

Janaína Reckziegel  
Riva Sobrado de Freitas

# Série

## **Direitos Fundamentais Civis**

*Direitos Humanos Fundamentais: Bioética e  
Aspectos do Estado Social*



Editora Unoesc

**Editora Unoesc**

Coordenação  
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Bianca Regina Paganini  
Projeto Gráfico: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

R298d      Reckziegel, Janaína  
Direitos humanos fundamentais: bioética e aspectos  
do estado social / Janaína Reckziegel, Riva Sobrado de  
Freitas. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2017. - (Série Direitos  
Fundamentais Civis)  
58 p. ; il. ; 30 cm.  
  
ISBN 978-85-8422-141-7  
  
1. Direitos fundamentais. 2. Direitos humanos. 3. Bioéti-  
ca. I. Freitas, Riva Sobrado de. II. Título. III. Série.  
  
Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor  
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*  
*Campus* de Chapecó  
Ricardo Antonio De Marco  
*Campus* de São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D'Agostini  
*Campus* de Videira  
Ildo Fabris  
*Campus* de Xanxerê  
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação  
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria  
Lindamir Secchi Gadler

**Conselho Editorial**

Fabio Lazzarotti  
Débora Diersmann Silva Pereira  
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro  
Glauber Wagner  
Eliane Salete Filipim  
Carlos Luiz Strapazzon  
Marilda Pasqual Schneider  
Claudio Luiz Orço  
Maria Rita Nogueira  
Daniele Cristine Beuron

**Comissão Científica**

Narciso Leandro Xavier Baez (Unoesc, Brasil)  
Guido Smorto (Palermo, Italia)  
Simone Pajno (Palermo, Italia)  
Miguel Ángel Aparicio Pérez (Barcelona, UAB)  
Rosalice Fidalgo Pinheiro (Unibrasil, Brasil)  
Daury Cezar Fabriz (FDV, Brasil)  
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)  
Pedro Grandez (PUC-Lima, Peru)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	5
CAPÍTULO I - Bioética: direitos fundamentais e pesquisas com seres humanos	
ÉTICA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: PESQUISAS E SERES HUMANOS .....	11
CAPÍTULO II - Bioética: direitos fundamentais e pesquisas com células-tronco	
OS BENEFÍCIOS DA PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E A AUTONOMIA DECISÓRIA.....	29
CAPÍTULO III - Direitos fundamentais: aspectos do estado social	
ASPECTOS DO ESTADO SOCIAL CONTEMPORÂNEO E REPERCUSSÕES NA MORFOLOGIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS .....	47



## APRESENTAÇÃO

O Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina vem publicar com este E-book os resultados de pesquisas desenvolvidas no ano de 2017 pelas Professoras Doutoras Janaína Reckziegel e Riva Sobrado de Freitas, após serem apresentados, analisados e debatidos as presentes pesquisas, pois existem muitas discussões jurídicas, políticas e filosóficas dentro do tema de Direitos Fundamentais, em suas múltiplas facetas e diferentes vertentes.

As pesquisas com seres humanos com o intuito de estudo e desenvolvimento de medicamentos para o tratamento de enfermidades vêm sendo registradas desde longa data e têm trazido importantes realizações na área médica, gerando esperança a milhares de pessoas pelos avanços trazidos para o tratamento e até a cura de doenças graves. A necessidade deste tipo de atividade tem se fundado no fato de que nem sempre o que funciona *in vitro*, em culturas celulares, ou até mesmo com animais, funcionará ou produzirá os mesmos efeitos quando utilizados no organismo humano.

Contudo, há registros de pesquisadores inoculando doenças venéreas incuráveis, transplantando células cancerígenas, entre outras práticas do gênero, em indivíduos absolutamente sadios, com o intuito de acompanharem os diversos estágios de desenvolvimento destas doenças e, assim, encontrarem as melhores formas de tratamento. Estas práticas têm transformado as pessoas que participam destas experiências em meras cobaias de estudo, tratando-os como objetos sem valor, pois criam situações de sofrimento e degradação física e moral.

A questão se torna mais complexa e difícil de ser resolvida na medida em que estes experimentos ocorrem por atos voluntários dos participantes, seja por receberem uma boa quantia de dinheiro em troca, seja por que necessitam do experimento para tratar a própria doença ou a enfermidade de um ente querido. A questão passa, portanto, pela compreensão e delimitação dos limites éticos destas pesquisas, sob a ótica dos direitos humanos fundamentais e da própria dignidade humana, expressa pela autonomia da vontade.

A dificuldade de enfrentamento deste tipo de situação ocorre por que não há ainda um claro entendimento sobre o que são os direitos humanos fundamentais, pois existem muitas dúvidas sobre o que um bem deve possuir para ser reconhecido como pertencente a esta categoria de direitos e até que ponto eles devem ser relativizados em respeito a autonomia da vontade de seus titulares. Este vazio teórico dificulta a resolução de situações práticas como à acima descrita e justifica a necessidade de pesquisas sobre a epistemologia dos direitos humanos fundamentais, como forma de entendimento dos seus limites e aplicações, tornando claro e objetivo o processo de identificação dos limites que devem ser impostos ao exercício da autonomia da vontade na disposição de direitos humanos fundamentais.

O primeiro capítulo deste livro tem por escopo desenvolver esta discussão, através do estudo da extensão filosófica e jurídica dos direitos humanos fundamentais, com o intuito de encontrar uma forma objetiva de avaliar casos concretos e distinguir uma prática baseada na autonomia da vontade de uma violação à dignidade humana. Para tanto, estuda-se a epistemologia dos direitos humanos fundamentais e as características éticas dos bens jurídicos que compõem esta categoria de direitos. Com base neste estudo, constrói-se então um conceito ético de direitos

humanos fundamentais, utilizando a situação dos experimentos médicos com seres humanos, para demonstrar a utilidade desta definição para a solução de casos concretos.

O segundo capítulo tratará dos avanços da ciência na área biomédica que são contínuos e parece que não têm limites. Isso evidencia um importante progresso, demonstrando a importância das pesquisas com células-tronco embrionárias e sua utilização, em face da Autonomia Privada Decisória, sempre levando em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, e o enfrentamento de barreiras, devido à complexidade em seu conteúdo. Todas essas questões provocam reflexões e discussões jurídicas bem como transformações sociais que se tornaram um grande desafio.

Diante desse cenário, os direitos fundamentais do ser humano são os mais afetados e mobilizam a opinião pública, que se divide em questões éticas, filosóficas, jurídicas e religiosas que durante toda a existência humana nortearam os rumos da ciência.

As reflexões tais como: o valor do ser humano, o início da vida, e de outra parte, a importância da Autonomia Privada Decisória, proporcionam momentos significativos de meditação e aprendizagem acerca da função social e limites do Direito frente a temas bioéticos. Neste contexto, as técnicas de reprodução e o manuseio de células embrionárias com o objetivo terapêutico e de pesquisa são cada vez mais comuns e o sucesso nas pesquisas científicas pode representar uma esperança única de cura para portadores de graves problemas de saúde e de mobilidade.

Sendo o Direito uma ciência que regula as relações de uma sociedade, não caberia ficar alheio às mudanças que estão ocorrendo no campo da ética e principalmente da vida.

No Brasil, as atividades relacionadas às terapias e pesquisas com células-tronco embrionárias de embriões humanos estão ainda em desenvolvimento, mas são satisfatórias quanto ao objetivo de dar sustentação, proteção e segurança jurídica aos profissionais envolvidos com o tema, alicerçados pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, mais conhecida como Lei de Biossegurança.

Para fins de organização deste segundo capítulo, num primeiro momento buscar-se-á abordar as Teorias do início da vida, demonstrando como essa se desenvolveu nos seus vários posicionamentos. Num segundo momento serão explanados os conceitos e avanços pertinentes à clonagem, examinando as diferenças entre a clonagem reprodutiva e a clonagem terapêutica, o que é, e como é feita, relatando a possibilidade de desenvolvimento uterino. Em terceiro momento buscar-se-á uma reflexão sobre a Autonomia Privada Decisória e sua importância na construção da dignidade pessoal de cada paciente, não apenas para promover sua saúde e fazer cessar o seu sofrimento, mas, sobretudo, numa perspectiva de devolver-lhe a identidade inicial, devastada pela doença. Por fim, o estudo das questões éticas e jurídicas a respeito da Lei da Biossegurança e o julgamento da ADI 3.510 do Supremo Tribunal Federal, passando posteriormente a verificar os benefícios da clonagem terapêutica, bem como das células-tronco embrionárias.

No terceiro capítulo serão abordados aspectos atinentes às transformações estruturais do Estado Social contemporâneo e os desafios na formulação das políticas públicas de maneira geral, incluindo as lutas dos movimentos de libertação que buscam o reconhecimento e a tutela da diversidade nos mais variados aspectos, inclusive em temas atinentes à bioética.

Para tanto buscou-se efetuar um estudo sobre aspectos da década de noventa do século passado, conhecida como a era do pós-socialismo, observando as possibilidades libertárias desses movimentos sociais na defesa do direito à diferença como instrumento de inclusão social, constatando sobretudo que nesse novo imaginário político as lutas por inclusão social privilegiam

o reconhecimento das diversidades e secundarizam questões relativas à justiça redistributiva, o que inviabiliza por vezes um resultado final de transformação social. Portanto, a presente obra é o resultado de um processo de estudo, onde percebe-se que a discussão nunca se esgota pelo seu potencial científico e sua relevância temática.

Por fim, registre-se que o compromisso desta instituição comunitária de ensino superior - Unoesc, ao incentivar a cultura pela pesquisa, cujos resultados vêm a público com seu financiamento próprio.

As autoras  
Chapecó, setembro de 2017.



# CAPÍTULO I

Bioética: direitos fundamentais e pesquisas com seres humanos



# ÉTICA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: PESQUISAS E SERES HUMANOS

Janaína Reckziegel<sup>1</sup>

## 1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PESQUISAS MÉDICAS COM SERES HUMANOS

A utilização de seres humanos em testes para o desenvolvimento de novos tratamentos médicos recebe diversas denominações. Fala-se em ensaio clínico, estudo clínico, investigação clínica, ente outros nomes, cujo objetivo comum é a obtenção de novos conhecimentos científicos sobre terapias, medicamentos, procedimentos ou métodos de abordagem de problemas que afetam a saúde do ser humano (GUILHÉM; SCHÜKLENK, 2005, p. 111).

O maior marco histórico de que se tem registro do uso em larga escala de seres humanos em pesquisas médicas ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial, onde milhares de pessoas presas em campos de concentração nazistas foram submetidas a cruéis formas de estudo, sendo tratadas como objetos sem valor intrínseco, como se tivessem perdido a qualidade inerente que as tornava integrantes da espécie humana (ARENDR, 2005, p. 58).

