

PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS: Limites Éticos e Jurídicos

Anelise Rigo de Marco

Resumo:

O homem moderno, em sua sede de conhecer e dominar, por meio da ciência e utilizando a razão, empreende métodos que lhe permitem os mais surpreendentes avanços científicos e tecnológicos, como é o caso das pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias. Nesse contexto de riscos e incertezas, em uma perspectiva sistêmica busca-se a (re)construção de limites éticos e jurídicos, tais como o princípio da dignidade humana e a responsabilidade ética, a fim de reduzir os riscos advindos das pesquisas científicas.

Palavras-chave:

Risco. Bioética. Células-tronco embrionárias. Dignidade humana. Clonagem terapêutica.

Abstract:

The human being, with all the will to know and control, using the science and the reason, develop methods that permit amazings scientific and biotechnology advances, as the cases of research and therapies with embryonic stem cells. In this context of risks and uncertainties through the systemic perspective it searches the construction of ethical and legal limits, such as the ethic responsibility and the human dignity principles, in order to reduce the happened risks of the scientific research.

Keywords:

Risk. Bioethics. Embryonic stem cells. Human dignity. Therapeutical cloning.

Sumário:

Introdução. 1 Riscos e incertezas diante da biotecnologia. 2 Possibilidades e contradições acerca de uso das células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. 3 O Direito e as novas demandas biotecnológicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No início do século 20, surgiu o termo biotecnologia para caracterizar as aplicações da biologia na época. A complexidade e a contingência são elementos cada vez mais característicos da sociedade contemporânea, desestruturando e dificultando os processos de tomadas de decisão nos sistemas biológico e social.

1 RISCOS E INCERTEZAS DIANTE DA BIOTECNOLOGIA

Giddens¹ afirma que a sociedade contemporânea é marcada pelo risco e pela incerteza, tornando-se necessário um novo enfoque epistemológico à teoria do Direito. O conceito de risco se opõe ao conceito de segurança, uma vez que o primeiro se refere à existência de várias possibilidades de decisões perigosas que se tem de tomar no presente e que acarretam uma série de diferentes consequências. Dessa maneira, não se tem uma segurança e certeza em relação ao futuro, tendo em vista que “lo que en el futuro pueda suceder depende de la decisión que se tome en el presente”.² Nesse sentido: “a capacidade de definir o que poderá acontecer no futuro e de optar entre as várias alternativas é central às sociedades contemporâneas”.³

As descobertas oriundas da Engenharia Genética, principalmente as que se referem à genética humana, têm-se revelado de fundamental importância para a humanidade, à medida que oportunizam ao ser humano conquistas até então inimagináveis na área da saúde e da vida. Ao mesmo tempo, entretanto, apresentam inúmeras possibilidades e contradições. De um lado, os médicos conseguem deter o processo de uma doença que antes progredia inexoravelmente; podem substituir temporariamente a função de um ou outro órgão falho

¹ Giddens, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1991. p. 173-174.

² Luhmann, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana, 1998. p. 60.

³ Bernstein, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Tradução Ivo Korylowski. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997. p. 2.

no sistema, e podem substituir permanentemente as funções de órgãos que estejam irreversivelmente perdidas. Dessa forma, podem proporcionar inúmeros benefícios à sociedade.

Por outro lado, estas mesmas técnicas têm causado riscos e incertezas para a sociedade, havendo a necessidade de se refletir com certa urgência e preocupação sobre as inúmeras possibilidades para que não resultem em atos abusivos em desfavor do ser humano e de sua dignidade. Diante destas contradições, muitos dilemas éticos tornam-se visíveis com estes novos tratamentos.

Nesse contexto, a bioética⁴ emerge como “o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais”.⁵ Assim, a bioética possui transdisciplinaridade em relação às ciências e aos campos em que a vida e a saúde são tratadas. A partir disso, é relevante citar o eticista Marciano Vidal, que define a bioética formalmente como:

Una rama o subdisciplina del saber ético, del que recibe el estatuto epistemológico básico y con el que mantiene una relación de dependencia justificadora y orientadora. Los contenidos materiales son proporcionados a la bioética por la realidad del cuidado de la salud y por los datos de las ciencias de la vida como la biología, la medicina, la antropología, la sociología.⁶

Na contemporaneidade constata-se a inesgotável capacidade humana de produzir coisas novas. As culturas humanas se realimentam continuamente, isto é, os seres humanos destacam-se pela habilidade em produzir novidades.

