para a própria pessoa humana. É o caso do Projeto Genoma Humano (PENA, 1998: 139). O genoma humano consiste em 3 bilhões de

pares de base de DNA ⁽²⁷⁾ (ou ADN em português), distribuídos em 23 pares de cromossomas ⁽²⁸⁾ contendo entre 20 a 25 mil genes ⁽²⁹⁾. Cada cromossoma é constituído por uma única e muito longa molécula de DNA, a qual por sua vez, é o constituinte químico dos genes. O DNA é composto por sequencias de unidades chamadas nucleotídeos ou bases. Existem quatro bases: A (adenina), T (timina), G (guanina) e C (citosina). A ordem das quatro bases na fita de DNA determina o conteúdo informacional de um determinado gene ou segmento (PENA, 1998).

O projeto genoma humano é fruto de um congresso realizado em 1986, em Nova Iorque, o congresso sobre *Molecular Biology of the Homo Sapiens*, e de uma reunião subordinada ao tema *Informational Forum on the Human Genome* em 1987 em Bathesland (Maryland). Em 1988 o Department of Energy e os National Institutes of Health concordaram em criar um subcomité encarregue de elaborar para 1990, um Plano Nacional do Genoma, solicitado pelo Congresso dos Estados Unidos da América (BARBAS, 2011).

Em 1990 teve então início o Projeto Genoma Humano ⁽³⁰⁾, que visa o mapeamento completo de todos os genes humanos e o sequenciamento completo dos 3 biliões de bases do genoma humano (PENA, 1998). Este projeto visa estabelecer uma carta genética que cubra a integralidade do genoma humano e permita identificar os genes responsáveis por todas as doenças genéticas ⁽³¹⁾ (BARBAS, 2011: 73). Este projeto tem sido comparado com o projeto de envio do homem à lua (PENA, 1998: 140).

Para a coordenação e regulamentação do Projeto Genoma Humano foi criada em 1988 a organização do Genoma humano – HUGO (*Human Genome Organisation*). A missão da HUGO é promover a cooperação internacional na iniciativa genómica humana e assistir na coordenação da pesquisa. A HUGO tem vários comités, incluindo: mapeamento,

²⁷ DNA são as iniciais de ácido desoxirribonucleico e é uma macromolécula que tem a estrutura de uma dupla hélice, representando o suporte químico da transmissão hereditariedade. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. 2011. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra : Almedina. Cit. Pág. 12.

²⁸ *Idem*, Pág. 11. «O cromossoma é a microscópica e filiforme parte da célula que contem dados hereditários em forma de genes».

²⁹ *Idem, ibid.* «Os genes são a seção da cadeia de DNA que determina a síntese das proteínas que dominam todos os processos da vida. O termo gene vem do grego e significa origem ou nascimento».

³⁰ Além dos Estados Unidos da América outros países iniciaram também programas de pesquisas sobre o genoma humano. Os maiores programas desenvolvem-se na Alemanha, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coreia, Dinamarca, França, Holanda, Israel, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia, Suécia e União Europeia.

³¹ Cfr. BARBAS, S., *op. Cit.*, Pág. 75. «Alem do que já foi exposto, o Projeto Genoma Humano tem ainda como principais objetivos: identificar os determinantes das enfermidades monogenéticas e multifactoriais (...) fazer protocolos de diagnóstico para a avaliação do risco (...), desenvolver e melhorar a tecnologia e os exames que, de modo eficaz e económico, possam ser utilizados na sequenciação do DNA e dos testes genéticos (...), e estabelecer as bases científicas que promovam o aperfeiçoamento da reparação e substituição dos genes nas células somáticas».

bioinformática, propriedade intelectual e bioética (PENA, 1998: 143). A HUGO é uma organização internacional não-governamental, de consulta e coordenação entre as pessoas envolvidas no projeto e não entre governos ou países, sem fins lucrativos nem financia a investigação. Interessante o facto de a HUGO se classificar a si própria como uma organização que possibilita mais do que proporciona (BARBAS, 2011).

Sem dúvida alguma que a emergência da biotecnologia representa um avanço técnico de grande magnitude, pois o potencial do progresso biotecnológico é fantástico e certamente terá impactos múltiplos na vida quotidiana das pessoas (PENA, 1998: 139). Mas a evolução da ciência continuou caminhando a passos largos, com estudos mais aprofundados e audaciosos, inclusivé a manipulação genética e a colonagem da vida humana. Mas o ser humano e as questões que o envolvem não poderiam ser vistos apenas como um projeto de carácter científico, reduzindo o homem a uma coisa a ser utilizada a bel prazer das ciências biológicas, mas sim deviam ser respeitados enquanto um ser formador do mundo na sua dignidade humana (SILVA, 2008).

Vivemos actualmente numa época em que os avanços verificados ao nível da biologia celular e da genética humana tem modificado os nossos hábitos humanos na alimentação, no meio ambiente e na saúde. Hoje é possível criar organismos com propriedades completamente novas, os organismos geneticamente modificados (OGM). A manipulação do genoma humano, os testes genéticos ao possibilitar o diagnóstico, com bastante antecedência de doenças em embriões humanos, pode desencadear novas formas de eugenia. A investigação embrionária, a terapia genética, a engenharia genética de melhoramento, a clonagem, a interrupção voluntária da gravidez e a eutanásia, são temas que a realidade científica (e não só) não pode ignorar. Por isso a construção de uma estrutura de normas bioéticas deverá abranger todos os membros de todas as áreas das ciências naturais, e das ciências sociais numa espécie de convergência dialética.

A bioética é atualmente considerada como uma disciplina autónoma com uma identidade distinta da medicina, do direito, da deontologia e da ética ainda que a eles se encontre intimamente ligada. Poderá não ser uma disciplina, mas é o ponto de encontro de diversas disciplinas com problemas suscitados pelo direito, pela ética e pelos avanços da medicina (BARBAS, 2011).

Van Renssaeler Potter foi o primeiro a utilizar a palavra bioética. No prefácio do livro *bioethics bridge to the future* publicado em 1971, Van Renssaeler Potter propõe-se construir uma ponte para o futuro fazendo a ligação entre duas culturas que parecem, à partida, incapazes de se relacionar – a cultura científica e a cultura humanística (FAEL,

2005: 94). Ao introduzir o termo bioética na literatura científica internacional, Van Potter pretendeu, com toda a certeza, despertar a consciência coletiva para uma realidade que vinha sendo serenamente afastada do debate político e da arena científico-tecnológica desde há largos anos (NUNES, 1995: 10).

A bioética, nos seus primórdios, focava-se na questão e num compromisso universal que visava o equilíbrio e a preservação da vida no planeta. A bioética não é apenas uma versão moderna da ética médica tradicional, pois não trata apenas problemas deontológicos entre o médico e o doente, mas sim de problemas preexistentes como o aborto e a eutanásia, e de problemas emergentes como terapia genética e a clonagem. Não se trata de uma moral do bem e do mal aplicado à realidade de avanços biotecnológicos concretos, mas sim uma ação multidisciplinar e interdisciplinar. Assim a bioética tem como objetivo a preocupação crítica relativamente ao progresso da ciência. Do ponto de vista etimológico a bioética consiste no esforço de estabelecer um diálogo entre a ética e a vida. Em grego *bíos* significa vida e *éthiké* quer dizer ética. Sim, porque no fundo a bioética é também ética, e não se prende com uma simples uniformização de valores; ela exige uma reflexão sobre os próprios valores e as respetivas opções (BARBAS, 2011). No entender de Stela Barbas a finalidade da bioética na área da genética é desenvolver linhas de orientação e regras para uma correta utilização da tecnologia genómica, analisando a evolução da genética tentando abordar os potenciais efeitos da informação e determinar as condições que justificam a utilização desta tecnologia (BARBAS, 2011: 129).

É indispensável analisar que as regras ou princípios (³²) que dispõem sobre o desenvolvimento científico e tecnológico devem ser cuidadosamente elaboradas para, por um lado, prevenir abusos e, por outro, evitar limitações e proibições descabidas (GARRAFA, 1998: 102). A força da ciência e da técnica está, exatamente, em apresentar-se como uma lógica utópica de libertação que pode levar-nos a sonhar para o futuro inclusive com a imortalidade (GARRAFA, 1998: 105).

A primeira advertência formal sobre os riscos inerentes ao progresso científico e tecnológico foi feita pela ONU, em 10 de novembro de 1975, quando proclamou a Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade (DALLARI, 1998: 231). Nessa mesma linha de

³² O relatório de Belmont (*Belmont report*) de 1978, consagrou os primeiros princípios normativos na investigação biomédica ainda hoje fundamentais: Princípio da justiça; o princípio da beneficência; e o princípio do respeito pelas pessoas. Atualmente outras imposições são consagradas em virtude da exigência daqueles três princípios como o princípio da não maleficência, o consentimento informado e a autonomia pessoal exigência do respeito pelas pessoas; a beneficência implica a avaliação de riscos e benefícios.

preocupações tem-se desenvolvido nos últimos anos novas preocupações relacionadas com a vida e seu significado ético. No ano de 1993, ao ser implantado o Comitê Internacional de Bioética, por iniciativa da UNESCO, foi assinalado que ele tinha sido criado em decorrência das preocupações éticas suscitadas pelos progressos científicos e tecnológicos relacionados com a vida, sobretudo no âmbito da genética (DALLARI, 1998: 233).

Outro importante passo no sentido de estabelecer parâmetros na aplicação dos novos conhecimentos e das novas possibilidades nas áreas da medicina e da biologia é a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem da UNESCO, de 11 de Novembro 1997, conseguindo-se reafirmar direitos e deveres de todos os seres humanos, devendo ser respeitados os direitos humanos e a dignidade de todas as pessoas, independentemente das suas características genéticas ⁽³³⁾.

Não menos importante é também a convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Conselho da Europa, Oviedo, 4 de Abril de 1997). Tem um Protocolo Adicional de 12 de Janeiro de 1998, que proíbe a clonagem de seres humanos (ASCENSÃO, 2003).

A bioética exige uma visão e uma metodologia, não só multidisciplinar como interdisciplinar, porque as consequências das investigações biomédicas envolvem diversos aspetos de natureza, económica, antropológica, social, jurídica, entre outros. A bioética tenta fazer com que a ética chegue à sociedade e que esta olhe para a ética. Os problemas éticos suscitados pelo projeto genoma humano não podem ser analisados somente por médicos, economistas, ou geneticistas. O enfoque tem de ser o da bioética, envolvendo os vários sectores da sociedade, e esta, tal como os juristas, não podem assistir pacificamente de braços cruzados aos acontecimentos do progresso genómico. Cabe à bioética proceder a uma avaliação cuidadosa e racional dos progressos ao nível do genoma e incentivar os juristas a avaliar os direitos existentes e a formular novos direitos (BARBAS, 2011).

³³ Trata-se de uma mera declaração. Tem como é natural um carácter de proclamação de princípios. Todavia, as intervenções sobre o genoma humano são justamente o seu objeto. Contém várias pronúncias sobre aspetos particulares. E o art. 24.º prevê práticas que poderão ser contrárias à dignidade humana, como as intervenções sobre a linha germinal. Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. 2003. *Intervenções no genoma humano : Validade ético-jurídica*. In revista da ordem dos advogados. Ano 63. Vol. I e II. Abril. Disponível na internet em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=57754&ida=57721

4.2. A medicina preditiva e testes genéticos

4.2.1 Medicina preditiva

O Projeto do Genoma Humano vai permitir, assim, avaliar o mais íntimo do ser humano, prever as suas doenças ou predisposições bem como modificar a sua constituição genética (BARBAS, 2011: 85). Cumpre desde já, deixar claro que o genoma humano e o património genético são realidades distintas. O genoma humano determina o património genético porque se o genoma de um indivíduo for manipulado geneticamente (antes do seu próprio nascimento este fica, à partida, alterado, condicionado às limitações impostas pelo genoma modificado. Ou seja, o património genético vai ser, desde logo diferente porque cada pessoa vai ter o seu modo de ser, de pensar e de estar no mundo (BARBAS, 2011: 13).

Neste capítulo será fundamental fazer uma alusão à medicina preditiva, aos testes genéticos, à terapia genética, à engenharia genética de melhoramento, e ao problema dos embriões excedentários.

A medicina tem sido encarada, desde sempre, como um ramo do conhecimento científico vocacionado para o tratamento das manifestações clínicas das diversas doenças que afligem a humanidade. Recentemente, contudo, a possibilidade de, para além de tratar, prevenir a ocorrência dessas doenças, modificou o modo de perspetivar a ciência médica. Desta forma, o alvo de atuação deixou de ser exclusivamente o indivíduo doente para ser, de igual forma, a pessoa saudável (NUNES, 1995: 189).

A essência da medicina preditiva, como o próprio nome indica, é a capacidade de fazer predições quanto à possibilidade de que o paciente venha a desenvolver alguma doença (nível fenotípico) com base em testes laboratoriais em DNA (nível genotípico) ⁽³⁴⁾. Assim, a capacidade preditiva do teste vai depender do nível de relacionamento do gene testado com a doença (PENA, 1998: 144).

³⁴ Sobre este assunto ver: PENA, Sérgio Danilo J, AZEVÊDO, Eliane S. 1998. *O Projeto Genoma Humano e a Medicina Preditiva : Avanços técnicos e dilemas éticos*. In COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, GARRAFA, Volnei, OSELKA, Gabriel (Coordenação). *Iniciação à Bioética*. Brasília : Conselho Federal de Medicina. Cit. Pág. 143. «Determina que as características observáveis deste ser humano, ou seja, sua aparência física, seu estado de saúde, suas emoções, constituem o seu *fenótipo*. Ao contrário do genoma (*genótipo*) que permanece constante por toda a vida, o *fenótipo* é dinâmico e muda constantemente ao longo de toda a existência do indivíduo, registrando, assim, a sua história de vida. O *genótipo* não determina o *fenótipo*; ele determina uma gama de *fenótipos* possíveis, uma *norma de reação*. Em resumo, nosso genoma não determina um *fenótipo*, mas estabelece uma gama de possibilidades. Qual *fenótipo* se concretizará vai depender do ambiente e de suas interações com o *genótipo*».

No domínio das doenças genéticas, esta capacidade de previsão toma a forma de uma análise probabilística, dado existir grande variabilidade quanto ao grau de penetração da maioria das doenças monogénicas. Mais ainda, as doenças genéticas de expressão tardia, sejam elas monogénicas ⁽³⁵⁾ ou multifatoriais ⁽³⁶⁾, podem manifestar-se em idades diferentes consoante o indivíduo afetado. No entender de Rui Nunes no âmbito de um diagnóstico pré-natal, a medicina preditiva suscita questões de índole moral como a impossibilidade de obter o consentimento do sujeito e a dificuldade em determinar quais as patologias que pela sua gravidade devem ser objeto de rastreio (NUNES, 1995). Outro problema suscitado pela medicina preditiva decorre daqueles casos em que se impossibilita a prática de testes genéticos quando ainda não existe tratamento eficaz, impossibilitando desta forma a interrupção voluntária da gravidez. São estes e outros problemas éticos que em sede própria trataremos com maior clareza.

Assim os testes genéticos possibilitam prever, com bastante antecedência doenças que indivíduos aparentemente são virão a sofrer, bem como prever as suas predisposições para determinadas doenças. Atualmente os novos testes já diagnosticam a Coreia de Huntington, fibrose quística, Alzheimer, Tay Sachs, Lou Gehrig, hemofilia, talassemia, deficiência alfa-1-antitripsina, esclerose lateral amiotrófica, ataxia talangectasia, gaucher, cancro do ovário, da mama, do cólon hereditário, mal de Charcot-Marie-Tooth, hiperplasia adrenal congénita, distrofia muscular de Duchenne, distonia, anemia de Falconi, factor V-Leiden, síndrome X-frágil, distrofia, miotónica, neurofibromatose de tipo I, fenilcetonúria, doença poliquística renal, síndromas de Prader Willi e de Angelman, etc. (BARBAS, 2011: 86).

Estes testes não têm só o objetivo de verificar se um ou mais genes estão presentes ou ausentes num determinado genoma, como também possibilitam a verificação se estes genes podem ou não ser transferidos aos seus descendentes.

Assim os testes genéticos de predição podem ser de três tipos: diagnóstico pré-sintomático de doenças monogénicas (isto é causadas por a alteração de um só gene); diagnóstico de predisposições; predição do risco de enfermidades em gerações futuras (ARCHER, 1998: 95).

³⁵ BARBAS, S., *op. cit.* Pág. 95. «As doenças monogénicas são mutações em um único gene que por si só é capaz de causar uma doença genética, ou seja provocadas pelo funcionamento deficiente de um único gene. Estas doenças atingem milhões de pessoas em todo o mundo».

³⁶ *Idem, ibid.* «As doenças multifatoriais ou poligénicas atingem a maioria das doenças comuns do ser humano (cancro, diabetes, hipertensão) e são provocadas pela deteção de um gene reconhecidamente associado a uma enfermidade influenciada pelo meio ambiente, e não garante sequer que a doença se venha a manifestar. Aqui o fator ambiental é determinante no desenvolvimento da patologia».

4.2.2. Tipos de testes genéticos

4.2.2.1. Diagnóstico pré-sintomático de doenças monogénicas

O diagnóstico pré-sintomático de doenças monogénicas possibilita detetar muito tempo antes de haver qualquer sintoma, uma alteração genética que, com probabilidade próxima dos 100%, se irá manifestar muito mais tarde (20, 30, 40 anos depois), sob a forma de determinada doença. Há casos em que a doença é inevitável, não havendo qualquer terapia eficaz como o caso da doença da coreia de Huntington, ou da doença de Alzheimer (³⁷). Noutros casos, há lugar para tratamentos precoces de prevenção. Este diagnóstico pode realizar-se em qualquer fase da vida, num adulto, criança, e até mesmo na fase pré-natal e ainda nas fases de desenvolvimento do embrião *in vitro*. Extraí-se a célula pretendida e o resto do embrião poderá então transferir-se para o útero da mulher ou não dependendo do diagnóstico pré-implantatório (ARCHER, 1998: 96).

Assim este teste preditivo consiste em estudos genéticos feitos em indivíduos sem manifestações da doença nem sinais nem sintomas. Permitem identificar os portadores de uma forma mutada de um gene que seja, com grande probabilidade, patogénica em idade posterior ao momento da realização do teste, ou para os descendentes (REGATEIRO, 2003: 447).

4.2.2.2. Diagnóstico de predisposições

O diagnóstico de predisposição deteta se uma pessoa tem um gene que lhe dá uma possibilidade superior à maioria da população para contrair certa doença. A manifestação de um elevado número de enfermidades, tais como certos tipos de cancro, diabetes, doenças cardiovasculares, é fruto de todo um conjunto de fatores não só genéticos como também ambientais. No que diz respeito às condições ambientais é possível tomar medidas para prevenir a enfermidade. Este teste possibilita selecionar os indivíduos que possuem o

³⁷ PENA, S., *op.*, *cit.* Pág. 149. «Por um lado, temos o diagnóstico pré-sintomático de doenças génicas, situação em que há grande previsibilidade mas baixa possibilidade de modificação do risco de desenvolvimento da doença, e por outro temos doenças multifatoriais poligénicas em que um único teste genético tem baixa previsibilidade, mas grandes possibilidades de se manipular o ambiente para evitar o desenvolvimento da doença. Estas últimas incluem as várias formas de cancro, diabetes, coronariopatias, hipertensão, doença de Alzheimer, artrite reumatóide, colite ulcerativa, esclerose lateral amiotrófica, esclerose múltipla entre outras».

gene da predisposição. Se essas pessoas se submeterem a medidas especiais de prevenção podem evitar que a enfermidade diagnosticada se venha a revelar. O teste pode ser feito em qualquer fase da vida (adulta, pré-natal e pré-implantatória) (BARBAS, 2011: 88).

4.2.2.3. Diagnóstico de predição de riscos para futuras gerações

A Predição de riscos para futuras gerações pode muitas vezes ser calculada. Este teste permite detetar translocações ou anomalias nos cromossomas que, pelo facto de estarem equilibradas não trazem à pessoa que as possui qualquer sinal de doença, mas que podem ser transmitidas à descendência em forma desequilibrada, revelando-se então em várias doenças. Exemplos dessas doenças são o caso de doenças ligadas ao cromossoma X (miopatia de Duchenne, hemofilia) de doenças resultantes da amplificação de repetições de trinucleotídios, doença de Huntington e outras (ARCHER, 1998).

4.2.2.4. Rastreio

Parece útil sublinhar que os testes genéticos não devem ser confundidos com o rastreio genético. O rastreio tem como objetivo conhecer a difusão de doenças infecciosas ou hereditárias numa determinada população. Destina-se à população em geral e não a um indivíduo concreto. O rastreio é promovido pelas autoridades públicas de saúde e só pode ter lugar depois de a doença objeto de rastreio ter sido identificada. A enfermidade tem antes de mais revestir determinada relevância e afetar uma grande percentagem dos membros da sociedade, com o objetivo de procurar evitar o aparecimento ou a transmissão de genes nocivos (BARBAS, 2011).

Com o rastreio, analisando diretamente o DNA, permitirá detetar a mutação em causa e determinar quais os fetos atingidos pela doença. O rastreio torna-se assim um instrumento importante na deteção de genes responsáveis pela talassemia e Tay Sachs. Assim fazendo o rastreio em mais de um milhão de jovens em risco já se conseguiu diminuir substancialmente a incidência da doença nos grupos mais afetados por estas patologias (NUNES, 1995).

4.3. Manipulação genética para fins terapêuticos e de melhoramento

4.3.1. A terapia génica

O conhecimento do genoma humano, em particular, abre espaços maravilhosos de atuação, e cria da mesma forma grandes zonas críticas. As possibilidades de intervenção, na terapia génica, na procriação, no diagnóstico, ou em muitas outras formas de atuação sobre a base biológica do ser humano, vão em crescimento contínuo. Mas multiplicam-se os espaços problemáticos, na investigação e experimentação científica (por exemplo, na criação de monstros), no diagnóstico (incluindo o pré-natal), na determinação e alcance do consentimento a exigir, e em tantos outros setores. E esses problemas fazem-se sentir em todas as aplicações: policiais e criminais; no emprego e nos seguros; no aborto e na seleção dos embriões; na criação de bancos de dados genéticos; na adoção; na investigação de paternidade; e assim por diante (ASCENSÃO, 2003).

Depois de diagnosticada a doença, o passo seguinte consiste, logicamente, na tentativa de a debelar. Do ponto de vista da genética molecular a solução passa pela alteração do gene. Esse é precisamente, o objetivo da terapia génica que consiste na introdução de um gene funcional que supra as diferenças do gene alterado, isto é, uma espécie de enxerto de material genético hereditário (BARBAS, 2011:91).

No entender de Fernando Regateiro, a terapia génica tem como finalidade curar uma doença de natureza genética, por integração, em células do organismo, de uma cópia normal de um gene mutado ou em falta, ou modulação da expressão génica ⁽³⁸⁾ (REGATEIRO, 2003: 397).

A terapia génica pode ser equacionada para condições hereditárias ou adquiridas. Entre as condições hereditárias, os casos de natureza monogénica são os que permitem uma racionalização mais objetiva. Quando a hereditariedade multifatorial está subjacente, haverá que identificar, entre os genes envolvidos, um que seja determinante na génese ou no controlo da doença em causa e cuja substituição ou modulação por terapia génica possa travar o processo patogénico, sem esquecer que um melhor conhecimento dos fatores ambientais e uma atuação consistente a este nível poderá ser mais eficaz e menos

³⁸ Em termos de hereditariedade para uma doença, a intervenção primária consiste que seja evitada a formação do genótipo anormal responsável, o que pressupõe uma intervenção antes da formação do embrião e do seu desenvolvimento. Quando não tem lugar a prevenção primária, o recurso consiste na prevenção secundária através do DGPI seguido de não implantação do embrião no útero materno, ou do DPN e da eventual interrupção da gravidez. REGATEIRO, Fernando J. 2003. *Manual de Genética Médica*. Coimbra : Imprensa da Universidade de Coimbra. Cit. Pág. 397 e ss.

problemática (REGATEIRO, 2003: 398). Quanto aos métodos de terapia génica esta pode ter lugar de diversas formas: *in vivo*, *in situ*, *ex vivo* ⁽³⁹⁾, e até *in vitro*.

A técnica *in vivo* implica a extração de células do paciente, sua modificação por engenharia genética *in vitro* e posterior reintrodução das células modificadas no mesmo indivíduo. Posteriormente começou por utilizar-se a terapia génica *in vivo* através da injeção direta nos tecidos ou órgãos afetados. Esta modalidade de terapia génica é mais acessível e está a ter um enorme impacto na medicina (ARCHER, 2001: 165).

É necessário no âmbito da terapia génica distinguir a terapia génica somática da terapia génica germinal ou germinativa. Como o próprio nome indica, fala-se em terapia somática quando são usadas células somáticas e germinais ou germinativa quando se recorre a células germinais (BARBAS, 2011).

As células na linha germinativa são os espermatozoides, os ovócitos e as células precursoras, assim como os primeiros estádios do embrião antes da diferenciação da linha germinativa. Todas as outras células do organismo denominam-se somáticas (ARCHER, 2001: 164).

Por outras palavras, é necessário delimitar o âmbito das tentativas de restituição por correção genética, incidindo sobre células somáticas, das que é viável realizar em células germinais. A diferença é fundamental na medida em que toda a transformação genética efetuada em óvulos ou espermatozoides pode ser, eventualmente transmitida à descendência. Pelo contrário, as correções genéticas operadas em células somáticas não são transmissíveis, circunscrevendo-se apenas ao organismo tratado (BARBAS, 2011:93). Em termos éticos a terapia génica somática não levanta grandes problemas da sua utilização. Mais problemática é a questão da terapia génica germinal, que levanta desde logo problemas de identidade e do respeito para com as gerações futuras.

³⁹ *Idem*, Pág. 401 e ss. «As metodologias *ex vivo* são viáveis quando o defeito esta presente em células do sangue ou quando o defeito é sistémico e pode ser corrigido através da transfeção ou transdução de células sem especificidade tecidular. As células são recolhidas do doente e tratadas *in vitro*, e posteriormente reintroduzidas no organismo. A terapia *in situ* tem lugar quando é possível definir um território do organismo com uma via de acesso específico (territórios vasculares bem delimitados como os do fígado, dos rins e do cérebro, ou as vias respiratórias. A terapia génica *in vivo* é executada no indivíduo, sem definição de um território específico, por injeção na corrente sanguínea dos vetores recombinantes. Esta via apresenta ainda algumas dificuldades como o exemplo a ação do sistema imunológico e a não seletividade dos vetores para as células alvo».

4.3.1.1. Terapia génica somática

A terapia génica somática foi tentada, pela primeira vez, em 14 de Setembro de 1990, numa rapariga de 4 anos de idade que, por deficiência no gene da desaminase da adenosina (ADA), não produzia anticorpos em quantidade suficiente para debelar infeções normais, estando por isso em eminente risco de vida (ARCHER, 1998). Assim a terapia génica consistiu em isolar, do sangue dessa rapariga, certas células, introduzir nelas *in vitro*, o gene ADA na sua forma correta e reinjectar essas células, já reparadas, no sangue da mesma rapariga. O resultado foi que ela passou a produzir anticorpos praticamente normais (ARCHER, 1998: 455).

A terapia génica somática é feita em células somáticas do individuo doente, submetidas a transfeção ou transdução com o gene normal. Entende-se que a terapia génica somática não atinge as células da linha germinal. (REGATEIRO, 2003: 400).

A maior parte da terapia génica somática que tem sido feita passa pela extração de células do doente, seguida da sua alteração por engenharia genética, *in vitro*. Uma vez alteradas essas células são reintroduzidas na mesma pessoa. Todavia como é necessário recorrer a tecnologia bastante sofisticada, não é, ainda, uma prática muito acessível. Esta terapia é usada no tratamento de doenças monogénicas, tais como a fibrose quística, alterações congénitas do metabolismo, deficiências de fatores de coagulação sanguínea, modificações dos genes da hemoglobina, e de doenças genéticas multifactoriais, por exemplo, neoplasias, infeção pelo VIH, doenças cardíacas e vasculares ⁽⁴⁰⁾ (BARBAS, 2011: 95).

Nos casos como a SIDA, a partir do momento em que exista a possibilidade de tratamento dessa doença, poder-se-á introduzir o respetivo gene nas células do doente, em lugar de administração por injeção diária, e nos mesmos moldes o caso da administração da insulina nos doentes de diabetes, e da hemofilia. O princípio é hoje o da admissibilidade destas intervenções (BARBAS, 2011: 96). Tal princípio é de aplaudir, desde que se pressuponham regras deontológicas ou éticas em geral que fixem limites (ASCENSÃO, 2003).

⁴⁰ A terapia génica pode ainda ser usada como intuito de prevenção, pela transferência de genes apropriados para seres humanos que, através de teste pré-sintomático, revelaram a existência de um gene de manifestação tardia ou de predisposição para determinada doença. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. 2011. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra : Almedina. Cit. Pág. 95.

4.3.1.2. Terapia génica germinal

A terapia génica também pode ser aplicada a células germinais (quando se dirige a um gâmeta ou ao ovo). Nestas condições todas as células do organismo serão portadoras da cópia normal do gene inserido, inclusive as células precursoras dos gâmetas (REGATEIRO, 2003: 401).

Esta técnica permite evitar a transmissão de doenças hereditárias (monogénicas ou multifatoriais). Consubstancia não só a cura de um indivíduo como também de toda a sua descendência. Por outras palavras, enquanto a terapia génica somática faculta curar uma pessoa, a terapia génica germinal possibilita erradicar uma doença através de uma só intervenção, de um número indefinido de gerações (BARBAS, 2011: 96).

Mesmo que o paciente fique curado de uma doença hereditária pela terapia génica somática, as células na linha germinativa não são afetadas, e o paciente continuará a transmitir à sua descendência essa enfermidade (ARCHER, 2001:168). Atualmente esta técnica ainda está numa fase embrionária, no que respeita à sua aplicação em seres humanos.

A terapia génica na linha germinal tem sido realizada em experiências com animais e provavelmente poder-se-á aplicar ao homem num futuro próximo. Dos muitos estudos realizados com animais ainda não está clara a sua aplicabilidade e aceitabilidade em seres humanos (ARCHER, 2001: 168). Registe-se no entanto, a dificuldade de traçar fronteiras entre a saúde e a doença nestes domínios e os reflexos na distinção entre intervenções terapêuticas e melhoria genética (LOUREIRO, 2002: 241).

Mas apesar da terapia génica germinal ainda não se encontrar ao nosso alcance, o debate não é em qualquer caso prematuro, porque em questão de tanta gravidade há que formar opinião o mais cedo possível, para que amanhã não sejamos surpreendidos por evoluções para que não soubemos preparar-nos ou a que não quisemos atempadamente pôr cobro (ASCENSÃO, 2003).

No entanto, atualmente na doutrina especializada é costume equacionar várias objeções de fundo. Um dos casos é o papel fundamental de determinados genes deletérios. São exemplos de genes deletérios a drepanocitose, ou o gene responsável pela doença de Tay-Saches, mas em contrapartida, esses genes proporcionam uma maior resistência ao aparecimento de outras doenças. Outro caso é o risco da perda da heterogeneidade genética. Este argumento tem fundamento no simples facto de que a diversidade genética é um bem em si mesmo, não sendo de admitir qualquer interferência neste determinismo.

Outra objeção e a mais equacionada tem a ver com os perigos inerentes da terapia na linha germinativa, que resultam em riscos e efeitos secundários nas gerações vindouras, uma vez que esta técnica, ainda se encontra longe de resolver os grandes problemas do homem. No entender de Stela Barbas, independentemente das questões éticas que esta prática transborda, cada intervenção em células da linha germinativa economizará um número ilimitado de terapias em células somáticas (BARBAS, 2011).

Um argumento utilizado a favor da experimentação embrionária na linha germinativa é a ausência de individualidade do embrião pré-implantatório. Será a terapia génica na linha germinal uma razão moral válida face à possibilidade de este tipo de terapia poder conduzir à eliminação de centenas de doenças genéticas graves em descendentes de portadores de mutações patogénicas? (REGATEIRO, 2003: 444).

Através desta prática, poderemos estar a pôr em causa o princípio mais fundamental do ser humano? Devemos mais para com as gerações futuras do que para conosco? Sobre estas questões haverá maiores desenvolvimentos e equações éticas nos capítulos subsequentes.

4.3.2. Engenharia genética de melhoramento

Uma intervenção pode não ter uma finalidade terapêutica ou preventiva, mas de melhoramento (ASCENSÃO, 2003).

A grande diferença entre a terapia génica e a engenharia genética de melhoramento ⁽⁴¹⁾ concretiza-se enquanto, a primeira tem como objetivo a correção de um genoma defeituoso, circunscrevendo-se à transferência de um gene terapêutico para curar uma pessoa doente, a segunda visa a adição a um indivíduo são, de um gene que lhe possibilite melhorar, certas características (BARBAS, 2011: 100).

Assim, no entender de Luis Archer a engenharia genética consiste em introduzir ou modificar um gene com o objetivo de melhoria de genes que são perfeitamente sãos. É importante também, proceder em sede de engenharia genética à distinção entre somática e germinativa. Em termos éticos, esta última, levanta problemas éticos de maior gravidade,

⁴¹ *Idem*, Cit. Pág. 302. No dizer de Stela Barbas «A engenharia genética de melhoramento tem como finalidade, a produção, a fabricação de um homem *à la carte*; reposta-se a situações que não tem propriamente, a ver com a cura de doenças mas, somente, com alterações de debilidades somáticas e psicossomáticas ou, mesmo, com acentuação, com o aumento de características consideradas desejáveis. Pretende a introdução ou a modificação de um ou mais genes com o objetivo de aperfeiçoar determinada característica física, traço morfológico ou pisco-afetivo».

ao contrário do que se passa se esta técnica for utilizada nas células somáticas, que muitas vezes é comparada com o uso de fármacos que produzem o mesmo efeito.

Se esta técnica fosse aplicada na linha germinativa ou na linha somática estaríamos sempre perante engenharia genética de melhoramento, a não ser que exista alguma patologia em algum gene, pois nesse caso estamos perante terapia génica. (ARCHER, 2006). Muitas vezes é difícil traçar uma fronteira entre o que é normal e anormal, como o que é terapêutico e não terapêutico. Desta forma esta intervenção genética de melhoramento pode incidir sobre o indivíduo ou à espécie, dependendo de se estar a falar de intervenções em células somáticas ou germinais.

Fala-se usualmente quer em engenharia genética quer em manipulação genética. Mas a manipulação, com Oliveira Ascensão, implica um juízo negativo. Tomaremos por isso engenharia genética como a expressão-base, livre ainda de qualquer valoração, para designar toda a intervenção em células através do ADN recombinante. Podemos falar em manipulação genética, como modalidade de engenharia genética com carácter arbitrário, por não ser dirigida ao reforço ou obtenção de caracteres a valorar positivamente (ASCENSÃO, 2003). Atualmente fala-se também em engenharia genética para fins eugénicos.

4.4. Manipulação genética de células estaminais para fins de investigação

A pesquisa em células estaminais não se enquadra na mesma perspetiva que a terapia e melhoramento de seres humanos. Mas apesar disso, tem um ponto em comum com essas perspetivas, que é a manipulação genética de “seres vivos”, mas agora para fins de investigação.