Estas experiências foram registradas em especial nos campos de concentração nazistas de Ravensbrück, com as pesquisas conduzidas pelo Dr. Herta Oberheuser, e no Campo de Auschwitz, com testes perpetrados pelo médico Joseph Mengele e Dr. Eduard Wirths. Entre as diversas práticas adotadas, destaca-se uma que consistia em colocar prisioneiros despídos em temperaturas abaixo de zero, até que restassem congelados, quando então, os pesquisadores batiam em seus membros com varas para confirmar o congelamento. Após, os corpos eram degelados para que fossem utilizados em técnicas experimentais com finalidades militares (BOGOD, 2004, p. 1155).

Outros relatos, que ocorreram também na Segunda Guerra Mundial demonstram prisioneiros raciais, políticos e militares colocados à disposição dos médicos para todas e quaisquer tipos de experimentações (com gêmeos; sobre congelamento; malária; gás mostarda; água do mar; esterilização; venenos; bombas incendiárias; altas altitudes, entre outras).<sup>2</sup>

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o Tribunal Militar Internacional, em Nuremberg julgou várias pessoas, entre elas médicos como Rudolph Brandt, Waldemar Hoven, que foram considerados criminosos de guerra pelos brutais experimentos realizados em seres humanos nos campos de concentração nazista e condenados à prisão e à morte (ARENDR, 2004, p. 100-101).

Em 1947, estes fatos horrendos levaram o Tribunal Militar Internacional, instaurado após o fim da Segunda Guerra Mundial para julgar os crimes contra a humanidade cometidos nos campos de concentração nazistas, a condenar à pena de morte os médicos envolvidos nestas pesquisas e a elaborar um documento chamado Código de Nuremberg. Este documento foi o primeiro marco

---

<sup>1</sup> Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá - RJ. Mestre em Direito Público. Especialista em “Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura” e em “Educação e docência no ensino superior”. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Advogada, Professora Universitária e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. E-mail: janaina.reck@gmail.com. Endereço de acesso ao banco de currículos do sistema lattes: <http://lattes.cnpq.br/7597547217990217>.

<sup>2</sup> Introduction to NMT Case 1: U.S.A. v. Karl Brandt et al. Harvard Law Library, Nuremberg Trials Project: A Digital Document Collection. Página visitada em 2008-03-23.

ético de limite às pesquisas médicas com seres humanos, pois estabeleceu dez princípios definidores de legitimidade destes experimentos, entre os quais se destacam: as normas do consentimento informado e da ilegalidade da coerção; regulamentação científica; além de defender a beneficência como um dos fatores justificáveis sobre os participantes dos experimentos (THE UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, 2011).

O consentimento informado se refere ao ser humano poder escolher livremente em participar ou não de pesquisas farmacológicas sem interferências como: mentira, coação, fraude, ou força, intimidação, ameaça, (coerção), devendo ter conhecimento e compreensão suficiente para tomar sua decisão, sempre primando pela beneficência, ou seja, procurando obter o mínimo de riscos e o máximo de benefícios nas pesquisas realizadas.

Contudo, a tentativa de proposição de uma conduta ética trazida pelo Código de Nuremberg não foi imediatamente seguida pelos países após a sua elaboração, pois somente passou a integrar a relação médico-paciente nas décadas de 1960 e 1970, através da Declaração de Helsinque, redigida em 1964, pela 18ª Assembléia Médica Mundial, realizada na Finlândia (VIEIRA; HOSSNE, 1998, p. 37).

As Diretrizes Éticas Internacionais para pesquisa médicas envolvendo Seres Humanos somente foram implementadas em 1982, através do Conselho para Organizações Internacionais de Ciência Médica (CIOMS), em colaboração com a Organização Mundial da Saúde (OMS). Em 1993, foram revisadas, incluindo a busca do consentimento de menores, sempre que possível, pois se reconheceu a necessidade de revisão e aprovação do protocolo de pesquisa por uma “comissão de revisão ética”. E a revisão realizada em 2000, trata do uso de controle por placebo, propondo que qualquer método novo deve ser testado com métodos profiláticos e terapêuticos, afirmando que. “a pesquisa médica só é justificada se houver uma probabilidade razoável de que as populações entre as quais a pesquisa for realizada obtiverem benefícios através dos resultados”, e exige acesso aos benefícios para todos os participantes do estudo, trazendo à baila a necessidade de proteção adicional para pessoas com autonomia diminuída e precaução em relação ao médico (pesquisador) em relação aos seus próprios pacientes na pesquisa (VIEIRA; HOSSNE, 1998, p. 38).

No Brasil, somente em 1996, é que Conselho Nacional da Saúde editou resolução para fixar os requisitos legais para a realização de pesquisas clínicas no País (BRASIL, 1996), com base nos quatro pilares da Bioética: 1) autonomia, caracterizada pelo consentimento livre e esclarecido e proteção aos vulneráveis; 2) beneficência, presente quando se tem o máximo benefício, com o mínimo risco; 3) não maleficência, que significa que a pesquisa não pode gerar danos aos indivíduos; 4) justiça, a qual é estabelecida quando se alcança igual consideração dos interesses envolvidos com vantagem significativa para o sujeito da pesquisa e mínimo ônus para os vulneráveis (DURANT, 1995, p. 20). Adicionalmente, a Resolução brasileira se diferencia da linha internacional ao vedar a remuneração dos voluntários sadios (OLIVEIRA, 1997, p. 48).

Esta breve revisão histórica mostra que desde a confecção do Código de Nuremberg tem-se trabalhado a idéia de que as pesquisas médicas com seres humanos devem observar certos limites éticos, em especial no que diz respeito ao direito de autonomia do paciente.

Não se pode negar que estas pesquisas têm trazido significativa vantagens para a humanidade: como a prevenção do escorbuto; a vacina contra a varíola e a raiva; a descoberta da insulina; os estudos sobre febre amarela e dengue; as pesquisas em anestesiologia, entre outras (ENTRALGO, 1973, p. 62).

Contudo, a legislação nacional e internacional que se propuseram a disciplinar o assunto, não deixaram claro até agora qual é o limite ético que deve ser observado nestas pesquisas, no que se refere à autonomia dos indivíduos nelas envolvidos, limitando-se a ressaltar esta independência e a estabelecer genericamente que a experiência não pode ultrapassar os limites da dignidade humana.

Este vazio legislativo conduz a dois pontos que devem ser esclarecidos para que as pesquisas com seres humanos não venham a violar os direitos humanos fundamentais. O primeiro diz respeito aos limites à autonomia da participação voluntária das pessoas nestes experimentos, a qual não pode ser entendida como ilimitada, sob pena de gerar situações degradantes. O segundo aspecto está na conceituação da dignidade humana, ou seja, na compreensão de seu conteúdo e dimensões, de forma a que se possam entender quais os *limites* que esta dignidade impõe as pesquisas com seres humanos.

O esclarecimento destes questionamentos passa pelo entendimento da epistemologia dos direitos humanos fundamentais e das suas dimensões de atuação para a realização da dignidade humana, pois somente através da clareza desta ótica é que se poderá desenvolver um critério objetivo de verificação de cada caso concreto, entendendo-se os limites que devem ser impostos à autonomia da vontade.

## 2 EPISTEMOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Ao iniciar-se a análise da epistemologia dos direitos humanos fundamentais deve-se levar em conta que não existe ainda um acordo semântico na doutrina sobre a terminologia e o alcance conceitual dessa categoria, a qual é freqüentemente utilizada como sinônimo de *direitos humanos*, *direitos individuais*, *direitos subjetivos públicos*, *direitos do homem*, *liberdades fundamentais*, *liberdades públicas*, apenas para citar os mais conhecidos.<sup>3</sup> Além disso, a expressão é comumente empregada para definir o fenômeno da positivação dos direitos humanos na esfera constitucional interna dos Estados, confundindo-se com o que a maior parte da doutrina especializada chama de *direitos fundamentais* (PÉREZ-LUÑO, 1999, p. 31).

A fim de se estabelecer um pacto semântico, necessário à compreensão do contexto teórico aqui proposto, devem-se entender os direitos humanos como um gênero, dentro do qual se encontram as espécies: direitos humanos fundamentais e direitos fundamentais. Os direitos humanos fundamentais constituem um nível essencial de atuação dos direitos humanos, responsável pela proteção da dignidade humana em sua dimensão básica, a qual será detalhada adiante, enquanto os direitos fundamentais (SARLET, 2001, p. 36) representam a positivação dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados.

Mas por que separar as categorias *direitos humanos* e *direitos humanos fundamentais*? A necessidade desta distinção está no fato de que os direitos humanos (gênero) vêm sendo construídos historicamente (LEAL, 2000, p. 51), em diversos níveis de atuação. Fala-se hoje em direitos humanos ambientais, direitos humanos econômicos, direitos humanos culturais, entre outros (LIMA JÚNIOR, 2001), os quais vêm sendo implementados assimetricamente dentro dos limites sociais, econômicos, políticos e culturais de cada Estado. Este desenvolvimento assimétrico demonstra

<sup>3</sup> A própria Constituição Federal Brasileira de 1988, utiliza de maneira indiscriminada as expressões direitos e garantias fundamentais (art.5, §1º), direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias individuais (art. 60, §4º) e direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI).

que esta categoria está se desenvolvendo em vários níveis de atuação: que vão desde a proteção das necessidades humanas basilares até a mais sofisticada forma de realização cultural, econômica e social da dignidade humana.

## 2.1 DIREITOS HUMANOS COMO GÊNERO

Para que se possam compreender adequadamente os direitos humanos fundamentais, deve-se primeiro estudar a sua origem, ou seja, o *gênero* direitos humanos. Quando se busca a definição de direitos humanos encontram-se inúmeras propostas, as quais vão desde sua associação ao direito natural (CARPINTERO-BENÍTEZ, 1999) até a sua utilização como uma *norma mínima* (RAWLS, 2001, p. 105) que serve para legitimar os regimes jurídicos dos Estados e reduzir o pluralismo entre os povos. A mais disseminada conceituação, contudo, é a de que eles constituem um conjunto de direitos inerentes a todos os seres humanos, que os possuem pelo simples fato de pertencerem à espécie humana (DONELLY, 2003, p. 10). Eles seriam, assim, direitos morais inatos (ISHAY, 2004, p. 03) que devem ser reconhecidos aos indivíduos, sem distinção de qualquer natureza, independentemente de pactos pessoais ou normas legais (DIAS, 2006, p. 246-247). Há também os que simplifiquem a questão para afirmar que os direitos humanos são aqueles inseridos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas em 1948 (PEREZ-LUÑO, 2001, p. 47).

As propostas acima elencadas não oferecem, entretanto, uma explicação satisfatória de como reconhecer um determinado bem como sendo integrante da categoria direitos humanos. Isto se dá por que estes conceitos se limitam a indicar alguns traços do instituto como: *os seus titulares* (ao afirmarem que são direitos inatos dos seres humanos), *as suas principais características* (ao estabelecerem que são direitos morais, supra legais, que existem independentemente de pactos ou regramento jurídicos) e, por fim, *apontam alguns exemplos* (como os direitos inseridos na Declaração Universal da ONU) sem explicar o motivo pelo qual os direitos ali inseridos devem ser considerados como direitos humanos.