⁴ Na perspectiva etimológica, *bioética* consiste no esforço em estabelecer um diálogo entre a ética e a vida – em grego *bíos* significa vida e *éthiké* significa ética. Sauwen, Regina Fiúza; Hryniewicz, Severo. *O direito in vitro*: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 7.

⁵ Reich, W. T. Introduction. In: *Encyclopedia of Bioethics*. New York: Thomson, 2004. p. XIX.

⁶ Anjos, Marcio Fabri dos. Bioética: abrangência e dinamismo. In: Barchifontaine, Christian de Paul de; Pessini, Leo. *Bioética*: alguns desafios. São Paulo: Loyola, 2001. p. 21.

Com essa dinâmica, o homem é capaz de se adaptar diante das situações novas que produz, permitindo o aumento de conhecimentos, o alargamento das possibilidades de um bem-estar maior, entretanto traz o risco do imponderável, do imprevisível, da agressão à natureza e à própria espécie humana e de uma irresponsabilidade no exercício de sua criatividade.⁷

Nas palavras do filósofo Hans Jonas, a bioética é uma nova ética, nascida a partir dos novos questionamentos e das necessidades levantadas pelo biopoder⁸ humano. Por isso, propugna por uma nova ordem de princípios éticos que deem conta dessa nova realidade objetiva e dinâmica que o biopoder criou, por entender que a capacidade técnica de ação está a conduzir o ser humano a transcender todos os limites dos sistemas éticos existentes, e procura no temor uma resposta para o controle dessa transcendência.⁹

Dworkin afirma que “o terror que muitos de nós sentimos com o pensamento da Engenharia Genética não é um medo do que é errado; antes, é o medo de perder nossa segurança sobre o que é errado”.¹⁰

Neste contexto, não há como deixar de retomar as três perguntas clássicas da Filosofia kantiana: O que podemos saber? O que devemos fazer? O podemos esperar?¹¹ O ser humano antes de ser *homo sapiens* é *homo explorans*, o descobridor, o *homo investigans*, o pesquisador, o *homo quaerens*, o que faz perguntas, o que procura o saber, e o *homo loquax*, ou seja, o homem

⁷ Sauwen, Regina Fiúza; Hryniewicz, Severo. *O direito in vitro: da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 13.

⁸ O biopoder é o poder oriundo do controle das tecnologias e da manipulação genética, que vem operando como um novo poder do qual cientistas e vários profissionais relacionados ao campo da ciência e das pesquisas com seres humanos têm se apropriado.

⁹ Em Hans Jonas pode-se encontrar uma heurística do temor que visa a dizer o que é que está provavelmente em causa na era tecnológica e aquilo contra que se deve ter cautela. Jonas, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.

¹⁰ Dworkin, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 446.

¹¹ Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

conversador, ávido pelo conhecimento e sempre disposto a aprender. Jamais será possível atingir aquele conhecimento capaz de prever o futuro, pois o futuro é incessantemente inovador e seus avanços nunca totalmente previsíveis, daí a importância da pesquisa e da investigação científica. Dessa maneira, por meio da teoria dos sistemas,

a ciência não deve ser entendida como um saber preciso e acabado, mas como um processo em cujo desenrolar-se as certezas anteriores são substituídas por novas incertezas. É nesse sentido que deve ser, por exemplo, entendida a biomedicina; afinal, a medicina é um aprendizado de incertezas.¹²

Torna-se necessário estabelecer quais os valores que correm o risco de ser atingidos pelas novidades da biotecnologia. As possibilidades abertas pelos avanços da biotecnologia causam um receio especial porque estão ligadas às pulsões básicas do ser humano: *Eros* e *Thanatos* – vida e morte. A pergunta clássica na esfera da bioética – até onde se pode ir? – aborda constantemente a questão dos limites: o limite entre o começo e o fim da vida humana; o limite entre a coisificação ou não da pessoa; o limite entre o eugenismo e a manipulação ética do gene, etc.¹³

Nesse contexto de incertezas, por mais que as sociedades tendam a conter os excessos do progresso, é necessário que se estabeleçam diretrizes éticas e jurídicas para sua orientação em direção ao bem-estar individual e social, tendo em vista a complexidade e a contingência inseridas no contexto biotecnológico. Nesse sentido, pode-se afirmar que a bioética é um processo sistêmico que se

¹² Sauwen, Regina Fiúza; Hryniewicz, Severo. *O direito in vitro: da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 15.