Quanto à origem das células estaminais ⁽⁴²⁾, elas podem ser provenientes de embriões, de tecido fetal humano obtido na sequência de um aborto ou de órgãos de um indivíduo adulto (BARBAS, 2011: 451). Quanto à sua origem, aquilo que se propõe na

⁴² As células estaminais podem ainda se diferenciar, de acordo com o tipo de células que podem gerar. Poderão ser classificadas como totipotentes, multipotentes e pluripotentes. As células totipotentes têm a capacidade de se dividir dando origem a outras que se podem diferenciar nos múltiplos tecidos dos órgãos que constituem o indivíduo adulto. São células totalmente indiferenciadas que podem originar todas as células de um organismo bem como os seus “anexos embrionários”; As células multipotentes podem originar vários tecidos tais como as células estaminais do adulto. Por sua vez, as células pluripotentes têm potencial para dar origem a um organismo completo mas, contrariamente, às totipotentes, já não para os seus anexos embrionários. Cfr. REGATEIRO, Fernando J. 2003. *Manual de Genética Médica*. Coimbra : Imprensa da Universidade de Coimbra. Cit. Pág. 458.

presente dissertação é uma avaliação ou reflexão ética e jurídica em sede própria, unicamente sobre a manipulação genética de células estaminais embrionárias. Quanto às outras, não suscitam particulares questões éticas desde que se trate de abortos espontâneos ou terapêuticos, e que se cumpram as regras do consentimento informado e do respeito da integridade do corpo humano (BARBAS, 2011).

Em síntese as células estaminais embrionárias podem ser extraídas de embriões produzidos *in vitro*, propositadamente com essa finalidade, de embriões excedentários ou de embriões clonados (BARBAS, 2011:451), pois quando se inicia um debate sobre a experimentação em embriões humanos, é sempre aludida a distinção entre embriões excedentários e embriões concebidos, com a finalidade única de serem utilizados na investigação (NUNES, 1995).

Os embriões excedentários são assim apelidados, dado que não foram, nem irão ser transferidos para o útero materno no âmbito da fertilização *in vitro*, pois foram criados mais embriões do que aqueles que podem ser transferidos num só ciclo e o casal não pode ou não quer utilizá-los; ou porque não é possível a doação desses embriões a outro casal infértil (NUNES, 1995: 160). Os embriões excedentários resultam normalmente da produção de embriões num número superior ao que se prevê utilizar, dadas as elevadas taxas de frustração. Ficariam já de reserva para tentativas futuras. Aproveita-se a estimulação ovárica que precede o processo e que conduz à produção de vários óvulos – evitando-se assim o trauma que a repetição dessa estimulação, em caso de falha de anteriores tentativas, provoca na mulher (ASCENSÃO, 2007).

No que respeita ao fim dado aos embriões excedentários, atualmente existem, no mundo milhares de embriões crio-conservados que, por uma razão ou outra, não poderão ser utilizados pelos casais que estão na sua origem e cujo destino ou fim constitui um grave problema. Na verdade, só três hipóteses práticas se colocam: a sua dádiva a outros casais que, com eles pretendam suprir a sua infertilidade; a sua utilização para fins de investigação; a sua destruição, após transcurso de um período temporal legalmente estabelecido (LIMA, 2004: 205). Quanto aos embriões concebidos por seu turno são aqueles que foram especialmente concebidos para ser objeto de experimentação, independentemente de ter sido ou não projetada a sua implantação no útero materno (NUNES, 1995: 160).

No entender de Jurgen Habermas, se as células estaminais embrionárias são produzidas, investigadas e talhadas em função desse objetivo, encontramos-nos de facto, perante um tipo de prática diferente da geração e manipulação do património genético de

um ser humano destinado a nascer. Este tipo de manipulação experimental não tem agora de forma alguma em vista um possível nascimento (HABERMAS, 2006).

Atualmente a terapia com células estaminais tem como objetivo desenvolver células ou tecidos diferenciados para transplantes na doença de Parkinson, Alzheimer, diabetes, enfartes, lesões na espinal medula entre outras. A sua aceitabilidade ética como jurídica depende muitas vezes não só do objetivo como a origem das células estaminais (BARBAS, 2011).

4.5. Um caso em particular: o diagnóstico genético pré-implantatório (ou DGPI)

O diagnóstico pré-implantatório apesar de poder fazer parte dos testes preditivos, tem a particularidade de estar ligado pelo cordão umbilical com a procriação medicamente assistida.

Com o advento da procriação medicamente assistida (PMA) começou a desenhar-se, nos anos 70, a possibilidade de se diagnosticarem doenças genéticas em embriões *in vitro* recorrendo, entre outras técnicas, à biopsia embrionária. O diagnóstico pré – implantatório surgiu, assim, como uma forma precoce de realizar o diagnóstico pré – natal (DPN) ⁽⁴³⁾, com a diferença de ser efetuado *in vitro* antes da gravidez estar clinicamente estabelecida (TELES, 2001: 142).

Embora o DGPI ser apenas um diagnóstico, a manipulação genética pré-natal encontra-se no seu raio de ação. A realidade científico-prática é que antes de o DGPI estar à disposição da população, cada centro de diagnóstico terá obrigatoriamente de realizar experiências com embriões para aperfeiçoar a técnica, envolvendo a manipulação de embriões (sem a qual não será possível obter matéria para análise) mas também a sua rejeição ou destruição (TELES, 2002).

O DGPI pode ser realizado, relativamente ao DPN em uma fase mais precoce da embriogénese, sobretudo se a opção do casal for a interrupção da gravidez, que assim seria confrontado com menos problemas morais, evitando-se o sofrimento associado ao abortamento (MARTINS, 2005: 90). Por não estar em causa a prática do abortamento

⁴³ O diagnóstico pré-natal pode ser pretendido para: preparar, com tempo suficiente, o nascimento de um filho deficiente; aliviar a preocupação da mulher grávida e da sua família; orientar o tratamento pré-natal de doenças fetais (cirurgia fetal, terapia genica *in útero*); identificar outros fatores de risco para complicações obstétricas e programar o modo de realizar o parto; (...) e para a interrupção voluntária da gravidez. NUNES, Rui Manuel Lopes. 1995. *Questões Éticas do Diagnóstico Pré-Natal da Doença Genética*. Porto : Universidade do Porto. Cit. Pág. 152.

tornou-se numa técnica de aceitação crescente pela sociedade. Já se verificaram alguns casos de DGPI errados mas apesar disso e dos elevados custos económicos envolvidos neste diagnóstico é sem margem de dúvida um método em crescente sendo atualmente considerado como seguro e eficaz. (TELES, 2001).

Tecnicamente é possível a prática do diagnóstico pré-implantatório por três métodos diferentes: o primeiro enquadra-se na possibilidade de determinar o genótipo do ovócito ou do espermatozoide humano antes da fertilização; uma segunda alternativa consiste na biópsia e análise de um único blastómero proveniente de um embrião de quatro a dezasseis células; finalmente, a última das metodologias de diagnóstico pré-implantatório consiste em efetuar a biópsia do embrião numa fase posterior de desenvolvimento no estágio de blastocisto (...) e deve ser utilizado para ser eficaz, por volta dos 6-8 dias após a fertilização (NUNES, 1995: 36).

O processo do DGPI dirige-se antes de mais, a pais que pretendam evitar o risco de transmissão de doenças hereditárias. Caso esse risco se confirme, o embrião analisado *in vitro*, já não será implantado no útero da mãe. Ser-lhe-á assim poupada uma interrupção voluntária da gravidez (HABERMAS, 2006).

O DGPI é aplicado frequentemente nos casos do rastreio de aneuploidias para mulheres de idade avançada; rastreio genético de infertilidade masculina em casos de ICSI; identificação de doenças recessivas ligadas ao cromossoma X; doenças monogénicas comuns entre outras (TELES, 2001).

Então com o uso da técnica do DGPI, só é concedido o direito a existir depois de realizado o diagnóstico e verificada a inexistência de alguma doença hereditária? Será isto compatível com a dignidade da pessoa humana?

Será que a preferência por um filho próprio e saudável justifica por si só, o desrespeito pela proteção da vida embrionária? (HABERMAS, 2006: 141). Então estas práticas de geração sob condição, isto é a aceitação de um filho dependente de um controlo de qualidade, a realizar pelo DGPI conduzirá a uma desvalorização da vida humana? (HABERMAS, 2006). É sobre este e todos os outros problemas éticos relacionados com o Projeto Genoma Humano, que iremos abordar de forma dialética, com todas as outras áreas das ciências humanas, nomeadamente com a ciência jurídica, nos capítulos ulteriores.

5. Implicações ético-jurídicas da manipulação genética pré-natal

5.1. Sociedade de risco e manipulação genética

Sempre estivemos expostos a riscos. A tendência atual é a de caracterizar a nossa sociedade como uma sociedade de risco. O que é então a sociedade de risco?

O conceito sociedade de risco surgiu pela primeira vez na obra *Risk Society* de 1986 de Ulrich Beck sociólogo alemão. Este conceito designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial (BECK, 1997: 15). O argumento central desta obra é que a sociedade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, foi substituída pela sociedade de risco, segundo qual a distribuição dos riscos não corresponde a diferenças sociais, econômicas e geográficas típicas da primeira modernidade (⁴⁴). O desenvolvimento da ciência e da técnica não podem tomar conta da predição dos novos riscos, contribuindo decisivamente para criar consequências de alta gravidade para a saúde pública e para o meio ambiente e que quando descobertas tendem a ser irreversíveis (BECK, 2002).

Assim uma diferença da sociedade industrial para a sociedade de risco é a possibilidade desta modernidade tardia tomar a si própria como tema e problema de reflexão. Trata-se de um processo de Modernização Reflexiva que significa auto-confrontação com os efeitos da sociedade de risco que não podem ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial. A Modernização reflexiva significa para Ulrich Beck o seguinte:

⁴⁴ BECK, Ulrich. 2002. *La Sociedad del riesgo : Hacia una nueva modernidade*. Barcelona : Paidós Básica. Cit. Pág. 19. «Enquanto na sociedade industrial a «lógica» da produção de riqueza domina a lógica da produção dos riscos, na sociedade de risco inverte-se esta relação. As forças produtivas perderam a sua inocência na flexibilidade dos processos de modernização. A ganância do poder do progresso técnico-econômico se vê eclipsada cada vez mais pela produção dos riscos (...) No centro figuram riscos e consequências da modernização que se plasam em ameaças irreversíveis à vida das plantas, animais e dos seres humanos. Diferentemente dos riscos empresariais e profissionais do século XIX e da primeira metade do século XX, estes riscos já não se limitam a lugares e grupos, mas contêm uma tendência da globalização que abarca a produção e a reprodução não respeitando as fronteiras dos estados nacionais, com a qual surgem ameaças globais que neste sentido são supranacionais e não específicas de uma classe possuindo uma nova dinâmica social e política».

“A possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O "sujeito" dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental” (BECK, 1997: 12).

Também se aponta, na origem de grandes riscos que ameaçam a sociedade, a biotecnologia. Por isso se desenvolvem dois movimentos paralelos e não contraditórios: por um lado, a corrida à inovação tecnológica, motor de autênticas revoluções que levam sempre mais longe a capacidade de domínio da natureza e de resolução de problemas sociais; por outro, o receio ou a inquietação perante os resultados anómalos que se configuram (ou pressentem, porque muitas vezes ocultos ainda) (ASCENSÃO, 2003). Na base disto se encontra a ideia de que somos testemunhas (sujeito e objeto) de uma fratura dentro da modernidade, na qual se desprende dos contornos da sociedade industrial clássica, e se vislumbra uma nova figura, que aqui chamamos «sociedade (industrial) de risco (BECK, 2002: 16). Assim os riscos de hoje diferenciam-se dos riscos do início da era moderna pela globalidade da sua ameaça e pelas causas modernas. São riscos da modernização. A sociedade de risco é na aceção de Beck uma sociedade catastrófica (BECK, 2002).

A atual sociedade é altamente complexa e só pode por isso funcionar como sociedade aberta. Nas sociedades pluralistas de risco do nosso tempo, o homem é chamado a intervir ativamente no mundo sem que disponha sempre à partida de normas predefinidas ou dum conceito fixo de natureza que determina se o agir é correto. Ou seja o seu comportamento implica um risco. É certo que também em tempos mais remotos existiam situações complexas em que tinham que se tomar decisões arriscadas (KAUFMANN, 2009: 454).

No âmbito do tema sociedade de risco, é certo que o não correr riscos pode implicar estar em risco. Também é certo que morrem atualmente milhares de pessoas em acidentes rodoviários, e no entanto poucos morrem em desastres nucleares. A preocupação com os riscos rodoviários não diminui a efetivação de tantos acidentes. A tendência sempre foi a de menor prevenção em riscos pequenos e uma maior prevenção em riscos maiores. O sentido de responsabilidade será decisivo para questões de grandes riscos.

5.2. O eugenismo: o nome e a coisa

Como etimologicamente “eugenia” significa nobreza de origem, o conceito de eugenia é polissêmico variando, ao longo dos tempos, de acordo com arquétipos de “bom nascimento” construídos por cada sociedade (MELO, 2008: 19).

O eugenismo ⁽⁴⁵⁾ foi proposto por Francis Galton, no fim do século XIX, como o estudo dos fatores socialmente controláveis que podem aumentar ou diminuir as qualidades raciais das gerações futuras, tanto física como mentalmente (ARCHER, 1998: 101).

O termo aparece pela primeira vez numa obra publicada em 1883, *Inquiry into the Human faculty and its development* com o seguinte significado: “ciência do melhoramento da geração, de modo algum redutível às questões de acasalamento sagaz, mas que (...) toma conhecimento de todas as influências tendentes, ainda que num grau remoto, a conferir às raças ou linhagens de sangue mais aptas uma melhor oportunidade de rapidamente prevalecerem sobre as menos aptas do que aquela que teriam tido de outro modo” (LOUREIRO, 2006: 9).

Francis Galton não perfilhou as teorias de Charles Darwin, seu primo, sobre a seleção natural. Em vez disso, Galton preconizou uma seleção artificial, que possibilitasse o predomínio das espécies mais dotadas sobre as menos aptas. Assim para alcançar esse objetivo, era premente a criação de uma ciência que se designou eugenia ou eugenismo e que estudava os fatores hereditários que favorecessem a produção de raças superiores (BARBAS, 2011).

Para Fernando Regateiro, a eugenia é entendida como a aplicação racional das leis da genética à reprodução humana com o fim de melhorar, em futuras gerações, as qualidades hereditárias de uma população inteira do ponto de vista físico ou mental. Para o mesmo autor, a eugenia pode ter outros objetivos como o de “evitar, ou pelo menos limitar, a passagem de doenças e predisposições mórbidas aos filhos e demais descendentes, cuja causa está na própria constituição hereditária do indivíduo” ou ainda o de “selecionar os indivíduos mais fortes e sãos e de melhores condições de inteligência e caráter, melhorando os atributos da espécie humana através de casamentos seletivos

⁴⁵ Num sentido geral a eugenia e o eugenismo são usados como sinónimos. Todavia, os dois termos são, por vezes, utilizados distintamente. A eugenia é o estudo dos fatores suscetíveis de melhorar a espécie humana, a ciência que estuda as condições mais favoráveis à reprodução e melhoramento da espécie humana. O eugenismo é a doutrina socio-política que tem como objetivo empreender essa melhoria. De forma radical, caso seja necessário, pretende a substituição de genes “maus” pelos genes “bons” e a criação de uma nova espécie de humanidade, despojada, purificada de tudo o que é considerado mau. Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. 2011. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra : Almedina. Cit. Pág. 309.

(REGATEIRO, 1996: 5). No contexto do autor assistimos a um eugenismo provocado pela manipulação genética na linha germinal, seja para fins terapêuticos como também para fins de melhoramento da espécie. Da mesma forma o autor refere-se a dois tipos de eugenismo, um de característica negativa e outro de característica positiva.

É neste contexto que, Natália Teles refere que a eugenia designa as técnicas que favorecem a reprodução de um gene (eugenia positiva) ou que pelo contrário, a desfavorecem (eugenia negativa) (TELES, 2002: 86). Na mesma linha, João Carlos Loureiro entende que a eliminação de seres humanos com malformações genéticas corresponde a uma eugenia negativa, e que as políticas de promoção de casamentos entre os melhores corresponderia a uma eugenia positiva (LOUREIRO, 2006).

É certo que ainda não existe uma total unanimidade entre a doutrina sobre como classificar diferentes práticas em diversos tipos de eugenia. É sobre esta temática que se debate Victoria Camps:

“En líneas generales, la eugenesia negativa está constituida por los procedimientos dirigidos a corregir defectos genéticos, mientras la eugenesia positiva consistiría en procedimientos destinados a evitar o disminuir el riesgo de la transmisión de patologías hereditarias, en el sentido más amplio imaginable de la palabra «patología». Estarían entre las prácticas de eugenesia positiva la selección de gametos para evitar enfermedades relacionadas con el sexo, como la hemofilia, la selección de embriones in vitro tras un diagnóstico de preimplantación, el recurso a gametos o embriones donados, la ingeniería genética o la terapia génica. Todos estos procedimientos admiten variantes y aplicaciones diversas según sea la finalidad que se persiga” (CAMPS, 2002: 57).

Com Hans Jonas, a eugenia negativa consiste no controlo que tem como objetivo evitar a transmissão de genes maus e nocivos impedindo os seus portadores de se reproduzirem. Por sua vez a eugenia positiva consistiria na seleção genética planificada com o objetivo de melhorar a espécie humana (JONAS, 1994).

Assim o grande objetivo do eugenismo recai, sobre a melhoria da espécie humana, através de políticas de casamento e procriação dos seres com características consideradas desejáveis ou por medidas que proibam a procriação de certas pessoas (como a pratica da esterilização, aborto e o infanticídio), com a finalidade de tentar controlar a transmissão de traços hereditários.

No entanto, tratar o aborto seletivo como eugénico é nitidamente confundir as práticas. Especialmente porque a ideologia eugénica ficou conhecida por não respeitar a vontade do indivíduo. A diferença fundamental entre a prática do aborto seletivo e a do aborto eugénico é que não há a obrigatoriedade de se interromper a gestação em nome de alguma ideologia de extermínio de indesejáveis, como fez a medicina nazista. A ISG ocorre por opção da paciente (DINIZ, 1998: 127).

O casamento eletivo tem sido prática corrente ao longo dos tempos em diversas sociedades. A título de exemplo, já no antigo Egito, como na andina civilização Inca, o Faraó e o imperador Inca só podiam casar com irmãs ou primas (BARBAS, 2011).

Em Esparta, que nos levou à mais antiga legislação eugénica, os anciãos examinavam o recém-nascido e se o julgassem ordenavam imediatamente que fosse lançado do topo do monte Taigetos considerando que essa prática do infanticídio era o melhor para o estado. De igual modo em Roma o sacrifício de crianças doentes era praticado quando não fossem reconhecidas pelo *pater familias*, que detinha o poder de disposição sobre o filho, e assim as crianças que não reunissem os requisitos desejáveis eram atirados ao rio Tibre (MELO, 2008).

Nas práticas eugénicas de seleção dos progenitores para conseguir uma descendência forte, já Platão, também prescrevera medidas eugénicas, descritas na sua obra *A República*:

“É preciso de acordo com o que estabelecemos, que os homens superiores se encontrem com mulheres superiores o maior número de vezes possível, e inversamente, os inferiores com as inferiores, e que se crie a descendência daqueles, e destes não, se queremos que o rebanho se eleve às alturas, e que tudo isto se faça na ignorância de todos, exceto dos próprios chefes” (PLATÃO, 2001: 227).

Cerca de dois mil anos mais tarde o eugenismo ressurgiu em a *Utopia* de Thomas More e *A Cidade do Sol* de Tomás Campanella. Segundo Campanella a geração tem por escopo o bem da república e não dos privados, sendo o fim da geração a conservação da espécie e não do indivíduo. Assim uma mulher grande e bela devia unir-se a um homem robusto e apaixonado, uma garota magra a um gordo, de forma a moderar os excessos. Em Thomas More, fixam-se limites à idade reprodutiva impedindo as mulheres de casar antes dos dezoito anos e os rapazes antes dos vinte e dois (MELO, 2008).

No início do século XX, nos Estados Unidos da América foram constituídas associações dirigidas por médicos e biólogos que difundiram teorias eugénicas como a *American Eugenics Society*, fazendo assim, pressão sobre o poder legislativo para a adoção de leis de pendor acentuadamente eugénicas. Estes diplomas continham maioritariamente medidas eugénicas negativas como a esterilização coerciva, e leis que formulavam impedimentos matrimoniais. O campo de aplicação destes diplomas abrangia portadores de doenças mentais, de sífilis, de epilepsia, de surdez, de toxicoddependência, alcoolémia, condenados a pena de prisão perpétua, entre outras, com o objetivo de travar a propagação de doenças e taras hereditárias (MELO, 2008).

Porém, onde o eugenismo obteve a mais eficaz concretização prática foi na Alemanha Nazi. No nazismo, o conceito de eugenia aparece associado ao da higiene racial. No discurso Nazi a higiene racial supõe, o estabelecimento de uma hierarquia entre as raças nos termos da qual se afirma a superioridade biológica da raça ariana (⁴⁶), influenciada pelas teorias do mais veemente defensor do predomínio da raça ariana Comte de Gobineau. A este eugenismo e este racismo associou-se o nacional-socialismo Alemão. O programa Nazi de limpeza racial prosseguiu com a adoção, em 14 de julho de 1933 da Lei de Prevenção de Nascimento com Deformações Genéticas, que impunha a esterilização obrigatória de qualquer pessoa que sofresse de doença hereditária. Medidas de eugenia positiva, foram igualmente tomadas e estima-se que durante a Segunda Guerra Mundial, tenham nascido dez mil crianças destinadas a garantir e a aumentar a pureza da raça ariana. Com a legislação adotada por Hitler, passou-se do eugenismo ao genocídio de milhares de Judeus (MELO, 2008).

No dizer de Luis Archer, o eugenismo ao longo da história atravessou por três grandes fases: o eugenismo arcaico, desde Platão a Francis Galton, enfatizando a seleção dos progenitores; o eugenismo clássico, que vai desde as teorias de Galton até ao final da Segunda Guerra Mundial, onde se acentuaram as esterilizações compulsórias, a proibição de casamentos de pessoas de raças diferente e até o genocídio; e por fim, o neo-eugenismo

⁴⁶ Os teóricos defensores da supremacia e da pureza da raça ariana sustentavam que os alemães eram os seus descendentes mais puros. Originalmente o povo ariano era um grupo étnico que se estabeleceu no planalto iraniano e que povoou o subcontinente indiano, e crê-se, que teriam vindo do norte do Punjab (Índia) por volta do terceiro Milénio AC. Os teóricos alemães sustentavam essas teorias pelo facto do povo ariano ter emigrado para o norte da Europa. Atualmente, os descendentes diretos do povo ariano vive no atual Irão (que na língua Persa quer dizer “terra dos arianos”). Apesar das atuais diferenças estéticas entre os alemães e os arianos, pertencem ambos à raça caucasiana. Pensa-se que a justificação dessa descendência, tendo em conta as diferenças na tonalidade da pele, pode ter a ver com a diferente localização geográfica e de latitude dos dois países, e, pelo facto de os persas terem sido invadidos pelos árabes, havendo misturas entre estes e os persas, que levou mesmo, a que estes adotassem a escrita árabe e religião islâmica.

– desde o final da Segunda Guerra Mundial até aos dias de hoje, com particular destaque a incidência na seleção de progenitores, e nas formas de intervenção e investigação do genoma humano (ARCHER, 1998).

Se olharmos para o último século de história, verificamos que o chamado “eugenismo científico” teve refrações políticas, alicerçando um eugenismo centralizado, em regimes democráticos (como por exemplo, os EUA ou os países escandinavos) ou totalitários (paradigmaticamente, a Alemanha nacional-socialista). Se tradicionalmente, tínhamos um eugenismo de Estado, centralizado ou autoritário, assistimos agora a um processo de transição para um eugenismo individual ou liberal, de um eugenismo privilegiando a espécie para um eugenismo centrado em escolhas individuais e entregue, fundamentalmente, ao mercado (LOUREIRO, 2006: 11).

Assim, o eugenismo, ou melhor, a problemática do eugenismo coloca-se agora numa dimensão diametralmente oposta à do passado, conduzindo, necessariamente, a diferentes perspetivas jurídicas. Anteriormente era reclamada em nome da sociedade em detrimento do indivíduo. Nos dias de hoje, o ponto, o cerne, o núcleo da justificação prática da eugénica é o próprio indivíduo: as vantagens para aquele indivíduo em concreto (BARBAS, 2011: 316).

Tendo em conta os desenvolvimentos e práticas na área do genoma humano referidas no capítulo anterior, poder-se-á agora com o fim do eugenismo estatal justificar a liberdade de escolha sob as vestes de um eugenismo liberal? Será necessário uma imposição estatal que limite este novo eugenismo provocado pela revolução genómica e pela medicina preditiva? Poderá a comunidade jurídica, como a população em geral ficar alheia a todos estes problemas ético-jurídicos? Apresentaremos no capítulo subsequente, que a prática do diagnóstico genético pré-implantatório, a terapia génica e a engenharia genética de melhoramento poderão levar à prática de um eugenismo liberal.

5.3. Problemas ético-jurídicos da manipulação genética humana pré-natal

O novo eugenismo do século XXI apresenta-se despolitizada, sem nenhuma vinculação com qualquer preceito racial, social ou religioso. Atualmente, não é o estado que impulsiona este novo eugenismo, chegando agora impulsionada pelas pesquisas científicas na área do genoma humano, e pelos desejos das pessoas em evitar doenças e melhorar as capacidades físicas e mentais tanto na vida adulta como na vida pré-natal. Vivemos hoje, na época de uma autêntica revolução biotecnológica. Esta revolução biotecnológica apresenta-se agora com uma dimensão totalmente nova, diferente da tradicional revolução tecnológica, pois aquela tem em vista métodos que se relacionam com a vida humana, tornando-se assim muito mais transformadora, onde agora os erros deixando de ser mecânicos podem tornar-se irreversíveis, comportando ainda mais riscos (BARBAS, 2011).

A expressão biotecnologia não é uniformemente utilizada. Geralmente abrange a utilização integrada da bioquímica, microbiologia e técnicas procedimentais com o fim de aproveitar o potencial dos micro-organismos. Mas a biotecnologia moderna tem algo de bastante específico. Hoje entende-se por biotecnologia em sentido estrito, os métodos que se relacionam com a vida humana, ou mais rigorosamente, que implicam a disposição da vida humana. Por outro lado também se entende por biotecnologia aquelas formas de disposição da vida mas que não implicam qualquer intervenção nos dados genéticos, não constituindo formas de tecnologia genética. Pensamos nos casos dos métodos de procriação assistida, nomeadamente na inseminação artificial, na fertilização *in vitro*, e na transferência de embriões. Na verdade nestes casos não sucede nada de diverso nos genes, daquilo que se passa com os processos naturais de procriação (KAUFMANN, 2009).

Mas o que realmente nos interessa, diz respeito à identidade do ser, à identidade genética, e às possíveis consequências da investigação científica nesse espectro, sem descurar que essas práticas são muitas vezes instrumentos que auxiliam a manipulação genética, como no caso do DGPI. Em sentido rigoroso, o caso da clonagem humana, também nada tem a ver com manipulação genética, visto não haver nenhuma alteração, substituição, adição ou eliminação de genes (KAUFMANN, 2009). Como sublinha Luís Archer, a clonagem consiste no perpetuamento de um gene, nada é aditado, alterado ou retirado (ARCHER, 2006).

No meio de todas estas questões pertinentes que envolvem as novas possibilidades da moderna biotecnologia, nomeadamente a manipulação genética de seres humanos,

encontramos na doutrina jurídico-filosófica atual, argumentos de todas as espécies, que normalmente se situam no princípio conservador de defesa da dignidade da pessoa humana ou no princípio liberal baseado nos espaços de liberdade e autonomia individual.

Na esfera filosófico-jurídica, significativo é, o discurso atual de Jurgen Habermas, filósofo alemão, defendendo a ideia de que a proteção jurídica poderia encontrar expressão num direito a uma herança genética que não tenha sido artificialmente modificada (HABERMAS, 2006: 68). O autor vê nas novas técnicas de reprodução um acréscimo da autonomia pessoal, onde agora a engenharia genética remove a fronteira entre a base natural que Kant incluía no reino da necessidade, de que não podíamos dispor, e o reino da liberdade, tocando diretamente os pressupostos do juízo e do agir moral. Assim o deslocamento da fronteira do acaso e a livre decisão afetaria a autocompreensão ética da espécie (⁴⁷), ou seja de pessoas que agem sob princípios morais e se preocupam com a sua existência no seu todo. Para Habermas, no dia em que os pais puderem a seu bel-prazer desejar as características genéticas dos seus descendentes, estarão a exercer sobre essa prole geneticamente programada, um tipo de discricionariedade que interfere com as bases somáticas da auto-relação espontânea e da liberdade ética de uma outra pessoa, ou seja, um tipo de controlo que até há pouco tempo deveria ser exercido sobre coisas (HABERMAS, 2006). Contudo, o autor aqui refere-se exclusivamente à engenharia genética de melhoramento.

Subjacente a esta discussão, encontramos no atual espaço crítico alemão, um ensaio de Peter Sloterdijk, que diferentemente do seu colega alemão Habermas aponta, para a defesa de uma hipermoralidade e hipermodernidade, afirmando que é nas possibilidades trazidas pela novíssima biotecnologia genética, que residirá qualquer ponderação ou descrição do ser humano (⁴⁸). Uma das teses do autor consiste, numa leitura da humanidade do homem que depende integralmente da domesticação e da seleção, ou seja numa antropotécnica, que para ele sempre existiu e que não é exclusiva do nosso tempo. Sloterdijk distancia-se assim de Habermas, na medida, em que vê nas biotecnologias

⁴⁷ Cf. HABERMAS, Jurgen. 2006. *O Futuro da Natureza Humana : A caminho de uma Eugenia Liberal?* Coimbra : Almedina. Cit. Pág. 64. «A manipulação genética toca questões de identidade da espécie, nas quais a autocompreensão do ser humano como membro dessa mesma espécie constitui igualmente o contexto em que as nossas concepções de direito e moral se alicerçam».

⁴⁸ Sloterdijk vê no ser humano como: «seres que se cuidam, se guardam a si mesmos, que geram, vivem onde vivem, um espaço parquizado em torno a si próprios. Em parques urbanos, parques nacionais, parques cantonais, parques ecológicos, em todos os lados devem os humanos formar uma opinião sobre como deve ser regulada a sua conduta para consigo mesmos». SLOTERDIJK, Peter. 2007. *Regras para o Parque Humano*. Coimbra : Angelus novus. Cit. Pág. 67.

modernas a sobreposição entre as ordens do natural e do artificial, como se essas ordens nunca tivessem sido contestáveis e problemáticas (SLOTERDIJK, 2007).

Partindo do princípio da tolerância, Arthur Kaufmann, diz-nos que não se pode como alguns fazem, exigir a renúncia a determinadas investigações de tecnologia genética, independentemente de tal exigência ser totalmente alheia à realidade. Do mesmo modo, a referência ao possível abuso da biotecnologia diz pouco contra o seu correto uso (KAUFMANN, 2009: 468). Na pergunta, quais são os meios que não estão ao dispor da bioética para avaliar a admissibilidade ou a não admissibilidade da biotecnologia moderna, Kaufmann, responde que são a invocação da natureza humana e da dignidade da pessoa humana. Para o autor, a invocação da dignidade humana não constitui um trunfo, apesar de gerar consenso no discurso internacional, pois é um princípio demasiado geral e abstrato, além de variável, não se podendo subsumir sob este princípio consequências concretas, não existindo uma tal ética de subsunção (KAUFMANN, 2009). Este discurso parece querer chegar a algum lado. Posteriormente, se descobrirá que pelo menos quererá chegar.

No tema em questão, a filosofia coloca-se assim num nível superior dedicando-se preferencialmente à investigação das qualidades formais de processos de autocompreensão de uma forma generalizada, abstendo-se de se pronunciar sobre os conteúdos em si, e sobre as especificidades e as circunstâncias de casos concretos. É nesta medida que a filosofia se torna insatisfatória. Nem mesmo o *homem médio* em circunstâncias diversas tomará atitudes idênticas. Nas diversas formas de manipulação da vida humana não poderá haver critérios, limites e atitudes gerais, como se da mesma coisa se tratasse.

Simplesmente, a ética funda-se em valores absolutos e universais mas deve aplicar-se ponderadas as circunstâncias concretas (ASCENSÃO, 2007). É necessário princípios do agir ético e do justo para nos orientarmos, são uma base, mas mais importante que isso é a realização de uma argumentação concreta, e é isso que nos propomos fazer.

O primeiro exemplo diz respeito à terapia génica. Como já foi referido, a terapia génica tanto pode ser realizada em células somáticas ou em células germinais. E para tal, em regra, não haverá reflexões nem soluções idênticas para ambas, embora poderá acontecer. Convém realçar que tanto numa como na outra o que esta em causa é a identidade genética de um ser que se quer trazer ao mundo, e não a sua eliminação.

No que respeita à terapia génica somática, não existem grandes objeções de fundo à sua utilização. Porém, poderá configurar uma prática eugénica. Luís Archer entende que a terapia génica na linha somática, nada tem a ver com a eugenia, pois esta terapia não se transmite à descendência e permitem precisamente o contrário em algumas situações,

permitindo sobreviver e que se reproduzam indivíduos com doenças genéticas, e que sem a medicina seriam eliminados. (ARCHER, 2006). A legitimidade da terapia génica somática fundamenta-se na aplicação do princípio da beneficência: é considerada uma extensão dos métodos tradicionais de tratamento (BARBAS, 2011: 96). Quanto à alteração da identidade não é questão específica destas intervenções; e não é a qualquer intervenção no genoma que se deve atribuir esta consequência (ASCENSÃO, 2003). A admissibilidade desta técnica é consentida pela Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, no seu artigo 13.º, quando nos diz que uma intervenção que tenha por objeto modificar o genoma humano, não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.

Problema mais controverso é sem dúvida com as intervenções genéticas na linha germinal. E geralmente o problema liga-se com a possibilidade de interferirmos em genes que se transmitirão à descendência. Sabe-se que nos tempos que correm, esta terapia direcionada para a linha germinal, ainda não é possível ser levada a cabo nos seres humanos. Contudo, a sua avaliação antecipada não se mostra em todo o caso prematura. Ao contrário do que se passa na terapia génica somática, aqui não está apenas em causa o indivíduo mas a própria espécie.

Segundo o Prof. Oliveira Ascensão a intervenção terapêutica em células germinais, com a finalidade de afastar genes malignos que se comuniquem à descendência, deve ser recebida com grandes cautelas, mas não condenada à partida. Mas se admitida, e na medida em que for admitida, só o será com total subordinação ao princípio da prudência (no sentido do princípio da responsabilidade de Hans Jonas) (ASCENSÃO, 2003).

Com Kaufmann, aponta-se para o perigo da seleção humana, isto é de que através da terapia genética se pratique uma eugenia positiva, considerando que é porventura o menos inquietante. Muito mais preocupante é o facto de tais intervenções terem possivelmente também consequências definitivas para as gerações futuras (KAUFMANN, 2009: 474).

No entendimento de Helena Pereira de Melo, qualifica-se a prática da terapia génica na linha germinal como uma prática eugénica atual ao lado de tantas outras que possibilitem a melhoria da espécie humana como o evitar o nascimento de indivíduos doentes. No preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais sublinha-se que o gozo dos direitos fundamentais nela consagrados, implica responsabilidades para com a comunidade

humana e as gerações futuras (MELO, 2008). Será a terapia génica germinal uma pratica irresponsável para com estas gerações?

No que diz respeito às gerações futuras, significa como pensa Robert Spaemann, que devemos simplesmente renunciar a toda a investigação e experimentação? O autor remete-nos para uma ideia de que, nós não temos responsabilidade por aquilo que as gerações vindouras façam da sua vida, e que teremos uma responsabilidade para com a atual humanidade por aquilo que omitimos (SPAEMANN, 1983). Dever-se-á omitir uma experiencia com embriões para fins científicos, útil para a descoberta de um tratamento eficaz contra o cancro, mesmo que a análise do risco seja favorável? Será aceitável uma tal “ética da omissão”? (KAUFMANN, 2009).