A busca por uma conceituação objetiva para esta classe de direitos não poderia começar por outro lugar senão pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, pois foi o primeiro instrumento de direitos humanos proclamado por uma organização global internacional (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2002, p. 35) e, além disso, representa para muitos pesquisadores (BOBBIO, 1992, p. 25-26) um consenso geral acerca da validade de um sistema de valores humanamente fundados. Observe-se, contudo, que a questão a ser compreendida nesta análise não está no processo de positivação dos direitos humanos em si, mas no entendimento do porquê certos valores foram eleitos para serem inseridos nesta Declaração e o que eles possuem de tão importante a ponto de terem sido objeto de preocupação e proclamação por uma comunidade inteira de Estados na seara internacional.

A compreensão dos direitos inseridos na Declaração Universal exige a análise de alguns fatos ocorridos anos antes de sua promulgação. No período de 1940 a 1945, a segunda grande guerra mundial fez a humanidade experimentar a crueldade dos campos de concentração nazistas e o efeito devastador das armas nucleares em Hiroshima e Nagasaki (HOBBSAWM, 2006, p. 56-60). Diante da crise instaurada na seara social, política e econômica, ao final deste período devastador, as nações compreenderam a necessidade da formulação de um esforço internacional para a ma-

nutrição da paz e do respeito à vida humana (CHACON; CRUZ, 2005, p. 192-193). Assim, buscou-se elaborar uma declaração conjunta sobre os direitos do homem que fosse capaz de conciliar e servir de inspiração para o respeito à humanidade e, ao mesmo tempo, aberta o suficiente para ser compreendida e ajustada aos povos, levando em conta os seus diferentes níveis de cultura (RODLEY, 2002, p. 187).

Em 1947, durante os preparativos da redação deste documento, a UNESCO enviou um questionário com considerações e problemas de caráter geral e especial para escritores e pensadores de diferentes nações, com o fim de buscar nas doutrinas filosóficas e nas morais adotadas por diferentes grupos, argumentos que pudessem dar sustentação teórica ao conjunto de direitos que pretendia incluir na Declaração Universal (CROCE, 2002, p. 07). A principal questão que se buscou responder na época foi: “No mundo atual, quais são as bases teóricas, o alcance prático e as garantias eficazes de direitos específicos ou liberdades tais como as seguintes: [...]” e passa a listar: liberdades de consciência, de culto, de palavra, de reunião, de associação, de ir e vir, de viver livre de todo o temor, de igualdade de oportunidades econômicas, sociais e educativas, de ensino, de trabalho, de acesso à subsistência e de todos os demais direitos e liberdades (CROCE, 2002, p. 07). Entre as respostas recebidas vieram declarações de Mahatma Ghandi, Benedetto Croce, Aldous Huxley, Jacques Maritain, Teilhard de Chardin, John Lewis, Harold Laski, Salvador de Madariaga, entre outros, as quais a UNESCO pretendia sintetizar e utilizar como base filosófica para a justificação e a interpretação racional dos direitos que seriam inseridos na Declaração dos Direitos Humanos (UNESCO, 1973, p. 9-18).

Todavia, por ocasião do retorno das respostas ao questionário, o assunto mostrou-se mais complexo do que a Comissão da UNESCO para Bases Filosóficas dos Direitos Humanos poderia imaginar, pois tanto as manifestações recebidas, quanto às próprias posições adotadas pelos integrantes da comissão evidenciaram a divisão da matéria entre aqueles que reconheciam os direitos humanos como direitos naturais (inerentes aos seres humanos e anteriores à própria sociedade e às leis) e outra corrente que via o instituto como resultado de um processo histórico, variável e relativo, dependendo do contexto cultural adotado por cada sociedade (BARRETO, 2010, p. 20-21). A dificuldade vivida na época pela comissão, segundo Jacques Maritain, embaixador que liderava a delegação francesa nesta discussão, registrou antagonismos ideológicos tão inconciliáveis que em certos momentos havia concordância de todas as partes envolvidas sobre a lista de direitos que deveria ser reconhecida como direitos humanos, mas não se chegava ao consenso sobre por que estes direitos deveriam ser reconhecidos como pertencentes a esta categoria (UNESCO, 1973, p. 9). Estas dificuldades levaram este embaixador francês a afirmar que somente quando se conseguisse superar a mera enumeração de direitos, por *valores chave* que fossem capazes de fundamentar o seu exercício é que se alcançaria um critério prático para ser usado com o fim de assegurar o respeito a esta categoria (UNESCO, 1973, p. 9).

Não obstante todas as dificuldades encontradas, a Comissão da UNESCO conseguiu o consenso em pelo menos um elemento que deveria servir de base e medida para todos os direitos que pretendessem ser reconhecidos como humanos, o qual foi sintetizado no primeiro parágrafo do preâmbulo da Declaração Universal, reconhecendo-se expressamente que a: “[...] **dignidade** inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis **constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.**” (DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 1998, p. 23). Com isso, a dignidade humana passou a ser o fundamento,

a base, a justificação teórica da liberdade, da justiça e da paz no mundo, servindo como pedra angular dos 30 artigos inseridos naquele pacto internacional. Todavia, ao reconhecer a dignidade humana como base dos direitos humanos surgiu o problema da sua definição, fato que fez com que Benedetto Croce, na época da redação da Declaração Universal da ONU, defendesse a necessidade de realização de um debate formal, internacional e público dentro do qual a lógica, a cultura e a doutrina possibilitassem um *acordo* sobre os princípios que seriam utilizados como fundamento da dignidade humana (UNESCO, 1973, p. 16). Embora este debate tenha parcialmente ocorrido durante as reuniões da Comissão da UNESCO para Bases Filosóficas dos Direitos Humanos, o confronto das diversas morais trazidas à discussão não permitiu um acordo capaz de construir uma definição valorativa, capaz de elucidar o que é dignidade humana e, por consequência, os direitos humanos ficaram sem um fundamento claro na Declaração Universal. Como decorrência disto, os direitos inseridos na Declaração Universal foram listados de forma genérica, aguardando, como disse Maritan (UNESCO, 1973, p. 17), uma futura construção de *valores chave*, capazes de garantir a sua compreensão e aplicação.

A solução para este impasse não está, portanto, na tentativa de criação de uma moral universal, mas na utilização de um instrumento teórico que permita o diálogo entre diferentes morais, para, a partir daí se extrair os pontos de contato que podem ser utilizados como fundamento dos direitos humanos. E nesse ponto, o uso da *ética* destaca-se como a alternativa mais viável para estabelecer este diálogo e transpassar as barreiras morais que até agora têm impedido a realização dos direitos humanos (SALDAÑA, 1999, p. 960). Esta escolha se justifica pelo fato de que a ética é um ramo da filosofia que tem por objeto de estudo os valores morais, que por sua vez são a matéria prima dos direitos humanos (SHESTACK, 2000, p. 31), pois são eles que norteiam o sentido da realização da dignidade humana em cada grupo social. Por outro lado, esta afirmação também lança o desafio de entender de que forma será possível desenvolver argumentos *éticos* para conceituar os direitos humanos, diante da *diversidade moral* existente na sociedade contemporânea.

Este aparente entrave é dissipado quando se estabelece uma clara distinção entre os sentidos das palavras ética e moral, compreendendo-se a conotação que o fundamento ético representa nesta construção conceitual. A ética, como uma área da filosofia, é a ciência da conduta humana (ARISTÓTELES, 2007, p. 34) que tem por objeto de estudo as ações humanas (BITTAR, 2004, p. 7). A moral, por sua vez, é o objeto de estudo da ética, pois se caracteriza como o conjunto de normas de conduta ou de costumes que são adotadas por certo grupo social (NALINI, 1999, p. 73). Nesse contexto, cabe a ética discutir as diversas morais, buscando estabelecer uma forma mais ampla do comportamento humano, extraíndo dos fatos morais os fundamentos comuns a eles aplicáveis (GUISÁN, 1995, p. 34).

Como exemplo desta heterogeneidade pode-se citar a moral cristã, a moral judaica, a moral islâmica, entre outras, que estabelecem, de diferentes formas, valores utilizados como diretrizes de conduta para as sociedades que as adotam. Dentro desta diversidade axiológica, compete à ética trabalhar com as diversas morais, encontrando pontos de interligação e de contato entre elas, constituindo e elaborando suas críticas.

Por todos estes argumentos, é que o uso da fundamentação ética mostra-se tão apropriado para a elaboração de uma definição de direitos humanos (BIDART CAMPOS, 1993, p. 82), pois sua capacidade de diálogo com as diversas morais facilita a aproximação intercultural e o estabe-

lecimento de valores que formam o núcleo conceitual desta categoria de direitos, afastando-se, com o seu uso, o risco de sua inaplicabilidade em certos contextos culturais.

## 2.2 FUNDAMENTO ÉTICO DOS DIREITOS HUMANOS: DIGNIDADE HUMANA

A construção de uma definição ética dos direitos humanos deve iniciar pela identificação do elemento nuclear que forma esta classe de direitos, buscando-se, para tanto, encontrar o valor ético que é comum a todos os bens que são qualificados e elevados à categoria de direitos humanos.

Neste sentido, como se viu anteriormente, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU reconheceu no primeiro parágrafo de seu preâmbulo um valor ético que deveria ser utilizado como base de todos os direitos ali consignados, qual seja: a dignidade humana. No mesmo sentido, as diversas teorias que buscam fundamentar os direitos humanos (BAEZ; BARRETTO, 2007, p. 18) relacionam, por diferentes argumentos e caminhos, que estes direitos são formas de realização da *dignidade humana*, pondo em relevo que é este o elemento ético nuclear desta classe de direitos (FERNANDEZ, 1991, p. 78), pois eles têm como raiz o valor intrínseco à dignidade encontrada nos seres humanos (FLOOD, 1998, p. 09).

Para Kant (2009, p. 134-135, 140-141), a dignidade humana é uma qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa através da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Este atributo, contudo, é também reconhecido aos indivíduos desprovidos de condições de se autogerirem, como, por exemplo, as crianças de tenra idade e as pessoas que sofrem de problemas mentais, uma vez que também eles possuem o direito de receberem um tratamento digno por sua existência (DWORKIN, 2003, p. 309-310). Por estas características, a dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico para existir (MARTINEZ, 1996, p. 21), pois é um bem inato e ético, colocando-se acima, inclusive, das especificidades culturais e suas diversas morais, visto que tem a capacidade de persistir mesmo dentro daquelas sociedades que não a respeitam, já que a sua violação evidencia afronta a capacidade de autodeterminação do ser humano e de sua própria condição de ser livre.

Por outro lado, autores como Benedetto Croce (2002, p. 17-19) e Pérez-Luño (1984, p. 48), atribuem um conteúdo crescente e variável ao conceito da dignidade humana, pois entendem que ela é delimitada dentro de cada momento histórico, tendo como norte as necessidades humanas externadas pelos valores morais adotados por cada sociedade.