¹³ Sauwen, Regina Fiúza; Hryniewicz, Severo. *O direito in vitro: da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 8-9.

relaciona com todos os demais subsistemas sociais, inclusive com a ética e o sistema jurídico. Tal comunicação faz da bioética também um subsistema aberto e operativamente fechado, gerando uma contingência excessiva, ou seja, nem sempre as inúmeras possibilidades do que se pode realizar no campo da bioética ocorrem no mundo dos fatos. Dessa maneira, a sociedade deve agir preventivamente em relação a uma expectativa de futuro e o Direito passa a ser instrumento reducionista da complexidade, por meio de uma “programação condicional de decisões”, ou seja, uma norma de comportamento garantida de modo contrafático.¹⁴

A bioética possui íntima conexão com a saúde, pois se trata de uma ciência que evoluiu em consequência, também, da preocupação social com o aspecto sanitário inerente à sobrevivência humana e à qualidade de vida. Por sua vez, a saúde está entrelaçada com a Biologia, uma vez que esta também é uma ciência que se ocupa da saúde do ser humano.¹⁵

Considerando a comunicação entre a Biologia, a Ética e o Direito, emerge a problemática atual da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas e terapias. Neste sentido, ressalta-se a diferença entre clonagem reprodutiva e terapêutica. A primeira tem como finalidade a criação de embriões para transferência uterina, gestação e nascimento de um novo ser, sendo condenada pela maioria dos cientistas; a segunda, por sua vez, tem como finalidade a criação de embriões para a obtenção de células-tronco e, a partir destas, obter material para pesquisa ou tratamentos. Dessa forma, a discussão sobre as possibilidades de benefício da técnica, ou mesmo de seus usos em humanos, passa pela reflexão sobre a moral arraigada ao pensamento científico e suas práticas.

¹⁴ Schwartz, Germano André Doerdelein. Bioética e risco. In: *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 1, n. 15, p. 77-78, 2002.

¹⁵ Schwartz, Germano André Doerdelein. Op. cit. p. 76.

2. POSSIBILIDADES E CONTRADIÇÕES ACERCA DO USO DAS CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS

Neste contexto de novas possibilidades, contradições e tomadas de decisão, emerge também um cenário de crise e transformação das referências, entre elas a do conceito de pessoa, devido às transformações paradigmáticas inerentes à própria condição humana. O uso de células-tronco humanas oriundas de linhagens do exterior e as dos chamados “embriões excedentes” constitui o ponto central dos debates, embora muitas questões ainda permaneçam em aberto. Três alternativas existem para a utilização dos embriões excedentes: liberá-los para pesquisa, encaminhá-los para adoção ou eliminá-los. Com isso, o destino dos embriões excedentes constitui séria questão que assume contornos éticos, sociais e jurídicos.

Os principais argumentos contrários à clonagem terapêutica podem ser resumidos nos seguintes: a vida começa com a concepção: utilizar embriões para fins terapêuticos é destruir uma vida; os embriões são pessoas e têm direitos: como são pessoas vivas, não se poderia subtrair-lhes o direito de viver; o embrião humano tem o direito absoluto de nascer; não podem ser usados para quaisquer propósitos, devido ao fato de que não se pode obter o consentimento informado de um embrião, e não há necessidade de usar embriões, pois as células-tronco adultas podem ser utilizadas com excelentes resultados para a ciência.

De outro lado, os defensores da utilização de embriões em pesquisas consideram que: os embriões não são pessoas; os embriões pré-implantados são um conjunto de células totipotenciais que crescem *in vitro* e que, quando são transferidos ao útero, têm potencialidade para se converter em seres humanos; os embriões merecem todo o respeito e cuidado como se fossem pessoas, o que não é o mesmo que afirmar que o sejam efetivamente; o descarte pelas clínicas do material embrionário produzido a mais durante a fecundação assistida não é considerado crime; como a morte do ser humano é coincidente com a morte encefálica, então, se a morte coincide com o término da atividade do sistema nervoso, é lícito supor o início da vida humana com o estabelecimento dos

três folhetos embrionários; em comparação com as células-tronco adultas, as células-tronco embrionárias são as únicas com potencial para recuperar doenças neurológicas incuráveis, e somente mediante pesquisas é que se poderia fazer células adultas se comportarem como embrionárias.