Para outros autores é necessário impor-se uma solidariedade intergerações; somos responsáveis, na nossa medida, por quem vier depois de nós. Tudo o que fizermos que possa atingir as gerações futuras só pode ser feito em benefício delas, e não em seu detrimento (ASCENSÃO, 2003).

No plano jurídico nacional e internacional podemos encontrar algumas objeções à terapia génica germinativa. Algumas objeções sobre a prática da terapia génica germinativa são encontradas em documentos internacionais como na recomendação 934 de 26 de Janeiro de 1982 do Concelho da Europa, que optou pela inalterabilidade do genoma dos descendentes. A mesma linha é seguida pela Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, no seu artigo 13.º e em Portugal na lei n.º 32/06 determinam que só poderá haver intervenções no genoma humano, para fins terapêuticos ou de diagnóstico, que não tenha como objetivo introduzir uma modificação na linha da descendência. Na verdade, para quem rejeita esta técnica com o argumento dos genes deletérios, e se é certo que estes trazem grandes vantagens, por outro lado sabemos que o uso de fármacos conseguem já superar esses problemas tão bem ou melhor que os genes deletérios.

Mas a identidade genética não implica inalterabilidade: senão, mesmo as intervenções terapêuticas em células somáticas não seriam admitidas. Também não há uma garantia da inalterabilidade genética da espécie, até porque os direitos, liberdades e garantias têm por sujeito pessoas, e não espécies (ASCENSÃO, 2003). E de facto, por oposição ao que se estabelece nos artigos 2.º e 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, afirma-se hoje um novo direito, o direito a não herdar defeitos genéticos detetados e elimináveis cientificamente (PALASI, 1994: 62).

Assim, num futuro muito próximo, no entender de Rui Nunes, se a ciência evoluir a ponto de ser possível a correção de determinada doença grave, que se encontre associada a grande sofrimento e morte precoce, pela terapia génica germinal embrionária, não parece haver motivos suficientemente validos para impedir a sua utilização em membros da nossa espécie (NUNES, 1995).

Alguns argumentos a favor da terapia génica germinal dizem-nos que esta técnica não deve ser condenada à partida, se podermos sem por em causa a dignidade do ser humano curar uma pessoa, e, eventualmente, os seus descendentes. Com Stela Barbas, quando o recurso à terapia génica germinal for possível sem riscos, a sua utilização configurará não só um direito mas também um dever, nos casos de manipulação de gâmetas e não para experimentação de embriões humanos. A autora dá-nos a entender que os conhecimentos adquiridos em sede de terapia somática permitirão o aperfeiçoamento da terapia germinativa (BARBAS, 2011). Poder-se-á então falar num respeito pela dignidade das gerações futuras? Note-se que a maior parte da doutrina embora não rejeite esta prática terapêutica, não entrega de bandeja a sua utilização à prática medica, dado à sua interferência não no individuo mas na espécie. Devemos mais para com os vindouros do que para connosco? É sobre estes problemas que João Carlos Loureiro se questiona, declarando o seguinte:

“Assim a referencia no preambulo da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, à necessidade de respeitar o ser humano simultaneamente como individuo e membro pertencente à espécie humana, significa, face às novas possibilidades, que esta dimensão filética deve ser tomada a serio, abrindo-se o terreno para um principio da integridade da espécie humana. Mas, a coletivização da humanidade, integrando as gerações futuras, é instrumental em relação à pessoa humana, sendo que, à semelhança do que acontece com as pessoas coletivas, aquela não é portadora de dignidade” (LOUREIRO, 2002:234).

Outra questão prende-se com a legitimidade de se poder recorrer a esta modalidade de terapia génica. Será possível num futuro muito próximo a terapia génica germinativa ser só realizada para tratamentos de doenças para as quais já se tenha alcançado o tratamento viável? É justo impedir que qualquer pessoa possa saber se irá ter um filho com uma doença incurável?

Dentro das diferentes formas de manipulação genética talvez a que maiores problemas éticos levantam para a doutrina especializada, é sem dúvida, a manipulação genética para fins de melhoramento. Sobre esta técnica paira ainda o fantasma de Nietzsche, e a possível criação de super-homens. Diferentemente do que acontece com a terapia gênica, na engenharia genética para fins de melhoramento, o fim prosseguido não é a cura de uma patologia, mas sim, o aperfeiçoamento de embriões, fetos, e pessoas completamente sãs. Igualmente como acontece com a terapia gênica, nesta técnica de melhoramento as células atingidas podem também ser somáticas ou germinais.

A engenharia genética para fins de melhoramento na linha somática não é exclusiva das intervenções no genoma humano. Faz-se atualmente em algumas cirurgias estéticas, e da mesma forma criam-se problemas de qualificação jurídica e ética. Uma intervenção que permitisse aumentar a força física, ou qualidades psíquicas, seria de condenar? Parece-nos difícil uma resposta afirmativa sem mais, quando ninguém condena os fármacos com esta finalidade. Pensemos na simples cirurgia estética Pós-se em causa essa licitude, considerando a desigualdade que assim se iria introduzir. Esses meios seriam de acesso limitado e muito onerosos. Ir-se-ia criar então um abismo entre quem poderia recorrer a eles e quem o não pudesse fazer. Mas esse abismo não é maior entre, quem pode voar para o estrangeiro para se tratar de um cancro e quem fica na lista de espera do hospital? (ASCENSÃO, 2007). No mesmo sentido, Stela Barbas entende que, a proibição da engenharia genética de melhoramento na linha somática com base no princípio da igualdade, não faz sentido, dando também o exemplo da cirurgia estética. (BARBAS, 2011). Porém, tudo o que for benéfico para alguns deve deixar-nos contentes. Como chegar aos outros, é outra questão (ASCENSÃO, 2007).

Problema maior levanta-se quando a engenharia genética de melhoramento se direciona para a manipulação na linha germinal. Também aqui, como na terapia germinal, está em causa a espécie ou seja as gerações vindouras e não o indivíduo. Mas se na terapia o objetivo era a cura de uma doença em toda a descendência, aqui o fim é o melhoramento da mesma. Sob um ponto de vista filosófico, digamo-lo com Habermas, que as intervenções eugénicas de aperfeiçoamento afetam a liberdade ética, na medida que amarram a pessoa em questão a desígnios rejeitados, mas irreversíveis de terceiros, vedando-lhe assim a possibilidade de se ver espontaneamente a si mesma como única autora da sua própria vida (HABERMAS, 2006: 107). É aqui que surgem as fantasias máximas. É verdade que o melhoramento em células germinais ainda não constitui prática corrente, por isso mesmo, afetando as gerações vindouras não com o objetivo de curar mas

simplesmente para satisfazer o interesse de terceiros. Poderá acontecer que o interesse do futuro jovem, que foi geneticamente manipulado, ao descobrir tal intervenção, poderá colidir com os interesses e perspectivas dos seus fabricantes? Se a partir do momento em que a medicina se começar a nortear pelo objetivo clínico de curar uma doença, ou da profilaxia para uma vida saudável, e o responsável pelo tratamento partir do princípio que o paciente – preventivamente tratado - estaria de acordo com a intervenção, convertendo-se assim a presunção do consentimento de uma ação egocêntrica numa ação responsável. Respondendo de forma positiva à questão acima colocada, no caso em que a manipulação germinal seja unicamente de acordo com as preferências de terceiros, para melhorar a espécie de acordo com uma eugenia positiva, essa intervenção ultrapassará a lógica da cura e da prevenção. Contra este tipo de técnica de melhoramento, Habermas sustenta que um jovem que tenha sido programado na sua fase pré-natal, poderia pedir satisfações aos seus *designers* e exigir-lhes por que motivo decidiram dota-lo para uma aptidão musical e privá-lo de uma força atlética, que lhe seria infinitamente mais útil para uma carreira desportiva que verdadeiramente aspira (HABERMAS, 2006). Também não é menos verdade que algo de semelhante poderia acontecer com um jovem que levou uma vida de disciplina e orientação por parte dos pais no sentido de lhe inculcarem o gosto por uma determinada matéria. No fundo não cremos que a coisa melhor do homem seja ser normal. Sobre este ponto, recordando Aristóteles: “se ele merece e aspira a grandes coisas, e acima de tudo às maiores coisas, há de ter um objetivo especial” (ARISTÓTELES, 2007: 90). Contudo quem tem autonomia moral para tomar tamanha decisão, é outra questão.

Outra modalidade de manipulação genética corresponde, à manipulação genética de células estaminais embrionárias para fins de investigação científica, condição *sine qua non* para a evolução científica do DGPI. A sua aceitabilidade depende em larga medida do estatuto concedido ao embrião humano (NUNES, 1995: 85), que em sede própria analisaremos. Diferentemente do que acontece com a terapia génica ou com a engenharia genética de melhoramento, a investigação em células estaminais embrionárias, não tem como fim último, curar determinada patologia ou a melhoria das qualidades físicas e psíquicas de seres completamente sãos, pois não tem em vista o nascimento de ninguém. É aqui que o problema se coloca. Quanto à sua origem, as células estaminais embrionárias podem ser provenientes de abortos espontâneos, abortos terapêuticos, abortos seletivos e provenientes das práticas da procriação medicamente assistida como os embriões excedentários, produzidos para a investigação ou de embriões clonados. Já quanto ao destino das células estaminais embrionárias, podem ter como fim a doação para casais

inférteis, a crio-conservação, a investigação e a sua eliminação. Desconhecendo a razão, a maior parte da doutrina centra única e exclusivamente o debate ético desta prática entre o destino dos embriões excedentários e os produzidos. Um dos problemas muito discutido é o dos embriões excedentários, ou seja dos embriões produzidos *in vitro* que já não são necessários para uma implantação. Então qual será o destino a dar a estes embriões? Destruí-los? Doá-los? Investigação? Ultimamente faz-se referência à possibilidade de crio-conservação. Há quem sustente que o embrião já constitui uma vida humana e por isso a sua destruição ou a sua crio-conservação deverão ser práticas proibidas. Por um lado a crio-conservação possibilita à mulher a realização mais tarde de uma transferência inicialmente não possível, ou pode possibilitar a salvaguarda de embriões para possíveis doações a casais inférteis (KAUFMANN, 2009).

Por seu turno, Rui Nunes esclarece-nos que só existem embriões excedentários porque a ciência médica assim o deseja. De facto, é possível impedir a formação de qualquer embrião excedentário se a equipa de saúde tiver sensibilidade ética suficiente para fertilizar apenas os óvulos necessários e suficientes para uma única transferência in útero (NUNES, 1995: 162).

Outra questão pertinente sobre o fim a dar aos embriões excedentários, diz respeito à admissibilidade de se poderem fazer experiências com eles. Na atual discussão doutrinal, encontra-se muitas vezes a conceção de que não se deveriam produzir embriões através da fecundação extracorporal, com o objetivo de experimentação, mas que se, em tal intenção, ou seja, se por acaso surgirem embriões excedentários, não se vê por que razão deveriam ser destinados a uma morte breve em vez de serem utilizados em proveito da humanidade. No entendimento de Arthur Kaufmann, a experimentação em embriões excedentários não deve ocorrer, e a admitir-se a experiência em embriões, ela apenas poderá ser feita com embriões especialmente produzidos para o efeito (KAUFMANN, 2009).

Opinião completamente diferente tem Natália Oliva Teles, ao achar que, no caso de se considerar plausível a investigação em embriões, é mais aceitável eticamente a experimentação feita em embriões excedentários ou abandonados, do que em embriões criados apenas com o intuito da experimentação. (TELES, 2002: 79).

A manipulação genética para fins de investigação, com Habermas, não se enquadra na mesma perspetiva que a criação e o aperfeiçoamento de seres humanos. Não tem em vista o nascimento de uma pessoa. De um ponto de vista moral, considera não existir grande diferença entre utilizar embriões excedentários para fins de investigação, ou produzi-los expressamente para essa instrumentalização (HABERMAS, 2006: 142).

É do entendimento de Rui Nunes que, permitindo a criação de embriões de investigação está-se, de facto, a considerar que o valor “evolução da ciência” (incluindo os eventuais benefícios que daí possam advir para a humanidade) se sobrepõe ao valor dignidade humana, instrumentalizando um membro da espécie humana (NUNES, 1995: 161). Neste sentido, com Paulo Otero, a investigação e a experimentação científicas, nunca poderão ser usadas contra aquele que vai nascer ou sem uma justificação decorrente do interesse do próprio embrião (OTERO, 2008: 1017). Em consequência devem considerar-se proibidas as práticas de criação de embriões excedentários ou a simples criação de embriões humanos com o intuito exclusivo de investigação científica (OTERO, 2008). Para o autor, nas práticas de fecundação *in vitro* a única solução constitucionalmente admissível, consiste em, proibir a criação deliberada de embriões excedentários, e que, em princípio, todos os embriões resultantes da fecundação *in vitro* devam ser transferidos para o útero, não sendo permitida a sua destruição (OTERO, 2008). Veja-se bem a controvérsia do tema e da sua falta de consenso.

No plano jurídico, nomeadamente no ordenamento jurídico Português, no âmbito da investigação científica com embriões, a Lei n.º 32/2006, sobre a procriação medicamente assistida, diz-nos que é lícito criar embriões *in vitro* para transferência embrionária (artigo n.º 24); é proibida a criação de embriões, através da PMA com o objetivo deliberado da sua utilização na investigação científica (artigo n.º 9/1); e que, é permitido utilizar na investigação científica embriões que não foram utilizados para efeitos de procriação, ou seja, embriões excedentários (artigo n.º 9/2 a 5). Torna-se assim claro que para a referida lei, a PMA é uma mera técnica, que abrange a criação deliberada de embriões para utilização científica (artigo n.º 9/1), embora a proíba, sem nenhuma sanção. (ASCENSÃO, 2007). Para quem sustenta a ideia de que o embrião é uma pessoa e que a sua dignidade deve ser respeitada talvez não se reveja nas interpretações feitas aos artigos 17.º e 25.º deste diploma, que possibilita a doação de embriões, quando na terminologia jurídica tradicional o objeto das doações são coisas e não pessoas. No caso das doações de embriões mais chocante será, se trouxermos à colação o artigo 1878.º do Código Civil Português que dispõe da seguinte forma: *Compete aos pais no interesse dos filhos, representá-los, ainda que nascituros*. Ainda não estamos em condições de conseguir dar respostas definitivas, se é que esta questão a merece.

Por fim, resta-nos referir as implicações ético-jurídicas dos testes genéticos e de diagnóstico. No que respeita aos testes genéticos, Stela Barbas considera que *de per se*, não podem ser considerados eugénicos. No entanto para a autora, é possível questionar em que

medida o poderão ser nas suas consequências nomeadamente em decorrentes abortos ou suicídios. Por outras palavras, estamos em pleno eugenismo se por exemplo, na sequência de um diagnóstico pré-natal, se descobrir que aquele humano tem uma doença de manifestação tardia (como é o caso da Coreia de Huntington) se proceder a um aborto, sabendo que essa pessoa podia ter uma vida sã de 30 ou 60 anos. Ou ainda, se eliminarmos um feto (sexo feminino) completamente são, mas em que o teste revelou ser portador do gene da hemofilia, com repercussões nas gerações futuras (BARBAS, 2011: 307).

Seguindo a mesma linha de pensamento, Luís Archer considera que é evidente que os testes genéticos predizentes, em si mesmos, não são uma técnica eugénica. O que poderemos discutir é em que medida o poderão ser nas suas consequências, nomeadamente em subsequentes interrupções voluntárias da gravidez (ARCHER, 1998: 102).

No que respeita ao diagnóstico genético pré-implantatório, é necessário uma avaliação ética concreta de cada caso. Ao possibilitar com DGPI a eliminação de embriões portadores de doenças é necessário avaliar se estamos ou não perante doenças de manifestação tardia, se essas doenças são monogénicas ou multifatoriais, ou se estamos perante um teste de predisposições ou de um diagnóstico de risco para as gerações futuras. Será eticamente correto através do DGPI ou do DPN, a não implantação do embrião no útero ou a interrupção voluntária da gravidez, depois de um diagnóstico positivo de uma doença multifatorial de manifestação tardia como o caso dos diabetes ou um cancro? Haverá possibilidade de prevenção? Que papel desempenhará o ambiente nestas doenças? Será igualmente ético através das mesmas técnicas impedir a gravidez ou a implantação agora por causa de uma doença de manifestação tardia monogénica como a Coreia de Huntington? Quem é que pode recorrer a este tipo de diagnóstico? As pessoas com antecedentes da doença na sua ascendência? E as outras todas que ficam impedidas de poder interromper uma gravidez ou a implantação de um embrião destinado a uma vida de sofrimento? É certo que DGPI é apenas um diagnóstico. Para alguns autores não merece qualquer tipo de valoração positiva ou negativa. O problema é que esse diagnóstico é um meio idóneo para se conseguir seleccionar quem deve nascer. Tudo depende do fim a que se destina.

Luís Archer defende que extremos perante eugenismo nos casos de um diagnóstico pré-natal, procedendo-se à interrupção voluntária da gravidez por se tratar de um feto do sexo feminino portador do gene da Hemofilia e no caso do mesmo diagnóstico, em que foi descoberta uma doença de manifestação tardia como o caso da Coreia de Huntington, pois

considera que o indivíduo poderia viver 20, 30 ou 60 anos completamente são (ARCHER, 1998).

Contrariamente ao que acontece na investigação em embriões para fins científicos, no caso da seleção humana, a prática do diagnóstico pré-implantatório justificar-se-á, apesar de tudo, pela ponderação moral sobre a razoabilidade de se deixar nascer alguém condenado a um pesado sofrimento. Segundo Habermas, o diagnóstico genético pré-implantatório terá um significado prático assim que a crescente expectativa de intervenções corretoras no genoma humano se cumprir e for possível evitar doenças monogénicas. O filósofo Alemão vê neste tipo de diagnóstico algo de diferente em relação à interrupção voluntária da gravidez. Se no aborto se verifica uma colisão entre o direito à autodeterminação da mulher e a necessidade de proteção do embrião, vê-se agora no diagnóstico pré-implantatório, um conflito entre a proteção da vida da criança por nascer, e a ponderação de eventuais benefícios e malefícios por parte dos pais, pais esses que, desejando ter um filho, estão dispostos a renunciar à sua implantação se não satisfizer os padrões de saúde. Aqui existe o desejo de ter um filho, que após o diagnóstico decidir-se-á perante uma alternativa binária: implantação ou destruição do embrião (HABERMAS, 2006). Acrescentaremos mais uma à discussão: para fins de investigação.

Não é menos verdade que, através do diagnóstico pré-natal se poderá impedir o nascimento de uma criança se esta também não satisfizer os ditos padrões de saúde, através de uma interrupção voluntária da gravidez. A grande diferença entre o aborto seletivo e o DGPI verifica-se que naquele se põe em causa a integridade física da mulher, enquanto no DGPI evita-se assim uma interrupção voluntária da gravidez. Caso diferente é o aborto sem se recorrer a este tipo de diagnósticos, tema este também bastante controverso. Mas isso é tema que não abordaremos aqui nesta dissertação. O problema põe-se sim sobre a geração de um filho sob condição.

No caso das intervenções genéticas de caráter terapêutico o embrião é encarado como uma segunda pessoa que um dia será. Deste modo antecipar-se-ia um consentimento que poderá ser confirmado *à posteriori*, o que não acontece por exemplo no caso da interrupção voluntária da gravidez. Diferentemente, no caso do diagnóstico pré-implantatório e na manipulação genética de embriões para fins de investigação – hipoteticamente no primeiro, e de forma alguma no segundo – tem-se em vista um futuro nascimento (HABERMAS, 2006). Qual é o papel do direito nesta matéria? Poder-se-á através da decisão política, na sua magnânima veste de direito positivo, libertar esta responsabilidade moral dos pais programadores, de tomar decisões em função das suas

preferências? Cremos contudo que o ponto de equilíbrio alcançar-se-ia através de um consenso democrático. Mas que consenso? O consenso político? Estariam os representantes do povo em condições de por si só responderem a esta panóplia de questões tão pertinentes? Haveria lugar para debates com especialistas de outras áreas das ciências humanas e das ciências naturais? Na maior das hipóteses haveria um consenso político demasiado forte ou demasiado fraco.

Sobre este propósito Arthur Kaufmann dá-nos uma ideia de que, neste momento se poderá dizer que uma questão ética tão difícil de gerar consenso não pode ser respondida pelo legislado, pois substituiria a discussão científica por uma autoritária decisão de poder, e que isso fizesse justiça, é algo que com boas razões, se pode duvidar (KAUFMANN, 2009). Mas de qualquer forma, isso não implica um fechar de olhos por parte da comunidade jurídica, e da comunidade em geral. A aceitabilidade ética da realização do diagnóstico genético pré-implantatório, dos testes genéticos, da terapia genética, da engenharia genética de melhoramento e da investigação em células estaminais, passa pela informação e pela opinião que as pessoas têm em relação ao valor da vida pré-natal. Posto isto, o conceito de pessoa e o início da personalidade jurídica serão determinantes para definir a aceitabilidade ética destas práticas.

5.4. Necessidade de regulação: a questão da validade do direito na teoria discursivo-comunicacional racional

Para quem fundamenta a criação de normatividades ou a nível constitucional, mais propriamente, a criação de biodireitos, deve ter sempre presente uma realidade: com que procedimentos ou com que fundamentos chegaríamos à validade ou legitimidade de tais normas.

Ultimamente, alguma parte da doutrina fundamenta, ser necessário o reconhecimento desses direitos por parte do poder legislativo. Mas o reconhecimento de uma norma jurídica, por si só, não significa necessariamente, reconhecimento em consciência ou em concordância por convicção. O que motiva o reconhecimento pode ser uma simples atitude de egoísmo, de indiferença ou de medo. As normas também podem criar uma ordem funcional num sistema injusto. Pense-se nos campos de concentração. Uma teoria do reconhecimento para fundamentar a validade de um sistema de direitos, não está em condições de fundamentar um dever ser. (KAUFMANN, 2009).

O problema da invocação de direitos ou de princípios só por si não dá solução. Se o problema do direito passou a compreender-se condicionado na sua validade ou se o seu conteúdo terá de mostrar-se válido, não basta imputá-lo à legitimidade do poder da sua prescrição, e isso por referência aos direitos e princípios que há-de cumprir, terá de perguntar-se em que se funda a normativa vinculação jurídica desses mesmos direitos e princípios, nessa sua função normativamente constitutiva e crítica. Na linha do constitucionalismo é costume a invocação do fundamento da validade dos direitos na constituição, nos direitos fundamentais e nos princípios normativo-jurídicos por si reconhecidos e efetivados. Esta pretensa solução não pode excluir questões decisivas, como a da validade jurídico-normativa da própria constituição. Bastará invocar o poder constituinte? Pois se for, com Castanheira Neves, a validade pode voltar a confundir-se com a postulada legitimidade de um poder político, através da constituição, e o poder político terá de conformar-se de novo com a sua compreensão positivista. A constituição não se legitima através da legalidade, pois não é pelo simples facto de se considerar lei constitucional como produto da vontade de um legislador constituinte legalmente instituído que deixa de colocar-se com acuidade a justificação moral de tal produto (NEVES, 2003). No pensamento jurídico a partir da segunda metade do século XX verifica-se uma inversão, pois já não é a lei a garantir a validade desses direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, mas antes esses direitos a imporem-se á lei condicionando a sua validade. Então essa pretensa legitimidade/validade obter-se-ia através de um consenso?

Sobre a legitimação das sociedades democráticas ter-se-á presente a perspectiva de Jurgen Habermas. Nasce assim, com Habermas a teoria processualista da ética do discurso, através de uma expressão consensual de um interesse geral, universalizando os interesses e a as normas que assim se obteriam procedimentalmente tornando-se validos por esse mesmo consenso (HABERMAS, 1997). Na teoria Habermasiana da ética do discurso há-que distinguir validade de legitimidade ou legitimação e o que preocupa Habermas, como se verá, é mais a legitimação do que a validade (NEVES, 2003).

A intensão da teoria do discurso consistiria assim em inserir o direito num projeto de modernidade de autonomia sem referências religiosas ou metafísicas, e a partir dele, e apenas na sua autonomia, se deveria pensar o direito de forma racional de modo reflexivamente reconstrutivo, implicando criticamente a sua legitimidade na sua própria facticidade, na sua realidade atual (HABERMAS, 1997). O pensamento da validade do direito seria reconstruído por uma legitimação procedimental que não resulta da forma nem de um conteúdo moral *a priori*, mas através de um processo pensado numa discursiva

reconstituição racional, reconstruindo-se as ordens jurídicas modernas e do Estado de Direito Democrático (HABERMAS, 1997).

Em Kant parte-se do conceito da liberdade moral e extrai dela as leis jurídicas (HABERMAS, 1997: 140), que se traduziriam perante as leis morais como uma limitação em referência ao arbítrio dos seus destinatário, as relações exteriores e à suscetibilidade de coação (HABERMAS, 1997). Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação de subordinação com a moral. Entretanto, essa subordinação, para Habermas, não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autónoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca (HABERMAS, 1997: 141). Na formulação kantiana do princípio do direito, a “lei geral” carrega o peso da legitimação. E aí o imperativo categórico está sempre presente como pano de fundo: a forma da lei geral legitima a distribuição das liberdades de ação subjetivas, porque nele se expressa um bem-sucedido teste de generalização da razão que examina leis. Disso resulta, em Kant, uma subordinação do direito à moral, a qual é inconciliável com a ideia de uma autonomia que se realiza no médium do próprio direito (HABERMAS, 1997: 157).

Se o princípio moral operaria ao nível da constituição interna, o princípio da democracia operaria ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa forma discursiva de opinião e da vontade. E então a intenção jurídica pressupondo este princípio manifestar-se-á na forma jurídica e o seu princípio legitimante será o princípio do discurso racional (HABERMAS, 1997). Porquanto o discurso racional, significará toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público construído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente (HABERMAS, 1997: 142). E o princípio do discurso a realizado desta forma garantiria a legitimação/validade do direito positivo. A autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares. A autolegislação tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduz-se um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de

normatização (HABERMAS, 1997: 158). Com Habermas, as normas jurídicas só seriam legítimas se os seus destinatários pudessem ser compreendidos como autores racionais dessas mesmas normas através de uma concordante vontade de todos ou pelo consenso racional que unificasse vontade e a razão (NEVES, 2003). O *médium* do direito, enquanto tal, pressupõe direitos que definem o *status* de pessoas jurídicas como portadoras de direitos em geral (HABERMAS, 1997: 155), não havendo nenhum direito legítimo sem esses direitos (HABERMAS, 1997). Assim se reconstruiria um sistema de direitos graças ao princípio da democracia seria legítimo pelo princípio do discurso. Ora, tal sistema deve conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo (HABERMAS, 1997: 158).

Existe, todavia, uma diferença entre a legitimidade dos direitos e a legitimidade de uma ordem de dominação., entre a legitimação dos processos de normatização e a legitimação do exercício do poder político (HABERMAS, 1997: 169). E se os direitos apenas podem ser reconhecidos na sua eficácia e obter a sua execução através de organizações que tomem decisões coletivamente vinculantes afirmamos a conexão do direito com o poder político, e postulado a exigência de uma organização desse poder em que se assuma aquela iniludível conexão de modo legítimo, em que se resolva adequadamente a segunda questão enunciada. Tal seria o problema e o sentido do Estado-de-Direito (NEVES, 2003: 124). Com Habermas, a ideia de Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito legitimamente estatuído. E, no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito numa formação discursiva da opinião e da vontade (HABERMAS, 1997: 172). Na teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criaram para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente (HABERMAS, 1997: 213).

Será a teoria do discurso de Habermas, o procedimento discursivo, o critério último da validade normativa que o direito implica e através da consideração desse problema também a chave para a determinação do sentido do direito como direito? Não será por isso

licito concluir que a legitimidade do procedimento para produzir validade/legitimidade é ela própria uma legitimidade hipotética a exigir legitimação? (NEVES, 2003).

O modelo do discurso distingue-se do modelo contratual particularmente por não operar de forma monológica, mas sim comunicacional. Mas, também aqui, as regras são obtidas numa situação fictícia, a situação ideal de um discurso; também aqui o consenso é algo meramente suposto (KAUFMANN, 2009: 301).

Contudo, a teoria processualista do discurso de Habermas encontra-se no centro de algumas críticas. Segundo Arthur Kaufmann, Habermas coloca a si próprio a tarefa de obter conteúdos verdadeiros ou corretos a partir do processo de comunicação racional, centrando-se na força do melhor argumento que só se poderá determinar através do das características formais do discurso, e não através de algo que esteja subjacente ao contexto de argumentação, como a consistência lógica das proposições ou de algo que intervenha na argumentação a partir do exterior, como a evidencia das experiências. Com Kaufmann, a teoria do discurso não produz verdade ou justiça de algo (facto empírico, norma jurídica), pois na sua base não está nenhum “algo”. Assim a teoria do discurso do melhor argumento possibilitaria apenas uma solução, não dando nenhuma indicação sobre aquilo em que consiste o melhor argumento, tornando a solução arbitrária, não havendo nenhum critério de prioridade e, portanto, a sua construção do discurso pratico conduz-nos em ultima instancia a um principio vazio. Na ética do discurso está unicamente em causa o correto/incorrecto sendo um processo mental que é tão factício como é fictícia a teoria do contrato social, sendo puramente formal sem conteúdo; como salienta Habermas, nada de exterior deveria intervir no discurso. Ainda com Kaufmann, a decisão sobre a correção de juízos normativos numa correção dum consenso é apenas uma questão de maioria, não de conteúdo, e que, quanto mais concretos são os problemas, mais difícil é alcançar um consenso, pois em questões de risco não é possível de modo nenhum obter um consenso. Visto que a ética do discurso apenas admite participantes no discurso que estejam em condições de argumentar de modo formalmente racional (apenas o saber dos especialistas), ela é discriminatória e elitista. Depois ainda se deve ter em conta que há decisões que não se podem universalizar, por exemplo, a decisão do médico de ligar um dos dois feridos graves ao único reanimador disponível deixando o outro morrer.

Da mesma forma Castanheira Neves teceu também algumas objeções contra a teoria do discurso racional. Para o filósofo do direito, o procedimento discursivo-comunicativo de legitimação não é assim adequado para responder ao sentido filosófico do sentido do direito como direito, do problema desse sentido na sua universalidade. Trata-se

de um procedimentalismo que nem mesmo considera a validade/legitimidade de um qualquer direito, mas apenas o direito segundo um certo paradigma historicamente condicionado, e portanto nem sequer numa sua virtual generalidade (NEVES, 2003: 132). É por isso licito concluir, que a legitimidade do procedimento do discurso-comunicativo para produzir validade/legitimidade é ela própria uma legitimidade hipotética a exigir legitimação. Ainda com Castanheira Neves, o consenso vai pensado como uma consequência, não como pressuposto, não como fundamento necessário, na sua universalidade, mas como fundamento possível, na sua contingência, e em lugar da universalidade só teremos a generalidade. No que respeita à própria possibilidade do consenso, esse mesmo consenso nem sempre será possível tendo em conta a alta complexidade das sociedades atuais e o seu insuperável pluralismo lhe seria um real obstáculo. O consenso não constitui uma qualquer validade, nem critério normativo dela, só porque se obtém por qualquer modo que seja. O consenso seria nesse caso apenas empírico, uma empírica manifestação racional, porventura de vontades. E como entidade empírica será tao fundamento e critério normativo de validade/legitimidade como o poderá ser o reconhecimento. A empírica e a validade não estão no mesmo pleno, o primeiro é um facto e a segunda uma normatividade, pelo que não se pode inferir-se esta daquela, a falacia naturalística continua aqui insuperável, a menos que no facto vá já imanente um qualquer valor (NEVES, 2003).

A questão da validade do direito é um problema complexo que se tem destacado como o objeto central da filosofia do direito. Em termos gerais um consenso racional por si só, não justifica nem é fundamento da validade de qualquer norma ou de processos de normatização. Cremos que o discurso normativo-comunicativo é um processo importantíssimo para questões relacionadas com a intervenção no genoma humano, mas que só poderá propor-se como um modo de legitimação valido pressupondo condições axiológicas que não resultem do processo em si. E essa condição só poderá residir no homem e na sua dignidade. Mas o problema bioético reside sobretudo na fronteira entre o humano e o inumano, sendo necessariamente aqui, que as “aporias” nos impedem de conhecer a realidade.

5.5. Consequências e problemas de justiça: reflexos em termos de justiça distributiva

Ainda está para esclarecer o que devemos entender por ideia de direito. De qualquer modo, existe um grande consenso alargado sobre o mais alto valor do direito. Esse valor é sem dúvida a justiça. Então o que entendemos por justiça? Poderá ser-se talvez tentado a ver na justiça apenas uma forma do «bem» moral. Mas uma justiça deste modo definido, num sentido subjetivo, só pode entender-se como um estado de consciência orientada no sentido de uma justiça objetiva. Interessa-nos aqui é uma justiça num sentido objetivo. A moral social só aprecia e julga os homens nas suas relações entre si e não estas relações em si mesmas (RADBRUNCH, 1979).

À pergunta, o que é a justiça, responde-se frequentemente: a justiça é no seu cerne igualdade (KAUFMANN, 2009). Assim o era para Aristóteles, provavelmente o filósofo que mais longe levou, até hoje, a análise do conceito de justiça (MONCADA, 1955). Mas a justiça não é só igualdade na realização do bem comum. A igualdade enquanto justiça é algo puramente formal, não respondendo à pergunta de como se deverá tratar o que é igual ou diferente, mas tão só afirma que o igual deve ser tratado forma igual e o diferente de modo proporcionalmente diferente. A justiça não é só forma como também é conteúdo e função. À primeira destas duas corresponderá à adequação e a última à segurança jurídica, na realização da justiça (KAUFMANN, 2009).

Uma outra reflexão surge, na relação entre a justiça e a equidade. A equidade é por vezes representada como a justiça do caso concreto. Poderá a equidade ser colocada contra a justiça, o valor mais elevado do direito? (KAUFMANN, 2009). Como este dilema se deparou Aristóteles:

“O que origina o problema é o facto de o equitativo ser justo, porem não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda a lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não esta na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular” (ARISTÓTELES, 2007: 125).

Não é correto dizer, com Kaufmann que equidade é a justiça do caso concreto. Distingue-se da justiça pela diferença de ponto de vista, do ponto de vista do legislador partindo da norma geral para o caso concreto, como do ponto de vista do juiz que partirá do caso concreto para a norma geral (KAUFMANN, 2009). A justiça e a equidade não são na realidade valores diferentes, mas caminhos diferentes para chegar ao mesmo único valor jurídico. A justiça considera o caso individual no ponto de vista da norma geral; a equidade procura achar a própria lei do caso individual, para depois a transformar também numa lei geral, visto ambas tenderem por natureza, em última análise, para a generalização (RADBRUNCH, 1979: 91).

O que realmente nos interessa em matéria de manipulação genética é um certo tipo de justiça. E essa justiça é a justiça *distributiva*, nas relações entre o estado e os particulares, na forma como se repartem oportunidades e bens, não descurando, é claro, também a importância da justiça *comutativa* em matéria de dano e indenização que pode resultar da responsabilidade médica. A justiça comutativa é a justiça própria das relações de coordenação. A justiça distributiva é a própria das relações de subordinação ou de supra-ordenação. A primeira é a justiça do direito privado; a segunda, a do direito público. A justiça comutativa, sendo a justiça que tem lugar entre pessoas com iguais direitos, pressupõe necessariamente um ato anterior de justiça distributiva pelo qual se reconheceu aos interessados o seu igual direito. Isto mostra-nos que a justiça distributiva representa a forma primitiva da justiça (RADBRUNCH, 1979).