As ponderações de Kant, Benedetto Croce e Pérez-Luño demonstram que a dignidade humana é melhor compreendida quando separada em dois níveis: 1) o primeiro, o qual se denomina neste trabalho de *dimensão básica*, dentro do qual se inclui a teoria de Kant, e onde se encontram os bens jurídicos básicos e essenciais para a existência humana, os quais são necessários para o exercício da autodeterminação de cada indivíduo, impedindo a sua coisificação; 2) o segundo, denominado nesta pesquisa de *dimensão cultural*, o qual abarca as teorias de Benedetto Croce e Pérez-Luño e onde estão inseridos os valores que variam no tempo e no espaço, os quais buscam atender as demandas sociais de cada tempo, em cada sociedade, de acordo com as suas possibilidades econômicas, políticas e culturais.

Com base nestas premissas, vê-se que a *dimensão básica* da dignidade humana representa uma qualidade própria do indivíduo que vai demandar o respeito por sua vida, liberdade e integridade física e moral, pois são direitos elementares que impedem a coisificação do ser humano (SARLET, 2005, p. 37-38). Sua violação é facilmente constatada, pois estará caracterizada em qualquer situação em que uma pessoa venha a sofrer a redução de seu *status* de sujeito de direitos, para o de mero instrumento ou coisa, deixando de ser um fim em si mesmo.

A *dimensão cultural*, por sua vez, representa as formas e condições com que a dignidade humana, em sua *dimensão básica*, é implementada por cada grupo social ao longo da história. Neste nível de análise, abre-se espaço para as peculiaridades culturais e suas práticas, variáveis no tempo e no espaço, pois se busca uma compreensão ética das finalidades de cada grupo-social, a fim de se construir significados que tenham capacidade de serem entendidos interculturalmente (HÖFFE, 2005, p. 77-78).

Tendo-se entendido a dignidade humana e a sua relação com os direitos humanos, pode-se então afirmar que os direitos humanos (gênero) são um conjunto de valores éticos, positivados ou não, que tem por objetivo realizar a dignidade humana em suas dimensões: básica (protegendo os indivíduos contra qualquer forma de coisificação ou de redução do seu status como sujeitos de direitos) e cultural (protegendo a diversidade moral, representada pelas diferentes formas como cada sociedade implementa o nível básico da dignidade humana).

O conceito elegido associa os direitos humanos a um *conjunto de valores éticos*, justamente para permitir a discussão filosófica das diferentes morais existentes, extraíndo-se delas os fundamentos comuns que vão servir para uma aproximação cultural, a qual, ao mesmo tempo em que exige o respeito universal dos valores protegidos por estes direitos, através da observância da *dimensão básica* da dignidade humana, preserva as peculiaridades morais adotadas por cada grupo social para o desenvolvimento da *dimensão cultural* desta dignidade.

A definição proposta também deixa de abarcar detalhamentos morais ou legais, com o fim de evitar o risco de se tornar inaplicável em certos contextos culturais ou legislativos. Isso se justifica por que qualquer tentativa de conceituar direitos humanos através da escolha de certos valores morais acarretaria em uma relativização desta categoria, visto que a construção de uma moral unicamente válida ou absoluta é algo dificilmente alcançável dentro do quadro multicultural contemporâneo. A definição também omite a referência a qualquer regime de direito, posto que os direitos humanos são supra-legais, ou seja, eles independem de reconhecimento jurídico de leis ou tratados para existirem. Veja, por exemplo, a liberdade, a qual é considerada em diversas culturas, inclusive pela própria Declaração Universal da ONU, como pertencente à classe de direitos humanos. De acordo com o conceito proposto neste trabalho, pode-se concluir que a liberdade foi reconhecida como direito humano por ser uma forma de proteção da dimensão básica da dignidade humana, visto que tem como propósito evitar a coisificação dos indivíduos, garantindo-lhes livre locomoção, expressão de pensamento, de crença religiosa, entre outros. Agora imagine se uma hipotética sociedade não reconhecesse a liberdade dentro de seu sistema jurídico e permitisse a escravidão. Neste caso, embora sob o aspecto legal interno deste grupo social não tivesse havido qualquer violação, pois esta é a ordem normativa estabelecida, haveria a violação de um direito humano, pois a dimensão básica da dignidade humana estaria sendo atingida, na medida em que as pessoas estariam tendo reduzido o seu status como sujeito de direitos, tornando-se meros objetos das vontades alheias.

Deste modo, vê-se que o conceito aqui proposto aponta um caminho para a análise de cada caso concreto o qual facilita o processo de identificação dos direitos humanos através do seguinte parâmetro: um *direito* somente será *humano* quando contiver em seu bojo valores éticos que representem formas de realização da dignidade humana, seja na dimensão básica, seja na dimensão cultural. A propósito, esta conclusão é confirmada tanto pela análise do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, como pelos 30 artigos nela inseridos. No preâmbulo têm-se o reconhecimento expresso de que os direitos ali previstos têm como base a dignidade humana. Adicionalmente a análise isolada de cada um dos artigos mostra que todos eles representam valores éticos eleitos e reconhecidos como direitos humanos por representarem formas de realização da dignidade humana (BAEZ, 2010, p. 7129-7131).

Dentro do gênero *direitos humanos*, encontra-se a categoria *direitos humanos fundamentais*, os quais devem ser entendidos como o conjunto de valores éticos, positivados ou não, que visam proteger a dimensão básica da dignidade humana. O uso desta expressão se mostra apropriado, visto que é nesta dimensão que se encontram o rol de bens jurídicos básicos, essenciais e *fundamentais* que todos os membros da espécie humana devem compartilhar em igualdade de condições, sem a objeção de qualquer natureza (FLORES, 2009, p. 29). Deste modo, vê-se que esta base de direitos caracteriza-se como o alicerce mínimo necessário para que cada sociedade edifique as demais dimensões de atuação dos direitos humanos, as quais representam as diferentes formas culturais de realização da dignidade humana.

Ressalte-se que esta distinção entre os *direitos humanos* e *direitos humanos fundamentais* não pretende relativizar o respeito às demais dimensões dos direitos humanos, mas defender o respeito universal de um conjunto básico de direitos, os quais representam a dimensão fundamental de atuação dos direitos humanos, os quais, uma vez implementados e respeitados, sirvam como fundamento para a especificação cultural da dignidade humana, de acordo com as peculiaridades de cada grupo. É, portanto, dentro deste nível de incidência dos direitos humanos que se poderá construir a base teórica necessária para a aplicação universal do instituto, tão fortemente buscada pela comunidade internacional nas últimas décadas<sup>4</sup>, sem correr o risco de relativizações em razão de especificidades culturais.

### 3 PESQUISAS: LIMITES ÉTICOS AO USO DE SERES HUMANOS

Com a compreensão da dupla dimensão da dignidade humana e os seus correspondentes níveis de atuação dos direitos humanos, pode-se extrair uma primeira premissa, no sentido de que as pesquisas médicas com seres humanos somente podem ser desenvolvidas quando respeitarem a dimensão básica dessa dignidade (*direitos humanos fundamentais*). Em outras palavras, admite-se atividades que não venham a reduzir os indivíduos a mero objeto ou instrumento de vontades alheias.

Além disso, deve haver também um limite à manifestação da vontade dos participantes de pesquisas científicas, no sentido de não permitir que, por escolha própria, se sujeitem a qual-

---

<sup>4</sup> Desde o fim da 2ª Grande Guerra Mundial nota-se um esforço internacional com intuito de ajustar um conjunto mínimo de direitos, relativos à dignidade humana, capazes de alcançar todos os seres humanos. Esta ação pode ser auferida pela análise das declarações e pactos internacionais surgidos no período de 1948 até 1966: Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Sociais e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis.

quer prática proposta pelos pesquisadores. Embora um dos pressupostos da dignidade humana seja o respeito à autonomia e a liberdade de escolha dos seres humanos, vê-se que as peculiaridades dos fatos que envolvem estas pesquisas médicas, requerem uma relativização dessa liberdade.

Não se pode admitir, por exemplo, que o indivíduo se proponha, voluntariamente, a inutilizar uma parte de seu corpo em uma experiência médica, para receber uma grande quantia em dinheiro, em países onde se admite a remuneração das pessoas participantes em pesquisas médicas, pois esta prática estaria reduzindo parte do corpo de um ser humano a um mero objeto de comércio (ANDORNO, 2009, p. 73). Isso representaria, dentro da teoria aqui proposta, a violação da dimensão básica da dignidade deste indivíduo, ainda que ele tenha praticado este ato de forma autônoma e voluntária.

Além disso, deve-se atentar que pressões inadequadas ou indução parcialmente involuntária podem ocorrer quando os participantes da pesquisa são vulneráveis às influências indevidas ou facilmente manipuláveis. É o caso de prisioneiros, pessoas pobres ou muito doentes, minorias raciais, mentalmente incapacitados, subordinados hierárquicos, etc., que muitas vezes se sujeitam a procedimentos degradantes por não ter outra opção para garantir a própria sobrevivência (SABBATINI, 1999).

Este alerta é fundamental na abordagem do assunto, visto que enquanto alguns países como no Brasil proibi-se expressamente a remuneração pela participação em pesquisas médicas científicas (Resolução CNS 196/96)<sup>5</sup>, em outros, como os Estados Unidos anuncia-se abertamente critérios de remuneração atrativos para estas atividades. A recompensa financeira excessiva de voluntários é considerada como sendo uma forma de manipulação, mas essa é uma das áreas mais nebulosas e difíceis de interpretar na ética médica, e em pesquisas farmacológicas (bioequivalência<sup>6</sup> de medicamentos, ou estudos de dose/efeito) (SABBATINI, 1999).

Atualmente, a maior parte dos códigos de ética dos países reconhece como válida e justa uma recompensa financeira dos voluntários por sua participação, tanto em termos de transporte, tempo perdido, etc., como em tolerância ao desconforto e ao perigo. Entretanto, são extremamente vagos com relação ao que definem como uma “recompensa razoável”, ou seja, não tão pequena que desencoraje o recrutamento de voluntários, e nem tão grande que afete o seu julgamento; passando o pagamento a ser uma espécie de coerção sutil, que o induza a participar violando o postulado da voluntariedade.

Outra questão altamente subjetiva, que é a da compensação poder ser proporcional ao perigo, risco e desconforto a serem sofridos pelos pacientes, ou seja, o que seria o “justo e razoável” é enormemente variável de lugar para lugar, entre classes sociais e em diferentes contextos econômicos. O difícil é calcular o valor “justo e razoável” que o código exige. Como punir uma instituição ou um pesquisador com base em critérios tão subjetivos? Na verdade, o quanto um pesquisador estipula pagar para um voluntário é uma decisão baseada mais no “mercado”, na “política”

---

5 Resolução CNS 196/96 estabelece nos termos e definições que:

II. 12 - Indenização - cobertura, material, em reparação a dano imediato ou tardio, causado pela pesquisa ao ser humano ou a ela submetida.