A resposta não está em indagar quando se inicia a vida humana ou o ser humano ou a pessoa, uma vez que qualquer teoria que queira estabelecer esse momento é sempre passível de questionamentos e argumentações contrárias, pois também depende de reconhecimento ético. E, ainda, não há como abordar o problema do começo da vida humana a não ser pela interdisciplinaridade.

Um dos aspectos centrais da bioética reside exatamente no reconhecimento da pluralidade de opções morais que caracteriza os conflitos existentes na sociedade atual, em propugnar pela necessidade de um acordo mínimo por meio do qual os indivíduos possam considerar-se ligados por uma estrutura ética comum, que permita a solução dos conflitos com um suficiente grau de acordo.

Por isso, os filósofos contemporâneos procuram demonstrar que a ética contemporânea exige uma fundamentação nova. A bioética é uma das principais manifestações na busca de estabelecer as relações entre a crise cultural e a conscientização moral crescente da sociedade.¹⁶ Pode-se constatar que “não existem fundamentos teóricos comuns para os direitos humanos, mas exclusivamente uma concordância em torno de critérios mínimos que abarcam diferentes posições ideológicas e que são formalmente aceitos em diferentes sistemas jurídicos nacionais”.¹⁷

Dessa maneira, os limites éticos que devem orientar o uso adequado ou correto das ciências biomédicas e genética molecular estão diretamente relacionados com os direitos humanos que, por sua vez, têm um denominador comum: a dignidade humana.

¹⁶ Barretto, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: Torres, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 392.

¹⁷ *Ibid.*, p. 512.

Assim, desenvolveu-se a proposta de um critério de discussão para complementação dos princípios bioéticos, que seria a alteridade como critério fundamental da bioética. A alteridade significa considerar a pessoa enquanto abertura, relação, face a face com os outros. Sabe-se que o objetivo maior é possibilitar o alcance dos benefícios das pesquisas com células-tronco a todos e, para isso, é necessário considerar o outro o epicentro para o discernimento da ação benéfica ou maléfica.

3. O DIREITO E AS NOVAS DEMANDAS BIOTECNOLÓGICAS

É consenso que os novos desafios exigiram do sistema jurídico a criação de normas a serem aplicadas à biotecnologia, destacando a importância do biodireito. É importante refletir sobre o papel do Direito na tentativa de evitar a utilização indiscriminada da ciência. A partir dos princípios constitucionais e normativas internacionais é possível oferecer alguns subsídios para reflexão que visam a assegurar a proteção da vida humana, da saúde e de condições dignas de sobrevivência. Dessa forma, o princípio da dignidade humana é a base ou o fundamento de todo o pensamento bioético e constitui o ponto de partida para a formulação das leis.

A Constituição Federal Brasileira, no artigo 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida e o artigo 2º do Código Civil põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro. A Lei de Biossegurança nº 11.105, de 2005, entretanto, permite, em seu artigo 5º, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados após completarem três anos, contados a partir da data de congelamento.

A problemática que emerge no que se refere às pesquisas com células-tronco embrionárias envolve o significado conceitual da palavra vida no contexto da legislação brasileira. Nesse sentido, diversas são as possibilidades, podendo-se citar algumas. Se a vida tem início a partir do momento da concepção, utilizar células-tronco embrionárias nas pesquisas poderia representar um aborto. No

caso de embriões congelados por muitos anos, o potencial de vida não existe e acabam se tornando inviáveis, o que aconselha o seu descarte. Sendo assim, poderia ser permitido o seu uso em pesquisas para descobrir quais são os benefícios e riscos da terapia celular, que é o que a atual Lei de Biossegurança autoriza.

A complexidade presente na relação entre a referida Lei de Biossegurança e o conceito de vida estabelecido pelo Código Civil atual, o qual entende que a vida humana começa com a concepção, deu ensejo à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 que tramitou no Supremo Tribunal Federal e exigiu da sociedade uma reflexão fundamentada em valores éticos.

Considerando o paradigma sistêmico autopoietico, não se pode proteger a dignidade humana sem considerar um dos valores fundamentais que é a vida. Para que a vida seja respeitada e manifestada, entretanto, existem outros valores interligados indispensáveis para a sua concretização, tais como a saúde, a educação, o trabalho e o lazer, ou seja, a qualidade de vida¹⁸ em todas as suas formas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 25, inciso I, afirma o seguinte:

Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direitos à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.¹⁹

¹⁸ Como critério aferidor do que seja uma vida saudável, parece apropriado utilizar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde quando se refere a um completo bem-estar físico, mental e social, parâmetro este que, pelo seu reconhecimento amplo no âmbito da comunidade internacional, poderia igualmente servir como diretriz mínima a ser assegurada pelos Estados (Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60).