Atualmente o incentivo de evitar as enfermidades e da aspiração em restringir a dor, as contingências e vulnerabilidades, a esfera biológica da vida humana, outrora adstrita ao ‘aleatório’ ou ao ‘destino’, foi sendo tomada como objeto de intervenção da ciência moderna e da medicina científica. Um dos grandes problemas no domínio da genética humana prende-se com problemas ao nível da teoria da justiça. Dois temas fulcrais sobressaem no âmbito das mais recentes aquisições da genética e das biotecnologias. O primeiro pode ser formulado pela linguagem típica da justiça distributiva e diz respeito à questão da equidade ou das assimetrias na saúde. Os aspetos que neste âmbito se podem debater vão desde a preocupação com possíveis discriminações por parte de seguradoras e empregadores. O segundo relaciona-se com a possibilidade do uso da alta tecnologia genética na chamada “lotaria natural”, quer com intuitos terapêuticos de prevenção de doenças e deficiências graves, quer com fins eugenistas negativos e de majoração das capacidades humanas (GARCIA, 2008: 16).

Ao admitirmos que se consideraria legítimo o melhoramento genético, deixado ao critério dos pais, poderíamos ter pessoas otimizadas, que ao candidatarem-se a um lugar juntariam um certificado genético. Esta possibilidade significa ao nível da teoria da justiça consequências no universo jurídico, desde logo, não discriminação e igualdade de oportunidades. A exigência da igualdade de oportunidades, elemento-chave de um estado constitucional que se considera justo e democrático, vê-se agora confrontado com a possibilidade das intervenções genéticas poderem obrigar a repensar a justiça distributiva, ao alargar-se o possível campo de ação (LOUREIRO, 2006).

À semelhança da revolução que suscitou na filosofia política contemporânea, também na discussão sobre as implicações das tecnociências da vida e das biotecnologias em termos de práticas biomédicas a teoria de “justiça como equidade” de Rawls, é uma referência fundamental (GARCIA, 2008: 17). A teoria de justiça de Rawls constitui, de certa forma, uma reação ao utilitarismo clássico. Esta teoria utilitarista formulada por Jeremy Bentham e adotada por John Stuart Mill, consistia na maior felicidade do maior número, prevendo desta forma, só o resultado, e que se veio a confirmar que gera grandes desigualdades entre ricos e pobres, pois torna-se difícil universalizar a felicidade. Para uns a felicidade pode ser ter dinheiro para comprar uma casa, para outros pode ser escrever um livro. Ao propor uma teoria de justiça, John Rawls esclarece no prefácio da sua obra *uma teoria da justiça*, que o seu objetivo é generalizar e elevar a uma ordem mais alta de abstração a teoria tradicional do contrato social representada por Locke, Rousseau e Kant (RAWLS, 1993).

O objetivo primordial de justiça para Rawls, é a estrutura básica da sociedade, isto significa, o modo como as instituições sociais consagram os direitos e deveres fundamentais (bens primários sociais) ao mesmo tempo que determinam a repartição de oportunidades (benefícios e encargos) na cooperação social. Para conseguir esta estrutura básica da sociedade seriam escolhidos dois princípios de justiça que seriam acordados pelas partes na posição original (RAWLS, 1993). O primeiro corresponderia ao “princípio da igualdade”: *cada pessoa deve ter um direito ao mais extenso sistema de liberdades básicas compatível com um sistema semelhante de liberdades para os outros*; O segundo corresponderia ao princípio da diferença: *as desigualdades sociais e económicas devem ser ordenadas de modo que simultaneamente (a) seja razoável esperar que elas sejam vantajosas para todos (b) ligadas a posições e funções abertas a todos* ⁽⁴⁹⁾ (RAWLS,

⁴⁹ Em obras posteriores, o autor de *Uma Teoria da Justiça*, reformulou estes dois princípios como acontece em: RAWLS, John. 2003. *Justiça como Equidade : uma reformulação*. Tradução: Cláudia Berliner.

1993: 82). Assim, o primeiro princípio garantiria as iguais liberdades básicas e o segundo consideraria as desigualdades económicas e sociais, que conjugadas entre si garantiriam a justa estrutura básica da sociedade. Como as sociedades abarcam diferentes situações sociais, a própria sociedade não deveria permitir as perspectivas dos que se encontrem em melhor situação social na garantia de direitos, benéficos e encargos, a não ser que, ao permiti-lo, beneficie aqueles que se encontrem em posições sociais mais desfavorecidas. Estes dois princípios não podem ser aplicados indiscriminadamente, mas devem obedecer a uma ordem lexical, assim o primeiro antecede o segundo (RAWLS, 1993). Então como é que se chegaria a esses princípios?

Esses princípios seriam assegurados por um processo contratualista. O processo contratualista elaborado pelo autor demonstra que a sua conceção de justiça (justiça como equidade) é a melhor alternativa que existe para organizar a sociedade, partindo da ideia da “posição original”. A posição original representaria uma situação puramente hipotética em que as partes na posição original encontrar-se-iam sob um “véu da ignorância”, pois só assim as partes poderiam nem ser altruístas nem egoístas, devendo assim lidar com o facto de apesar das suas diferenças sociais, as partes encontrar-se-iam ao mesmo nível. Na posição original as partes desconhecem a forma particular que os seus interesses assumirão, mas supõem que têm esses interesses e sabem quais liberdades básicas exigidas para protegê-los, que são garantidas pelo primeiro princípio. Para assegurar esses interesses, classificam o primeiro princípio como prioritário em relação ao segundo (RAWLS, 1993). Neste estado de ignorância os indivíduos têm a responsabilidade de escolher, apenas com base em princípios de justiça, desconhecendo as circunstâncias que vão afetar as suas situações concretas, como os seus estatuto social, os seus talentos naturais, as suas fortunas, a inteligência, imaginação. Assim se entende que estes princípios de justiça garantam apenas, e tão só, bens primários sociais e não direitos primários naturais.

Os indivíduos se tivessem conhecimento das suas circunstâncias específicas, ficariam tentados a explorar essas contingências naturais e sociais em benefício próprio (GARCIA, 2008). Porém, será difícil provar que as parte na posição original chegariam a esse tipo de escolhas, e Rawls sabendo disso, elabora o princípio *Maximin*. As partes na

São Paulo : Editora Fontes Martins. Cit. Pág. 60. «a) Cada pessoa tem o mesmo direito inderrogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos. b) As desigualdades sociais e económicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade».

posição original encontrando-se numa situação de incerteza, efetivamente escolheriam estes dois princípios, pois representarão um mínimo que as partes não poriam em risco em benefício de maiores vantagens económicas e sociais. Assim Rawls acredita que há uma relação entre estes dois princípios e a regra *maximin*, garantindo este, um mínimo mais elevado possível, ou seja, que o pior resultado fosse o melhor possível (RAWLS, 2000).

Posto isso se haverá de dizer que a conceção teleológica de Rawls é mais de um utilitarismo moderno que da clássica filosofia pratica, sendo a sua posição de sentido kantiano e não aristotélico. Numa reflexão oferecida entre nos por Castanheira Neves, esta conceção de justiça assim oferecida, não se pode dizer também rigorosamente kantiana, pois a justiça de Rawls definida como “equidade” esta longe de enunciar um princípio ético universalmente categórico, visto tratar-se de uma justiça enquanto, o resultado de acordos ou negociações entre pessoas livres e iguais colocadas numa situação inicial de equitativa, produziram também soluções equitativas, já que seriam as soluções que essas pessoas acordarão a aceitar nessa situação (NEVES, 2003). E se corresponderia à ideia do “estado natureza” do contratualismo tradicional, não deixaria de dela decisivamente se diferenciar pela exigência ideal de traduzir uma “posição original de igualdade” (NEVES, 2003: 73). Nestes termos, estes princípios da justiça em função das possibilidades abertas oferecidas pela posição original com o seu véu de ignorância, definiram a justiça como uma justiça puramente processualista, através de um procedimento correto e equitativo, tornando-se princípios *a priori* submetidos a uma justificação *a posteriori* (NEVES, 2003).

Em sentido diverso à teoria rawlsiana da visão estrutural social surge, a conceção da “visão da pura sorte” defendendo a intervenção na lotaria natural e a neutralizando as desigualdades naturais. Restringir a preocupação da justiça às desigualdades dos que têm capacidades e talentos similares é, nesta ótica, absolutamente arbitrário, tendo em conta que ter ou não ter aquelas capacidades e talentos depende, num primeiro momento, da sorte ou do azar na lotaria natural. O mesmo será dizer que, enquanto a visão estrutural social limita o domínio da igualdade de oportunidades às desigualdades sociais, já que apenas se preocupa com a influência exercida pelas estruturas sociais injustas no sucesso de um indivíduo em competição social, a conceção da pura sorte parece exigir uma expansão do âmbito da igualdade de oportunidades, ao incluir também as desigualdades naturais, com a ambição de libertar os seres humanos dos efeitos limitativos que advêm do azar. (GARCIA, 2008).

Apesar de se reconhecer o grande contributo da teoria Rawlsiana, a mesma não foi decisiva em matéria de justiça no âmbito da saúde. O objetivo será agora, estender a matriz

de Rawls a questões relacionadas com as novas possibilidades biotecnológicas, nomeadamente no âmbito de manipulação genética. Quem abraçou essa tarefa foram os autores de *From chance to choice: genetics and justice*, Allen Buchanan, Dan W. Brock, Norman Daniels e Daniel Wikler estendendo a matriz de Rawls no âmbito da biomedicina.

Na sua reflexão, a perspetiva da pura sorte e do igualitarismo de recursos e da visão estrutural social exigem o uso das novas possibilidades biotecnológicas para prevenir e curar doenças, admitindo também o alargamento da justiça a intervenções genéticas capazes de contrariar desigualdades naturais que não constituem doenças, mas que podem ser um sério obstáculo à igualdade de oportunidades (GARCIA, 2008: 21). Defendem que o acesso aos serviços de genética deve estar integrado no direito aos cuidados básicos de saúde, que esta subjacente à igualdade de oportunidades. Mas a limitação igualdade de oportunidades não se verifica só com a doença pela falta de acesso e informação necessárias. No seu ponto de vista está subjacente a ideia de, a extensão em que aqueles serviços podem ser providenciados sob o título de ‘direito’ aos cuidados de saúde, deve ser limitada em alguns casos, como alguns tipos de testes preditivos que não fornecem nenhuma ajuda para a elaboração dos planos de vida, e como o caso da engenharia genética de melhoramento, pois não são necessidades do curso da vida, mas sim “necessidades adventícias”⁵⁰). Neste horizonte encontra-se a potencialidade de marginalização e exclusão das intervenções genéticas. Duas possibilidades de discriminação são apontadas. Uma é a probabilidade de criação de um “gueto genético”, marginalizador para pessoas que, pelos diagnósticos genéticos, ‘descobrem’ algum tipo de deficiência, correndo o risco de ficar isolados social, profissional e humanamente. A outra é a percepção de ameaça por parte das pessoas com deficiência, pois as potencialidades abertas pela genética são suscetíveis de introduzir dúvidas sobre o direito à sua própria existência. Para isto, a política pública deveria contribuir para evitar a exclusão e estigmatização de qualquer um dos cidadãos. Contudo também aqui não se pretende garantir uma igualdade genética, pois nem a igualdade de oportunidades nem o compromisso para atingir uma distribuição mais justa de recursos exigem esforços para eliminar todas as desigualdades em bens naturais (GARCIA, 2008).

⁵⁰ Sobre a fronteira ténue entre o natural e o social, ver: BUCHANAN, Allen et al. 2000. *From chance to choice : genetics and justice*. Apud GARCIA, José Luís. 2008. *Rumo à Criação Desenhada de Seres Humanos?: Notas sobre justiça distributiva e intervenção genética*. Estudos de Sociologia. Vol. 13, n.º 2, Julho-Dezembro 2007. Recife : Universidade Federal de Pernambuco. Cit. Pág. 22. «Á medida que os poderes aumentam, o território do natural é anexado ao domínio do social e o novo território conquistado é colonizado por ideias de justiça».

Tendo em linha de conta o pluralismo de valores, estes autores norte americanos dispõem da seguinte maneira:

«Significaria um forte compromisso por parte da sociedade para usar os avanços da genética na prevenção ou melhoria das deficiências mais sérias que limitam as oportunidades individuais (...). Se e em que medida tais esforços irão para além das tentativas de prevenir ou curar doenças de base genética é largamente uma questão sem resposta neste momento» (BUCHANAN et al., 2000: 82).

Este último tópico traria inevitavelmente dois problemas segundo estes autores: na forma como estes argumentos da pura sorte e do igualitarismo de recursos naturais, podem conduzir ao colapso da distinção entre sujeitos e objetos, contrariando a tese estrutural social onde as limitações a compensar são as que decorrem de estruturas sociais injustas, necessárias para os competidores na cooperação social; na conceção de justiça ligada a uma ideia de natureza humana, no sentido de a preservar, de forma a garantir uma justiça para as pessoas e não uma justiça de criação desenhada de pessoas (GARCIA, 2008).

Em termos de política pública haveria para os autores de *From chance to choice: genetics and justice*, duas exigências de justiça na área da genética. De acordo com as duas mais importantes teorias contemporâneas da igualdade de oportunidades (a visão estrutural social e a visão da pura sorte), a justiça deve exigir intervenções genéticas que previnam limitações na igualdade de oportunidades, mesmo que aquelas não se circunscrevam a doenças. Segundo, é preciso regular cuidadosamente as condições de acesso às intervenções genéticas, especialmente a possibilidade de majoração, com o intuito de evitar a expansão das desigualdades já existentes. Por exemplo, se um dia for possível identificar e implantar nos embriões genes capazes de resistir a doenças comuns (tais como constipações, arteriosclerose, depressão e alguns dos tipos mais comuns de cancro), e se, por sua vez, o acesso a esta tecnologia de majoração depender unicamente da capacidade financeira, então é previsível que o seu uso perpetue as desvantagens já sofridas pelos pobres e grupos minoritários (GARCIA, 2008: 26). Ao nível das condições de acesso a estas técnicas, sustentam que, do ponto de vista da justiça social, seria legítimo que o acesso a tratamentos, ou até mesmo à majoração de capacidades, estivesse disponível para todos ou que não estivesse disponível para ninguém, independentemente das faculdades financeiras de cada um (BUCHANAN et al., 2000).

Que fique claro, que as suas posições são sensíveis a um critério de minimização da dor e do sofrimento, condizente com o utilitarismo negativo de Popper, e não negligenciam a hipótese do advento de um novo eugenismo, considerando o eugenismo nazi um episódio infeliz de uma ciência pretensiosa. Se, num primeiro momento, a informação preditiva sobre as predisposições às doenças segmenta uma sociedade que antes estava unida por uma vulnerabilidade e incerteza totais, num segundo momento, o mercado permite que os participantes menos vulneráveis se separem dos destinos de outros cidadãos com mais fragilidades na lotaria genética. Esta situação, conjugada com as suas possibilidades financeiras, iria conferir vantagens posicionais aos afortunados e impor um grande fardo de deficiência ou exclusão aos menos favorecidos (GARCIA, 2008: 27). A ser possível tal circunstância, alguns indivíduos poderiam usufruir de um “certificado genético de majoração” (BUCHANAN et al., 2000: 97). Esse certificado seria vantajoso para os empregadores e para as seguradoras. Recorde-se que também garantindo a esse certificado genético a todas as pessoas, não resolveria todos os nossos problemas em termos de justiça social. Para além disso, se a igualdade de oportunidades é valorizada, então esta espécie de “supermercado genético” de consumo não regulamentado seria absolutamente ilegítima (GARCIA, 2008: 28). Mas o que se regularia e limitaria? Para José Luís Garcia, primeiramente o objetivo do estado é impedir que o uso dos serviços genéticos seja apenas (ou fundamentalmente) ditado pelas curvas da oferta e da procura, sujeitas a um processo comercial e competitivo ou à perspectiva do lucro a curto prazo de interesses particulares (GARCIA, 2008: 29).

Da ideia de justiça distributiva só podemos extrair a noção duma relação entre pessoas, não a noção do modo com as devemos tratar. Isto quer dizer que a ideia de justiça distributiva carece de ser contemplada com outros princípios fundamentais, se quisermos extrair dela os verdadeiros preceitos dum direito justo. (RADBRUNCH, 1979). Na doutrina alemã, no âmbito dos princípios gerais do direito, encontrar o princípio categórico da responsabilidade formulado por Hans Jonas, muito importante no âmbito das técnicas de engenharia genética. Tendo como ponto de partida as possíveis ameaças das inovações biotecnológicas, o autor constrói uma ética de futuro, argumentando que, o que esta em causa é nada mais nada menos que a própria natureza e imagem do homem, é a prudência que, por si só, se torna no nosso primeiro dever ético, e o raciocínio hipotético na primeira das nossas responsabilidades (JONAS, 1994: 63). Desta forma constrói-se assim um imperativo categórico aplicado o novas tecnologias genéticas:

“Age de tal maneira que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a preservação da vida humana genuína (...) não comprometas as condições de uma continuação da humanidade na terra” (JONAS, 1994: 46).

Contributo fundamental para uma conceção de justiça material (social) aplicado aos avanços da ciência genética, nomeadamente no que respeita à manipulação genética de embriões, é sem dúvida a do filósofo do direito Arthur Kaufmann. Partindo de um utilitarismo negativo, conjugado com o princípio da equidade de John Rawls e o princípio da responsabilidade de Hans Jonas, formula o imperativo categórico da tolerância:

“Age de tal modo que as consequências da tua ação sejam concordantes com a máxima prevenção ou diminuição da miséria humana” (KAUFMANN, 2009: 262).

Com Kaufmann, rejeita-se um relativismo absoluto, através da sua limitação pelos direitos humanos e princípios gerais do direito. Através do seu imperativo categórico da tolerância, reage a todo e qualquer, argumento de tudo ou nada relacionado com a engenharia genética. Para o autor, numa sociedade pluralista de risco, o principal mandamento ético seria a tolerância, ou seja, tolerância por alguns riscos colocados pela manipulação genética, mas sempre presente e complementado pelo princípio da responsabilidade. A tolerância possibilitaria o agir responsável, dado aos efeitos danosos e imprevisíveis da tecnologia genética. No seu discurso moderado e coerente, o princípio da equidade de oportunidades é a forma mais correta e legítima num discurso biotecnológico, daí que rejeita o progresso só para os mais favorecidos. A técnica nem sempre é boa tal como a legislação também não o é. Apesar de a sua visão partir de algumas premissas da doutrina do espaço livre do direito, a tolerância não deixaria porem, certos comportamentos sem regulação, ou seja, sem consequências jurídicas (KAUFMANN, 2009). Admitimos contudo que o imperativo da tolerância poderá ser essencial na construção e na fundamentação para um discurso bioético coerente e consensual. Mas isto só não basta. Faltam ainda questões essenciais a debater.

5.6. Ser humano é ser pessoa?

No primeiro capítulo ocupamo-nos sobre a questão o que é o ser humano, numa breve viagem pela antropologia filosófica. É certo que muitas dúvidas ficaram e ficarão por esclarecer. A propósito do tema ser humano, surge então uma outra questão que requer uma análise não só terminológica, e que consiste em saber se ser humano é uma pessoa, ou melhor ainda, se existem seres humanos que não são pessoas. Se não são pessoas o que são? Numa época marcada pelo desenvolvimento biotecnológico, estas perguntas revelam uma elevada importância, pois hoje, é difícil saber quando é que começa a pessoa e quando é que acaba a coisa. Adicionarei ainda uma outra questão: vida humana é ser humano?

Peter Singer, na sua obra *Ética Prática*, faz referência a todas estas perguntas, expondo que existem duas aceções diferentes em que se utiliza a expressão “ser humano”. Numa primeira aceção o termo ser humano equivaleria a membro da espécie «*Homo Sapiens*». Numa outra aceção o termo ser humano significaria apresentar «*indicadores de Humanidade*» como principalmente: autoconsciência, autodomínio, sentido de futuro e passado, capacidade de se relacionar com os outros, preocupação pelos outros, comunicação e curiosidade. Singer propõe a substituição do termo ser humano por duas expressões distintas. Para o primeiro sentido, o biológico, corresponderia a expressão membro da espécie «*Homo Sapiens*», enquanto para o segundo sentido corresponderia o termo «*Pessoa*» (SINGER, 2002).

A reformulação da expressão pessoa tem sido uma constante ao longo da história ocidental, havendo grande falta de unanimidade relativamente à etimologia do termo. A expressão «pessoa» é derivado do latim *personare*, do grego, *prósopon*, e do etrusco *phersu*, e era comum utilizar-se a palavra para denominar as mascaras que os atores usavam para representar os seus papéis em peças teatrais. Assim, os atores que utilizavam essas mascaram, pretendiam mostrar que desempenhavam uma personagem.

Ao longo da história existiram vários contributos para uma definição de pessoa. Apesar dos contributos da filosofia sofista, de Sócrates e Aristóteles na busca da noção e essência do ser humano, os mesmos não foram tao decisivos como o foi o direito romano e principalmente a teologia cristã no termo pessoa. O cristianismo adiantou a noção de pessoa entendida como ser subsistente, livre e responsável, sendo fundamental o contributo do ser concebido à imagem e semelhança de Deus, e a conceção da unidade de cristo na dupla natureza de corpo e espírito, para o enquadramento de pessoa. O cristianismo perfilhou que todas as pessoas gozam de igual, direitos e dignidade (BARBAS, 2011).

No início do século VI, Severino Boécio, considerado como o primeiro fundador da Escolástica, definiu a pessoa humana como «substancia individual de natureza racional»:

“Quocirca si persona in solis substantiis est atque in his rationabilibus substantiaque omnis natura est nee in uniuersalibus sed in indiuiduis constat, reperta personae est definitio: "naturae rationabilis indiuidua substantial” (BOETHIUS, 1973: 84).

É com S. Tomás de Aquino que se chega à ideia de natureza racional subsistente em si. S. Tomás de Aquino considerou que a pessoa é um ser único completo e distinto dos demais. Cada pessoa é especial, não pode ser confundida com outra pessoa ou coisa. A pessoa é o que há de mais perfeito em todo o universo: é o valor absoluto porque é um ser dotado de racionalidade, de espiritualidade e de liberdade (BARBAS, 2011: 170).

A pessoa também foi objeto de reflexão no pensamento de Thomas Hobbes. Para o contratualista inglês, uma pessoa é aquele cujas palavras ou ações são consideradas quer como as suas próprias quer como representando as palavras ou ações de outro homem, ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas, seja verdade ou por ficção (HOBBS, 2010: 137).

No final do século XVII, John Locke, na sua obra, *Ensaio acerca do Entendimento Humano* definiu pessoa como um ser pensante, inteligente, dotado de razão e reflexão, e que pode considerar-se a si mesmo como um eu, ou seja, como o mesmo ser pensante, em diferentes tempos e lugares (LOCKE, 1986: 318). Locke distingue os conceitos de homem e de pessoa, no qual a identidade de um homem consistiria na participação da mesma vida, continuada por partículas de matéria constantemente fugazes e que, nesta sucessão, estão vitalmente unidas ao mesmo corpo, reduzindo o homem a um ser biológico. Assim o homem surgiria com o nascimento podendo vir a tornar-se pessoa. O homem moral apareceria com a combinação do homem com a pessoa. Já o termo pessoa pertence somente aos agentes inteligentes e que sejam capazes de conceber uma lei, e de felicidade e infortúnio (LOCKE, 1986: 331). Nos seus escritos sobre filosofia política, o empirista sustenta mesmo que todo homem nasce com dois direitos básicos: primeiro, o direito à liberdade de sua pessoa. Porém o homem não nasce com a pessoa. A pessoa é um *status* a ser alcançado (LOCKE, 2003). Desta forma, o conceito pessoa dado por Peter Singer aproxima-se à concepção de Locke.

Em Kant o que caracteriza a pessoa humana, tanto no aspeto prático quanto no aspeto pragmático, é a sua capacidade de agir livremente, ou seja, o homem seria o único ser na natureza capaz de estabelecer um fim para si da mesma forma que consegue fazer da felicidade de outrem o seu próprio fim. Como ser racional pertencente ao mundo inteligível, o homem não poderá pensar na causalidade das suas ações senão sobre a ideia da liberdade. A pessoa seria essencialmente a liberdade, pois tem autonomia, e é através desta que se chega à moral universal (KANT, 1995). Para o racionalista prussiano a autonomia é pois o fundamento de dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional (KANT, 1995: 73).

Como vimos no primeiro capítulo, com Max Scheler, encontramos uma conceção de homem que não é apenas uma animal racional. É um ser aberto ao mundo, que se caracteriza por ter impulso afetivo, instinto animal, memória associativa, e inteligência prática. A pessoa aparece como o centro de atos que liga o espírito à vida. O espírito e o corpo fazem parte da pessoa, mas não são a pessoa. A pessoa é o centro indeterminado de determinação a partir do qual existe a possibilidade de mudança de atitudes, do arrependimento e valor da pessoa é absoluto e irreduzível (SCHELER, 2003).

Na atual doutrina portuguesa, com Stela Barbas, encontramos a noção de pessoa como a existência unificadora de uma diversidade de faculdades vitais, como o único ser que tem capacidade de se autodeterminar. Assim para a autora pessoa significa uma unidade e não apenas pela sua característica biológica ou psíquica, é um ser único, indivisível, irrepetível (BARBAS, 2011).

Se para alguns ser humano e pessoa são a mesma realidade, para outros, são noções completamente diferentes. Mesmo para alguns nem o nascimento é condição para se adquirir o estatuto de pessoa. Assim, só poderiam ser titulares de direitos adquirindo o estatuto de pessoa pela via da autodeterminação. Ficariam então de fora do conceito pessoa, os embriões, os recém-nascidos, crianças até uma certa idade e os doentes mentais?

Um dos grandes defensores desta teoria é Tristram Engelhardt Jr, sustentando que o início da vida humana não é imediatamente seguido pelo início de uma pessoa, resultando uma dificuldade em atribuir estatuto moral a embriões fetos e até mesmo crianças. O autor defende que ser humano e ser pessoa são coisas diferentes pois não é o facto de pertencer à espécie humana que atribui valor ao ser humano. Para ele somente as pessoas escrevem livros ou leem livros de filosofia, pois para se ser pessoa tem de se ser consciente, racional, livre, autónomo, e responsável. O autor vai mais longe dizendo que existem outros seres

que não pertencem à espécie humana, que devem ser considerados pessoas se apresentarem essas características (ENGELHARDT JR, 1998):

“As pessoas, e não os seres humanos são especiais (...), são elas que constituem a comunidade moral secular, preocupam-se com argumentos morais e podem ser por eles convencidas” (ENGELHARDT JR, 1998: 170).

A respeito dos embriões e dos fetos, com Habermas, só no momento em que se rompe a sua simbiose com a mãe é que a criança entra num mundo de pessoas que vão ao seu encontro, que podem interpelá-la e falar com ela. Mas esse ser geneticamente individuado, que se encontra no útero materno como exemplar de uma comunidade reprodutiva, não é, de forma alguma, “já sempre” – ou desde logo – uma pessoa. Só no espaço público de uma comunidade linguística é que esse ser natural se pode simultaneamente desenvolver como indivíduo e como pessoa dotada de razão (HABERMAS, 2006: 77).

Entre nos, Castanheira Neves trata a questão do *ser pessoa* como a manifestação do aparecimento do homem. A pessoa, por que nela o ser, a transcendência e o espírito se personalizam, tornando-se alguém. Em síntese para o filósofo do direito a pessoa é a autonomia do mundo, o originário do ser a manifestar-se conscientemente em liberdade e concretamente na história (NEVES, 1995).

A nosso ver não há distinção essencial, haverá apenas diversidade na posição do observador. Todo o homem é pessoa e toda a pessoa, no nosso domínio de observação, é homem. Simplesmente, quando se fala em homem tem-se em vista primeiramente a base biológica, sem a qual não há pessoa: quando se fala em pessoa tem-se em vista a presença constitutiva do espírito naquele ser. Mas é sempre o mesmo ser que é corpo e espírito. A pessoa é o ser humano, em síntese (se a palavra diz tudo) de corpo e espírito (ASCENÇÃO, 2008).

Parte III

PESSOA E DIREITO

6. Direito à vida e início da pessoa

6.1. A essencialidade do direito à vida

Conforme ficou acentuado no capítulo segundo, a dignidade da pessoa humana é o pilar, a base de qualquer estado republicano, sendo o seu ponto de convergência o próprio homem. Fizeram-se algumas perguntas relativas à dignidade da pessoa humana. Uma relativamente sobre o seu fundamento. Outras sobre a sua validade enquanto princípio-valor. Mas nenhuma se aproximou sobre o sentido da dignidade humana na era da biotecnologia. Dito de outra forma: De que forma as diversas formas de manipulação genética põe em causa a dignidade da pessoa humana?

Reservamos e adiamos este capítulo propositadamente para obtermos algumas respostas, ou pelo menos, alguma reflexão sobre o assunto. Se nos capítulos anteriores, a reflexão ética se desdobrava relativamente as diversas formas de manipulação do embrião ou do feto, isolando uma reflexão para cada caso, aqui a metodologia revela-se um pouco distinta. Se existe um denominador comum para a defesa da dignidade da pessoa humana contra as novas possibilidades que a ciência genética proporciona, não se pode sequer pensar em defender tal princípio à margem do direito à vida e da sua essencialidade. E apesar de, a própria manipulação genética em si mesma com vista a um futuro nascimento, não põe em causa a inviolabilidade da vida humana, é certo que as opções que se venham a tomar, nomeadamente tanto no caso do diagnóstico genético pré-implantação, ou seja, a não implantação do embrião no útero materno e a sua conseqüentemente eliminação, bem como, a investigação científica em células estaminais embrionárias, têm já relevância ao nível do direito à vida e da inviolabilidade da vida humana. Não é agora a prática em si que se questiona, mas o fim a que essas práticas podem levar e que poderá pôr em causa a inviolabilidade da vida intra-uterina. Também é certo que nem só do direito à vida vive a defesa da dignidade da pessoa, mas o seu conteúdo revela-se, demasiadamente imprescindível para quem fundamenta qualquer paradigma bioético. Limitar-nos-emos aos aspetos do direito à vida do ponto de vista constitucional, relacionados com a manipulação genética, nomeadamente nos problemas levantados pelo DGPI e pela investigação científica embrionária, não na prática em si, como é o caso do DGPI, mas nas finalidades que essas práticas podem originar, sem contudo, negligenciar a importância do mesmo direito com as questões relativas à eutanásia.

O direito à vida é o primeiro dos direitos fundamentais constitucionalmente enunciados. É, logicamente, um direito prioritário, pois é condição de todos os outros direitos fundamentais (CANOTILHO, 2007: 446). Não se trata, porém, apenas de um *prius* lógico: o direito à vida é material e valorativamente o *bem* (localiza-se, logo, em termos ontológicos no ter e ser vida, e não apenas no plano ético-deontológico do valor ou no plano jurídico-axiológico dos princípios) mais importante do catálogo de direitos fundamentais e da ordem jurídica constitucional no seu conjunto (CANOTILHO, 2007: 447).

O direito à vida consubstancia-se num direito inato, num direito “essencialíssimo” do ser humano. Durante muito tempo se discutiu sobre a construção do denominado *jus in se ipsum*, que é a consagração do direito “à” vida e “sobre” a vida, ou seja, o direito de a vontade humana ser respeitada por si mesma. Essa construção é ferozmente criticada por levar ao reconhecimento do suicídio e da eutanásia (SANTOS, 2008: 78). O direito à vida aparece, deste modo, como o principal direito do ser humano, verdadeiro valor fundamentante da defesa de todos os demais e sem o qual todas as outras referências axiológicas perdem sentido e soçobram (OTERO, 2008: 1013). A Constituição Portuguesa não se limita, ao contrário de outros textos fundamentais e da própria DUDH, a dizer que “todos os homens têm direito à vida”, afirmando antes, numa fórmula normativa muito mais forte e expressiva, que a vida humana é inviolável (MIRANDA, 2005: 223).

O direito à vida significa por si só um direito a não ser morto? Haverá no direito à vida alguma matriz de conteúdo social? Significará também o direito à vida o direito a viver com dignidade, pela sua conexão com tal valor?

Para Canotilho, o direito à vida significa também direito à sobrevivência, ou seja, direito a viver com dignidade. Por esta via o direito à vida revela-se como matriz originária dos principais direitos sociais. A afirmação que a vida humana é inviolável, pretende-se aludir seguramente à existência física e psíquica entre o princípio e o fim da vida (CANOTILHO, 2007: 448). A constituição afirma que a vida humana é inviolável sem fazer menção do estágio de desenvolvimento em que essa vida se encontre (MIRANDA, 2005: 233). O artigo 24.º, n.º 1, da Constituição, ao afirmar a inviolabilidade da vida humana não faz qualquer distinção sobre a natureza intra-uterina ou extra-uterina dessa mesma vida (OTERO, 2008: 1014). Logo é aqui, que o problema se coloca. Na maior parte dos documentos internacionais, verifica-se um consenso em relação ao respeito pelo direito à vida. Exemplo paradigmático é o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, ao reconhecer de forma categórica a essencialidade da vida humana, proibindo qualquer

derrogação do direito à vida, coisa que não acontece em relação ao direito à liberdade e o direito à igualdade. No plano de determinação do *bem protegido*, justifica e impõe-se o recorte do conceito constitucional de vida humana, a definição do começo da vida humana e a delimitação do âmbito de proteção. Os problemas constitucionais mais controvertidos da atualidade dizem respeito ao começo e ao fim da vida humana (CANOTILHO, 2007).

No que toca ao momento inicial desde logo para efeito do tratamento jurídico a conceder à interrupção voluntária da gravidez, há quem faça coincidir o início da vida com o momento da concepção, mas também quem sustente que o direito à vida só pode começar com o nascimento completo e com vida, uma vez que só aí se inicia a personalidade jurídica, e portanto a suscetibilidade de ser titular de direitos (MIRANDA, 2005: 225). Numa matéria cujas implicações ultrapassam largamente o mundo do direito, espraiando-se pelos domínios da ética, da moral, da filosofia, da biologia e da medicina, abordam-se algumas das questões, jurídico-constitucionais convocadas pela análise do artigo 24.º (MIRANDA, 2005: 224).

Na doutrina constitucional portuguesa, encontramos posições e argumentos idênticos relativamente à essencialidade do respeito pelo direito à vida. Mas é curioso, que, logo que se levantam questões sobre quando começa o respeito pela vida humana, as opiniões divergem desde logo, pois como se verificou, a matéria sobre o início da vida humana ultrapassa largamente o mundo do direito.

A respeito disto, Jorge Miranda considera que o feto reclama uma proteção tanto maior quanto mais próximo estiver do seu nascimento. Apesar disto, reconhece o direito à vida desde o momento da concepção. Para o autor o recurso à tutela penal consistiria num instrumento adequado de proteção da vida do embrião, nos casos de criação deliberada de embriões para fins de investigação ou pra outros fins que não a sua utilização numa operação reprodutiva medicamente assistida. O constitucionalista português rejeita mesmo o aumento do risco da criação de embriões excedentários pra melhorar as taxas de sucesso da aplicação das técnicas de reprodução. Assim, o destino a dar aos embriões excedentários, que não sejam utilizados naquele projeto parental, seria o da doação ou da sua destruição. Só a doação de embriões é o único fim que não põe em causa o direito à vida (MIRANDA, 2005). Admite contudo, que, embora seja ilícito utilizar embriões excedentários para fins de investigação, que é possível a sua utilização para projetos científicos, desde que comprovada a sua não inserção num projeto parental ou a inviabilidade da sua doação a outros progenitores, mas sempre pressuporá uma adequada ponderação de diversos fatores. Entre estes fatores, é relevante saber se a investigação é em

benefício do embrião, da humanidade ou para outros fins que não beneficie o embrião ou a humanidade, já que neste último caso a sua admissibilidade está absolutamente excluída (MIRANDA, 2005). A sua utilização em benefício da humanidade deve pautar-se pelo princípio da subsidiariedade de investigação em relação à investigação em benefício do embrião.