II. 13 - Ressarcimento - cobertura, em compensação, exclusivas de despesas decorrentes da participação do sujeito na pesquisa.

<sup>6</sup> A Bioequivalência se refere a dois medicamentos que são farmacologicamente equivalentes, aos quais seus efeitos são similares a respeito da eficácia e segurança. In: BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, op. cit.

e nas finanças (SABBATINI, 1999). Todavia, há que se pressupor que alguns voluntários participem de pesquisas determinados por sua autonomia e livre escolha em disponibilizar seu corpo para o experimento científico (BOURGUET, 2002, p. 131).

Afora a abordagem da temática a partir da (in)viabilidade de uma compensação financeira, a discussão teórico-prática preponderante reside, conforme os fundamentos já abordados, na busca de um equilíbrio entre a liberdade individual (termo que no âmbito da Bioética igualmente se costuma substituir por “autonomia”) e a dignidade humana, paradigmas esses que suscitam, nas palavras de Andorno (2009, p. 73), “o conflito real ou aparente” a que se reduz a maioria dos grandes debates da área.

Nesse sentido, a participação voluntária de um indivíduo (consentimento livre e esclarecido) em pesquisas que venham a causar alguma espécie de dano à sua saúde motivada, por exemplo, pela reação do organismo aos medicamentos experimentais que lhe foram ministrados, extrapolando-se o risco mínimo e esperado inerente aos procedimentos desta natureza<sup>7</sup>, resulta em violação da dignidade humana ou, ao contrário, esta restaria incólume sob o resguardo da própria autonomia da vontade?

Resgatando-se a matriz kantiana, embora a autonomia consista em fundamento precípuo da dignidade (KANT, 2005, p. 66), oportuno ressaltar que não se restringe essa última àquela, ou seja, apenas se pode inferir que “o respeito à autonomia forma parte do que a dignidade humana exige”, sendo conceitos distintos, mas que devem harmonizar-se sob pena de ilegitimidade, aqui considerada nas duas acepções: jurídica e ética (ANDORNO, 2009, p. 90-91).

No que se reporta ao reconhecimento da autonomia da vontade, Andorno (2009, p. 77) afirma tratar-se de fenômeno significativo que veio a contrapor-se não só ao “antigo paternalismo médico” em que se subjugava de forma demasiada a aptidão decisória do paciente, mas à tendência intrínseca a esse conceito de considerá-lo mero objeto.

Ao assim discorrer acerca do tema, o autor esclarece, entretanto, que a ênfase na autonomia igualmente requer limitação capaz de preservar o que define como “esforço ético”, uma vez que se “cai no relativismo moral quando ela é erigida ao nível de princípio supremo ou exclusivo da relação médico-paciente, sem nenhuma vinculação com bens objetivos que transcendam aos sujeitos em questão”.

A interpretação em êxito corrobora a concepção trazida por Kant (2009, p. 285):

O princípio da autonomia é, portanto: não escolher de outro modo senão de tal modo que as máximas de sua vontade também estejam compreendidas ao mesmo tempo como lei universal no mesmo querer. Que essa regra prática seja um imperativo, isto é, que a vontade de todo ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição [...]

Em outros termos, ao indivíduo não se faculta expor a sua integridade física de modo desproporcional, simplesmente porque é essa a vontade soberana por ele externada, ignorando-se as implicações para a sua saúde, tampouco aceitável, com base nos preceitos éticos e normativos

<sup>7</sup> Isso porque caso não fossem respeitados os requisitos legais mínimos previstos na Resolução 196/96, do Conselho Nacional de Saúde que se pauta, inclusive, nos pilares da Bioética, dentre eles os possíveis riscos, sua minimização e o devido consentimento, a indagação ora postulada se tornaria inócua de plano em função da flagrante ilegalidade do evento.

correlatos, a respectiva concordância por parte dos profissionais envolvidos. Tanto o é que a regulamentação da prática de pesquisas e experimentos com seres humanos fundamenta-se, como já alegado, em questões relativas à prevenção do dano e à minoração dos riscos, visando proteger a dignidade humana, concomitantemente, em sua dimensão particular e universal.

Nesse contexto, a autonomia deve ser entendida como a capacidade de autodeterminação do indivíduo, desde que o conteúdo decisório da ação esteja desprovido de qualquer resquício de cunho irracional ou arbitrário até porque “em seu significado mais profundo, a liberdade não consiste em poder agir caprichosamente, fazendo inclusive aquilo que resulta prejudicial para si mesmo ou para os demais” (ANDORNO, 2009, p. 74), como ilustra a situação hipotética em análise.

A ocorrência do dano à saúde, consoante os parâmetros explicitados, implica a violação da dignidade e, por isso, o aporte na condição autônoma do homem, por si só, não se mostra suficiente para revestir o ato de legitimidade, atributo esse necessário e essencial no campo da Bioética e do próprio Direito.

A ciência deve ser um instrumento a favor da humanidade e não a humanidade um objeto de uso da ciência. O limite de validade da utilização de seres humanos nas experiências científicas para produção de medicamentos é a dignidade humana no conjunto da existência. Se há respeito à dignidade humana, viva a ciência. Se há manipulação da dignidade, que cessem as práticas que fazem do ser humano o laboratório biológico dos experimentos.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As concepções ético-jurídicas indissociáveis ao campo da Bioética assumem posicionamento preponderante na análise da realização de pesquisas envolvendo seres humanos. Isso porque os avanços médico-científicos conquistados ao longo do processo evolutivo das áreas afins acabaram por suscitar também uma série de questionamentos relacionados ao binômio custo-benefício desta prática.

Se hodiernamente ela se destaca sobretudo pela possibilidade de aumento da qualidade de vida, por meio da descoberta de novas substâncias medicamentosas ou tratamentos com potencial curativo de doenças graves, outrora fora marcada por uma série de violações aos direitos humanos fundamentais, cujo referencial histórico se deu por ocasião da Segunda Guerra Mundial, num fenômeno que não se pode descartar, ainda que agora manifestado sob outros parâmetros.

Considerando-se que as normas disciplinadoras em âmbito pátrio e internacional, não determinam, de forma objetiva, a real limitação ética para os experimentos dessa natureza, os excessos persistem, embora não tão palpáveis quanto aqueles noticiados à época da guerra, já que hoje mais comumente caracterizados não pela ofensa física gritante, mas pela afronta à condição digna do homem (sem que se esteja a subjugar, é claro, que esta também restava prejudicada na primeira hipótese).

Trata-se aqui do desrespeito às diretrizes precípuas contempladas na normatização correlata que se restringem a proclamar a observância da autonomia do paciente de modo a manter indene a dignidade humana, então considerada em sua dimensão básica (qualidade própria do indivíduo formada pelos bens jurídicos essenciais que impedem a sua coisificação) e cultural (valores mutáveis conforme as demandas sociais a que se reportam, mantendo o viés de implementar a primeira dimensão).

Em outros termos, as experimentações científicas somente gozam de legitimidade e são jurídica e eticamente aceitáveis quando os pacientes a elas submetem-se de forma voluntária, tendo consciência dos prováveis riscos, bem como da necessária cessação do procedimento se eminente a ocorrência de danos ou outros eventos que fogem à normalidade e proporção do método empregado até porque dever inerente ao profissional responsável respeitar os pilares da Bioética, previstos, inclusive, na Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, quais sejam: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Nesse contexto, ilegítima também se perfaz qualquer pesquisa em que o indivíduo seja tratado como mero instrumento científico, com a minoração de seu *status* de sujeito de direitos, ainda que ele próprio assim tenha anuído, uma vez que a autonomia da vontade, embora merecedora de reconhecimento jurídico na qualidade de princípio, também o é um dos fundamentos da dignidade humana e, por isso, a ela deve harmonizar-se.

Em face da ausência de critérios objetivos, a análise de casos concretos sob a égide da teoria da ética dos direitos humanos fundamentais, mesmo pautada na relativização da liberdade de escolha, mostra-se possível e eficaz, em especial se consideradas as particularidades da incidência imprescindível da Bioética nos experimentos médicos envolvendo seres humanos.

## REFERÊNCIAS

- ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade e Julgamento*. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2007.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Dimensões de Aplicação e Efetividade dos Direitos Humanos In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, FLORIANÓPOLIS, *Desafios da Contemporaneidade do Direito: diversidade, complexidade e novas tecnologias*.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETTO, Vicente. Direitos Humanos e Globalização. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Direitos Humanos em Evolução*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007.
- BARRETO, Vicente. *O Fetiche dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: UNAM, 1993.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Ética Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOGOD, David. The Nazi Hypothermia Experiments: Forbidden Data? *Anaesthesia*, v. 59, n. 12, p. 1155, Diciembre 2004.

BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Tradução Nicolás Nyini Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde /MS sobre Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisa envolvendo seres humanos. *Diário Oficial da União*, 10 de outubro de 1996.

BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah; STEWART, David. *International Human Rights*. 3. ed. St. Paul: West Group, 2002.

CARPINTERO-BENÍTEZ, Francisco. *Historia del derecho natural: um ensayo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

CHACON, Mario Pena; CRUZ, Ingrid Fournier. Direitos Humanos y Médio Ambiente. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MILARÉ, Edis (Coord). *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 39, ano 10, p. 192-193, 2005.

CROCE, Benedetto. *Declarações de Direitos - Benedetto Croce, E. H. Carr, Raymond Aron*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Versión Comentada. México, DF: *Amnistía Internacional - Sección México*, 1998.

DIAS, Maria Clara. Direitos Humanos. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 2. ed. New York: Cornell University, 2003.

DURANT, Guy. *A Bioética: natureza, princípios, objetivos*. Trad. por Porfírio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Paulus, 1995.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jerfer-son Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENTRALGO, P. L. *História Universal de La Medicina*. Barcelona: Salvat, 1973. v. 3.

FERNANDEZ, Eusébio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate, 1991.

FLOOD, Patrick James. *The Effectiveness of UN Human Rights Institutions*. Westport: Praeger Publishers, 1998.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (Re)invenção dos Direitos Humanos*. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GUILHÉM, Dirce; SCHÜKLENK, Udo (Org.). *Ética e pesquisa: Experiência de treinamentos em países sul-africanos*. Brasília, DF: Letras Livres, 2005.

GUISÁN, Esperanza. *Introducción a la ética*. Madrid: Cátedra, 1995.

HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos - O breve século XX*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

- HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ISHAY, Micheline. *The history of human rights: from ancient times to the globalization era*. California: University of California Press, 2004.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León, 1996.
- NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- OLIVEIRA, Fátima de. *Bioética: uma face da cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997.
- PEREZ-LUÑO, Antônio Enrique. *Concepto y concepción de los derechos humanos: anotaciones a la ponencia de Francisco Laporta*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Derechos humanos en la sociedade democratica*. Madrid: Tecnos, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.
- RAWLS, John Bordley. *O direito dos povos*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- RODLEY, Nigel S. The Evolution of United Nations' Charter-based Machinery for the Protection of Human Rights. In: BUTLER, Frances (Ed.). *Human Rights Protection: Methods and Effectiveness*. Dordrecht (Netherlands): Kluwer Law International, 2002.
- SABBATINI, Renato. "Cobaias Humanas" e Experimentação Médica. Campinas: Jornal Correio Popular, 1999. Disponível em: <<http://www.sabbatini.com/renato/correio/medicina/cp990702.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- SALDAÑA, Javier. Notas sobre la fundamentación de los derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho comparado*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, n. 96, p. 960, septiembre-diciembre, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHESTACK, Jerome J. The Philosophical Foundations of Human Rights. In: SYMONIDES, Janusz. *Human Rights: concepts and standards*. London: UNESCO, 2000.