¹⁹ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 15 jan. 2007.

Assim, a palavra “vida” não possui apenas um significado. Num primeiro sentido físico ou natural, tem-se uma conceituação da palavra em seu sentido etimológico; já num outro sentido cultural, histórico, apresenta-se uma valoração do que seria “vida”. Cada pessoa, assim como a sociedade, possui valores, não sendo possível conceituar vida, qualidade de vida e morte sem situá-las dentro do sistema e do processo histórico. É quase impossível separar-se o sentido biológico e científico de vida de sua conceituação geral e filosófica.

A Constituição Federal assegura esses direitos no artigo 6^o.²⁰ Para que a dignidade exista, precisa da vida para se manifestar, e esta, por sua vez, só consegue propalar a sua expressão por meio da saúde, da educação, do trabalho e do lazer”.²¹ Nesse sentido, “a valorização da vida humana é a pedra de toque e o ponto de referência primordial da bioética. Mas, para entender o significado da vida humana, não se pode reduzi-la a um puro fato biológico; ela é, antes de mais nada, um evento pessoal”.²²

Ainda referindo-se à complexidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas contata-se que o Código Civil dedica normas específicas às pessoas naturais, ao nascituro e à prole eventual. Ocorre que os embriões não são pessoas naturais, porque ainda não nasceram com vida; não são nascituros, porque não se encontram *in utero*; e, como prole eventual, também não se caracterizam, eis que já concebidos, já existentes, o que parece afastar a eventualidade pretendida pelo legislador.

Os embriões concebidos *in vitro* necessitam de proteção jurídica específica, posto que não se enquadram na definição de pessoa natural, mas também se distanciam da subordinação aos interesses econômicos dos titulares

²⁰ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: Presidência da República: Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%EA7ao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2007.

²¹ Diaféria, Adriana. *Clonagem*: aspectos jurídicos e bioéticos. Bauru: Edipro, 1999. p. 55.

²² Junges, José Roque. *Bioética*: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 71.

de direitos, característica dos bens. Nessa ordem de ideias é possível afirmar que a codificação civil reflete um distanciamento entre o direito e a realidade biotecnológica dos embriões *in vitro*.

Embora não havendo consenso sobre o estatuto jurídico do embrião, ressalta-se a necessidade de o sistema jurídico buscar dar conta dos fatos novos criados a partir do progresso da ciência, precisando reavaliar e rever muitos de seus instrumentos metodológicos e epistemológicos. Os códigos cristalizados em determinado momento da História foram funcionais, mas muitos de seus componentes não atendem a todas as possibilidades que emergem da realidade biotecnológica.

Nesse sentido, existe o desejo de introduzir na legislação um conceito moderno de respeito à vida. A evolução dos tempos e as mudanças dos valores humanos e sociais estão tendem a considerar a vida não com um significado puramente biológico, mas uma busca de proteção para que ela seja dotada de uma perspectiva de existência digna.

Além disso, o Biodireito constitucional caracteriza-se como um ramo do Direito Público cujo objetivo é reger a conduta humana relacionada com as pesquisas científicas que manipulam a vida. Nesse contexto, o Biodireito posiciona-se como meio de transição do discurso ético da conduta humana no desenvolvimento da atividade científica para a ordem jurídica, estabelecendo um limite – dignidade da pessoa humana – e um fim – qualidade de vida.

Nesse contexto, a bioética transforma-se na fonte mais recente de direitos humanos. Por meio da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, elaborada pelo Comitê de Especialistas Governamentais da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), publicada em 1997, formulou-se uma nova categoria de direitos humanos – a dos direitos do ser humano no campo da Biologia e da Genética.²³

²³ Barretto, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: Torres, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 415-416.