Por seu turno, com Gomes Canotilho, enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana abrange não apenas a vida das pessoas, mas a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa, a vida intra-uterina (independentemente do momento em que se entenda que esta tem início) e a vida do embrião fertilizado. É seguro, porém, que: o regime de proteção da vida humana, enquanto bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos fundamentais e interesses legalmente protegidos, assim como a vida intra-uterina não tem de ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento. Este dever de proteção coloca, por sua vez, delicadas questões relacionadas com a *autonomia da pessoa* (direito ao corpo, suicídio, colocação da vida em perigo) (CANOTILHO, 2007).

Veja-se bem, como o discurso destes dois pensadores diverge de certa maneira quando são questionados com questões relacionadas com o início da pessoa. O direito à vida na sua formulação típica não é discutido. Mas podem suscitar-se dificuldades em zonas periféricas deste tipo de tutela da personalidade. Assim, não existe ainda um consenso sobre as condições da ilicitude do aborto ou mesmo sobre se a ilicitude do aborto decorre da tutela do bem vida ou de outra valoração específica (VASCONCELOS, 2008: 56). O mesmo raciocínio vale para as situações de manipulação genética que culminam com o aborto ou a não implantação do embrião no ventre materno. Se é certo pensar que a pessoa goza de dignidade e do respeito pela sua vida, nada melhor do que expor algumas teorias sobre o início da vida humana. Se a pessoa merece incondicionalmente todo este respeito convém descortinar a partir de que momento é que lhe deve ser reconhecido tal estatuto. Note-se que até aqui um consenso é difícil de lograr.

6.2. O início da vida humana

O início da vida humana tem sido ultimamente centro de muita polêmica. É um tema ao qual, muito dificilmente se conseguirá chegar a um consenso. É de lembrar que, mesmo, para uma parte da doutrina, o nascimento por si só não é suficiente para que possamos chamar alguém de pessoa. Enquanto isso, alguns autores reconhecem mesmo, o estatuto de pessoa a seres não humanos.

Segundo esta linha de raciocínio, através de uma exposição polemica, Peter Singer entende mesmo que alguns animais não-humanos são pessoas e que uma criança com profundas deficiências mentais ou um recém-nascido, embora sejam, inquestionavelmente, membros da espécie *Homo sapiens*, não são pessoas, faltando-lhes a autoconsciência e que tampouco têm sentido de futuro ou capacidade de relacionar-se com os outros (SINGER, 2002). Singer rejeitou também que os membros da espécie humana têm mais valor que membros de outras espécies. Assim só fará sentido, usar o termo pessoa para seres racionais e auto-conscientes para captar os elementos do sentido popular de ser humano que não são abrangidos pelo termo da espécie *Homo Sapiens* (SINGER, 2002: 108).

Se para alguns, pessoa e ser humano são mesma coisa, para outros são conceitos completamente distintos. Alguns sustentam que só estaremos perante uma pessoa, após o seu nascimento, para outros, antes da nidação ainda não existe pessoa. Recentemente uma parte da doutrina defende que a pessoa existe a partir do momento em que se inicia a atividade cerebral, enquanto outros defendem o estatuto de pessoa desde a sua concepção. Em consequência, a questão pertinente a colocar não deve ser quando é que a vida interessa do ponto de vista moral ou jurídico mas sim quando é que começa a vida humana.

Tivemos a oportunidade de verificar as mais variadas concepções de pessoa. Sabemos a importância do direito à vida e à dignidade da pessoa. Falta-nos saber a partir de que momento se inicia a pessoa, pois esse momento pode ser imprescindível na defesa e na atribuição de direitos a qualquer ser humano, como poderá ser decisivo para determinar se é ético manipular embriões humanos. Nos capítulos precedentes fez-se a seguinte pergunta: quem tem direito à vida? Agora a pergunta é outra: quando se reconhece o direito à vida e à dignidade? E para isso nos propomos desde já a expor algumas teorias sobre o início da vida humana.

6.3. Teorias sobre o início da vida humana

6.3.1. Concepção (fertilização)

Para os defensores da tese da concepção como o momento inicial da pessoa, a simples união dos gametas feminino e masculino origina desde logo um ser, e esse ser, já é uma pessoa, um sujeito de direitos fundamentais, nomeadamente possuidor de dignidade da pessoa humana.

A junção, *in vivo* ou *in vitro*, de um espermatozoide e de um óvulo origina aquilo a que se convencionou chamar de zigoto. O momento ou, melhor dizendo, o processo de união (uma vez que decorrem cerca de vinte e quatro horas), sendo tradicionalmente designado por concepção, refere-se, de modo cientificamente mais preciso, à fertilização de um óvulo por um espermatozoide. Este processo, decorrendo na normalidade, originará, eventualmente, a criação de um zigoto, embrião, feto e recém-nascido (NUNES, 1995: 122). Assim para os defensores desta tese, a pessoa inicia-se com a concepção. Os argumentos normalmente utilizados recaem sobre três fundamentos: o fundamento genético, pela constituição *ab initio* de um novo genótipo humano; o fundamento da continuidade, pelo processo biológico contínuo sem linha divisória; e pelo fundamento da potencialidade do zigoto em se desenvolver num recém-nascido, numa criança, num adulto até à morte (NUNES, 1995). Na atual doutrina portuguesa encontramos alguns defensores desta teoria.

Nas palavras de Jorge Miranda a dignidade da pessoa é tanta da pessoa já nascida como da pessoa desde a concepção, porque a vida humana é inviolável, pois é a própria constituição que garante a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, sendo a procriação assistida regulamentada em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa e, porque para lá da noção privatística, se oferece assim um conceito constitucional de pessoa (MIRANDA, 2000).

Na mesma linha de raciocínio, Stela Barbas defende que, há vida humana e portanto pessoa desde a concepção, pois o embrião já tem uma existência física, e que deve, ou deveria gozar de proteção jurídica como qualquer outro ser humano. O desenvolvimento do ser concebido em qualquer das suas etapas, traduzem a continuidade da mesma pessoa, que atravessa por mais uma das fases (BARBAS, 2011).

No que toca à inviolabilidade do direito à vida, Paulo Otero preconiza que esse direito existe a todos os seres humanos já concebidos. A garantia da inviolabilidade do

direito à vida impõe desde logo, ao poder público o dever de preservar a vida pré-natal e pós-natal. Na sua tese, o autor defende mesmo que, o estado deveria reconhecer (com o seu dever primário de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana aos seres mais débeis, pois na sua opinião, não existe pessoa mais frágil e indefesa e mais inocente que um ser humano não nascido. Assim, por exemplo, se cientificamente houvessem dúvidas sobre qual o momento certo do início da vida humana, qualquer eventual dúvida deveria ser resolvida juridicamente através do princípio *in dubio pro vitae* (OTERO, 2008).

Por sua vez, com Rui Nunes, o ser humano pode e deve ser considerado como um ser socialmente reconhecido desde o momento da fertilização. A dignidade humana, eticamente válida após a fertilização, constitui a base do respeito pela pessoa humana. Ao atribuir um estatuto particular apenas aos seres humanos possuidores de capacidades mentais superiores, como a consciência reflexiva e a capacidade de auto-reconhecimento dessa consciência reflexiva, teríamos, forçosamente, que questionar a sua atribuição, não apenas ao embrião humano mas, também, a todos os seres humanos privados, por algum motivo, da capacidade de raciocínio (deficientes mentais, doentes em estado de coma, recém-nascidos etc.) (NUNES, 1995).

Normalmente o argumento científico utilizado para criticar esta teoria assenta na possibilidade de divisão do embrião humano, até aos catorze dias de evolução, em dois ou mais indivíduos como os gémeos monozigóticos, sem esquecer contudo, os argumentos já expostos das mais diversas áreas das ciências humanas acerca do que é o ser humano, pela falta da linguagem, consciência, autonomia, entre outros.

6.3.2. Nidação

Para os defensores da tese da nidação só é viável falar em pessoa após a implantação no útero materno. Segundo esta tese, até esse momento existe, apenas, um conjunto de células que constituem os alicerces do embrião. Só há vida quando o blastocisto consegue a nidação (BARBAS, 2011: 189).

Logo após a fecundação, o zigoto está sujeito a uma divisão (⁵¹) meiótica sucessiva que origina um aumento do número de células até que se forme a mórula (⁵²). Uma

⁵¹ Denominada clivagem. O zigoto divide-se em duas células, os blastómeros, estes, por sua vez, dividem-se em quatro blastómeros, depois oito e assim sucessivamente até à constituição da mórula.

quantidade líquida do útero introduz-se na mórula provocando a separação das células em duas partes: o trofoblasto que originará a placenta com o cordão umbilical e a bolsa amniótica ou âmnio que reterá o embrião flutuante. Posteriormente os espaços cheios de líquido confluem para formar uma única cavidade, convertendo a mórula num blastocisto ou blástula. No sexto dia, o blastocisto une-se ao endométrio. As células do trofoblasto invadem a camada endometrial do útero, tirando daí a nutrição necessária ao nascituro. Este fenómeno constitui, precisamente a nidação ou implantação. A implantação marca a presença de vida, uma vez que o nascituro tem, agora, possibilidade de evoluir como um novo ser, o que não é possível com o ovulo fecundado *in vitro*, que não tem, atualmente qualquer viabilidade de desenvolvimento fora do útero materno (BARBAS, 2011).

Os defensores desta tese como o momento decisivo para se falar em pessoa, sustentam que até ao final da segunda semana de gestação haverá possibilidade de constituir-se gémeos, e que podem ocorrer alterações pela fusão de dois zigotos ou de dois embriões. Assim o argumento preponderante é o da individualidade do ser que se encontra no útero da mulher, muito embora também sustentem que existe um número de embriões perdidos espontaneamente antes da nidação. Cerca de 50 a 80% dos embriões são abortados de forma espontânea nos primeiros dias, sem que, as mulheres cheguem sequer, a saber da sua existência. Face a esta realidade, colocam a questão de saber se é possível chamar de pessoas a um número tão elevado de vidas que morrem prematuramente pela própria natureza? (BARBAS, 2011). A dependência do organismo materno é, segundo alguns autores, de tal forma imprescindível, que o embrião carece, durante as suas primeiras divisões, e antes de se iniciar a implantação no endométrio materno, das propriedades necessárias e suficientes para merecer um estatuto semelhante ao de uma pessoa humana (NUNES, 1995: 131).

A favor da tese da nidação, encontramos um argumento de Rui Nunes, considerando que se deve aceitar, contudo, que o zigoto não possui todas as moléculas com capacidade informativa para o seu futuro desenvolvimento. Possui, no entanto, as moléculas com o potencial para adquirirem essa capacidade informativa (NUNES, 1995: 132).

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. 2011. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra : Almedina. Cit. Pág. 191.

⁵² *Idem, ibid.* «A mórula é a massa celular composta por dezasseis blastómeros».

6.3.3. Desenvolvimento do sulco primitivo

No decurso normal da embriogénese humana surge, entre o décimo terceiro e o décimo quarto dia de existência, um sulco na face ventral do embrião. Este sulco, denominado sulco primitivo, corresponde a um aglomerado de células do epiblasto, e confere, pela primeira vez, uma aparência de orientação externa ao embrião humano. Atingido este estágio do desenvolvimento humano, o embrião deixa de ser «um aglomerado difuso de células, para se tornar numa entidade organizada de uma forma simétrica», sendo possível a distinção de uma face ventral e de uma dorsal, bem como de uma face craniana e de uma caudal (NUNES, 1995: 133).

Esta etapa revestir-se-ia da maior importância na individuação humana, já que, deste ponto de vista, a presença de um único sulco primitivo seria o garante do desenvolvimento de um ser humano individual e exclusivo. Indivíduo é, por definição, indivisível. Ora, a possibilidade experimental de originar três, quatro ou mais seres humanos a partir de cada uma das células totipotenciais do embrião, decorridas que fossem as primeiras divisões do zigoto, mostra que o embrião nesta fase é um agregado, não um indivíduo. Só após a formação do sulco primitivo é que estaríamos em presença, nesta perspectiva, de um novo ser humano ontológico (NUNES, 1995: 133).

Para contra-argumentar esta teoria, são utilizados normalmente os argumentos de que a taxa de nascimento de gémeos monozigóticos é bastante baixa, como também, a possibilidade de no futuro se abolir o primado da individualidade humana pela chamada clonagem humana, podendo ser possível criar outro ser igual *ad eternum*. Normalmente associado ao momento em que ocorre desenvolvimento do sulco primitivo encontra-se o argumento de distinção entre embrião e pré-embrião.

O termo pré-embrião surgiu em 1985 pela primeira vez, no relatório da European Science Foundation, nele introduzido para fornecer a fundamentação científica da posição do relatório Warnock⁽⁵³⁾ sobre a experimentação no embrião com menos de catorze dias, altura em que se inicia a formação do tubo neural. Contudo esta designação está longe de ser consensual na doutrina, estando na base desta designação uma parte da doutrina que

⁵³ O relatório Warnock elaborado pela comissão Warnock no Reino Unido tornou-se um marco histórico em Bioética, ao lançar as bases de uma primeira reflexão sobre os problemas éticos das novas tecnologias da reprodução. TELES, Natália Oliva. 2002. *Questões éticas do diagnóstico genético pré-implantação*. In Rui Nunes, Helena Melo, Cristina Nunes. (eds.). *Genoma e Dignidade Humana*. Colectânea Bioética Hoje. Vol. V. Coimbra : Gráfica de Coimbra. Cit. Pág. 81.

pretenderia deste modo tornar mais aceitável eticamente a experimentação embrionária (TELES, 2002: 81).

Os critérios biológicos apresentados para justificar a diferença de embrião e pré-embrião assentam basicamente em três pontos: “1. Ausência de sofrimento por parte das células resultantes do zigoto até ao 14.º dia de desenvolvimento embrionário, altura a partir da qual se forma o sulco primitivo e se considera haver início da sensibilidade individual. 2. Inexistência de uma individualidade do ser humano - as células embrionárias de início totipotentes passam a pluripotentes, perdendo esta característica apenas ao 14.º dia; pensa-se que só a partir desta altura deixará de haver possibilidade de formação de gémeos e consequentemente, só então o ser a formar será único. 3. Dependência do corpo da mãe - o zigoto inicia a nidação cerca do 6.º dia mas só a partir do 14.º dia se encontra unido por um vínculo orgânico e nutricional à mãe.” (TELES, 2002: 81). O relatório Warnock concluiu com base nos argumentos citados, haver uma diferença moralmente significativa entre o conjunto de células antes e depois do 14.º dia de existência, visto só a partir dessa altura se poder dizer com propriedade que existe um ser humano individual (TELES, 2002: 81).

6.3.4. Organogénese

A organogénese, isto é, a formação do sistema nervoso, constitui para alguns, o marco decisivo do início da vida humana. Sustentam que não é possível afirmar que desde a conceção estamos perante um indivíduo se se partir da tese que as propriedades imunológicas são as principais características da individualidade no plano biológico. E, acrescem que estas propriedades não se manifestam antes do 14.º dia (BARBAS, 2011: 186). Assim só a partir mais ou menos do 14.º dia começa a desenvolver-se o sistema nervoso.

Invocam a importância do cérebro para a vida procedendo a um raciocínio analógico com o critério perfilhado, hoje em geral, para definir o momento da morte que é o da morte do tronco cerebral ou morte cerebral. Ou seja uma pessoa só poderá ser considerada morta depois da cessação irreversível do funcionamento do tronco cerebral (BARBAS, 2011: 186).

Esta tese não se encontra isenta de críticas, que na maior parte do fundamento dos seus argumentos, se encontra subjacente, a ideia da estrutura do sistema nervoso começar a desenvolver-se mais ou menos a partir do 14.º dia, não é um momento exato, variando de

caso para caso, e que, o sistema nervoso desenvolve-se até à vigésima semana de gravidez (BARBAS, 2011). Os que rejeitam a tese da organogénese também se apoiam no facto de que a analogia entre a morte cerebral e o início do sistema nervoso pode ser ilusório tendo em conta que a paragem do funcionamento do sistema nervoso pode ser instantânea, como o caso do traumatismo craniano. Algumas funções celulares e metabólicas podem ser mantidas em funcionamento de forma autónoma, em virtude dos avanços produzidos pelas novas tecnologias, após a paragem irreversível de funcionamento do tronco cerebral. Com Rui Nunes, trata-se de vida humana, em sentido lato, mas não de um ser humano vivo, dado que a integração das funções vitais carece de suporte biológico, pelo que, o organismo humano deixa de funcionar como um todo (NUNES, 1995: 138).

6.3.5. Viabilidade fetal

Por viabilidade fetal, ou viabilidade *ex útero*, entende-se a capacidade de sobrevivência autónoma do feto relativamente à progenitora. Graças aos avanços científicos este período tem sido encurtado nos últimos anos. Hoje já é viável a sobrevivência de fetos com apenas quinhentos gramas. A viabilidade fetal é, no entendimento de alguns autores, requisito essencial para a atribuição do estatuto pessoa ao feto. Consideram não haver qualquer diferença, do ponto de vista ético, entre um feto viável e um recém-nascido, uma vez que quer um quer outro podem sobreviver mesmo com a falta da capacidade cognitiva (BARBAS, 2011).

Outros autores conferem ao feto viável o estatuto moral de pessoa humana apenas se os progenitores tiverem a intenção de levar a gravidez a termo. Isto é, apenas se o feto vier, com toda a probabilidade, a desenvolver-se num ser humano adulto. Assim, seria legítimo terminar a vida de um feto viável desde que existisse uma "razão válida" como, por exemplo, se estivesse, em risco a vida da sua mãe. Se, *a priori*, os pais não pretenderem levar a gravidez a termo então o feto não teria direito a qualquer tipo de proteção moral e jurídica (NUNES, 1995: 142).

O recente domínio da terapia fetal veio alterar ainda mais os limites de viabilidade, sendo atualmente mais correto falar-se de viabilidade fetal *in utero*. A atribuição de um estatuto ao feto viável dá origem a questões éticas de difícil resolução. Uma delas relaciona-se com a possibilidade de efetuar um abortamento no terceiro trimestre de gravidez. No entendimento de Rui Nunes, desde que não esteja em perigo a vida materna,

este abortamento só é moralmente lícito quando esteja em causa uma anomalia fetal de tal gravidade — anencefalia por exemplo — que seja incompatível com a vida pós-natal (NUNES, 1995). Assim sendo, é caso para perguntar se a atribuição do estatuto pessoa a um ser humano está condicionada a esse prazo, uma vez que esse prazo vai variando consoante os progressos científicos. Fará sentido, atribuir o estatuto pessoa a um feto com nove meses de gestação enquanto para outros bastaram cinco meses para adquirir o tão desejado estatuto de pessoa? (BARBAS, 2011).

6.3.6. Nascimento

O nascimento é para muitos o momento a partir do qual a pessoa nasce. É o momento em que o feto se separa do ventre materno.

O argumento do nascimento como reconhecimento do início da pessoa encontra-se muitas vezes expresso em muitas ordens jurídicas. Na maior parte das legislações, o nascimento é o momento decisivo para se dizer que estamos perante uma pessoa. O critério utilizado para esta teoria assenta na falta de autonomia dos nascituros quando ainda se encontram no ventre da mãe. Só serão autónomos fora do ventre da mãe (BARBAS, 2011). Não estrará o recém-nascido sempre dependente de alguém nos primeiros meses de vida? O argumento da autonomia mostra-se também não muito convincente. E no caso das pessoas dementes e em coma profundo?

No atual Código Civil Português, o nascimento é a condição para se adquirir personalidade jurídica e conseqüentemente ser considerado pessoa jurídica (sujeito de direitos e deveres). O nascimento tem de ser completo e com vida. Assim só haverá personalidade jurídica se houver vida, deixando de fora os nados-mortos que não são pessoas. Embora o positivismo português não reconheça no nascituro personalidade jurídica, tem em consideração a sua potencialidade de pessoa. Apesar de a lei não reconhecer no nascituro um sujeito de direitos, assegura-lhe a vocação sucessória no artigo 2033.º do Código Civil, e vocação para receber doações no artigo 952.º do mesmo diploma, que dependem sempre do seu nascimento.

No Código Civil Espanhol, vigorou durante muito tempo que a qualidade de pessoa, ou seja, a personalidade jurídica só se adquiria com o nascimento de um feto com figura humana desde que vivesse pelo menos vinte e quatro horas desprendido do seio

materno. Atualmente com a redação da lei 20/2011, de 21 de julho, a personalidade jurídica adquire-se apenas com o nascimento completo e com vida.

Na medida em que as novas preocupações suscitadas pela ciência genética põem em risco a nossa compreensão como seres humanos, deverá o direito, quer pelas suas instituições, bem como, pelas suas metodologias e procedimentos tentar sensibilizar a humanidade para uma ordem de valores, em que, o Direito e Ciência têm de caminhar lado a lado em perfeita harmonia? (BARBAS, 2011). Sobre a natureza jurídica do embrião, dever-se-á adotar critérios éticos e filosófico-jurídicos adequados para tentar no mínimo adotar soluções adequadas aos problemas trazidos pela biotecnologia? E com isto, se abre mais um capítulo, e mais uma pergunta a colocar, atendendo as várias teorias apresentadas no presente capítulo: quando é que o direito reconhece, ou deveria reconhecer o estatuto de pessoa? Posto isto, inevitavelmente se iniciará a discussão acerca da personalidade jurídica.

7. Personalidade jurídica

7.1. Personalidade jurídica: pessoa humana ou pessoa jurídica?

A palavra personalidade deriva do termo latino *persona* ⁽⁵⁴⁾ que primitivamente era a máscara ou caraça que os atores utilizavam em encenações teatrais para disfarçarem a voz (*personare*) e o rosto. O seu âmbito foi sendo alargado e, passou, também, a traduzir os diferentes papéis que cada indivíduo desempenha na vida jurídica. *Persona* traduz, assim, o homem como ator do mundo jurídico (BARBAS, 2011: 219).

Quando se fala em personalidade jurídica o que se procura só pode ser o homem pessoa ⁽⁵⁵⁾. Será então, imprescindível ao reconhecimento da personalidade à pessoa, a procura de um fundamento simultaneamente ontológico-relacional e moral? Sendo o homem por excelência o protagonista da relação jurídica fará sentido, falar em pessoa humana e em pessoa jurídica? Há pessoas humanas que não sejam jurídicas? Então, qual é o fundamento de tal estatuto jurídico?

Destas premissas partiu Pedro Pais Vasconcelos, quando reconheceu que a personalidade é uma qualidade: a qualidade de ser pessoa. É uma qualidade que o direito se limita a constatar e respeitar e que não pode ser ignorada ou recusada. É um dado extra jurídico que se impõe ao direito (VASCONCELOS, 2008: 35). A personalidade é, assim a qualidade de ser pessoa, que o Direito reconhece a todas as pessoas pelo simples facto de o serem, que se traduz no necessário tratamento jurídico das pessoas como pessoas, isto é, como sujeito e não como objeto de direitos e deveres, como originalmente dotadas de dignidade inviolável de pessoas humanas que o Direito não pode deixar de respeitar e que constitui um dado extralegal, de Direito Natural (VASCONSELOS, 2008: 37).

Sob o ponto de vista ontológico, Diogo Leite de Campos acha inseparável a vida humana da personalidade jurídica. A separação apagaria a pessoa e os seus direitos. A condição ontológica da pessoa implica necessariamente uma dimensão jurídica, na medida em que quem é pessoa em sentido ontológico é, também, pessoa do ponto de vista jurídico. Não pode haver dois tipos de pessoas humanas: as jurídicas e as não jurídicas (CAMPOS, 2001: 1259).

⁵⁴ Sobre o sentido da palavra *persona*, como imagem em movimento, cinematograficamente falando, é absolutamente indispensável a visualização do filme “*Persona*” de Ingmar Bergman de 1966.

⁵⁵ Convém referir que no âmbito desta matéria, a utilização da palavra pessoa, refere-se concretamente à pessoa singular. Não é de qualquer modo, dispensável esta menção, tendo em conta que, existem outras pessoas não humanas no plano jurídico: sociedades, associações, fundações e o próprio estado apelidadas de pessoas coletivas.

A afirmação da qualidade jurídica do homem como pessoa também teve reflexos no pensamento jurídico de Carvalho Fernandes, reconhecendo de resto, que a mesma, é imposta no ordenamento jurídico por razões de ordem múltipla: Desde logo, o próprio esquema técnico de resolução de conflitos de interesses humanos pelo Direito explica a qualidade do homem como pessoa, na justa medida em que a harmonização desses conflitos se traduz no reconhecimento, a certos homens, de uma posição de supremacia (poder jurídico), perante outros, a quem se impõe a necessidade de respeitar o interesse daqueles (dever jurídico *latu sensu*) (FERNANDES, 2009). Para o autor o encabeçamento desses poderes e deveres em certas *entidades jurídicas* afigura-se como o meio mais racional e expedito de dar relevância, no plano do direito às diferentes posições ocupadas pelos homens na cena jurídica (FERNANDES, 2009: 82). O princípio segundo o qual todos os homens são pessoas jurídicas não sofre hoje contestação no Direito Civil Português (FERNANDES, 2009: 81).

Problema diverso surge quando somos confrontados com o fundamento dessa personalidade. Será esse um fundamento ontológico? Ou haverá razões, para que o fundamento de tal estatuto jurídico, se revele de natureza moral e axiológico, ou por sua vez se determine pelo simples reconhecimento da ordem jurídica?

O atributo da personalidade jurídica à pessoa pode ser visto, sobretudo, ainda que implicitamente do ponto de vista axiológico-cultural, com Heinrich Ewald Horster, salientando a evidente a interdependência existente entre o regime jurídico da personalidade consagrado por uma dada ordem jurídica e a concepção do homem que esta subjacente a esta mesma ordem. Para o autor o regime jurídico da personalidade encontrado pelo direito privado é a expressão da concepção do homem que está vigente na respetiva ordem social e constitucional, estando aí incluídas valorações éticas e morais (HORSTER, 1992: 294).

De forma mais clara, reconheceu Carvalho Fernandes, que o fundamento da personalidade jurídica reside essencialmente na iminente dignidade humana. Assim, a personificação de todo o ser humano encontra o seu verdadeiro fundamento na imanente dignidade do homem. Neste sentido, a personalidade jurídica do homem é imposta ao Direito por fundamentos de variada ordem, como um valor irrecusável, e não atribuída por aquele ao homem (FERNANDES, 2009).

Um argumento ainda bem menos positivista é elaborado por Diogo Leite de Campos, quando considera que, a personalidade jurídica não é constituída pelo

ordenamento jurídico; este limita-se a reconhecê-la como um estatuto jurídico (CAMPOS, 2001: 1259).

A este propósito e contrariando tudo aquilo que levava a crer que, é a dimensão ontológica que implica necessariamente uma dimensão jurídica vale sempre o esforço citar, um filósofo do direito como Gustav Radbruch:

“A verdade é que a igualdade perante a lei e a igual capacidade jurídica dos homens, que constituem a essência da ideia de «pessoa», não são alguma coisa que resida necessariamente nelas, nas associações que eles possam formar, mas sim alguma coisa que lhes é atribuída pela ordem jurídica. Ninguém é pessoa por natureza ou por nascimento, originalmente (...) Ser pessoa é apenas o resultado de um ato de personificação que só a ordem jurídica pode praticar (...) tanto as pessoas «singulares» como as «coletivas» ou «jurídicas» são, de facto, mera criação da lei” (RADBRUNCH, 1979: 262).

Com isto, poder-se-á contudo, mesmo pondo de parte os argumentos que levaram à reflexão de um ou vários fundamentos da personalidade jurídica, verificar que, ainda existe alguma dificuldade em estabelecer ou relacionar a pessoa em sentido filosófico com a pessoa em sentido jurídico. Fazendo minhas as palavras de Jesús González Pères: *el hombre debe ser persona en sentido jurídico. Es imposible que pueda no serlo* (PÉREZ, 1986: 120). A personalidade ou personalidade singular corresponde à qualidade que assume o *homo sapiens* quando age no palco do direito. Esta prerrogativa é hoje reconhecida, em princípio, a todos os seres humanos, salvo a problemática específica dos nascituros (CORDEIRO, 2004), sendo precisamente aqui que o problema se coloca.

Tradicionalmente a personalidade jurídica é definida como a suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações (ASCENSÃO, 2000: 71). Se é complicado conceber ou saber quando é que se inicia a pessoa, problemático será também dizer quando é que o estatuto de pessoa é reconhecido pelo direito, nomeadamente na atribuição de personalidade jurídica aos nascituros.

7.2. Início da personalidade jurídica

7.2.1. Começo da personalidade jurídica

Se é certo que todos os homens têm personalidade jurídica, agora o nosso objeto de estudo incide, sobretudo, em saber em que momento essa personalidade começa. A maior parte das legislações considera que a personalidade jurídica começa com o nascimento.

Em Roma, apesar de «*hominum causa omne ius constitutum est*» nem todos os homens gozavam de personalidade jurídica, de capacidade de gozo e de capacidade de agir, que dependiam de três condições: ser livre, cidadão e *sui iuris* (JUSTO, 2008: 106). A personalidade jurídica começa assim com o nascimento que deve obedecer aos seguintes requisitos: separação completa do corpo da mãe; deve nascer vivo. Segundo os Proculeianos, era necessário um gemido para provar o nascimento com vida. Para os Sabinianos, bastava um qualquer sinal, um simples movimento do corpo ou a respiração. Justiniano acolheu esta opinião; e forma humana: quem nasceu deve ter forma e natureza humana. O *monstrum* ou *prodigium* não gozava de personalidade jurídica, porque «*non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procrantur*». Apesar de o nascituro não ser considerado pessoa, a sua futura humanidade não deixou de ser relevante para determinados efeitos jurídicos e justificou que ao momento da concepção fosse dada alguma atenção especial, nomeadamente no que respeita ao curador para defender os interesses do nascituro e nos casos das sucessões *mortis causa*, em que, eram suspensas até ao nascimento abrindo-se a possibilidade de a posse dos bens hereditários ser atribuída à mulher grávida (JUSTO, 2008).

A título de exemplo, o Código Civil Brasileiro de 1916 consagrava que a personalidade jurídica tinha início com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (BARBAS, 2011).

Em Portugal, o artigo 6.º do Código de Seabra (⁵⁶) de 1867, dispunha o seguinte:

⁵⁶ «O artigo 1479.º permitia aos nascituros adquirir por doação, contanto que estivessem concebidos ao tempo da mesma doação, e nascessem com vida. O artigo 1776.º estabelecia que só podiam adquirir por testamento as “criaturas existentes, entre as quais é contado o embrião”. Reputava-se existente o embrião, que nascesse com vida e figura humana dentro de trezentos dias, contados desde a morte do testador». BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. 2011. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra : Almedina. Cit. Pág. 228.

“A capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento mas o individuo, logo que é procriado, fica debaixo da lei e tem-se por nascido para os efeitos declarados neste código” (MENDES, 1995: 152).

Complementar desta disposição considerava-se o artigo 110.º do mesmo código embora em rigor não dispusesse sobre a aquisição da personalidade mas da filiação (e nesse sentido tivesse sido substituído pelo artigo 13.º da lei dos filhos (MENDES, 1995: 153):

“Só é tido por filho, para efeitos legais, aquele de quem se prove que nasceu com vida e figura humana”.

Antes de passar à sua análise, saliente-se que o regime do código vigente se mostra nesta matéria diferente do Código de Seabra, por ter sido eliminada a referência que este fazia a um terceiro requisito – *a figura humana* (⁵⁷) (FERNANDES, 2009: 199).

O artigo 66.º, n.º 1 do atual Código Civil Português, não refere a regra básica de que todo o ser humano é pessoa. Todavia fixou o seu início no artigo 66.º/1 (CORDEIRO, 2004): (...) *No momento do nascimento completo e com vida.*

Alguna doutrina civilística portuguesa questiona o sentido de “nascimento completo” como é o caso de Menezes Cordeiro, entendendo mesmo que, o legislador não deveria ter utilizado a expressão “nascimento completo” sem ter avaliado o problema com a devida atenção. Para o autor a referência é de todo modo desajustada, tendo em conta que no Direito Penal existe pessoa desde o momento do início do ato do nascimento, e que poderia dar azo ao crime de infanticídio (⁵⁸) de um ser não considerado pessoa (CORDEIRO, 2004), pois em termos rigorosos o nascimento fica completo com o corte do cordão umbilical, e que, como se sabe, muitas vezes o cordão umbilical é laqueado, só se procedendo ao corte após a expulsão da placenta (BARBAS, 2011).

Menos rigoroso, mas mais elucidativo no seu discurso, com Heinrich Ewald Horster, considera-se que o nascimento é a separação, ou por expulsão ou por extração, do feto do corpo materno, não tendo relevância para o efeito o período de duração da

⁵⁷ *Idem, ibid.* «O requisito da figura humana é uma herança do direito romano superada pelos progressos científicos que demonstram a impossibilidade de seres não humanos, de monstros nascerem de mulheres, além da hipótese de reversão cirúrgica das anomalias apresentadas».

⁵⁸ O atual Código Penal Português dispõe da seguinte maneira: «A mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora, é punida com pena de prisão de 1 a 5 anos».

gravidez. O nascimento é completo no momento em que o feto se separou inteiramente do corpo da mãe. Separação inteira não significa que também o cordão umbilical deva ser cortado. O nascimento é com vida quando, depois da separação do corpo materno, a criança tenha vivido. Se a criança morrer durante os trabalhos de parto e antes da separação completa não adquire personalidade (HORSTER, 1992).

Apesar de explicitamente o artigo 66.º do Código Civil Português, não reconhecer personalidade jurídica aos nascituros, reconhece sob a epígrafe “começo da personalidade” no n.º 2 do art.º 66º, a situação jurídica dos nascituros ao dispor:

“Os direitos que a lei reconhece ao nascituro dependem do seu nascimento”

Antes de qualquer comentário à condição jurídica dos nascituros, convém lembrar que, o conceito de nascituro abrange duas situações: o nascituro propriamente dito (*Nasciturus*) e ainda o nascituro não concebido (*nondum conceptus*) (HORSTER, 1992: 299).

Assim, apesar de não ser reconhecida personalidade jurídica aos nascituros, a ordem jurídica reconhece-lhes direitos, desde que, efetivamente aqueles venham a nascer. Casos em que a lei reconhece direitos ao nascituro contêm-nos os artigos 952.º doações a nascituros; 1855.º perfilhação de nascituros; 1878.º poder paternal quanto aos nascituros; 2033.º n.º 1 e n.º 2, al, a) capacidade sucessória dos nascituros; e 2240.º (administração da herança ou legado a favor do nascituro). Dentro destes casos os artigos 1855.º e 2033.º, n.º 1, pressupõem a existência de nascituros já concebidos (HORSTER, 2008: 299).

Num plano diferente, não patrimonial, mas não menos significativo, por equiparar os nascituros às pessoas já nascidas, podem ainda indicar-se, no Código Civil, o artigo 1878.º, n.º 1, que atribui aos pais o poder de representar os filhos nascituros, e os artigos 1847.º, 1854.º e 1855.º, que permitem a perfilhação do nascituro *strictu sensu*. Finalmente, o nascituro (*strictu sensu*) goza ainda da proteção jurídica reflexa que resulta da mãe grávida ter direito a alimentos (art. 1884.º, n.º 1) (FERNANDES, 2009: 202).

O interesse prático da ordem jurídica reconhecer certos direitos aos nascituros não se esgota aqui. A determinação do começo da personalidade é importante por muitos pontos de vista. Por exemplo é muito significativo para o direito sucessório⁽⁵⁹⁾ (ASCENÇÃO, 2000).

⁵⁹ «Suponhamos que alguém deixa por testamento, uma herança a um nascituro, já concebido (...). D que é autor da sucessão e cujo herdeiro legitimário é o filho F atribui por testamento uma fração dos seus

Agora, coloca-se a questão de saber se a proteção que o ordenamento jurídico reconhece aos nascituros não implica a atribuição de personalidade jurídica? (BARBAS, 2011).