THE UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. *The Nuremberg Code*. Research: banco de dados. Disponível em: <[http://www.ushmm.org/research/doctors/code\\_expl.htm](http://www.ushmm.org/research/doctors/code_expl.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973.

VIEIRA, Sonia; HOSSNE, Willian Saad. *Pesquisa Médica: A Ética e a Metodologia*. São Paulo: Pioneira. 1998.

## CAPÍTULO II

Bioética: direitos fundamentais e pesquisas com  
células-tronco



# OS BENEFÍCIOS DA PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E A AUTONOMIA DECISÓRIA

Janaína Reckziegel<sup>1</sup>  
Riva Sobrado de Freitas<sup>2</sup>

## 1 O INÍCIO DA VIDA

A vida humana e seu início até os dias de hoje se constitui como um mistério ou pelo menos como um tema polêmico a ser explorado. A ciência tenta explicar, assim como a religião. Afirma Durand (1995, p. 38) que o princípio de respeito à vida tem sua origem na antiguidade, se encontrando nas religiões orientais (principalmente o hinduísmo) e na tradição judaico-cristã. Tendo também prestígio no juramento de Hipócrates praticado pela medicina. E não perdeu a sua importância quando a moral e o direito se separaram da religião.

Surgem então as discussões de quando a vida humana começa, indagando sua origem. Considerando o ponto de vista genético tem-se que a vida é um processo contínuo, desde o encontro dos gametas, a fecundação, a primeira divisão celular, até a formação dos órgãos e a constituição do indivíduo em seu sentido completo.

Para Martins et al. (2007, p. 15) o momento em que se dá o início da vida é questão na qual há muita desavença não só por parte dos juristas, mas também entre a comunidade científica, já que na matéria ora tratada o Direito apoia-se em subsídios fornecidos pela medicina. Existem muitas correntes que versam sobre a matéria.

Quando se trata da definição de que o feto ou embrião são verdadeiramente humanos surgem discussões que podem ser agrupadas em três posições, como Concepcionista ou Humanização Imediata, Genético-Desenvolvimentista, e Ser Humano Potencial.

A posição Concepcionista ou Humanização Imediata considera que o ser humano passa a existir a partir do momento da gravidez, desde o encontro do óvulo com o espermatozóide, no momento da concepção. Para esta teoria o embrião humano é desde o primeiro instante de sua concepção uma pessoa humana, inteira, igual a qualquer outro indivíduo da coletividade.

Para Martins et al. (2007, p. 1) diversos especialistas sustentam que a vida se inicia no momento da concepção. No entanto, há também outra gama de cientistas que entendem que é com o com a implantação do blastócito no útero materno (nidação), que se dá no sexto ou no sétimo dia de gestação, que a vida começa. Outros afirmam que é com o início da atividade cerebral que

---

<sup>1</sup> Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá - RJ. Mestre em Direito Público. Especialista em “Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura” e em “Educação e docência no ensino superior”. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Advogada, Professora Universitária e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. E-mail: janaina.reck@gmail.com. Endereço de acesso ao banco de currículos do sistema lattes: <http://lattes.cnpq.br/7597547217990217>.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1982), obteve seu Mestrado (1996) e Doutorado (2003) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Em 2007, realizou seu Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra - Portugal. Foi Professora Assistente-Doutora da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (1988-2012). Atualmente é Professora e Pesquisadora do Programa de pesquisa, extensão e graduação em Direito da UNOESC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, direitos humanos, garantias fundamentais, direito do estado e direito processual civil. E-mail: rivafreit@ig.com.br. Endereço de acesso ao banco de currículos do sistema lattes: <http://lattes.cnpq.br/0491714025952661>.

se inicia a vida, esta ocorre no décimo quarto dia da gestação, quando as células do feto estão diferenciadas das do anexo.

A posição Genético-Desenvolvimentista considera embrião o ser que se desenvolve da data de fecundação até o 14º dia não pode ser reconhecido como pessoa humana, pois, antes desta data não há elaboração do sistema nervoso, nem inteligência, nem sensações, sendo apenas um emaranhado de células que passarão por transformações. Assim adota uma conotação eminentemente médica que considera um antes e depois para aquisição da dignidade humana, o que é difícil de aceitar juridicamente.

A posição do Ser Humano Potencial considera o embrião como potencialidade de pessoa, sendo uma vida em simples potencialidade e não uma pessoa no sentido pleno da palavra. Esta noção não deve ser compreendida como um conceito puramente biológico, mas antropológico e cultural, fundamentando-se de maneira racional.

Explica Araújo (2009, p. 88) que partindo do pressuposto de que a existência do embrião não deve configurar a imediata existência de uma pessoa, a teoria da potencialidade defende a construção de uma tutela que reflita as reais condições do conceito *in vitro*. O embrião, em situação extracorpórea, reúne condições para se tornar uma pessoa e detém a capacidade de se transformar em um indivíduo, no entanto, não há garantias reais, científicas ou naturais, que assegurem que essa transformação ocorrerá.

Quanto à utilização e a conceituação do embrião como sujeito de direito ainda é muito divergente o entendimento de nossa doutrina pátria. Alguns doutrinadores classificam o embrião com um óvulo fecundado que da origem a um ser humano. Este é o entendimento de Scheidweiler (2006), que assim classifica o embrião durante os três primeiros meses de gestação e o considera como feto o embrião após o terceiro mês de gestação.

Para outros doutrinadores como Leite (2004, p. 320), o embrião oriundo de fertilização *in vitro*, é um ser humano em potencial, desde o momento da fecundação. Traz ao embrião o direito ao respeito de sua dignidade, fato este que trará consequências na possível utilização do mesmo, para fins científicos. Por outro lado, para alguns doutrinadores, a preocupação não está nas divergências conceituais, mas sim com possíveis desvios que a atividade científica poderá trazer através do mau uso desta técnica.

É neste diapasão que a discussão sobre o uso de células-tronco para fins científicos, provenientes de embrião, é ou não ético. Esta discussão envolve além da Bioética, o entendimento sobre quando se dá o início da vida, e quais são as bases que conferem ao embrião os direitos do nascituro.

O início da vida é bastante controverso, tanto para a Biologia, como para a Ciência do Direito e isso traz uma grande dificuldade para demarcação do ponto inicial desta conceituação.

Atualmente encontram-se distintos conceitos, ou teorias, para o entendimento de quando se dá o início da vida. Qual o momento, o que pode ser avaliado como ser vivo. Essas questões são as principais inquietações dos estudiosos tanto da biologia como do direito.

Para os cientistas, o desenvolvimento do feto humano pode ser dividido em duas fases distintas: a primeira fase que é a fase embrionária e está subdividida em pré-embriônica, que vai da fertilização até a segunda semana, após esta, é a fase embrionária, que vai da segunda semana até a oitava semana de gestação. A outra fase é a fase fetal, que começa na oitava semana e vai até o nascimento.

A Lei de Biossegurança anterior, de nº 8.974/1995 em seu artigo 13<sup>3</sup>, que foi revogada pela Lei atual, Lei nº 11.105/2005, proibia expressa e totalmente a manipulação de qualquer tipo de células germinais humanas, sendo restritiva a sua utilização em pesquisas científicas. Entretanto, a manipulação genética de embriões excedentes, visando o desenvolvimento de técnicas e métodos curativos para doenças, até então consideradas incuráveis, passou a ser autorizado, desde que, o seu uso seja precedido do consentimento dos doadores, conforme o artigo 5º, § 1º, da Lei 11.105/2005<sup>4</sup>.

A opção que cada um adota em relação ao estado do embrião e do feto determinam as decisões éticas e o tipo de reconhecimento jurídico que se está pronto a conceder para este ser, guiando decisões quanto à interrupção da gravidez, novas tecnologias de reprodução, experimentos com fetos, aos direitos da pessoa, entre outros.

O artigo 2º do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) “a personalidade civil começa com o nascimento com vida, embora a lei ponha a salvo os direitos do nascituro desde a concepção”. Também, o Pacto de São José da Costa Rica (CONVENÇÃO AMERICANA..., 1969) preceitua no inciso I, do seu artigo 4º, “Toda a pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela Lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Os avocados direitos de personalidade estão no Código Civil (BRASIL, 2002), no artigo 11 até 21, e também são encontrados como direitos fundamentais, inscritos no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao referir-se à inviolabilidade do direito à vida.

Nesse contexto, devem-se analisar as teorias do início da vida, e da aquisição da personalidade, para compreender a partir de quando o embrião passa a ter direito à vida, estando assim, resguardada pela norma maior, a norma constitucional. Existem duas correntes que conceituam o início da vida humana. Um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que um embrião recém concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando, não de um cérebro, mas apenas de um código genético (DWORKIN, 2003, p. 11).

O tema abordado com mais profundidade neste momento trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma importante contribuição, não só pela própria importância do tema, mas pela forma que este foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quebrando paradigmas e introduzindo no sistema de julgamento da corte personagens importantes como a audiência pública.

<sup>3</sup> “Art. 13. Constituem crimes: I - a manipulação genética de células germinais humanas; II - a intervenção em material genético humano in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio; Pena - detenção de três meses a um ano” (BRASIL, 1995).

<sup>4</sup> “Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I - sejam embriões inviáveis; ou II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no artigo 5 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997” (BRASIL, 2005).

## 2 A CLONAGEM REPRODUTIVA E TERAPÊUTICA FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A clonagem, suas técnicas de produção, por meio da clonagem reprodutiva e terapêutica, trata do estudo da técnica, suas vantagens e finalidade, bem como, meios de obtenção se pode conotar a importância da clonagem terapêutica, com uso de células-tronco e de pesquisas na área para aprimoramento da técnica e possível uso clínico.

De acordo com Zatz (2004) a clonagem é um mecanismo comum de propagação da espécie em plantas ou bactérias, isso porque uma única célula mãe é capaz de originar novas células com semelhantes características genéticas e com propriedades renovadas, podendo estas ser utilizadas para a substituição de células doentes.

O que vem a concordar com a definição proposta pela Lei de Biossegurança que define clonagem como “o processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética”<sup>5</sup> (BRASIL, 2005). A clonagem pode se dar de duas formas: clonagem reprodutiva e terapêutica.

Na clonagem reprodutiva a finalidade é duplicar um indivíduo existente, por meio da técnica de Transferência Nuclear, a qual promove a remoção e substituição do núcleo de um óvulo por outro núcleo de outra célula somática e para obter o clone este óvulo enucleado deve ser inserido em um útero.