A identificação dos direitos do genoma humano como sendo uma forma de direitos humanos constitui um progresso, pois forneceu conteúdos jurídicos a princípios éticos e, por outro lado, assegurou, também, uma fundamentação moral para a ordem jurídica do biodireito.²⁴

O documento da Unesco tem uma natureza específica, pois estabelece princípios éticos obedecidos nas pesquisas genéticas, especialmente aquelas relativas à intervenção sobre o patrimônio genético do ser humano, bem como limites universais às legislações nacionais e políticas públicas de Estados soberanos.²⁵

A nova categoria de direitos humanos e a Declaração de 1997 revelam a possibilidade da universalidade de direitos morais, fundados numa concepção ética do Direito e do Estado.²⁶ Nesse sentido, o fundamento dos direitos humanos

só pode ser a consciência ética e coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens e valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais. Ora, essa consciência ética coletiva vem-se expandindo e aprofundando no curso da História.²⁷

O conteúdo dos direitos humanos, apesar de gozar de status normativo, não corresponde estritamente a direitos subjetivos ou individuais, aos quais se ligam certas obrigações, pois guardam uma fundamentação mais profunda, qual seja: a de valor.

²⁴ Ibid, p. 421.

²⁵ Barretto, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: Torres, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 417.

²⁶ Ibid. p. 417-418.

²⁷ Comparato, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 59.

Neste contexto, não se pode deixar de mencionar a questão da possibilidade de estabelecer restrições à própria dignidade da pessoa. Considerando pelo menos em âmbito teórico e em caráter por ora especulativo se, para assegurar a dignidade e os direitos fundamentais de uma determinada pessoa – neste caso, o embrião – se acaba, por vezes, afetando a dignidade de outra pessoa – o portador de uma doença grave à espera de cura –, cuida-se de saber até que ponto a dignidade da pessoa pode ser efetivamente tida como absoluta, isto é, completamente infensa a qualquer tipo de restrição e/ou relativização. Desde logo:

Sendo todas pessoas iguais em dignidade (embora não se portem de modo igualmente digno) e existindo, portanto, um dever de respeito recíproco (de cada pessoa) da dignidade alheia (para além do dever de respeito e proteção do poder público e da sociedade), poder-se-á imaginar a hipótese de um conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas, impondo-se – também nestes casos, o estabelecimento de uma concordância prática (ou harmonização).²⁸

Dessa forma, se o estatuto do embrião *in vitro* está sujeito a uma avaliação ética gradualista, a sua proteção é orientada pelo princípio da proporcionalidade. Um embrião *in vitro*, excluído de um projeto parental, deve ser mantido em condições de cultura e de crioconservação ótimas, mas o seu destino é perecer, pelo que é impossível dar proteção total a sua vida. Usá-lo para pesquisa, da qual possa resultar benefícios para outros é eticamente aceitável segundo o princípio da proporcionalidade, porque, sendo a morte do embrião inevitável, a morte em decorrência de pesquisa produz um benefício.²⁹ Assim:

²⁸ Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 121.

²⁹ Serrão, Daniel. Estatuto do embrião. In: *Revista Bioética*, Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 11, n. 2, p. 112, 2003.

O que exigimos é que os seres humanos sejam capazes de diferenciar o certo do errado mesmo quando tudo o que têm para guiá-los seja apenas seu próprio juízo, que, além do mais, pode estar inteiramente em conflito com o que eles devem considerar como opinião unânime de todos a sua volta.³⁰

O surgimento de novas pretensões de direito material oriundas dos novos direitos ligados à bioética demanda uma nova e específica tutela. Por isso, busca-se estabelecer uma correspondência entre o Direito e a tutela judicial. Desse modo:

O acesso ao judiciário engloba também esses aspectos, uma vez que não basta a possibilidade de ingressar em juízo se não houver, em contrapartida, a efetividade na tutela do direito em conflito de acordo com os ditames constitucionais e os reclames da realidade social no caso concreto.³¹

Nesse contexto, a concretização dos direitos humanos a partir do prisma da jurisdição se faz mediante a utilização dos instrumentos procedimentais, tais como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como da jurisprudência supranacional dos tribunais comunitários da União Europeia, abrindo caminho para a internacionalização do Direito Constitucional e para um compromisso ético universal.³² Há que se ressaltar ainda que o acesso à Justiça não se restringe somente ao acesso ao poder Judiciário, mas também a uma ordem moral, que parte do pressuposto justo/injusto.³³

³⁰ Arendt, H. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 318.

³¹ Vial, Sandra Regina Martini Acesso à justiça: aspectos históricos, sociológicos e jurídicos. In: Rodrigues, Hugo Thami. *Direito constitucional e políticas públicas*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005. p. 75.