7.2.2. Personalidade jurídica do nascituro: debate doutrinal à luz do artigo 66.º do Código Civil de 1966.

Na doutrina civilística Portuguesa, o debate acerca do reconhecimento de personalidade jurídica aos nascituros, continua de boa saúde. O artigo 66.º n.º 2 do Código Civil dá azo as mais variadas interpretações. Por um lado, uma grande parte da doutrina considera que o nascituro é pessoa desde a concepção, e desde logo, tem personalidade jurídica. No polo oposto, outros defendem que o nascituro não é pessoa e tampouco sujeito de direitos, nomeadamente através da falta do reconhecimento de personalidade jurídica.

Então no que respeita à proteção jurídica dos nascituros, significará que essa tutela jurídica implicará sempre a atribuição de personalidade jurídica, ou por outro lado, proteger não significa necessariamente o reconhecimento de tal estatuto jurídico? Qual é o sentido de se atribuir ou reconhecer direitos as pessoas ainda não nascidas? Há personalidade jurídica antes do nascimento?

Carvalho Fernandes alerta-nos no sentido de, a tutela do nascituro enquanto ser vivo, não pode ser questionada. Aponta desde logo neste sentido o artigo 24.º da Constituição ao afirmar sem distinções, a inviolabilidade da vida humana. O Direito Civil e no Direito Penal dão continuação a este preceito, além da plena tutela da personalidade física e moral consagrado no artigo 70.º do Código Civil, os artigos 1878.º, 1847.º, 1854.º e 1855.º do mesmo código, e as normas que restringem a ilicitude da interrupção voluntária da gravidez. Problema diverso é o de saber se o nascituro é pessoa. Contrapõem-se aqui, varias respostas doutriniais, havendo quem sustente não existir personalidade antes do nascimento, quem identifique um fenómeno de retroação da personalidade ao momento da constituição do direito, quem defenda uma personalidade parcial, quem afirme haver personalidade desde a concepção e quem entenda que o artigo 66.º/2 se reporta à capacidade

bens a N, nascituro, cujos pais são P e M. As consequências são muito diferentes se N nasce com vida ou não. Se viveu, ainda que por breves momentos, adquiriu a herança. Ao morrer, a herança passa para os seus herdeiros, que são os seus pais. Se nasce morto, não chega a herdar. Os bens passam então para os herdeiros subsequentes do autor da sucessão, no caso F. portanto, a determinação do nascimento com vida é decisiva para se apurar qual o destino a dar à herança». ASCENSÃO, José de Oliveira. 2000. *Direito Civil Teoria Geral: Vol. I. Introdução as pessoas e bens*. Coimbra : Coimbra Editora. Cit. Pág. 50.

de gozo do nascituro e não à sua personalidade jurídica (FERNANDES, 2009). Para o autor a solução a perfilhar, no plano do direito constituído, é a que sustenta não haver personalidade jurídica do nascituro. De qualquer modo, a reconhecer-lhe personalidade, esta seria plena e não parcial, pois, estando em causa uma pura qualidade jurídica, não é de admitir que ela comporte graus ou limitações (FERNANDES, 2009: 204).

Na mesma linha de raciocínio, Mota Pinto entende que os nascituros não têm personalidade jurídica, e portanto não são sujeitos de direito. O fundamento do seu argumento reside no facto de nem toda a tutela de interesses ou realidades implica, porém, necessariamente uma personificação. Admite contudo que, é de admitir a tutela jurídica do nascituro concebido, no que concerne às lesões nele provocadas, embora, este direito à indemnização, não implique que a este seja atribuída personalidade jurídica. (PINTO, 1999). Até ao nascimento estamos em face da problemática dos direitos sem sujeito (PINTO, 1999: 201).

Mesmo partindo deste pressuposto, que os nascituros não têm personalidade jurídica, fica todavia, por esclarecer como se construiria a sua situação jurídica, ou seja, saber qual o regime de direitos que lhes estão reservados, enquanto ainda não houver nascimento. Até mesmo aqui, a doutrina da negação do direito de personalidade aos nascituros, diverge de certo modo. A doutrina dominante vê no caso um direito sem sujeito, mas há quem fale em um estado de vinculação ou numa situação de obnubilação do sujeito (FERNANDES, 2009).

No dizer de Castro Mendes, hoje, no domínio do código civil de 1966, mais segura parece a ideia segundo a qual o nascituro («*latu sensu*») não tem personalidade jurídica. Apesar de a lei destinar certos direitos ao nascituro, estes não entram imediatamente na sua esfera jurídica, dependendo do seu nascimento. Antes do nascimento, tais direitos encontram-se na situação de direitos sem sujeito (relações jurídicas imperfeitas) (MENDES, 1995).

Assim para a maioria destes autores, o sujeito antes do nascimento é inexistente, havendo apenas uma preocupação com os seus direitos futuros, reconhecidos antes do nascimento, mas sujeitos a uma condição suspensiva que é o próprio ato do nascimento. Por outro lado, encontramos uma parte da doutrina ⁽⁶⁰⁾ que sustenta que, a personalidade

⁶⁰ Mesmo no Brasil, a maior parte da doutrina defende que a personalidade jurídica se inicia com a concepção, como é o caso em: SANTOS, Emerson Martins dos. 2008. *O Estatuto Jurídico-Constitucional do Embrião Humano, com especial atenção para o concebido "In Vitro"*. In revista Brasileira de Direito Constitucional. RBDC n.º 12 – jul./dez. Cit. Pág. 70. Disponível na internet em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-055>. «A aquisição da personalidade não está

jurídica tem início desde o momento que, os gâmetas feminino e masculino se unem. Todavia, a teoria que sustenta que a personalidade jurídica tem início com a concepção não é pacífica (BARBAS, 2011).

Assim como ensina Menezes Cordeiro (⁶¹), o artigo 66.º padece de demasiadas anomalias para dele se retirar, em definitivo, um comando sobre o início da personalidade. Prudente será deixar a questão em aberto, bastando-nos o artigo 24.º da Constituição sobre a inviolabilidade da vida humana. Deste modo, multiplicam-se as intervenções que pretendem reportar o início da personalidade ao momento da concepção. Em termos dogmáticos, poderemos dizer que: se a personalidade jurídica se contenta com a titularidade de um único direito, o nascituro é uma pessoa desde a concepção: tem como vimos, o direito à vida (CORDEIRO, 2004: 299). O nascituro tem, assim, direito à vida e, por essa via, personalidade jurídica (CORDEIRO, 2004: 306).

É neste ponto, distinguindo o direito da pessoa do estudo da personalidade jurídica que é feito na Teoria Geral da Relação Jurídica, que partiu Oliveira Ascensão, para atribuir personalidade jurídica ao nascituro. Para o autor o ponto de partida é dado por uma figura técnica, a relação jurídica, e não por uma categoria ontológica, a pessoa. Consequentemente, ainda que se fale na pessoa, o que está em causa é a categoria funcional do sujeito da relação jurídica — portanto, quem quer que na relação jurídica desempenhe o papel técnico de titular de poderes e deveres em relação. A “personalidade jurídica” de que se fala é formalizada — é a mera suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações, suscetibilidade que repousa na opção que tiver sido tomada pela ordem jurídica a esse propósito. Por isso surge em igualdade de condições com a pessoa humana a categoria da pessoa coletiva. Até a sociedade comercial é pessoa jurídica para a lei. Isto não tem já nada que ver com uma consideração substancial da pessoa (ASCENSÃO, 2008). Assim o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção. Ao reconhecer-se a capacidade sucessória ao nascituro, quer dizer, que, se as pessoas concebidas têm capacidade, isso significa que têm personalidade. Isso significaria que ao sucessor são atribuídos direitos para o período que procedeu ao seu nascimento. Ora, se alguém tem direitos, é necessariamente uma pessoa (ASCENSÃO, 2000). Mas se o artigo 66.º/2 aplica-

condicionada ao nascimento completo e com vida: surge num momento bem anterior, pois a dignidade do ser humano começa a partir no momento definido pela ciência, e este momento é o da fertilização do embrião, com a formação do zigoto e suas fases seguintes de desenvolvimento».

⁶¹ Atendendo à retroatividade dos efeitos jurídicos dos direitos adquiridos pelos nascituros, o autor alerta-nos para o seguinte: «Os direitos do nascituro dependem do seu nascimento. Quer isto dizer que, a não haver nascimento tais direitos têm-se por não havidos; nascendo a criança, eles consolidam-se, com efeitos retroativos, nos termos gerais. Trata-se de uma condição suspensiva». CORDEIRO, António Menezes. 2004. *Tratado de Direito Civil Português : I Parte Geral Tomo III Pessoas*. Coimbra : Almedina. Cit. Pág. 305.

se quer a nascituros quer a concepturos teríamos o problema de atribuir personalidade uma pessoa não concebida, que poderá ser um absurdo.

Enfatizando o problema de atribuição de personalidade jurídica aos concepturos, Stela Barbas defende que não lhes deve ser reconhecida personalidade jurídica. A autora defende que a personalidade jurídica não pode ser condicional, ou se tem ou não tem. Assim os nascituros desde o momento da concepção já possuem personalidade jurídica, apontando para o facto de que, a partir do momento em que as modernas tecnologias de procriação assistida tornarem viável e possibilitarem a criação e o desenvolvimento de vida humana num ventre artificial, pelo qual se dá o nome de ectogénese, a tese de que a personalidade jurídica surge apenas com o nascimento fica completamente desvalorizada, implicando o fim do instituto do nascimento (BARBAS, 2011).

Partindo da ideia de que existe uma natureza humana inerente ao estatuto do embrião, Paulo Otero sustenta que, o direito não faz depender a tutela do ser humano da aquisição da personalidade jurídica. Para o autor o próprio reconhecimento de uma tutela jurídica do ser humano antes do nascimento não pode ser resolvido, no estrito âmbito das disposições do Código Civil. Assim o próprio reconhecimento pelo Código Civil da personalidade jurídica a todos os seres humanos após o nascimento mais não representa do que uma manifestação dessa mesma tutela direta e imediata dos ser humano pelo direito. Neste sentido, conclui que, não é a personalidade jurídica que justifica o tratamento dado pelo direito ao ser humano, antes é, a circunstância desse ser ter natureza humana que justifica que o direito que reconheça personalidade jurídica (OTERO, 2008).

Com Diogo Leite de Campos, reconhecendo que existe pessoa desde a concepção diz-nos que havendo vida a partir da concepção; e, logo, personalidade jurídica desde a concepção, a destruição de embriões consubstancia uma violação do direito à vida reconhecido no artigo 24.º da constituição Portuguesa (CAMPOS, 2001).

Atendendo aos argumentos utilizados pelos defensores da teoria da personalidade jurídica dos nascituros, significará que, a não atribuição ou a falta de reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro, implica por si só, o desvalor pela vida pré-natal?

Sobre este propósito se debateu Habermas considerando que antes da sua entrada nos contextos públicos de interação, a vida humana, enquanto ponto de referencia dos nossos deveres – e apesar de não ser, ela mesma, sujeito de deveres e titular de direitos de direitos humanos – goza de proteção jurídica (HABERMAS, 2006: 78). Neste ponto, com Habermas, verifica-se a proteção de uma dignidade da vida humana e não de uma

dignidade humana garantida a cada pessoa, distinção que se reflete, na forma emotiva de lidar com os mortos.

Há possibilidade de haver um meio-termo no momento do reconhecimento, ou não reconhecimento de personalidade jurídica aos nascituros por parte da ordem jurídica? Haverá necessidade de criação um estatuto jurídico específico para o embrião e o feto, ou por outro lado, esse estatuto já existe de alguma forma? Já se verificou que não é portanto possível demonstrar que o ser biológico humano possui, desde o seu início, dignidade pessoa, nem tão pouco é possível demonstrar que não a possui (MELO, 2008: 211). De todo o modo saber se um embrião possui individualidade e dignidade pessoal (ou até uma alma imortal) não é algo que se possa determinar pelos meios próprios do conhecimento científico. Mas também reduzir o embrião a um produto semelhante a uma framboesa ou a um girino é puramente especulativo e não tem em conta que aquele ser tem a potencialidade de vir a tornar-se num homem (KAUFMANN, 2009).

7.3. Estatuto jurídico do embrião

A falta do reconhecimento de um estatuto jurídico para o embrião é reforçada por diversas divisões da ciência forense, como se comprovou no capítulo das teorias sobre o início da vida humana. Verificou-se uma certa impotência por parte da biologia como da filosofia em definir se o embrião é ou não pessoa, sujeito de direitos. Será esta a tarefa tanto do direito como da ética, ainda que dando de barato a questão ontológica? O que importa agora é como se deve ou não proteger o embrião, e não definir o que o embrião é. Passamos assim do problema do “ser” para a questão do “dever ser”. Digamo-lo com Radbruch, ninguém afirma que as valorações sejam independentes dos factos, mas sim que os factos não podem servir de fundamento as valorações. Um sistema ético de ideias pode, por exemplo, ter como origem o ressentimento de classe do seu fundador, mas esse ressentimento nem por isso ficará tendo um lugar, como elemento dentro do sistema (RADBRUCH, 1979: 50).

O estatuto do embrião tem sido, ao longo da experiência jurídica, fonte de inúmeras contradições e polémicas que já se encontravam no direito romano e subsistem nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. No direito romano o feto nas “entranhas” maternas era considerado somente uma parte da mãe (*portio mulieres vel viscerum*), e não uma pessoa (CAMPOS, 2001: 1262).

Definir um estatuto jurídico para o embrião humano significa apontar quais serão os direitos atribuídos a este: se for considerado sujeito de direitos e de obrigações poderá gozar das prerrogativas atribuídas às pessoas. Se, ao contrário, for considerado como um objeto, destituído da qualidade inerente a toda pessoa humana, receberá o tratamento de coisa (SANTOS, 2008: 58).

Analisando o problema no plano normativo verificou-se que no atual Código Civil Português não se reconhece personalidade jurídica ao embrião. O Código Penal não estabelece nenhum crime de “embrionocídio” nem tão-pouco de ofensa à integridade do embrião. A lei 12/2001, de 29 de Maio, permite a utilização pela mulher de uma pílula anticoncepcional até setenta e duas horas posteriores a uma relação sexual não protegida, sendo essa pílula disponibilizada gratuitamente nos centros de saúde, nos hospitais, assim como vendidas nas farmácias com ou sem receita médica. No plano normativo internacional, o estado Português ao ratificar a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina legitima as pesquisas em embriões *in vitro* no seu artigo 18.º e da seguinte maneira: “Quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, esta garantirá uma proteção adequada ao embrião”, embora proíba a criação de embriões para fins de investigação (MIRANDA, 2005); Da mesma forma no plano normativo Português, nomeadamente na lei 32/2006, a criação de embriões humanos com fins de investigação é permitida sem qualquer tipo de sanção, apesar de a lei a proibir. O artigo 9/4 d) da mesma lei prevê a utilização para investigação científica de “embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoide, permitindo-se assim, a admissibilidade da clonagem terapêutica (ASCENSÃO, 2007). Na lei 12/2005 de 26 de Janeiro, é proibida qualquer intervenção médica que tenha por objetivo a manipulação genética de características consideradas normais, bem como a alteração da linha germinativa de uma pessoa, segundo o espírito orientativo da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina.

Posto isto, parece evidente a insuficiência dos dados normativos disponíveis para com eles se construir um estatuto jurídico do embrião (MIRANDA, 2005). Verifica-se a partir dos elementos normativos referidos a inexistência de um sistema adequado e consistente na proteção do embrião, relativamente às matérias que dizem respeito à criação e ao destino dos embriões excedentários para fins de investigação científica e sobretudo sobre o diagnóstico genético pré-implantatório.

No plano dos direitos fundamentais e dos valores a proteção ou o reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais ao embrião, torna-se ainda mais vaga e ambígua. A possibilidade de se reconhecer o direito à vida e a inviolabilidade da vida humana na

Constituição da República Portuguesa aos embriões por si só não é clara, levando às mais variadas interpretações. Apesar de alguma parte da doutrina entender que a vida humana é inviolável desde a concepção, o próprio conceito de pessoa dado pelo Direito Civil torna ténue um possível casamento entre o momento da concepção do embrião e o conceito de pessoa dado pelo direito. Mesmo partindo do princípio que o embrião goza do direito reconhecido no artigo 24.º da Constituição Portuguesa, verifica-se um divórcio latente entre a definição do momento de início da personalidade jurídica no Código Civil e a tutela que a Constituição Portuguesa oferece à vida humana antes do nascimento.

Ora, a inviolabilidade da vida humana, com Paulo Otero, principal expressão do respeito pela dignidade do ser humano, é independente do reconhecimento da noção jurídico-civilística de personalidade jurídica, significando isto, por outras palavras que não depende do nascimento (OTERO, 2008: 1013). Para o autor a todo o embrião humano deve reconhecer-se, em consequência do direito à vida e do respeito pela dignidade humana, o direito fundamental ao nascimento, gozando os embriões fecundados *in vitro* de um direito à implantação uterina e do subsequente direito à gestação: a destruição de embriões excedentários será sempre a aniquilação de uma forma de vida humana (OTERO, 2008).

A este respeito, no dizer de Menezes Cordeiro, civilmente os embriões são nascituros, embora sem cêrbero: têm direito à vida. Todavia, a técnica humana não pode viabilizá-los a todos. Proibir a investigação genética e a fecundação *in vitro*, em nome dos embriões que não se poderão desenvolver, será excessivo: a fecundação *in vitro* é uma ação humana, destinada a incrementar a vida; não a morte. Desde que se proceda a manipulações dentro de uma deontologia cuidada, sem quebras de dignidade, poderemos inverter o problema: os médicos especialistas não podem ser responsabilizados por, tecnicamente, não ser ainda possível assegurar a sobrevivência de todos os embriões (CORDEIRO, 2004: 290).

Parece descabida a exigência dirigida ao legislador no sentido de que adote posição firme sobre a *vexata quaestio* da natureza jurídica do embrião. Neste sentido, utilizando minhas as palavras de Jorge Miranda, o legislador não está constitucionalmente obrigado a conferir personalidade jurídica ao embrião, alterando o artigo 66.º do Código Civil no sentido de fazer coincidir o início da personalidade com o momento da concepção (MIRANDA, 2005: 237). Mas deveria fazê-lo? Segundo Norberto Bobbio os direitos de personalidade terão de ser captados primeiramente a um nível constitucional, sendo de rejeitar qualquer tese que reserve a expressão de direitos fundamentais para o direito constitucional e reserve a fórmula de direitos de personalidade para o direito civil

(BOBBIO, 1991). O estatuto jurídico do embrião não pode, todavia, ser desligado do debate travado sobre o aborto e da jurisprudência então produzida (MIRANDA, 2005: 233). Digamo-lo com Jorge Miranda, que o problema do estatuto jurídico do embrião não pode também deixar de ser analisado no contexto mais vasto da procriação medicamente assistida (MIRANDA, 2005).

Analisando a problemática sob o ponto de vista constitucional, ficou evidente, os problemas suscitados por uma possível colisão de direitos, admitindo que o embrião é titular ou tem proteção por parte dos direitos fundamentais, pois de outra forma verificar-se-ia a irrelevância da questão, entre liberdade de investigação científica e o direito à identidade genética ou o direito à vida, demonstrando também a dificuldade de se reconhecer um estatuto jurídico para o embrião, seja em matéria de terapia génica, de engenharia genética de melhoramento como em matéria de investigação com células estaminais para fins de científicos. Não será seguramente novidade afirmar neste momento que os direitos fundamentais, mesmo os direitos, liberdades e garantias não são absolutos nem ilimitados (ANDRADE, 2004: 283).

Haverá colisão ⁽⁶²⁾ ⁽⁶³⁾ de direitos, com Vieira de Andrade, sempre que se deva entender que a constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa situação concreta ⁽⁶⁴⁾ (ANDRADE, 2004: 321). Para o autor a solução dos conflitos e colisões entre direitos, liberdades e garantias ou entre diversos valores comunitários não pode, porém, ser resolvida sistematicamente através de uma preferência abstrata, com o mero recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais. É difícil

⁶² É muitas vezes invocado o princípio da concordância prática ou da harmonização para situações concretas de colisão de direitos fundamentais. Para Gomes Canotilho «este princípio não deve divorciar-se de outros princípios como o princípio da unidade ou o princípio do efeito integrador. Reduzindo ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. (...) Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e de condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens». CANOTILHO, J. J. Gomes. 2003. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7.^a Edição. Coimbra : Almedina. Cit. Pág. 1225.

⁶³ Sobre a noção de colisão de direitos ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. 2003. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7.^a Edição. Coimbra : Almedina. Pág. 1270; ANDRADE, José Carlos Vieira de; 2004. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.^a Ed. Coimbra : Almedina. Pág. 321.

⁶⁴ «Na metodologia para a resolução de conflitos entre direitos deve atender-se fundamentalmente a três fatores (...); deve atender-se desde logo, ao âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito (...); para avaliar em que medida e com que peso cada um dos direitos está presente na situação em conflito (...); Deve ter-se em consideração, obviamente a natureza do caso, apreciando o tipo, o conteúdo, a forma e as demais circunstâncias objetivas do facto conflitual (...); e deve ainda ter em atenção, porque estão em jogo bens pessoais, a condição e o comportamento das pessoas envolvidas, que podem ditar soluções específicas» ANDRADE, José Carlos Vieira de. 2004. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.^a Ed. Coimbra : Almedina. Pág. 327.

estabelecer, em abstrato, uma hierarquia entre os bens constitucionalmente protegidos, em termos de obter uma resposta que permita sacrificar sistematicamente os menos importantes. Ainda que se tenha a representação comum de que os direitos não podem valer exatamente o mesmo – até porque se referem com intensidades diversas ao fundamento comum da dignidade da pessoa humana – verifica-se que essa hierarquização natural só pode fazer-se, na maior parte das hipóteses, quando se consideram as circunstâncias dos casos concretos. Os próprios bens da vida e da integridade pessoal, por exemplo, que o n.º 4 do artigo 19º parece positivamente considerar nos bens supremos da comunidade, podem ser sacrificados, total ou parcialmente, em determinadas condições (ANDRADE, 2004: 322).

Creemos contudo que o problema do estatuto jurídico do embrião se encontra irremediavelmente ligado ao conceito e ao valor da pessoa. E esse valor não pode deixar de ser a dignidade da pessoa humana. O próprio conceito de pessoa dado pelo direito não satisfaz as necessidades exigidas pela ética no reconhecimento de um estatuto jurídico do embrião que se colocam no plano da genética humana. Para a biologia o conceito e o momento do início da vida humana não são pacíficos. Nesta matéria o direito, a filosofia, a ética e a biologia deveriam caminhar juntos. Para já é certo que tal não acontece.

Como diria Mário Reis Marques, o valor da pessoa é algo de indemonstrável e de inatingível. Estamos perante um absoluto (MARQUES, 2010: 563). Não se deve também esquecer que subjaz sempre à dignidade humana uma determinada imagem do homem e que essa imagem do homem é relativa. É do entendimento de Arthur Kaufmann que os direitos humanos não valem de forma rigorosamente absoluta, não se podendo, por seu intermédio, superar totalmente o relativismo. Os direitos humanos são para os homens. Ora nada de humano é absoluto, e o mesmo vale para a dignidade da pessoa humana (KAUFMANN, 2009).

Perante a preservação da dignidade da pessoa e a inviolabilidade da vida humana, restará alguma margem de autonomia à pessoa? Poderá a autonomia da pessoa sobrepor-se ao direito à vida e à identidade genética do embrião? Com a interrupção voluntária da gravidez a autonomia da mãe prevaleceu, mesmo que seja excepcional, sobre o direito à vida do embrião em determinadas legislações. Não é demais esquecer que o prazo legal para a interrupção da gravidez varia conforme o ordenamento jurídico em que nos encontramos. Poderá o princípio da autonomia da vontade dos pais prevalecer sobre a autodeterminação de uma futura pessoa que foi geneticamente programada? Os problemas a respeito da manipulação genética pré-natal levantam-se sobretudo, não só pelo conflito

de interesses entre a progenitora e o embrião nos casos de uma possível eugenia negativa, mas pela simples determinação alheia que os pais exercem através das formas alternativas de reprodução, que podem por em causa a identidade e a autonomia de um ser que alguém quer trazer ao mundo.

8. O princípio da autonomia da vontade

8.1. Autonomia: do conceito ao princípio bioético

Há um consenso geral de que os cidadãos adultos dotados de competência normal têm direito à autonomia, isto é, direito a tomar, por si próprios, decisões importantes para a definição de suas vidas (DWORKIN, 2009: 315). As pessoas competentes são livres para fazerem as escolhas que mais lhes convierem, mesmo que isso implique realizar maus negócios ou escolhas menos acertadas. Muitas vezes devemos respeitar as decisões de algumas pessoas, mesmo quando não nos parecem atender aos seus interesses fundamentais. Estamos a falar certamente das decisões que pessoas com demência tomam. Em alguns casos presumir que os demenciados conhecem melhor os seus interesses seria uma incoerência, como muitas vezes acontece quando os seus desejos e decisões mudam radicalmente à medida que se alteram os seus momentos de lucidez e inconsciência (DWORKIN, 2009).

Na maior parte dos contextos médicos a autonomia da vontade terá uma relevância acrescida. É o que acontece precisamente nos problemas levantados pela eutanásia e pelo aborto.

O princípio da autonomia da vontade assume particular relevância no domínio da análise e intervenção no genoma humano (BARBAS, 2011: 279). O exercício da nossa autonomia, com Stela Barbas passa, necessariamente, pela opção racional das diversas alternativas que a vida nos coloca. Ora uma avaliação racional implica uma análise perfeita das razões que estão por detrás de cada determinante (BARBAS, 2011: 279).

A título de exemplo, refiro a problemática da terapia génica, da engenharia genética de melhoramento, da investigação em células estaminais embrionárias para fins científicos, os problemas que resultam das opções que se tomem depois de efetuado o diagnóstico genético pré-implantatório e até mesmo no caso da medicina preditiva. Estas técnicas poderão, essencialmente ser, realizadas em embriões, pelo que se coloca o problema da

validade e da capacidade do consentimento uma vez que o mesmo não poderá ser dado pelo ser à qual essas praticas se destinam. Fala-se também da autonomia que os pais têm relativamente as possíveis intervenções genéticas efetuadas nos seus futuros filhos. Terá o embrião ou o feto, alguma autonomia sobre as práticas genéticas que põem em causa o seu código genético? Ou recairá sobre os seus progenitores a liberdade de optar por tais intervenções? Para já resta-nos abordar o tema da autonomia de um ponto de vista geral, reservando o capítulo subsequente para questões intimamente mais específicas.

A autonomia é um termo derivado do grego “auto” (próprio) e “nomos” (lei, regra, norma). Significa autogoverno, autodeterminação da pessoa de tomar decisões que afetem sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica, suas relações sociais. Refere-se à capacidade de o ser humano decidir o que é “bom”, ou o que é seu “bem-estar” (MUÑOZ, 1998: 57). A autonomia é também o primeiro princípio da bioética. Num sentido lato, quer dizer independência, falta de imposições ou coações externas e, também, especialmente ausência de limitações e incapacidades pessoais que obstaculizam ou diminuem a liberdade de decisão. Considera-se agir autónomo, aquele que foi objeto de intenção, de compreensão e que não resultou de pressões exteriores (BARBAS, 2011).

A pessoa autónoma é aquela que tem liberdade de pensamento, é livre de coações internas ou externas para escolher entre as alternativas que lhe são apresentadas, como nos diz Daniel Romero Muñoz. Para o autor, para que exista uma ação autónoma (liberdade de decidir, de optar) é também necessária a existência de alternativas de ação ou que seja possível que o agente as crie, pois se existe apenas um único caminho a ser seguido, uma única forma de algo ser realizado, não há propriamente o exercício da autonomia. Além da liberdade de opção, o ato autónomo também pressupõe haver liberdade de ação, requer que a pessoa seja capaz de agir conforme as escolhas feitas e as decisões tomadas (MUÑOZ, 1998: 57).

Por autonomia, com Peter Singer, entende-se ser a capacidade para efetuar escolhas, tomar decisões e agir nessa base (SINGER, 2002). Outra questão que nos suscita alguma complexidade consiste precisamente em saber se as pessoas dementes, em estado de coma ou que, por alguma outra razão se encontrem num estado de incapacidade, têm ou não alguma margem de autonomia. Neste ponto, Ronald Dworkin, entende que a autonomia exige que permitamos que uma pessoa detenha o controlo de sua própria vida, mesmo quando comportar-se de um modo que, para ela própria, não estaria de modo algum de acordo com os seus interesses (DWORKIN, 2009: 318).

Recorde-se que com Kant, a autonomia da vontade era o princípio supremo da moralidade, ou seja, aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei. O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas, simultaneamente no querer mesmo, como lei universal (KANT, 1995: 77). A autonomia será sempre explicada pelo conceito de liberdade, pois a ideia de liberdade está inseparavelmente ligada ao conceito de autonomia (KANT, 1995).

A autonomia é também um princípio característico do Direito Civil ⁽⁶⁵⁾. Do ponto de vista jurídico, por autonomia privada entende-se o poder de autodeterminação dentro dos limites legais nas relações com as outras pessoas. A lei, em especial no campo do Direito Civil, define uma área em que a vontade do portador de um determinado interesse pode ser juiz dos termos e condições em que esse interesse vai ser satisfeito (BARBAS, 2011: 292).

Como ensina Carvalho Fernandes, o princípio da autonomia privada é, por seu turno, expressão de um princípio mais amplo – *o princípio da liberdade* –, segundo o qual é lícito tudo o que não é proibido; a este se contrapõe o *princípio da competência*, em função do qual só é lícito o que é permitido, dominante no Direito Público (FERNANDES, 2009: 94) A autonomia expressa-se, pois, aqui, no poder de livre exercício dos direitos pelo seu titular (FERNANDES, 2009: 95).

No dizer de Pedro Pais de Vasconcelos, a autonomia é a liberdade que as pessoas têm de se regerem e vincularem a si próprias, umas perante as outras, de se prometerem e de se comprometerem. O conceito de autonomia em sentido amplo é o poder que as pessoas têm de se dar leis a si próprias e de se regerem por elas. O contrário de autonomia é a heteronomia. Significa a sujeição a um direito criado por outrem que não aqueles a que se destina (VASCONCELOS, 2008).

Isto tudo não implica que a autonomia da vontade não possa sofrer limitações. A autonomia não deve ser convertida em direito absoluto; seus limites devem ser dados pelo respeito à dignidade e à liberdade dos outros e da coletividade. A decisão ou ação de pessoa, mesmo que autónoma, que possa causar dano a outra (s) pessoa (s) ou à saúde pública poderá não ser validada eticamente (MUÑOZ, 1998: 60). É necessário mostrar, com Peter Singer, que as ações motivadas pelo interesse pessoal são compatíveis com princípios éticos de base mais ampla para serem defensáveis, porque a noção de ética traz

⁶⁵ Sobre o princípio da autonomia em geral ver: PINTO, Carlos Alberto da Mota. 1999. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3.ª Ed. Coimbra : Coimbra Editora. Págs. 102 e ss., ASCENSÃO, José de Oliveira. 2000. *Direito Civil Teoria Geral : Vol. I. Introdução as pessoas e bens*. Coimbra : Coimbra Editora. Pág. 13 e ss.

consigo a ideia de algo mais vasto do que o individual (SINGER, 2002: 26). Assim, a minha preocupação natural em defender os meus interesses tem de se alargar, quando penso eticamente, aos interesses alheios, que poderão ser afetadas pelas minhas decisões (SINGER, 2002).

Estará uma mãe a defender os seus interesses, e os interesses dos seus descendentes de acordo com princípios éticos universais, quando os submete a qualquer tipo de terapia genética pré-natal? E se estivermos perante alguma intervenção no genoma com o fim de melhorar e não de curar alguma patologia? Terá o embrião interesse em ser objeto para fins de investigação científica?

Nos últimos anos alguns teóricos da política do direito e das ciências sociais produziram teorias inovadoras, e as vezes muito influentes, que outras pessoas tentaram aplicar a questões sociais e políticas. Muitas dessas teorias não foram construídas tendo em conta essas controvérsias. Podemos construir teorias gerais de justiça, da ética pessoal ou da interpretação constitucional a partir de pressupostos gerais como a natureza humana e a dignidade humana e em seguida tentar aplicar essas teorias gerais a problemas concretos. Ou podemos tomar a direção contrária começando por problemas específicos. Quando racionamos de dentro para fora, as teorias são feitas sob encomenda, tendo em vista uma circunstância ou ocasião específica. As reflexões feitas assim sob medida, e não importadas ou vendidas, tem maior probabilidade de sucesso no debate ético-jurídico (DWORKIN, 2009), mas também poderão ser tendenciosas, quando se parte de casos concretos para justificar princípios éticos universais.

8.2. Autodeterminação e heterodeterminação

A maior parte das intervenções biotecnológicas realizadas em embriões humanos pelas técnicas de manipulação genética existentes, questiona alguma parte da doutrina, na medida em que tais intervenções no genoma de outro “ser”, põem em causa a sua própria autonomia e os seus interesses, quando pela realização dessas práticas se tem em vista o nascimento de uma pessoa. Outras, por sua vez, nomeadamente a investigação em células estaminais embrionárias para fins de investigação científica, levantam problemas, enfatizando mais os interesses e direitos dos embriões humanos. Já no caso do diagnóstico genético pré-implantatório os problemas relativos à autonomia, aos interesses e direitos do embrião levantam-se manifestamente de todas as formas, uma vez que, as finalidades do

DGPI são múltiplas, que, tanto podem levar ao futuro nascimento de uma pessoa, tanto pela terapia génica como pela engenharia genética de melhoramento, como podem conduzir à investigação científica e à destruição de embriões humanos. Terá o embrião interesses em não ser geneticamente manipulado pelos interesses dos seus pais? Estará a sua autonomia da vontade posta em causa?

As vozes a todos estes problemas ligados com a possível autonomia e interesses do embrião manifestaram-se profundamente sob um ponto de vista geral, na obra *O Futuro da Natureza Humana* de Jurgen Habermas.

Na doutrina Portuguesa, pela mão de João Carlos Loureiro, a tentativa de influenciar o genoma de outrem, pré-determinando-o (como no caso da clonagem) ou modificando-o, apresenta-se como uma heterodeterminação (“determinação alheia”), ilegítima face à exigência de autonomia (LOUREIRO, 2006: 21). Já tecemos considerações a respeito da autonomia. Convém agora esclarecer que, em Kant, a heteronomia era a fonte de todos os princípios ilegítimos da vontade. Assim quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, em qualquer outro ponto que não seja a aptidão das suas máximas para a sua própria legislação universal, quando, portanto, passando além de si mesma, busca essa lei na natureza de qualquer dos seus objetos, o resultado é sempre heteronomia (KANT, 1995: 78).

As características genéticas do filho, selecionadas pelos pais, de acordo com as suas preferências pessoais ou caprichos egoístas, por vezes, não coincidem com as do próprio. A este respeito, Stela Barbas lança-nos uma pergunta, que essencialmente nos diz que, se pela engenharia genética se pode escolher o sexo, as características físicas, afetivas, volitivas, e intelectuais, se é viável, em suma, fixar a vontade, capacidade, de perceber e decidir da criança que vai nascer, não foi desde logo – *ab initio* –, coarctada a sua autonomia privada, e, substituída pela vontade de outrem? Ou, melhor, pela vontade que outrem quis? (BARBAS, 2011: 281).

Tendo em conta a manipulação genética de embriões, com vista a um futuro nascimento, Jurgen Habermas afirma que, no caso em que um indivíduo submetido a uma intervenção genética pré-natal, ao tomar conhecimento do plano subjacente à modificação de que foi alvo, experimente series dificuldades em ver-se a si próprio como membro autónomo e idêntico (por nascimento) de uma associação de membros livres e iguais (HABERMAS, 2006: 122). Poderia, no entanto afetar indiretamente o seu sentido de autonomia, e até mesmo essa autocompreensão moral. Assim, com Habermas, os pais ao determinarem previamente as características genéticas dos seus filhos interferem na

formação da identidade de uma futura pessoa de uma forma unilateral e irreversível. Ao fazê-lo converter-se-iam em co-autores de uma vida alheia interferindo desde o interior, por assim dizer, no sentido de autonomia dessa pessoa (HABERMAS, 2006).