Este foi o processo utilizado para o clone da ovelha Dolly pelos pesquisadores Ian Wilmut e Keith Campbell em 1996. Entretanto, inúmeras tentativas foram necessárias para obter sucesso no caso Dolly e em outras pesquisas com animais como camundongos, cavalos, bezerros, porcos, veado demonstraram baixa eficiência e grande proporção de abortos e embriões malformados, o que revela a inviabilidade e dificuldade de execução de pesquisas, pois, as probabilidades de falhas e erros na criação ou pós nascimento são muito grandes (ZATZ, 2004).

A clonagem terapêutica tem processo inicial semelhante a clonagem reprodutiva, mas, difere no fato de o óvulo enucleado não ser inserido no útero e sim ser mantido em laboratório com o intuito de gerar células pluripotentes, como as células-tronco, que tem a finalidade de produzirem novos tecidos ou órgãos para transplante, ou seja, produzir uma cópia saudável da célula doente. Zatz (2004) defende que “é importante que as pessoas entendam que, na clonagem para fins terapêuticos, serão gerados só tecidos, em laboratório, sem implantação no útero e que

---

<sup>5</sup> “Art. 3o. Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - organismo: toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas; II - ácido desoxirribonucléico - ADN, ácido ribonucléico - ARN: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência; III - moléculas de ADN/ARN recombinante: as moléculas manipuladas fora das células vivas mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético e que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação; consideram-se também os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural; IV - engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante; V - organismo geneticamente modificado (OGM): organismo cujo material genético - ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética; VI - derivado de OGM: produto obtido de OGM e que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OGM; VII - célula germinal humana: célula-mãe responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia; VIII - clonagem: processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética; IX - clonagem para fins reprodutivos: clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo; X - clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica; XI - células-tronco embrionárias: células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo” (BRASIL, 2005).

também não há porque chamar esse óvulo de embrião após a transferência do núcleo porque ele nunca terá esse destino”.

Conforme Abdelmassih (2002) existem três técnicas que são as mais utilizadas para a preparação de células-tronco, estas técnicas consistem basicamente em: a) a substituição do núcleo de um óvulo pelo núcleo de uma célula adulta de um determinado sujeito, seguindo-se a evolução do embrião até a fase de blastocisto e a utilização da massa celular interna para se obter as células-tronco e, a partir destas, as desejadas células diferenciadas; b) a transferência de um núcleo de uma célula de um determinado sujeito para um óvulo de um animal e, caso fosse bem sucedida, a operação deveria permitir, supõe-se, o desenvolvimento de um embrião humano, que seria utilizado como no caso anterior; c) a reprogramação do núcleo da célula de um determinado sujeito pela fusão do citoplasma da célula-tronco com o carioplasma de uma célula somática.

Diferentemente da clonagem reprodutiva que visa à obtenção de um novo ser idêntico ao de origem, a clonagem terapêutica visa criar novas alternativas terapêuticas para tratamento de órgãos e tecidos danificados, por meio das células-tronco. Esta técnica oferece a possibilidade de repor tecidos perdidos por acidente ou pelo passar dos anos e no tratamento de doenças neuromusculares, infartos, derrames cerebrais, Alzheimer e outras demências, cegueira, câncer e muitas outras patologias (VARELLA, 2004, p. 264).

Como vantagem da clonagem terapêutica tem-se a não rejeição no caso do doador ser a própria pessoa. Em contraponto existem também limitações da técnica, como no caso de um doador apresentar doença genética ou no uso de células-tronco embrionárias de outra pessoa, dependendo assim da compatibilidade entre doador e receptor. Motivo este que justifica a necessidade de novas pesquisas com células-tronco, como utilização e obtenção das mesmas em outras fontes, permitindo assim sua viabilidade de uso no tratamento clínico (ZATZ, 2004).

Porém, um assunto muito polêmico que tem trazido a clonagem terapêutica para um grande debate, refere-se aos preceitos éticos, morais e jurídicos quando trata dos métodos e meios para obtenção de células-tronco através de embriões descartados em clínicas de reprodução assistida.

A utilização de células-tronco, sejam elas embrionárias ou adultas, traz no seu contexto uma gama de responsabilidades que devem ser tomadas pelos profissionais que trabalham com esta técnica. Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro, buscou a normatização desta atividade, com o objetivo de regulamentar a sua utilização de forma ética e responsável, evitando o uso desta técnica para atividades consideradas maléficas.

Nesse sentido, o que se busca diante da clonagem é a aplicação da norma concreta, dentro de um contexto constitucionalista, onde o aplicador do direito deve analisar esta técnica dentro dos princípios e valores constitucionais.

Para o jurista e aplicador do direito, as respostas aos novos questionamentos devem ser aplicadas a interpretação da legislação vigente, com preenchimento de suas lacunas através de analogias, e ou, costumes, sempre dentro dos preceitos éticos e morais.

Nesta situação o aplicador do direito se vê diante de um dilema: a colisão entre direitos fundamentais. Uma vez que a discussão traz a tona de um lado a tutela do direito à vida e, de outro, a garantia do direito à saúde e vida digna. Sendo que ambos estão na mesma norma constitucional.

Assim, a Constituição Federal, prevê em seu artigo 5º, inciso IV<sup>6</sup>, a liberdade da atividade científica como um direito fundamental, porém isso não quer dizer que esta liberdade não tenha limitação, uma vez que existem outros valores e bens jurídicos na constituição que podem ser afetados pelo mau uso da pesquisa científica. Neste sentido, ocorre o conflito entre a liberdade científica e o direito fundamental da pessoa humana. Portanto, o aplicador do direito deve buscar o ponto de equilíbrio, a respeito da dignidade humana, que este previsto no artigo 1º, inciso III<sup>7</sup>, da Constituição Federal de 1988.

Segundo Velasco (2007), o § 1º do artigo 5º, da Lei de Biossegurança refere-se à anuência dos genitores, seja para consentir a pesquisa com embriões inviáveis ou com embriões congelados, há três anos ou mais. Assim sendo, o como sendo um estado democrático de direito, deve asseverar que a autonomia no Brasil, privada de seus cidadãos, seja desempenhada consecutivamente, tendo em vista o célebre princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, no entender de Piovesan (2005, p. 87), é o marco jurídico da mudança democrática e da institucionalização dos direitos e garantias básicas. Esse Estado Democrático de Direito pode ser concebido desde o prelúdio da Constituição de 1988, destinando a garantir o exercício dos direitos individuais e sociais, à liberdade, o desenvolvimento, à segurança, à igualdade e o bem-estar, justiça como valores soberanos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. É nesse panorama que a Lei de Biossegurança implanta sua base de justiça, garantia lícita e bem-estar social.

Para muitos cientistas, o embrião humano apenas será considerado nascituro, se estiver inserido no útero. De tal modo, sua capacidade jurídica está condicionada ao nascimento com vida. Barroso (2006, p. 609) entende que o embrião resultante da fertilização *in vitro*, conservado em laboratório: a) não é uma pessoa, haja vista não ter nascido; b) não é tampouco um nascituro, em razão de não haver sido transferido para o útero materno. As normas e categorias tradicionais do direito civil não se aplicam à fecundação extracorporal.

Igualmente, Velasco (2007) traz considerações sobre a problemática abrangendo a utilização de células-tronco extraídas de embriões. O temor em se instrumentalizar o embrião não haveria, já que no seu artigo 5º, a Lei de Biossegurança consente para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos somente pelo procedimento de fertilização *in vitro*, não tolerando a utilização de tais células-tronco removidas de embriões produzidos com o desígnio de pesquisa.

### **3 A AUTONOMIA PRIVADA DECISÓRIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A CONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE PESSOAL DO PACIENTE: O “EMBODIMENT” ENQUANTO SUBSTRATO CRUCIAL DA IDENTIDADE**

Nesse tópico, parte-se de uma preocupação em estabelecer as bases doutrinárias necessárias para a configuração do Direito ao próprio Corpo, enquanto um poder de autodeterminação, consoante o modelo estabelecido pela Constituição de 1988.

<sup>6</sup> “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (BRASIL, 1988).

<sup>7</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Desta forma, tratar-se-á nesse item, do Direito à Autonomia Privada Decisória em suas dimensões distintas, especialmente no tocante à privacidade decisória, em face da sua relevância para assegurar a autonomia sobre si próprio e sobre o seu próprio corpo, sem as quais entende-se comprometida a dignidade pessoal.

No tocante à proteção da Autonomia Decisória, reportâmo-nos à tutela constitucional atinente aos atributos físicos, mentais e sociais do ser humano, observando um grupo de direitos conexos conhecidos como Direitos de Personalidade, constatando que estes já transitam para além dos direitos individuais tutelados em abstrato (em moldes liberais), na medida em que estabelecem a proteção concreta do indivíduo, através da tutela de elementos distintos da sua personalidade, tais como: imagem retrato, voz, corpo, partes separadas do corpo, honra, etc., atributos estes capazes de identificá-lo em sociedade como um indivíduo único e distinto em sua diversidade (FREITAS; PEZZELLA, 2013).

É exatamente a partir dessas bases, e com as dimensões identificadas na Constituição Federal de 1988 que se retoma a Autonomia Privada, procurando assegurar, com a nova dimensão de seu conteúdo, a dignidade pessoal de cada indivíduo.

De outra parte, quando se propôs a uma reflexão sobre o Direito ao próprio Corpo e à Privacidade tutelados pela Constituição, enquanto poder de autodeterminação, se leva a redesenhar o conteúdo de autonomia (Liberdade) inserida no direito à Privacidade, por entender a sua relevância para assegurar não apenas a Autonomia Privada, mas, de forma mais abrangente, a Autonomia Privada Decisória sobre si próprio, fundamental para a construção da própria identidade e proteção da dignidade pessoal.

Numa tentativa portanto, de retomar o Direito à Privacidade em termos de Autonomia Decisória, busca-se reavaliar seu conteúdo, observando que, se por um lado a privacidade pessoal constitucionalmente protegida tem representado um avanço indispensável a qualquer concepção moderna de liberdade, de outra parte tem sido objeto de inúmeras críticas.

Alvo de diferentes acusações e desconfianças, o Direito à Privacidade com repercussões atinentes à Autonomia Privada Decisória é, por exemplo, apontado por reforçar um modelo ideológico liberal, fundado na dicotomia público/privado. Interpretados conforme essa afirmação, os direitos à privacidade teriam como meta central a proteção dos indivíduos contra o Estado, o que reforçaria ainda as tendências desagregadoras e atomizadoras da sociedade moderna (COHEN, 2012).

De outra parte, são identificadas ainda as críticas “comunitaristas” que consideram a constitucionalização do Direito à Privacidade enquanto Autonomia Decisória um retrocesso, na medida em que inviabiliza a afirmação dos valores comunitários assim como a solidariedade (COHEN, 2012).