³² Moraes, Jose Luiz Bolzan. Direitos humanos “globais (universais).” De Todos, em todos os lugares. In: Rocha, Leonel Severo; Streck, Lenio Luiz (Orgs.). *Anuário do programa de pós-graduação em mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2001. p. 43-76.

³³ Vial, Sandra Regina Martini Acesso à justiça: aspectos históricos, sociológicos e jurídicos. In: Rodrigues, Hugo Thami. *Direito constitucional e políticas públicas*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005. p. 69.

Dessa forma, o crescente desenvolvimento da sociedade exige enfrentar uma realidade distinta e estabelecer novas soluções jurídicas capazes de atender de forma adequada às novas realidades. Considerando que a pessoa humana tem direito à prestação da tutela jurisdicional por parte do Estado, a fim de obter uma decisão acerca do direito material que postula, especialmente assegurando-se a integridade física, moral e social, no sentido de se resguardar a dignidade da pessoa humana, o Judiciário desempenha um papel relevante na tentativa de evitar a utilização indiscriminada da ciência.

4. CONCLUSÃO

Tendo em conta que a biotecnologia é uma atividade em que o risco é onipresente e as consequências futuras decorrem das decisões tomadas no presente, torna-se importante à sociedade assegurar-se em relação ao risco bioético, a fim de que o dano seja eliminado ou, ao menos, reduzido. Dessa forma, discutir sobre as possibilidades de benefício da técnica ou mesmo de seus usos em humanos perpassa pela reflexão sobre a tríade moral arraigada ao pensamento científico.

Neste cenário de novas possibilidades e tomadas de decisão, emerge também um contexto de crise e transformação das referências, entre elas a do conceito de pessoa, devido às mudanças paradigmáticas inerentes à própria condição humana. E a pergunta sobre o que é vida, e quando ela começa, é uma discussão inacabada, repleta de contradições e respostas diferentes.

Nesta realidade de inseguranças, o cientista, o pesquisador e o jurista precisam realizar um trabalho acompanhado por reflexões de caráter moral. A responsabilidade ética dos agentes responsáveis pelas decisões refere-se aos cuidados que estes devem tomar ao analisar os benefícios e os malefícios da pesquisa e, dessa forma, os primeiros têm sempre de ser superiores aos segundos.

Ressalta-se, ainda, a necessidade de o sistema jurídico buscar dar conta dos fatos novos criados pelo progresso da ciência, reavaliando e revendo muitos de seus instrumentos metodológicos e epistemológicos. Os códigos cristalizados em determinado momento da História foram funcionais, mas muitos de seus componentes não atendem a todas as possibilidades que emergem da realidade biotecnológica. A evolução dos tempos e as mudanças dos valores humanos e sociais estão se direcionando no sentido de considerar a vida dotada de uma perspectiva de existência digna.

Assim sendo, a insegurança e o risco são inerentes e produzidos pelo próprio sistema, e este deve ter a constante capacidade de se desinstitucionalizar e se reinstitucionalizar, ou seja, implica a ruptura em relação ao passado, capacidade em transformar o presente e modelar o futuro. Nesse sentido, faz-se necessário avançar de uma ciência eticamente livre para outra eticamente responsável; de uma tecnocracia que domina o homem para uma tecnologia que esteja a serviço da humanidade do próprio homem.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Marcio Fabri dos. Bioética: abrangência e dinamismo. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo. *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Loyola, 2001.

ARENDT, H. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Tradução Ivo Korylowski. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: Presidência da República: Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%EA7ao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 15 jan. 2007.

DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem: aspectos jurídicos e bioéticos*. Bauru: Edipro, 1999.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1991.

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.

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

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana, 1998.

MORAIS, José Luiz Bolzan. Direitos humanos “globais (universais).” De Todos, em todos os lugares. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Anuário do programa de pós-graduação em mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

REICH, W. T. Introduction. In: *Encyclopedia of Bioethics*. New York: Thomson, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito in vitro: da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

SCWARTZ, Germano André Doerdelein. Bioética e risco. In: *Revista Justiça do Direito*. Passo Fundo, v. 1, n. 15, 2002.

SERRÃO, Daniel. Estatuto do embrião. In: *Revista Bioética*, Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 11, n. 2, 2003.

VIAL, Sandra Regina Martini. Acesso à justiça: aspectos históricos, sociológicos e jurídicos. In: RODRIGUES, Hugo Thamis. *Direito constitucional e políticas públicas*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

Recebido em: 18/9/2009

Aprovado em: 4/12/2009