Estas posições estão longe de ser pacíficas. Por vezes as reações mais céticas perante a argumentação enunciada, não provêm apenas das doutrinas norte-americanas (LOUREIRO, 2006). Por exemplo, Victoria Camps, acerca da suposta irreversibilidade que ameaça a autonomia da pessoa enuncia:

“No acabo de ver que la relación de la libertad con lo incondicionado pueda romperse sin más por una intervención previa en los genes que han de constituir, entre otras variables, a un individuo. La hipótesis sería más razonable si lo que se intentara fuera la producción de una especie insólita, un híbrido o una quimera. Pero ya hemos dicho que descartamos tales experimentos como inmorales sin más” (CAMPS, 2002: 67).

Assim para a filósofa espanhola e antiga senadora pelo Partido Socialista da Catalunha, não vê que a irreversibilidade de uma intervenção genética constitua uma determinação mais preocupante que a irreversibilidade de um simples embaraço. Vê sim, o perigo de que certas manipulações poderão dar lugar a consequências não previsíveis, o que a leva a pensar que a inquietude ética faria mais sentido situá-la na imprevisibilidade das consequências do que na irreversibilidade ou na indisponibilidade do começo – como afirma Habermas (CAMPS, 2002), o que a leva a afirmar que:

La autonomía moral no es la mera ausencia de normas, sino el control razonable sobre uno mismo. Lo que no creo es que, para justificar ese control sobre uno mismo y sobre la sociedad de la que formamos parte, sea preciso echar mano de una ontología de la persona, aunque sea una ontología moral (CAMPS, 2002: 68).

A resposta à suposta autocompreensão ética que Habermas defende, Victoria Camps entende que a mesma não é revelada nem dada... só se poderá ganhá-la através do esforço comum, ou seja, o esforço da intersubjetividade que cria linguagem e opinião (CAMPS, 2002: 69).

Por momentos esquecemos a que tipo de intervenção no genoma de outrem estes autores se referem. Mas atendendo a isso, a posição de Habermas é perentória relativamente às intervenções de carácter terapêutico em embriões, quando diz que a

presunção do consentimento só se justifica, nos casos em que haja prognóstico seguro de um extremo sofrimento para a futura pessoa, e a prevenção de patologias que qualquer pessoa previsivelmente rejeitaria (HABERMAS, 2006). Mas isto levantaria desde logo outro problema. Quais seriam então as patologias graves? Ficaria ao critério subjetivo de cada um? A simples predisposição para vir a ter diabetes significa uma patologia grave, que legitime a não implantação e a destruição de um embrião?

Com efeito, sobre a terapia génica, os pais que prescindam da sua utilização poderão também arcar com a censura e ressentimento do próprio filho por tal omissão. A propósito da possível autonomia de um embrião, Daniel Romero Muñoz entende, que o ser humano não nasce autónomo, torna-se autónomo, e para isto contribuem variáveis estruturais biológicas, psíquicas e socioculturais. Porém, existem pessoas que, de forma transitória ou permanente, têm sua autonomia reduzida, como as crianças, os deficientes mentais, as pessoas em estado de agudização de transtornos mentais, indivíduos sob intoxicação exógena, sob efeito de drogas, em estado de coma, etc. Nas situações de autonomia reduzida cabe a terceiros, familiares ou mesmo aos profissionais de saúde decidirem pela pessoa não-autónoma (MUÑOZ, 1998: 59).

Entendemos que em situações em que a autonomia está reduzida devam prevalecer os princípios da beneficência e da não-maleficência, pois a pessoa não tem condições de manifestar livre e esclarecidamente sua vontade autónoma (MUÑOZ, 1998: 62). Coloca-se, aliás, aqui, o problema de saber quem, do ponto de vista técnico-jurídico as representa, atenta a impossibilidade de obter o seu consentimento atual para intervenções cujas consequências poderão refletir-se na sua constituição genética. Situação mais problemática representa a manipulação genética em embriões saudáveis para fins de melhoramento de acordo com os interesses e desejos dos progenitores.

O problema aumenta de tom quando o objetivo de uma possível manipulação genética não tem em vista um possível nascimento, mas sim, em intervenções com embriões para fins científicos, que tanto podem criados para o efeito como aqueles que são criados para serem fertilizados nalgum projeto parental, mas que, por não serem os mais desejáveis não são transferidos para o útero da mãe. A questão que aqui se coloca já não é a suposta autonomia do embrião, que ao nascer pode deixar de se ver como uma pessoa autónoma, mas sim se o embrião tem algum interesse ou direitos a não ser instrumentalizado uma vez que o possível nascimento, esta à partida excluído, seja pela vontade dos progenitores ou pela vontade dos técnicos de saúde.

É no entender de Rui Nunes que o feto é possuidor de interesses e mesmo de direitos. Numa atmosfera de liberalismo individual, como a que hoje presenciamos, poderíamos ser tentados a conferir apenas à mãe o direito à autodeterminação. Fica a questão de saber se os seus interesses devem ou não prevalecer sobre os do embrião (NUNES, 1995). Com Oliveira Ascensão o embrião representa o ponto mais alto da vida em formação. Independentemente de ser qualificável como pessoa, merece seguramente um tratamento diferente do que é atribuído a coisas e objetos. Pertence, antes, à categoria dos sujeitos: tem fins e interesses próprios. Por isso, diríamos que o embrião só pode ser submetido a experiências científicas no seu próprio interesse (ASCENSÃO, 1991: 449).

É sobre este propósito, dos possíveis interesses de um embrião, que Ronald Dworkin jurista Norte-Americano se debate no seu livro “*Domínio da Vida*”. Para Dworkin não tem sentido imaginar que alguma coisa tenha interesses próprios – não obstante ser importante o que lhe aconteça –, a menos que tenha, ou tenha tido, alguma forma de consciência: algum tipo de vida mental ou de vida física (DWORKIN, 2009: 21). É muito difícil conferir qualquer sentido à ideia de que um feto tem interesses próprios, sobretudo um interesse a não ser destruído, já a partir do momento da concepção (DWORKIN, 2009: 19). As pessoas não poderão pensar que um embrião tem interesses próprios a partir do momento da concepção, porque não existe ainda tal pensamento no embrião. É muito difícil conferir qualquer sentido a essa ideia, sobretudo um interesse de não ser destruído já a partir desse momento (DWORKIN, 2009). A menstruação não iria contrariar os interesses do ovulo; uma mulher que usasse contraceptivos não estaria violando, a cada mês, o direito fundamental de uma criatura? (DWORKIN, 2009: 20).

O sentido destas declarações permitem-nos esclarecer se o embrião tem ou não interesse em ser objeto de investigações científicas que põem em causa a sua vida e a sua integridade física. É também sobre estes problemas que se debate Peter Singer quando diz que, a continuação da existência não pode ser do interesse de um ser que *nunca* teve o conceito de sujeito contínuo – ou seja, nunca foi capaz de se conceber a si mesmo como algo que existe ao longo do tempo (SINGER, 2002: 118). Já quanto à eventual integridade física do embrião estar a ser posta em causa, o autor entende que, se o embrião ou o feto é capaz de sentir dor, então, como no caso dos animais, o feto tem o interesse de receber igual consideração que os interesses semelhantes de outro ser. De modo a conceber ao feto o benefício da dúvida seria razoável considerar a altura mais remota possível em que o feto possa sentir algo (SINGER, 2002).

Tivemos conhecimento no capítulo terceiro, que o momento em que se começa a desenvolver o sistema nervoso é a partir do início da terceira semana. Infligir dor a um feto que já possui um sistema nervoso suficientemente desenvolvido já contraria frontalmente os seus interesses. Dworkin exemplifica, por analogia à situação das pessoas com demências ou inconscientes, entendendo mesmo que, estas tiverem uma vida mental logo terão interesses, ainda que tenham deixado de tê-la. Mas também é verdade que muitos atos que não causam dor podem ser contrários aos nossos interesses. Mas nesse caso os meus interesses podem estar em jogo não pela capacidade de sentir dor, mas devido a um conjunto diferente e mais complexo de capacidades como ser ou não capaz de sentir prazer, emoções, ter esperanças expetativas ou de experimentar deceções ou frustrações (DWORKIN, 2009). O valor da autonomia deriva, como nos apresenta Dworkin, da capacidade que protege: a capacidade de alguém expressar o seu caráter – valores, compromissos, convicções e interesses críticos e experienciais – na vida que leva. O reconhecimento de um direito individual de autonomia torna possível a autocriação. Permite que cada um de nós seja responsável pela configuração de nossas vidas de acordo com a nossa personalidade – coerente ou não, mas de qualquer modo distintiva. Permite que cada um conduza a própria vida, em vez de se deixar conduzir ao longo desta, de modo que cada qual possa ser, na medida em que o esquema de direitos possa tornar isso possível, aquilo que fez de si próprio (DWORKIN, 2009: 319). O direito à autonomia protege e estimula essa capacidade em qualquer circunstância, permitindo que essas pessoas que a têm decidam em que medida, e de que maneira, procurarão concretizar esse objetivo (DWORKIN, 2009: 320).

Normalmente os problemas levantados pela prática do diagnóstico genético pré-implantatório, são por um lado, a criação de embriões sob condição, e por outro, a própria condição em si. Mas esta seleção, por um lado, seja ela com o intuito de fazer nascer (com ou sem recurso a alguma técnica de melhoramento ou terapêutica) ou de rejeitar um embrião, ou por outro lado, a própria rejeição em si consubstancie na prática de investigações científicas com embriões (sejam eles produzidos para esse fim ou excedentários) suscita desde logo, ao nível da autonomia e dos interesses do embrião, grandes problemas de fundo, pois neste tipo de diagnóstico qualquer seleção tem de ser sempre levada a cabo unilateralmente, e ao contrario do que sucede com a terapia e o melhoramento das características genéticas, não há, neste caso, espaço (excetuando claro, os casos em que o diagnóstico é um meio para atingir a terapia ou o melhoramento de qualquer característica genética) para qualquer tipo de antecipação ou presunção de uma

vontade, que, como se verificou será sempre impossível de se obter. Fixemo-nos apenas no uso destrutivo de embriões em virtude da aplicação do DGPI.

Neste sentido, Habermas entende, que o desencadear de uma situação em que podemos eventualmente rejeitar um embrião doente é tão questionável quanto a seleção segundo critérios unilateralmente estabelecidos (HABERMAS, 2006: 113). Mas é também aqui, dado à falta de critério relativamente a que tipo de doenças são consideradas graves, que a complexidade e a controvérsia do tema aumentam.

A maioria dos problemas e dos argumentos suscitados pela interrupção voluntária da gravidez, valem de certa forma, para alguns fins a que o diagnóstico genético pré-implantatório se destina, uma vez que, a não implantação de um embrião no útero materno por ter sido descoberta uma doença genética implica também, o confronto entre a autodeterminação da mulher grávida e os possíveis interesses e direitos do embrião. E nestes termos, é da opinião de Rui Nunes que o direito à autodeterminação da mulher grávida não é ilimitado, dado que o embrião e o feto são portadores de direitos individuais, um dos quais, senão o principal, é o direito à vida. (NUNES, 1995). Contudo será decisivo a avaliação que se faça em relação ao tipo de doença que esta em causa, ou seja, saber ou não se a doença que se diagnosticou pelo DGPI é uma doença monogénica, multifatorial ou cromossómica e avaliar se a tal doença é de manifestação tardia ou não.

Numa primeira observação, poder-se-ia inferir que não existe grande diferença substancial, no que respeita à obtenção de consentimento informado, entre a prática do diagnóstico pré-implantatório para uma doença de manifestação tardia e uma outra já presente durante a gestação. Para Rui Nunes se a presunção do consentimento pode ser moralmente lícita no último caso, não o é, certamente, no primeiro, pois se a qualidade de vida de um recém-nascido ou de uma criança com a síndrome de Lesch-Nyhan, por exemplo, é reconhecidamente pouco satisfatória, o mesmo raciocínio não é extrapolável, para doenças de manifestação tardia que permitem largos anos de uma vida plenamente realizada (NUNES, 1995). Para o autor, a aplicação do diagnóstico pré-implantatório deve ter como objetivo principal prevenir a ocorrência de determinada doença e nunca a prevenção do nascimento de pessoas consideradas indesejáveis (NUNES, 1995).

Qual é então o sentido ético de proporcionar a implantação e conseqüentemente o nascimento de um embrião ao qual foi diagnosticada a doença incurável como a doença de Huntington (de manifestação tardia) sabendo que poderá ter uma vida plenamente realizada durante 30 ou 40 anos? Faz moralmente sentido, trazer ao mundo uma pessoa com o destino inevitavelmente traçado, de 30 ou 40 anos, mesmo que isso implique, tanto a

vida psíquica, física, emocional e económica da própria pessoa, como a daqueles que lhes são mais chegados? Nestes termos, é eticamente aceitável proporcionar essa vida sabendo que, os seus descendentes têm uma probabilidade muito alta de herdar a doença, possibilitando a transmissão da doença para as gerações vindouras? Não estarão os argumentos dos defensores dos direitos das gerações futuras em si mesmos pouco coerentes e contraditórios? Valerá mais a vida de uma futura “pessoa” do que a vida pessoal, afetiva e socio-económica dos seus familiares? Para esta última, na conceção kantiana do imperativo categórico a resposta é afirmativa.

Rejeitar a implantação de um embrião com uma doença monogénica identificada durante a fase de gestação, é tese que alguma parte da doutrina tem manifestado, mas mesmo assim, defendem a tutela da vida e da dignidade humana desde o momento da conceção. O problema intensifica-se quando a doença é de manifestação tardia, mais propriamente quando a doença é monogénica e não multifatorial como a predisposição para vir a ter diabetes ou alguns tipos de cancros.

Esta problemática foi também objeto de estudo no parecer n.º P/04/APB/06 sobre o diagnóstico genético pré-implantatório e intervenções na linha germinativa da Associação Portuguesa de Bioética. Segundo este parecer e ao contrário do que sucede com o abortamento terapêutico, não existe qualquer conflito entre a vida intra-uterina e o direito à vida ou à integridade pessoal da mulher grávida. A vida intra-uterina é sacrificada apenas porque a mãe não deseja ter um filho doente ou deficiente, porque não considera a vida deste digna de ser vivida. Ou, porque não dispõe de recursos no plano económico e social que lhe permitam educar o filho. É inegavelmente dispendioso o tratamento médico e a educação de uma criança “diferente” porque portadora de doença ou de deficiência. Em vez de a comunidade permitir que neste caso a mãe possa optar por destruir o feto, não seria preferível dar-lhe uma mais intensa proteção no plano dos direitos económicos e sociais? Cremos que a questão desde parecer, parece deslocar-se do plano ético-jurídico para o plano político, e isso, é algo que aqui não queremos nem pretendemos desenvolver.

Na prática médica, o princípio da autonomia é normalmente exercido através do consentimento informado. Constatamos ser duvidoso que um embrião tenha autonomia, e que, existe uma impossibilidade absoluta de um embrião ou um feto poder dar tal consentimento, ainda que uma intervenção genética de caráter terapêutico possa estar de acordo com os seus futuros interesses, e aí, o consentimento poderá ser presumido.

Toda e qualquer intervenção no corpo humano necessita do consentimento da própria pessoa. Uma vez que nas técnicas de manipulação genética pré-natal é impossível

obter o consentimento do afetado, resta-nos saber quem, e em que condições o poderão oferecer.

8.3. Consentimento informado

O conceito de consentimento informado (CI) não é antigo (⁶⁶), nem nunca fez parte da tradição médica, datando as primeiras referências importantes apenas de 1947 (Código de Nuremberga), 1948 (Declaração Universal dos Direitos Humanos), 1964 (Declaração de Helsínquia, sobre experimentação em seres humanos) e 1981 (Declaração de Lisboa, sobre os direitos dos doentes, da Associação Médica Mundial) (TELES, 2011: 992).

O consentimento informado tem como principal objetivo proteger a autonomia do paciente, tutelar ao máximo o respeito pela pessoa, para que não se sinta nem seja efetivamente marginalizada pela enfermidade de que padece. Se por um lado a exigência do consentimento consubstancia um modo de proteção da sua autonomia, por outro lado, o princípio do consentimento informado é um meio de garantia, de segurança e até de tutela da classe médica. Por vezes o princípio do consentimento informado, como na realização dos testes genéticos, terapia genética, ou num futuro não muito distante a engenharia genética de melhoramento, é problemática, designadamente por que a certeza e a segurança da informação pode ser limitada; a autenticidade do consentimento é suscetível de ser questionada; a decisão de cada indivíduo colide, por vezes, com interesses de terceiros (BARBAS, 2011).

Ao dar o seu consentimento, cada indivíduo está a exercer o direito à autodeterminação, participando ativamente numa escolha que a si diz respeito; e o profissional, ao pedi-lo, está a respeitar a integridade moral e física do seu próximo (TELES, 2011: 992).

O consentimento engloba três elementos principais: capacidade, voluntariedade e informação. A pessoa que dá o consentimento tem de ser capaz na aceção jurídica da palavra (BARBAS, 2011). No que respeita à manipulação genética de embriões, por vezes

⁶⁶ Na esfera jurídica, a primeira decisão que tratou da questão parece ter sido o caso Slater versus Baker & Staplenton, julgado em 1767 na Inglaterra: dois médicos foram considerados culpados por não terem obtido o consentimento do paciente quando da realização de cirurgia de membro inferior que resultou em amputação. Deve-se lembrar que naquela época o consentimento já era demandado não só por motivos éticos e legais mas também pela necessidade da cooperação do paciente na realização do ato cirúrgico, pois ainda não eram suficientemente desenvolvidas as práticas anestésicas. MUÑOZ, Daniel Romero, FORTES, Paulo António Carvalho. 1998. *O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido*. In COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, GARRAFA, Volnei, OSELKA, Gabriel (Coordenação). *Iniciação à Bioética*. Brasília : Conselho Federal de Medicina. Cit. Pág. 63.

a falta de capacidade dos pais, levanta ainda maiores problemas de fundo. Nestes casos, e de acordo com a legislação portuguesa vigente até ao momento (lei n.º. 32/2006) só poderão recorrer ao DGPI e a outras técnicas laboratoriais de manipulação genética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias, os maiores de 18 anos de idade e não se encontrem interditos ou inabilitados por anomalia psíquica, desde que sejam pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos.

O consentimento deve ser dado livremente, conscientemente, sem ser obtido mediante práticas de coação física, psíquica ou moral ou por meio de simulação ou práticas enganosas, ou quaisquer outras formas de manipulação impeditivas da livre manifestação da vontade pessoal. Livre de restrições internas, causadas por distúrbios psicológicos, e livre de coerções externas, por pressão de familiares, amigos e principalmente dos profissionais de saúde. O consentimento livre requer que o paciente seja estimulado a perguntar, a manifestar suas expectativas e preferências aos profissionais de saúde (MUÑOZ, 1998: 64).

A informação, como terceiro elemento do consentimento, é a base das decisões autônomas do paciente, necessária para que ele possa consentir ou recusar as medidas ou procedimentos de saúde que lhe foram propostos. O consentimento esclarecido requer adequadas informações, compreendidas pelos pacientes. A pessoa pode ser informada, mas isto não significa que esteja esclarecida, caso ela não compreenda o sentido das informações fornecidas, principalmente quando as informações não forem adaptadas às suas circunstâncias culturais e psicológicas (MUÑOZ, 1998: 65). O paciente tem o direito moral de ser esclarecido sobre a natureza e os objetivos dos procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos; ser informado de sua invasibilidade, da duração dos tratamentos, dos benefícios, prováveis desconfortos, inconvenientes e possíveis riscos físicos, psíquicos, econômicos e sociais que possa ter. O médico deve esclarecer, quando for o caso, sobre as controvérsias quanto as possíveis alternativas terapêuticas existentes (MUÑOZ, 1998: 66) O consentimento dos beneficiários é também livremente revogável pelos beneficiários.

No caso dos embriões, uma vez que estes não poderão dar o seu consentimento, coloca-se a questão de saber quem pode dar o consentimento para que se autorize a prática de testes e diagnósticos genéticos, de terapia génica ou se for lícito a engenharia genética de melhoramento, e de investigação com embriões para fins científicos: a mãe? O pai?

Ambos? O médico? Uma vez que hoje em dia ainda não é viável as práticas como a terapia génica na linha germinal e a engenharia genética de melhoramento, cingir-nos-emos apenas, às restantes consequências que a manipulação genética pré-natal nos oferece.

Antes de tudo, convém esclarecer que as pessoas têm o direito a ser informadas sobre o seu estado de saúde pelos testes e diagnósticos a que se submeteram. Porém, existe também o direito de não sermos informados se assim o desejarmos. Tanto o direito a ser, e a não ser informados, no entender de Stela Barbas não são absolutos. No primeiro caso, existem situações de exceção ao direito a ser informado quando é previsível que a revelação do estado de saúde ao doente lhe possa tantos danos que é preferível não o fazer. Já no segundo, o direito a não ser informado pode em determinadas situações, colidir com interesses de terceiros ou com o dever de informação do médico. A revelação do resultado de um diagnóstico ao próprio e aos restantes da família é por vezes, de extrema importância para serem tomadas medidas de diagnóstico, preventivas ou terapêuticas (BAEBAS, 2011).

Também não é menos verdade que através do DGPI, os progenitores ficam desde logo a saber o resultado do diagnóstico efetuado no seu futuro filho. A questão aqui passa pela implantação ou não implantação do embrião. Antes de se oferecer a possibilidade de DGPI a qualquer casal, independentemente do motivo ou da necessidade deste tipo de diagnóstico, deverá sempre fazer-se um aconselhamento genético (TELES, 2011: 991).

Na lei 32/2006, o DGPI, além do que já foi exposto acerca da capacidade, destina-se a pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência.

Na referida lei n.º 12/2005, estabelece-se no n.º 5 do artigo 9.º, que no caso de testes pré-natais e pré-implantatórios, os resultados devem ser comunicados exclusivamente à progenitora ou aos respetivos representantes legais.

Para Stela Barbas, nos diagnósticos genéticos pré-sintomáticos de doenças de manifestação tardia os pais não devem solicitar esse teste para o seu descendente (incapaz de consentir) exceto se for de prever que do resultado desse exame possa decorrer a necessidade de uma terapia imediata. Caso contrario, o teste poderia violar o eventual e futuro direito do próprio a não saber (BARBAS, 2011: 346). Na mesma linha, no n.º 2 do artigo 9.º da lei 12/2005 diz-nos que a deteção do estado de heterozigotia para doenças recessivas, o diagnóstico pré-sintomático de doenças monogénicas e os testes de suscetibilidades genéticas em pessoas saudáveis só podem ser executados com autorização do próprio, a pedido de um médico com a especialidade de genética e na sequência da

realização de consulta de aconselhamento genético, após consentimento informado, expresso por escrito. Já o n.º 4 do mesmo artigo estabelece que “no caso de testes de estado de heterozigotia, pré-sintomáticos e preditivos, os resultados devem ser comunicados ao próprio e não podem nunca ser comunicados a terceiros sem a sua autorização expressa por escrito, incluindo a médicos ou outros profissionais de saúde de outros serviços ou instituições ou da mesma consulta ou serviço mas não envolvidos no processo de teste dessa pessoa ou da sua família”.

Segundo o que se constatou, significaria que, no caso da deteção de uma doença monogénica de manifestação tardia, a realização do DGPI é mais permissiva, relativamente à não implantação ou a destruição de um embrião, do que propriamente a realização de um teste pré-sintomático de doenças monogénicas de manifestação tardia fora do âmbito das técnicas de fertilização *in vitro*, uma vez que este teste só pode ser realizado com o consentimento do próprio. Tanto o DGPI como os testes genéticos pré-sintomáticos detetam doenças monogénicas de manifestação tardia. Faz sentido, só os casais com antecedentes familiares da doença genética que recorrem ao DGPI, poderem ter maiores benefícios no que concerne à disposição dos embriões, à tutela e à informação das características genéticas dos seus descendentes, do que a maioria da população em geral? É eticamente aceitável conceder e possibilitar uma vida de sofrimento a um embrião, que uma vez que não sabe da sua doença de manifestação tardia como a Coreia de Huntington, pois o teste pré-sintomático que permitiria aos seus pais saberem da doença, violaria o seu direito a não saber, quando, outros pais, através do DGPI podem optar pela não implantação, ou pela implantação no útero da mãe, de um embrião com a mesma doença? No caso dos embriões, (BARBAS, 2011) como é possível uma futura pessoa decidir não saber, sem saber o que à para saber? Realmente existem algumas contradições de difícil resolução.

Nos casos das técnicas de fertilização *in vitro* e no caso particular do DGPI, a compreensão do alcance do consentimento informado é de importância vital, visto ser extremamente importante que cada indivíduo mantenha o controlo total dos seus gâmetas e embriões e que o consentimento que vier a conceder para o seu uso se restrinja apenas ao por si estipulado (TELES, 2011: 993). E aqui chamo à colação os casos em que é possível proceder-se à investigação científica, à doação, a crio-conservação de embriões humanos. Quem exerce o consentimento nestes casos? Os pais? O médico?

Na interrupção voluntária da gravidez o consentimento e o direito à autodeterminação da mãe é preponderante. No âmbito das técnicas de manipulação genética pré-natal será coerente esquecer a vontade e os interesses do pai?

Para estes casos, ainda que a sua opinião seja mais direcionada para a prática do DGPI, com Menezes Cordeiro, o nascituro para além da mãe terá, na ordem natural das coisas uma família. Desde logo, um pai, que poderá acompanhar a gestação, em cada momento. Essa família poderá querer, ou não, o nascituro. A sua opinião coincidirá, ou não, com a da mãe. E se é justo e razoável que a mãe, diretamente implicada, tenha uma palavra mais ponderosa, parece estranho esquecer totalmente o pai: deu os seus genes, em partes iguais com a mãe, para o nascituro e será, com ela, corresponsável pela criança, em todos os domínios e pela vida fora (CORDEIRO, 2004: 270).

Analisando estes casos sob o ponto de vista da legislação Portuguesa, nomeadamente na lei 32/2006, no âmbito das técnicas de fertilização *in vitro*, é possível para serem utilizados para efeitos de investigação científica os embriões cujo estado não permita a transferência ou a crio-conservação com fins de procriação, bem como os embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoide, sem a necessidade do consentimento dos beneficiários (os dadores dos gametas). Nestes casos, os médicos ou os técnicos de saúde têm total autonomia.

Na referida lei 32/2006 possibilita-se também a investigação com embriões excedentários e crio-conservados em relação aos quais não exista nenhum projeto parental, mas para isso é necessário o consentimento dos beneficiários. É também exigível o consentimento dos beneficiários para a investigação científica com embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantatório, como para a doação e a crio-conservação de embriões.

Já no que respeita à terapia génica somática, uma vez que, à luz da lei 12/2005 a terapia génica germinal e a engenharia genética de melhoramento são absolutamente proibidas, bem como, pelas recomendações do art.º 13 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina, não existe regulamentação sobre quem pode dar o consentimento, embora, é de presumir que, caberá aos pais (pois de outra forma não faria sentido) com o aconselhamento do médico, dar o consentimento para qualquer terapia génica somática, tendo em conta que essa técnica terapêutica só trará benefícios para o próprio embrião, evitando manifestamente enfermidades indesejáveis e prejudiciais.

9. Conclusão

Tendo presentes todas as reflexões ético-jurídicas sobre, a possibilidade de manipulação genética pré-natal, começamos com a discussão de saber o que é o ser humano no seio da antropologia filosófica. Em síntese duas perguntas foram feitas: há ou não uma natureza humana; e se ela existe, de que forma a suscetibilidade de manipulação genética pré-natal põe em causa essa natureza. Quando invocamos a natureza humana o mais importante do tema é saber que tipo de natureza se está a falar. Numa natureza biológica, afetiva, de impulsos e de paixões, ou seja, aquela natureza sem a intervenção do selo da cultura, a que lhe chamaremos de natureza inata, selvagem e pura. Ou pelo contrário, se estamos a falar de uma natureza culturalizada, naquela natureza de hábitos, de costumes e de valores marcados pelo cunho da cultura. Existe realmente algo de natural no homem, como a procriação, o instinto de sobrevivência, ter emoções, sensações, tudo o que temos em comum com alguns animais. Mas também não é menos verdade que ao longo do tempo descemos das árvores para sermos bípedes, cada vez menos possuímos pelos no nosso corpo, procriamos de maneira diferente (pense-se na procriação medicamente assistida), alimentamo-nos de maneira diversa, choramos porque não conseguimos um emprego, suicidamo-nos porque estamos com uma depressão. Normalmente quando costumamos dizer que é ou não é natural agir assim, quando aprovamos ou reprovamos determinados comportamentos e pressupomos esses comportamentos como caracterizadores da nossa natureza, queremos afirmar que esses comportamentos não são mais do que hábitos e costumes transmitidos de geração em geração que caracterizam a nossa natureza histórico-cultural feita pelo homem para o homem. Se no futuro, quando aumentarmos a esperança média de vida para lá dos cem anos ou descobirmos de alguma forma o elixir da longa vida ou da imortalidade estará a nossa natureza humana posta em causa? Diríamos que sim. E será isso uma coisa má que justifique a sua reprovação? Dificilmente encontraríamos pessoas respondendo de forma positiva. O problema é que atualmente está muito em voga a referência à natureza humana sobre questões intimamente ligadas com a possibilidade de alteração das características genéticas dos nossos filhos, seja para reprovamos determinados comportamentos, como para fundamentar o Direito Natural. A natureza humana não é imutável, mudou no passado e mudará no futuro. O homem constrói-se e existe através da história, criou e estabeleceu-se no mundo. Não é possível deduzir de tal conceito de natureza humana qualquer norma ou princípio de validade universal para a ordenação da vida em sociedade através do instituto jurídico, nem

extrair de tal natureza algum fundamento que justifique o direito. Também o direito e o seu sentido axiológico, não devem compreender-se no homem tal como ele é, com os seus instintos, as suas paixões, as suas frustrações, ou seja, naquilo que chamamos de natureza pura, pois não é possível dizer que é pela natureza humana que se obtém o justo ou o injusto, o bem ou o mal, o lícito ou o ilícito, o ético e o não ético e o válido ou o inválido. Ressalvando o devido respeito por quem sustenta tese contrária, entendemos ser insustentável a referência antropológica para reprovar a aplicação da ciência genética como para justificar e fundamentar o Direito e a ideia de um Direito Natural.

Quanto à dignidade da pessoa humana, pensamos que são três os problemas aqui implicados: se existe ou não uma dignidade da pessoa humana, o que a fundamenta e que consequências tem esse valor num mundo colonizado pelas biotecnologias? A dignidade da pessoa humana deve ser entendida na totalidade das suas dimensões ontológica, intersubjetiva e histórico-cultural. Entendemos contudo que a dimensão ontológica na sua qualidade absoluta e imutável, não se coaduna com as restantes dimensões da dignidade humana. Nada no homem é absoluto, tal como o seu maior valor também não o poderá ser. O reconhecimento transcendental desse valor deve ser reafirmado pela evidência da fragilidade humana, e é, neste sentido, que o sentido ontológico da dignidade da pessoa humana se aproxima da condição humana e se afasta da natureza humana. Pressupomos esse valor porque nos compreendemos no seu reconhecimento. A dignidade nos é dada, não a possuímos, é um atributo que o homem reconhece a si mesmo por uma autónoma assunção axiológica tendo como fundamento a facticidade da mente humana. O ser humano e os seus valores fundamentais não devem ser entendidos como uma forma linear num sistema lógico normativista. Se o homem é um ser cultural, que se constrói na história e se projeta através dela, estará em permanente evolução e o seu valor, deve ser entendido como um regulador e não como um princípio ou uma norma fixa hierarquicamente superior. A dignidade impõe-se por força da consciência ética coletiva, reconhecida simplesmente pelo direito positivo dando-lhe força jurídica. Se a referência aos direitos humanos é muito anterior à dignidade da pessoa humana, deve-se, sobretudo, às circunstâncias anormais em que alguns valores morais, como a vida, a integridade física e psíquica, a honra, o bom nome (os chamados direitos de personalidade), a liberdade e a igualdade, foram constantemente violados, chegando ao conhecimento da comunidade internacional. Repare-se, que neste ponto, a comunicação da informação, nomeadamente pelo contributo dos meios de comunicação como o telefone, a radio e os jornais, foi um dos elementos chave para que as barbaridades praticadas durante o holocausto chegassem ao

conhecimento de uma comunidade global, sensibilizando-a para que o reconhecimento do mais alto valor humano se universalizasse. O grande problema do uso desmesurado do termo dignidade da pessoa humana deve-se ainda ao trauma não superado do Nacional-Socialismo alemão. Tem de se partir do princípio que o que é fundamental numa época poderá não ser adequado para outra época. Os direitos fundamentais representam graus de vinculação ou intensidades diferentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, que existem e funcionam como limite ético-moral na efetivação de disposições normativas. Poderemos estar a lesar ou em conflito com alguns direitos fundamentais, e ainda assim, não afetar o núcleo essencial que a dignidade da pessoa humana representa nesses direitos fundamentais. A despenalização da interrupção voluntária da gravidez vai implicada precisamente nesse sentido. As constituições nacionais e as declarações universais não podem ser entendidas como mandamentos universais imutáveis de direitos individuais, que alguns políticos consideraram importantes, mas como um comprometimento dialético dos projetos morais políticos com os ideais morais de outras áreas do conhecimento humano, que deverá ser observado e reinterpretado em conjunto com as novas gerações. E só porque se fala da pessoa cumpe-nos fixar o seu conteúdo e o seu alcance.

Falar em ser humano é o mesmo que dizer pessoa. É impensável pensar o contrário. E aqui, reconhecemos decerto, o contributo antropológico, tal como a contribuição da filosofia, do direito e da medicina, entre outros, na definição do conceito pessoa e das suas características de humanidade. A pessoa é o ser humano de corpo e espírito. O sentido da ideia de direito só pode ser o do respeito pela pessoa para a pessoa. Ainda assim, importa admitir que a atual questão problemática das consequências do valor dignidade pela intervenção genética pré-natal, levanta, tal como pudemos entender, duas situações: Primeiro, porque verificamos que o conceito de dignidade humana tem um conteúdo vago, indeterminado e de natureza polissémica, levando necessariamente aos mais variados sentidos, tornando difícil demarcar uma linha entre as práticas biomédicas que podem ou não violar tal valor fundamental. Pensamos sobretudo nas questões da eutanásia, em que tanto os seus defensores como os seus oponentes defendem as suas opiniões com recurso desmedido à palavra “dignidade”. Porquanto, se admitimos que o homem não é imutável nem um absoluto, o seu valor também não o poderá ser. Não podemos exigir um valor superior para um ser que não sabemos se é uma pessoa. Segundo, porque a fronteira entre o que é pessoa e não pessoa, estabelecidas pelas diversas teorias sobre o início da vida humana (não de um ponto de vista moral ou jurídico), revelou-se acima de tudo, ser um

exercício imprescindível para que pudéssemos ou não reconhecer ao embrião o valor da vida e da dignidade da pessoa humana, do ponto de vista ético-jurídico.

Consideramos no que respeita ao início da vida humana, que um aglomerado de células, resultado de uma fertilização natural ou artificial, por si só, não significa que nos encontramos perante um ser humano desde o momento da sua conceção, não obstante se lhe reconheça a sua potencialidade humana. Morem milhares de embriões espontaneamente ou pelo uso de contraceptivos. Não é possível chamar pessoa a um número indeterminado de seres que morrem prematuramente. Pois se assim fosse, o aborto seria completamente inadmissível. Se a vida começa com a conceção estamos a lidar com seres humanos em tubos de ensaio. Do ponto de vista filosófico-jurídico, estender o argumento dignidade da pessoa humana à vida de um embrião desde a sua conceção, não nos parece de longe muito plausível. As teorias da viabilidade fetal e do nascimento revelaram-se insuficientes para quem fundamenta um estatuto jurídico do embrião. Na primeira, o argumento da independência do feto em relação à mãe, não constitui nenhum critério uniforme, pois o prazo da viabilidade fetal é variável conforme os progressos científicos. A segunda, porque, dizer que um recém-nascido tem autonomia a partir do nascimento significa reconhecer que o mesmo tem liberdade de decisão e de opção, e que desde logo nos parece excessivo e exagerado. Cremos que, a fixar um momento para marcar o início da pessoa, esse momento só poderá ser determinado depois de decorrida a segunda semana da gestação, por uma ordem de razões. Primeiramente porque existem pelo menos três teorias (desenvolvimento do sulco primitivo, distinção entre pré-embrião e embrião e a organogénese), que nos dizem que o respeito pela vida humana deve começar a partir do décimo quarto dia. Até esse momento o embrião é um agregado de células e a partir dele dá-se a individualidade, as células totipotentes passam a pluripotentes, deixando de existir a possibilidade de constituição de gémeos. É incompreensível que se objete contra a clonagem humana e se ataque a tese da individualidade com o argumento da clonagem. É também a partir dessa data que se começa a desenvolver o sistema nervoso, ou seja, o embrião começa a ter um certo tipo de consciência e de sensações. Ao nível dos interesses, se o embrião ou o feto é capaz de sentir dor, os seus interesses vão precisamente no sentido de receber igual tratamento que os seus semelhantes, mesmo quando a sua integridade física é posta em causa em seu benefício. A nível científico, a analogia da morte encefálica com a determinação do início da vida é um argumento de peso a ter em conta.

Do ponto de vista ético, iniciamos a discussão com o seguinte propósito: é ou não é, eticamente aceitável manipular geneticamente embriões humanos? Para saber se é

eticamente admissível manipular o genoma humano teremos de adotar um ponto de vista universal, ou seja, o ponto de vista de um espectador imparcial, abstraindo-nos dos nossos próprios interesses. Isto não significa que aplicação prática dos juízos éticos tenha de ser também ela universal. Pois tal como verificamos as circunstâncias alteram as ações. Temos de tomar em consideração os interesses de todas as pessoas afetadas por uma questão ética, escolhendo o melhor resultado para todos os afetados ou minimizando as piores consequências para todos, depois de ponderadas todas as alternativas. A atitude de aceitação de riscos só poder ser compreendida numa atitude de risco-benefício pois seria impensável aceitar um risco que não seja suscetível de trazer benefícios individuais ou coletivos. É aqui que a investigação científica com embriões e a terapia génica têm alguns argumentos a seu favor. É também aqui que o princípio da responsabilidade e da tolerância têm a sua razão de ser. Quanto à engenharia genética de melhoramento, encontramos precisamente aqui a sua primeira objeção. Uma atitude de rejeição de riscos reveste a forma de uma atitude conservadora, não suscetível a mudanças. Para se questionar a experiência tem de se experimentar. Não podemos impedir a todo o custo a evolução da investigação científica queimando os seus pesquisadores com o mesmo rigor utilizado pela inquisição. Mas também não se pode experimentar tudo. No que respeita aos novos riscos trazidos pela ciência genética, o ser humano deve constituir princípio e limite. Mais uma vez confrontamo-nos com a fronteira estabelecida do humano e o inumano. Devemos avançar de uma ética livre para outra eticamente responsável.

No que toca ao eugenismo, pensamos que a distinção entre eugenia positiva e negativa, tal como a pudemos compreender, revela-se muitas vezes compreendida de acordo com as convicções de quem a distingue, para aprovar ou reprovar determinadas práticas biotecnológicas. Pensamos que a terapia génica somática, associada muitas vezes à eugenia positiva e o aborto terapêutico associado à eugenia negativa, não significa por si só, que a primeira deve ser proibida e a segunda tolerada, ou vice-versa. A solução para legitimar este tipo de biotecnologias situa-se na valoração do facto em si, na prática em si, e não no conceito de eugenia positiva ou negativa. E até para sermos rigorosos, o DGPI, tanto é subsumível numa como na outra, tendo em conta que, evita a transmissão de doenças hereditárias ao mesmo tempo que promove a nascimento dos embriões mais saudáveis, como favorece a reprodução de um gene saudável da mesma forma que desfavorece a reprodução de genes defeituosos. Atualmente ainda se sente uma certa relutância da comunidade em geral com o nome eugenia ou eugenismo, associada à higiene racial nacionalista. O eugenismo nazi constituiu um episódio desastroso de uma ciência

inconsequente. Cremos que a dignidade da pessoa humana não é posta em causa pelo facto de se praticar um eugenismo liberal centrado nas escolhas individuais, mas sim na irreversibilidade das suas consequências depois de ponderadas, todas as situações concretas e nas circunstâncias em que foram tomadas. Todos achamos que matar é um mal que não tem justificação. Mas também é verdade que valoramos a vida de maneira diferente, independentemente se os pressupostos das nossas convicções são fundados em valores jurídicos, como a questão de saber se o embrião é uma pessoa com interesses e com direitos. Imaginemos que temos dois fetos, um completamente saudável e o outro com uma doença monogénica como a Coreia de Huntington, que nasceram prematuramente, e que só será possível salvar um deles por falta de meios tecnológicos. Qual salvaríamos? A maioria das pessoas na posição do médico salvaria o primeiro em prejuízo do segundo. A perda de uma vida também não pode ser medida em termos cronológicos. É terrível a morte de um idoso, mas para generalidade das pessoas é ainda pior quando morre um adolescente ou um adulto. Em sentido diverso, apresenta-se o valor que atribuímos as pessoas desde a concepção até à adolescência. Por exemplo, na opinião geral das pessoas, quanto mais tarde se fizer um aborto, maior será a censura e a reprovação. E tudo isto só para dizer uma coisa: atribuímos à vida humana um valor intrínseco, mas mesmo assim, valoramos diferentemente o valor das pessoas, relativizando o valor da vida humana mesmo quando pensamos eticamente. A ética deve fundamentar-se em valores universais, mas deve ser aplicada ponderadas as circunstâncias concretas.

A problemática da discussão ética para o tema da manipulação genética pré-natal é indispensável para refletirmos que normas estariam disponíveis para regular o desenvolvimento biotecnológico, por um lado, para prevenir abusos excessivos e, por outro, para evitar proibições desapropriadas. Para evitar confusões, defendemos ser indispensável traçar uma nítida distinção entre o diagnóstico pré-sintomático de doenças monogénicas das restantes predições. No primeiro caso, a doença quase de certeza se irá manifestar mais tarde, já no segundo caso, a doença só se manifestará em certas condições de ambiente, podendo ser, sobretudo, evitada, por uma boa alimentação, pelo exercício físico ou pela administração de certos medicamentos. Cremos que a proibição do diagnóstico pré-sintomático de doenças monogénicas na fase pré-natal ou pré-implantatória, quando ainda não existe tratamento eficaz, é completamente desapropriada. É incompreensível que se impossibilite este teste, impedindo o aborto ou a não implantação, obrigando à futura pessoa e aos seus familiares um pesado sofrimento, uma vez que este teste revela com a probabilidade próxima de 100%, que a doença se irá

manifestar. Quanto ao diagnóstico de predisposições e de predição de risco para futuras gerações, pensamos que devem ser impedidos na fase pré-natal. No primeiro caso, porque a simples suscetibilidade de vir a contrair uma doença, todos nos temos, possibilitando-se o teste, apenas para uma idade mais avançada. No segundo caso, o simples facto de se ter conhecimento de que um embrião é são, mas apenas a descendência deste pode vir a sofrer alguma enfermidade, não traz vantagem nenhuma para a futura pessoa, uma vez que, as doenças dos descendentes do embrião podem simplesmente ser diagnosticadas em futuros diagnósticos pré-sintomáticos, pré-natais ou pré-implantatórios.

A nível da terapia génica é necessário fazer a distinção entre a terapia somática e a terapia germinal. Consideramos que tanto a primeira, e quando for viável a segunda, são de louvar. A terapia somática permite prevenir curar um ser de doenças hereditárias. A terapia germinativa poderá permitir a eliminação de centenas de doenças à face da terra. Nascer saudável é uma bênção que a medicina nos proporciona. É inaceitável que se critique a terapia génica, e nos esqueçamos que se gasta milhares de euros em tratamentos para a cura de muitas doenças. Por um lado, economizar-se-ia muitos milhões de euros, e por outro, diminuir-se-ia a propagação da doença no próprio e nos seus descendentes. Normalmente as objeções à terapia germinativa incidem sobre a identidade genética e as gerações futuras. O argumento da identidade não implica inalterabilidade, pois se assim fosse a terapia somática também seria proibida. Temos responsabilidades para que as gerações futuras vivam nas mesmas ou se possível, em melhores condições. Impossibilitar a terapia génica germinal é ter uma atitude ética de omissão para com as futuras gerações, e no que toca a questões terapêuticas, poderíamos vir ser responsabilizados por tal omissão.

Quanto à engenharia genética de melhoramento verificamos que não constitui uma necessidade do curso da vida. Consiste em escolher as características genéticas físicas ou traços morfológicos de um embrião de acordo com os interesses dos pais. Uma vez que não se limita ao espectro terapêutico ou preventivo, os riscos poderiam tornar-se irreversíveis na linha germinal. Cremos que este certificado genético é ofensivo ao princípio da igual dignidade dos seres humanos, pois poderia provocar distinções étnicas, raciais e sociais, incompatíveis com a vida social, e ainda no acesso ao emprego como no âmbito dos seguros.

A investigação com embriões humanos permite obter conhecimentos significativos de enorme interesse no tratamento de doenças graves. Porém, uma investigação sem limites cronológicos poderá por em causa o interesse de um embrião. Cremos que,

legitimando-se esta investigação, nunca deverá ser efetuada depois da segunda semana de após a fertilização. Uma vez que os embriões excedentários só existem porque a medicina o permite, não consideramos existir grande diferença moral entre, a utilização destes para fins científicos como aqueles que são produzidos para este efeito. Utilizar embriões para fins científicos inquieta-nos, mas pior que isso é destruir embriões excedentários quando poderiam ser canalizados para a investigação. É incompreensível que quem objete contra a utilização de embriões para fins científicos por defender a santidade da vida humana desde a fertilização, se esqueça que, utilizar a pílula do dia seguinte também mata embriões e ninguém faz nenhum comentário sobre isso, da mesma forma que é incoerente pensar que é um mal utilizar embriões em benefício da humanidade, e se aceite que se matem embriões pelo simples facto de uma mulher não querer ter um filho (aborto).

O diagnóstico genético pré-implantatório, apesar de implicar a seleção de embriões, ou seja, a preferência por um filho saudável, não é mais nem menos compatível com a dignidade da pessoa humana, do que a utilização de outros diagnósticos da mesma espécie. O diagnóstico pré-natal, seguido da interrupção voluntária da gravidez evita o nascimento de crianças deficientes. Com o DGPI consegue-se o mesmo sem o trauma do aborto. Porém, até para sermos coerentes, o DGPI não deve estar disponível, tal como verificamos, para diagnosticar simples predições. Se a finalidade do DGPI for a não implantação, é incompreensível que se destruam os embriões, pois seria mais prudente utilizá-los para a investigação científica. Impossibilitar o DGPI, significa impedir aos progenitores, o direito de saber se irão ter um filho com uma doença, obrigando-os a passar por dificuldades económicas, pessoais e psíquicas, mais o trauma de se deixar nascer uma criança com um fardo insuportável. A razão de não se querer ter um filho, pelo simples facto de não o querer, é mais desrespeitosa da vida pré-natal, do que o motivo de não querer ter um filho por não apresentar padrões de saúde satisfatórios para o embrião, de acordo com os interesses de quem o irá educar. No futuro, quando podermos associar o DGPI à terapia génica, a seleção embrionária tornar-se-á irrelevante. É precisamente neste sentido que o contributo da investigação com embriões deverá caminhar. Para alguma doutrina, na dúvida, de saber se um embrião é uma pessoa, funcionaria a tese do *in dubio pro vitae*. Entre nós, entendemos, que haver dúvida, resultaria no respeito pela dignidade de todas as vidas implicadas nessa ambiguidade.

Quanto ao direito, debruçamo-nos sobre a ideia de como se poderá proteger o embrião através do instituto jurídico. Reconhecer personalidade jurídica ao nascituro desde a conceção poderá tornar-se num absurdo. A ser assim, os médicos ficariam inibidos de

praticar a terapia génica, seria um risco executar a procriação medicamente assistida, a pilula do dia seguinte seria proibida, acabar-se-ia com a investigação científica com embriões excedentários, a interrupção voluntária da gravidez seria criminalizada, e ainda que, quem veja isto com bons olhos, não cremos que a atual sociedade o permita. Também reconhece-la a partir do nascimento, tal como verificamos, poderá parecer desajustada, com o conceito de pessoa e com o atual e futuro contexto social, em que a ectogénese visará o fim do instituto do nascimento. Quem nega personalidade antes do nascimento nega a suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações, sendo de difícil compreensão que, quem tem capacidade para receber heranças e doações não tenha personalidade jurídica. Haverá de se repensar o início da personalidade. Se a medicina foi preponderante na fixação do termo da personalidade, não vemos razões para excluí-la da delimitação do início da personalidade. Pensamos também, que na falta de reconhecimento da personalidade jurídica ao nascituro, não significa que devemos ter uma atitude de desvalor para com ele. Neste aspeto pensamos efetivamente na tutela jurídica que o direito penal poderá proporcionar. Não é coerente afirmar que um embrião não tem o direito a não ser morto, da mesma forma que sustentamos que é injusto que se proteja esse direito através do direito penal.

Ao nível da justiça, pensamos que é necessário regular as condições de acesso as intervenções genéticas, integrando esse serviço no direito aos cuidados de saúde. A igual oportunidade aos direitos de saúde não deve ser extensiva a alguns testes que diagnosticam simples perdições, bem como à possibilidade de melhoria das características genéticas pré-natais. As desigualdades que se implicariam aqui, não seriam maior do que quem tem dinheiro para fazer uma cirurgia estética no estrangeiro e quem fica na fila de espera num hospital comum. O mesmo não se poderá dizer quanto ao acesso à terapia génica e alguns diagnósticos preventivos de doenças monogénicas, pois nestes casos, se o acesso aos cuidados terapêuticos depende-se da capacidade financeira, aumentaria ainda mais as desvantagens sofridas pelos mais desfavorecidos. Nestes casos, estas condições estariam disponíveis para todos ou para ninguém, impedindo que estes serviços se pressuponham com cariz comercial.

No problema do com “que” direito se chegaria àquela validade do direito como direito, pensamos que as teorias apresentadas tanto em Habermas como em Rawls, apresentam-se como teorias procedimentais, que só aparentemente se mantêm na solução jurídica, através da simples referencia a direitos e leis. Na atual sociedade pluralista de risco, o simples consenso empírico de vontades não pressupõe nenhum fundamento válido

que justifique o direito. Para que o consenso se revele como um pressuposto, um fundamento, a informação revelar-se-ia num instrumento irrenunciável na argumentação racional em casos concretos, devendo-se, sobretudo, que no final, se garanta o mínimo ético. Haverá de se refletir caso a caso, o que é grave e o que não é, com base no conhecimento, na informação e nas circunstâncias concretas que o tema deste trabalho exige, para que se possa chegar a um consenso ético e jurídico que se quer válido. Mas para o empírico ser válido tem de estar implícito algum valor. Tal como a dignidade da pessoa humana, a responsabilidade, a equidade e a tolerância, são condições essenciais para uma solução jurídica bioética. E se o tema manipulação genética é uma questão ética, também se revelou ambígua, merecendo no mínimo uma reflexão jurídica autónoma como multidisciplinar. Também o direito não é a única realidade humana, é uma resposta possível, mas que se demonstrou ser uma realidade imprescindível que o discurso bioético não pode renunciar, tal como o direito não poderá renunciar na sua solução jurídica, o discurso informado e racional das outras áreas do conhecimento humano.

BIBLIOGRAFIA

- AGOSTINHO, Santo. 2000. *Confissões*. Livro X, XV. Trad. Arnaldo do Espírito Santo, João Beato e Maria Cristina de Castro-Maia de Sousa Pimentel. Introdução: M. B. da Costa Freitas. Lisboa : IN-CM.
- ALMEIDA, Vasco Duarte de. 2005. *Sobre o valor da Dignidade da Pessoa Humana*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XL. N.º 2. Coimbra : Coimbra Editora.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. 2004. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ª Ed. Coimbra : Almedina.
- ARISTÓTELES. 2001. *Da Alma: (de anima)*. Lisboa : Edições 70.
- 1999. *Politics*. Translated by Benjamin Jowett. Kitchener Batoche Books.
 - 2007. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo : Editora Martin Claret.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. 2006. *Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade*. In Revista Mestrado em Direito, Osasco, Ano 6. N.º 1. Pág. 145-158. Disponível na internet em: <http://132.248.9.1:8991/hevila/Revistamestradoemdireito/2006/vol6/no1/7.pdf>.
- 2008. *A Dignidade da Pessoa e o fundamento dos Direitos humanos*. In Revista da Ordem dos Advogados. Ano 68. Vol.1 Janeiro. Coimbra : Almedina. Disponível na internet em: Http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72386.
 - 2003. *Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica*. In Revista da Ordem dos Advogados. Ano 63. Vol. I e II. Abril. Disponível na internet em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=57754&ida=57721.
 - 2007. *A Lei N.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*. In Revista da Ordem dos Advogados. Ano 67. Vol. III. Dez. Disponível na internet em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=65580&ida=65542.
 - 1991. *Direito e Bioética*. In Revista da Ordem dos Advogados. Ano 51. Vol. II. Julho.
 - 2000. *Direito Civil Teoria Geral : Vol. I. Introdução as pessoas e bens*. Coimbra : Coimbra Editora.

- ARCHER, Luís. 1998. *Genética predizente e eugenismo*. In «*Bem da Pessoa e Bem Comum. Um desafio à bioética*». Centro de Estudos de Bioética. Coimbra : Gráfica de Coimbra. Pág. 95-105.
- 2001. *Terapia génica somática*. In ARCHER, Luís, BISCAIA, Jorge, OSSWALD, Walter, RENAUD, Michel (Coordenação). *Novos desafios à bioética*. Porto : Porto Editora.
- 2006. *Da genética à bioética. Coletânea bioética hoje XI*. Coimbra : gráfica de Coimbra.
- 1998. *A terapia génica no pensamento católico*. In ARCHER, Luis (Coordenação) Brotéria. Vol. 4, 146. Abril. Pág. 455-467.
- ARENDDT, Hannah. 2007. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo, Posfácio de Celso Lafer. 10.^a Ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. 2011. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra : Almedina.
- BECK, Ulrich. 2002. *La Sociedad del riesgo : Hacia una nueva modernidade*. Barcelona : Paidós Básica.
- BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony, LASH, Scott. 1997. *Modernização reflexiva : política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo : Editora da Universidade Estadual Paulista.
- BOBBIO, Norberto. 1991. *El tiempo de los derechos*. Madrid : Editorial Sistema.
- BOETHIUS. 1973. *Theological Tractates*. Harvard University Press. Cambridge : London.
- BUCHANAN, Allen et al. 2000. *From chance to choice : genetics and justice*. Apud GARCIA, José Luís. 2008. *Rumo à Criação Desenhada de Seres Humanos? Notas sobre justiça distributiva e intervenção genética*. Estudos de Sociologia. Vol. 13, n.º 2. Julho-Dezembro 2007. Recife : Universidade Federal de Pernambuco. Pág. 15-33.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. 2007. *Constituição da Republica Portuguesa anotada*. Vol. I. 4.^a Ed. Coimbra : Coimbra Editora.
- 2003. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7.^a Ed. Coimbra : Almedina.

- CAMPOS, Diogo Leite de, BARBAS, Stela. 2001. *O início da pessoa humana e da pessoa jurídica*. In Congresso de la Federación Internacional de Estudios sobre América Latina y el Caribe – FIEALC. Moscovo : Academia de Ciências da Rússia
Disponível na internet em:
http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LCamposSBarbas.pdf.
- CAMPS, Victoria. 2002. *Que Hay de malo en la eugenesia?* In Isegoria: Revista de filosofia Moral y Política. N.º 27. Csic. Pág. 55-71. Disponível na internet em:
<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewArticle/554>.
- CHORÃO, Mário Bigotte. 1989. *Introdução ao direito : o conceito de direito*. Coimbra : Almedina.
– 1986. *Temas Fundamentais do Direito*. Coimbra : Almedina.
- CICERO. Marcus Tullius. 1994. *De Re Publica. De Legibus*. Trad. C. W. Keyes. Cambridge : Harvard University Press.
– 1913. *De officiis*. III. Translated by Walter Miller. Loeb edn. Cambridge : Harvard University Press
- CORDEIRO, António Menezes. 2004. *Tratado de Direito Civil Português : I Parte Geral Tomo III Pessoas*. Coimbra : Almedina.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. 2001. *O Ponto de Arquimedes, Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos*. Coimbra : Almedina.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. 1998. *Bioética e Direitos Humanos*. In COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, GARRAFA, Volnei, OSELKA, Gabriel (Coordenação). *Iniciação à Bioética*. Brasília : Conselho Federal de Medicina.
- DESCARTES. 2010. *Discurso do Método*. Lisboa : Babel editora.
- DINIZ, Maria Helena. 2008. *O respeito à dignidade da pessoa humana como paradigma da bioética e do biodireito*. In MIRANDA, Jorge, SILVA, Marco António Marques da (Coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo : Quartier Latin.
- DINIZ, Débora, ALMEIDA, Marcos de. 1998. *Bioética e Aborto*. In COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, GARRAFA, Volnei, OSELKA, Gabriel (Coordenação). *Iniciação à Bioética*. Brasília : Conselho Federal de Medicina.
- DWORKIN, Ronald. 2009. *Domínio da vida : Aborto, Eutanásia e Liberdades individuais*. São Paulo : Fontes Martins.

- ENGELHARDT JR, H. Tristram. 1998. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo : Edições Loyola.
- FAEL, Maria Manuel. 2005. *O corpo na construção do projeto de vida : Uma visão bioética da sexualidade*. In Cadernos de Bioética. Ano XVI. N.º 37. Abril. Edição do centro de estudos de bioética. Pág. 93-107.
- FERNANDES, Luís Alberto de Carvalho. 2009. *Teoria Geral do Direito Civil : I Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*. 5.ª Ed. Lisboa : Universidade Católica Editora.
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. 2007. *Então você pensa que é humano? : uma breve história da humanidade*. São Paulo : Companhia das Letras.
- GARCIA, José Luís. 2008. *Rumo à Criação Desenhada de Seres Humanos? Notas sobre justiça distributiva e intervenção genética*. Estudos de Sociologia. Vol. 13. N.º 2, Julho-Dezembro 2007. Recife : Universidade Federal de Pernambuco. Pág. 15-33.
- GARRAFA, Volnei. 1998. *Bioética e Ciência : até onde avançar sem agredir*. In COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, GARRAFA, Volnei, OSELKA, Gabriel (Coordenação). *Iniciação à Bioética*. Brasília : Conselho Federal de Medicina.
- GILSON, Étienne. 1969. *Introduction a l'Étude de Saint Augustin*. Apud PEDROSO, António Carlos Campos. 2007. *A justificação dos Direitos Fundamentais*. In Revista Mestrado em Direito. Osasco. Ano 7. N.º 1. Pág. 35-70. Disponível na internet em:
<http://132.248.9.1:8991/hevila/Revistamestradoemdireito/2007/vol7/no1/2.pdf>
- GODDARD, Jorge Carlos Adame. 1995. *Persona humana y persona jurídica*. *Ars Iuris* 14. 11-47. Available at: http://works.bepress.com/jorge_carlos_adame/55
- GOMES, Andreia Sofia Esteves. 2008. *A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiencia Constitucional Portuguesa*. In MIRANDA, Jorge, SILVA, Marco António Marques da (Coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo : Quartier Latin.
- HAARSCHER, Guy. 1993. *Filosofia dos direitos do homem*. Lisboa : Instituto Piaget.
- HABERMAS, Jurgen. 2012. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*. Lisboa : Edições 70.
- 2006. *O Futuro da Natureza Humana : A caminho de uma Eugenia Liberal?* Coimbra : Almedina.
- 1997. *Direito e Democracia : entre a facticidade e validade*. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro

- HEIDEGGER, Martin. 2000. *Carta sobre el humanismo*. Traducción de Helena Cortés y Arturo Leyte. Madrid : Alianza Editorial.
- HOBBS, Thomas. 2010. *Leviatã*. Prefácio de João Paulo Monteiro. Trad: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4.^a Ed. Lisboa : INCM.
- HORSTER, Heinrich Ewald. 1992. *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra : Almedina.
- JONAS, Hans. 1994. *Ética, medicina e técnica*. Lisboa : Veja.
- KANT, Immanuel. Logik, Einleitung (Werke, Ed. Weischedel, III, p. 448). Apud VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica*. Vol. I. 4.^a Ed. São Paulo : Loyola, 1998.
- 2006. *Antropologia em sentido pragmático*. Trad: Clélia Aparecida Martins. São Paulo : Editora Iluminuras.
- 1995. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela, Porto : Porto Editora.
- KAUFMANN, Arthur. 2009. *Filosofia do Direito*. 3.^a Edição. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. 2008. *A formação da doutrina dos direitos fundamentais*. In MIRANDA, Jorge, SILVA, Marco António Marques da (Coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo : Quartier Latin.
- LIMA, António Carneiro Torres. 2004. *Bioética e Antropologia*. Colectânea Bioética Hoje. Vol. VIII. Coimbra : Gráfica de Coimbra.
- LOCKE, John. 1986. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. México : Fondo de Cultura Económica.
- 2003. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo : Martin Claret.
- LOUREIRO, João Carlos. 2002. *Dignidade humana e genética : notas de um roteiro*. In Rui Nunes, Helena Melo, Cristina Nunes. (Coordenação). *Genoma e Dignidade Humana*, Colectânea Bioética Hoje. Vol. V. Coimbra : Gráfica de Coimbra.
- 2006. *Nota de apresentação*. In HABERMAS, Jurgen. *O Futuro da Natureza Humana : A caminho de uma Eugenia Liberal?* Coimbra : Almedina.
- MACHADO, João Baptista. 1965. *Antropologia, existencialismo e direito*. Sep. de "Revista de Direito e Estudos Sociais". Coimbra. 12, 1-2. 82 Págs.

- MALUSCHKE, Günther; 2007. *A dignidade humana como princípio ético-jurídico*. In Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza. Vol. 27. Jul./Dez. Pág. 95-117.
- MARQUES, Mário Reis. 2010. *A dignidade humana como prius axiomático*. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. IV (Coordenação): ANDRADE, Manuel da Costa Andrade, ANTUNES, Maria João, SOUSA, Susana Aires de. Coimbra : Coimbra Editora. Pág. 541-566.
- MARTINS, Maria do Carmo. 2005. *Programa de controlo de hemoglobinopatias : Abordagem ética*. In Cadernos de Bioética. Ano. XVI. N.º 37 Abril. [S.I] : [S.I]: Pág. 77-93.
- MELO, Helena Pereira de. 2008. *Manual de Biodireito*. Coimbra : Almedina.
- MENDES, João de Castro. 1995. *Teoria Geral do Direito Civil : vol. I*. Lisboa : Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- MIRANDA, Jorge; 2000. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. 2006. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução: Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa : Edições 70.
- MONCADA, Luís Cabral de Oliveira. 1955. *Filosofia do Direito e do Estado*. Vol. I, 2ª Ed. Coimbra : Coimbra editora.
- MONDIN, Battista. 2008. *Curso de Filosofia*. 15.ª Ed. São Paulo: Paulus. Pág.192-195.
– 1980. *O homem, quem é ele? : Elementos de antropologia filosófica*. Tradução: R. Leal Ferreira e M. A. S. Ferrari. São Paulo : Edições Paulinas. Pág. 285.
– 1990. *Elementos de antropologia teológica*. Tradução: José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, p. 410.
- MORIN, Edgar. 1974. *El Paradigma perdido : ensayo de bioantropologia*. Barcelona : Editorial Kairós.
- MUÑOZ, Daniel Romero, FORTES, Paulo António Carvalho. 1998. *O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido*. In COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, GARRAFA, Volnei, OSELKA, Gabriel (Coordenação). *Iniciação à Bioética*. Brasília : Concelho Federal de Medicina.
- NEVES, A. Castanheira. 2003. *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia : tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Universidade de Coimbra : Coimbra Editora.

- 1995. *Digesta : Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. I. Coimbra : Coimbra Editora.
- NUNES, Rui, BISCAIS, Jorge. 2001. *Diagnostico genético pré-natal*. In ARCHER, Luís, BISCAIA, Jorge, OSSWALD, Walter, RENAUD, Michel (Coordenação). *Novos desafios à bioética*. Porto : Porto Editora.
- NUNES, Rui Manuel Lopes. 1995. *Questões Éticas do Diagnóstico Pré-Natal da Doença Genética*. Porto : Universidade do Porto.
- ORDEÑANA, Juan Gote. 1999. *Del tratado de Tordesillas a la doctrina de los Derechos Fundamentales em Francisco de Vitória*. Valladolid : Universidad de Valladolid.
- OTERO, Paulo. 2010. *Direito Constitucional Português*. Vol. I. Coimbra : Almedina.
- 2008. *Personalidade : um repensar do seu início*. In MIRANDA, Jorge, SILVA, Marco António Marques da (Coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo : Quartier Latin. Pág. 1012- 1022.
- PALASI, José Luis Vilár. 1994. *Introducción jurídica*. In *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Vol. I. Bilbao : Fundación BBV. Pág. 41-66.
- PEDROSO, António Carlos Campos. 2007. *A justificação dos Direitos Fundamentais*. In *Revista Mestrado em Direito*. Osasco. Ano 7. N.º 1. Pág. 35-70. Disponível na internet em: <http://132.248.9.1:8991/hevila/Revistamestradoemdireito/2007/vol7/no1/2.pdf>
- PENA, Sérgio Danilo J, AZEVÊDO, Eliane S. 1998. *O Projeto Genoma Humano e a Medicina Preditiva : Avanços técnicos e dilemas éticos*. In COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, GARRAFA, Volnei, OSELKA, Gabriel (Coordenação). *Iniciação à Bioética*. Brasília : Conselho Federal de Medicina.
- PÉREZ, Jesús González. 1986. *La dignidad de la persona*. Madrid : Editorial Civitas.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. 1999. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3.º Ed. Coimbra : Coimbra Editora.
- PLATÃO. 2000. *Fédon*. [S.I] : Guimarães editores.
- 2001. *A República*. 12.ª Edição. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. 2001. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília : Brasília Jurídica.
- RADBRUNCH, Gustav. 1979. *Filosofia do Direito*. Tradução: Luís Cabral de Moncada. 6.ª Ed. Coimbra : Coimbra Editora.
- RAWLS, John. 1993. *Teoria de la Justicia*. Madrid : Fondo de Cultura Economica.

- 2003. *Justiça como Equidade : uma reformulação*. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo : Editora Fontes Martins.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. 2007. *Filosofia pagã antiga*, 3.^a Ed. Tradução: Ivo Storniolo. São Paulo : Paulinas.
- 2005. *História da filosofia, Patrística e escolástica*. 2.^a Ed. Tradução: Ivo Storniolo. São Paulo : Paulinas.
- REGATEIRO, Fernando J. 2003. *Manual de Genética Médica*. Coimbra : Imprensa da Universidade de Coimbra.
- ROSELLO, Francesc Torralba. 2005. *Ser humano, persona y dignidade, La raiz de la dignidad humana : Apostillas filosóficas a Francis Fukuyama*. Madrid : Universidad Pontificia Comillas.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. 1991. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. In Rousseau - Coleção Os Pensadores. 5.^a Ed. São Paulo : Nova Cultural.
- SANTO JUSTO, António dos. 2003. *Introdução ao estudo do Direito*. 2.^a Ed. Coimbra : Coimbra Editora.
- 2008. *Direito Privado Romano – I: Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*. 4.^a Ed. Coimbra : Coimbra Editora.
- SANTOS, Emerson Martins dos. 2008. *O Estatuto Jurídico-Constitucional do Embrião Humano, com especial atenção para o concebido “In Vitro”*. In Revista Brasileira de Direito Constitucional. RBDC N.º 12 – Jul./Dez. Pág. 55-101. Disponível na internet em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-055Emerson_Martins_dos_Santos_\(concepcao_in_vitro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-055Emerson_Martins_dos_Santos_(concepcao_in_vitro).pdf).
- SARLET, Ingo Wolfgang. 2007. *As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana : Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In Revista brasileira de direito constitucional. [S.I]: RBDC. N.º 09. Jan./Jun.
- 2006. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6.^a Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado.
- SAVATER, Fernando. 1999. *Las preguntas de la vida*. Círculo de Lectores. Barcelona : Ariel.
- SCHELER, M. 1986. *Visão Filosófica do Mundo*. Trad: Regina Winberg. São Paulo : Perspectiva.
- 2003. *A posição do homem no cosmos*. Trad: Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro : Forense Universitária.

- SCHRAMM, Fermin Roland. 1998. *Bioética e Biossegurança*. In COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, GARRAFA, Volnei, OSELKA, Gabriel (Coordenação). *Iniciação à Bioética*. Brasília : Conselho Federal de Medicina.
- SICHES, Luís Recasens. 1999. *Filosofia del Derecho*. México : Editorial Porrúa.
- SILVA, Agostinho da. 2000. *O Imperio acabou. E agora?* 3.^a Ed. Lisboa : Noticias Editorial.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. 2008. Cidadania e Democracia : *Instrumentos para a efetivação da dignidade humana*. In MIRANDA, Jorge, SILVA, Marco António Marques da (Coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo : Quartier Latin.
- SINGER, Peter. 2002. *Ética Prática*. Tradução: Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa : Grávida.
- SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. 2008. *A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade*. In MIRANDA, Jorge, SILVA, Marco António Marques da (Coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo : Quartier Latin.
- SLOTERDIJK, Peter. 2007. *Regras para o Parque Humano*. Coimbra, Angelus novus.
- SPAEMANN, Robert. 1983. *Widerspruche*. Apud KAUFMANN, Arthur. 2009. *Filosofia do Direito*. 3.^a Edição. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian.
- TEIXEIRA, António Braz. 2011. *O Jusnaturalismo de António Vieira*. In *Convergência Lusíada*, N.º 25. Janeiro – Junho. Pág. 15-22. Ed. Online: <http://www.realgabinete.com.br/revistaconvergencia/pdf/109.pdf>.
- TELES, Natália Oliva. 2002. *Questões éticas do diagnóstico genético pré-implantação*. In Rui Nunes, Helena Melo, Cristina Nunes. (Coordenação). *Genoma e Dignidade Humana*, Colectânea Bioética Hoje. Vol. V. Coimbra : Gráfica de Coimbra.
- 2011. *Diagnóstico Genético Pré- Implantação : Aspectos técnicos e Considerações Éticas*. [em linha]. Maio 2011, N.º 24. Pág. 987-996. Disponível na Internet em: <http://www.actamedicaportuguesa.com/pdf/2011-24/6/987-996.pdf>.
- TELES, Natália Oliva, NUNES, Rui. 2001. *Diagnostico pré-implantatório*. In ARCHER, Luis, BISCAIA, Jorge, OSSWALD, Walter, RENAUD, Michel (Coordenação). *Novos desafios à bioética*. Porto : Porto Editora.
- THIERRY PECH. 2001. *La dignité humaine: du droit à l'éthique de la relation*. [S.I]: Le Recueil Dalloz.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. 2008. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5.^a Ed. Coimbra : Almedina.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. 1998. *Antropologia Filosófica*. Vol. I. 4.^a Ed. São Paulo : Edições Loyola.