Pelo que se percebe, ambas abordagens formulam críticas ao Direito à Privacidade, utilizando-se como base, argumentos contrários à interpretação liberal desse direito, como se essa fosse a única possível (FREITAS; PEZZELLA, 2013).

Entretanto, antes de poder efetuar algumas ponderações sobre as abordagens críticas ora apresentadas, seria oportuno visitar o conteúdo do Direito à Privacidade, pelo menos nas suas dimensões mais relevantes para que se pudesse refletir a respeito.

Duas dimensões são fundamentais quando se trata da privacidade pessoal. A primeira diz respeito ao direito de ser “deixado em paz”. Esta possibilidade protegida pelo direito tornou-se extremamente importante especialmente em face de uma tecnologia bastante desenvolvida capaz de tornar a vida pessoal vulnerável, devassada por motivos fúteis ou interesses escusos e não ape-

nas na intimidade ou vida privada, mas sobretudo, no que diz respeito às informações armazenadas nos bancos de dados. Naturalmente, as informações quando cruzadas, sem que para tanto haja interesse público, expõem e maculam a integridade pessoal, física e emocional (BITTAR, 1998). Consequentemente, “o direito de ser deixado em paz” significa o direito de não sofrer intromissão ou vigilância sem motivo justo.

É importante ressaltar que não se trata do reconhecimento de mais um direito individual em termos liberais. Não se busca a tutela de mais um valor abstrato, ideologicamente atribuído ao indivíduo “natural”, mas à proteção individuada (YOUNG, 1990), concreta e real da intimidade de uma pessoa, atributo que a torna única e a identifica entre as demais. A violação desta dimensão da Privacidade, especialmente em face de uma tecnologia avançada e globalizada poderá causar um dano irreparável à Dignidade Humana (FREITAS; PEZZALLA, 2013).

Embora seja extremamente relevante essa dimensão da Privacidade/Autonomia Decisória, ela vem sendo pouco contestada. Entretanto, há outra dimensão, própria do Direito à Privacidade que nos parece ser o alvo central das polêmicas atuais que são travadas por todos os que discutem os limites da autonomia, no que se refere ao próprio corpo. Trata-se da “privacidade decisória”, ou seja: o direito de não ser submetido ao controle indevido (regulações inclusive) por parte de terceiros (COHEN, 2012).

Desta forma, a primeira dimensão apontada estaria referida na “privacidade informacional” (COHEN, 2012), ou seja: posse e disseminação de informações sobre a pessoa (indivíduos ou organizações privadas, assim como autoridades públicas). A segunda, objeto de inúmeras polêmicas tocaria primordialmente a autonomia decisória quanto à “zona de intimidade”, abrangendo desta forma a disponibilidade íntima (COHEN, 2012) para relações sexuais, casamentos, abortos, eutanásia, etc.

Observando essa última dimensão apresentada se constata que, as principais críticas formuladas sobre os direitos individuais em geral e especificamente sobre os direitos de privacidade/Autonomia referem-se, como já pontuado, ao modelo liberal sociedade/Estado, que supostamente estaria sendo reforçado pela tutela da privacidade, na sua dimensão “autonomia privada”.

Entretanto, a despeito dessas observações, o que se propugna, vai infinitamente além de uma simples autonomia privada nos moldes liberais. Entende-se que o Direito à Privacidade pode e deve ser retomado sob ótica distinta, com contornos de Autonomia Privada Decisória, evidenciando a importância de (re)colocar o indivíduo como o centro de seu processo decisório. Dessa forma, não se estaria optando por concepções liberais, mas apenas identificando a necessidade do reconhecimento e proteção de uma esfera de determinação dentro da qual seria possível o exercício de sua identidade concreta, onde as escolhas pudessem resultar dos próprios motivos. Naturalmente haveria limites à essa liberdade em questão: O próprio ordenamento jurídico os indicaria. Entretanto, nos limites constitucionalmente estabelecidos, não haveria sequer a necessidade da justificação de suas próprias escolhas (FREITAS; PEZZELLA, 2013).

A respeito de direitos dessa natureza Arendt (1998) também se refere, explicando que esses atribuem ao indivíduo uma “persona legal” que serve como “escudo protetor” para a sua identidade pessoal.

Um caminho importante entretanto para a reflexão e garantia da autonomia decisória seria a reintrodução do Direito ao Corpo na temática privacidade. Certamente não na sua dimensão “individualista-possessivo” descrito por Macpherson (1979), com já mencionado anteriormente,

como se os nossos atributos pessoais, inclusive o próprio corpo fossem propriedades individuais, ou mercadorias a serem negociadas, mas por exemplo, a partir das observações de Goffman (1971, p. 28) para quem o corpo constitui “um dos territórios de si”.

Goffman (1971) entende que o sentimento de controle sobre o próprio corpo é essencial para uma percepção íntegra de si mesmo, assim como para a própria autoconfiança pessoal. Consequentemente, o controle sobre o corpo é fundamental para a configuração da própria identidade, assim como para a Dignidade Pessoal.

Discutindo sobre a autonomia decisória mediada pelo corpo, Cohen (2012, p. 195) afirma: “nós somos nosso próprio corpo” e ainda para exemplificar a importância do corpo para a individualidade pessoal pontua: “não podemos escolher levá-los conosco por onde formos como o fazemos com nossas bolsas.” (GOFFMAN, 1971, p. 195).

Daí a importância do termo *embodiment* significativo da nossa corporificação, ou seja: o próprio corpo como o substrato mais relevante da identidade pessoal.

Consequentemente, se considerar a Autonomia Privada Decisória, numa perspectiva de efetivação do *embodiment*, ou seja: direito de autodeterminação sobre o próprio corpo, enquanto o substrato mais importante da proteção da dignidade pessoal, reafirma-se a legitimidade da escolha em fazer uso da clonagem terapêutica, em benefício próprio, avocando para tanto o direito de promover a própria higidez física e fazendo cessar seu próprio sofrimento, recuperando a integridade de sua identidade inicial, devastada pela doença.

#### 4 A LEI DE BIOSSEGURANÇA E A AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.510

A matéria é diretamente abordada no artigo 5º da Lei de Biossegurança 11.105/2005, que estabeleceu uma série de exigências para tal autorização, dentre as quais: (a) que os embriões tenham resultado de tratamentos de fertilização *in vitro* (artigo 5º, *caput*); (b) que os embriões sejam inviáveis (artigo 5º, I) ou não tenham sido implantados no respectivo procedimento de fertilização, estando congelados há mais de três anos (artigo 5º, II); (c) que os genitores dêem seu consentimento (artigo 5º, § 1º); e d) que a pesquisa seja aprovada pelo comitê de ética da instituição (artigo 5º, § 2º). Além disso, a lei proibiu: (i) a comercialização de embriões, células ou tecidos (artigo 5º, § 3º, e Lei nº 9.434/97, artigo 15); (ii) a clonagem humana (artigo 6º, IV); e (iii) a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano (artigo 6º, III).

O referido artigo supracitado, foi impugnado em sua integralidade, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República (ADI nº 3.510). A tese central em que se baseou o pedido foi a de que “a vida humana acontece na, e a partir da fecundação.” Fundado em tal premissa, sustentou que os dispositivos legais impugnados violariam dois preceitos da Constituição da República: o artigo 5º, *caput*, que consagra o *direito à vida*; e o artigo 1º, III, que enuncia como um dos fundamentos do Estado brasileiro o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Os argumentos desenvolvidos na peça inicial podem ser resumidos em uma proposição: o embrião é um ser humano cuja vida e dignidade seria violada pela realização das pesquisas que as disposições legais impugnadas autorizam.

O ponto de vista exposto pelo autor da ação bem como são as múltiplas visões de mundo em uma sociedade pluralista, e deve ser encarado com descrição científica e filosófica. O que expostos no presente trabalho, são os assuntos jurídicos e biológicos que infirmam a tese em que

se fundamenta o pedido inicial. Fica claro, que a disciplina da matéria pela legislação acometida, caracteriza-se pela cautela e pelo equilíbrio que, em lugar de violar a vida e a dignidade humana, pelo contrário promove esses valores de maneira amoldada, argumentando que, o início da vida se origina na fecundação, disse que o artigo 5º da Lei de Biossegurança ofende o artigo 1º, III, e o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Neste sentido buscou apoio junto a biólogos, médicos e geneticistas que comungavam do mesmo entendimento para fundamentar sua tese.

Em março de 2008 foi realizado o julgamento da ADI nº 3.510 em uma das sessões mais debatidas do Supremo Tribunal Federal, na oportunidade votaram pela constitucionalidade do artigo 5º da lei de Biossegurança, o Ministro (Relator) Carlos Ayres de Britto e a Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie. A pedido do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito que pediu vistas ao processo e a sessão foi suspensa.

O julgamento foi retomado em 28 de maio de 2008, ocasião em que o Ministro Menezes Direito, bem como o Ministro Ricardo Lewandowski votaram pela procedência parcial do pedido de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei.

Por outro lado, O Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Cármen Lúcia Rocha, Ministros Eros Grau e o Ministro Cezar Peluso, votaram pela improcedência do pedido de Inconstitucionalidade. Pelo adiantado da hora, o julgamento foi suspenso e retornou dia seguinte. No dia seguinte, retomada a sessão, findado os votos dos demais Ministros, Marco Aurélio, Ministro Gilmar Mendes e Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, seguindo o voto do Relator, julgou improcedente o pedido da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510.

Durante todo o tempo, e com todo o esforço gasto no julgamento (6 votos a favor e 5 contra) desta ADI, ficou evidenciado que o debate jurídico acerca da inconstitucionalidade e do artigo 5º da Lei de Biossegurança foi caloroso, e as diferenças nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal marcaram este julgamento e merecem ser destacadas.

Mas, o mais importante neste julgamento, foi a análise e o tratamento jurídico dado ao nascituro e ao embrião, concluindo que ao passo que o primeiro é passível de imputação normativa, e detentor de personalidade jurídica, o segundo, mesmo sendo tutelado, não pode ter o mesmo tratamento de uma pessoa.

Objetivando subsidiar os votos dos ministros, uma vez que a questão era bastante técnica e os ministros, mesmo possuindo amplo conhecimento jurídico, necessitavam de maiores aprofundamentos na área biológica e genética, para evitar inseguranças no julgamento da matéria, o Ministro Ayres Britto, relator da ADI nº 3.510, resolveu realizar, em 20 de abril de 2007, a primeira audiência pública da história do Superior Tribunal Federal.

Com certeza, esta audiência pública, mais do que um sinal de abertura do procedimento de interpretação constitucional para toda a comunidade brasileira, mostrou e oportunizou uma efetiva e verdadeira participação da sociedade no processo de fiscalização da constituição e da discussão sobre a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança. Foi a audiência pública, com certeza, um grande passo para a democratização e popularização dos trabalhos do Superior Tribunal Federal.

A inicial do Procurador Geral da Republica, continha treze páginas e fazia uma menção ao artigo 1º, inciso III, e artigo 5º da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à vida, concomitantemente, como sendo os princípios constitucionais inobservados no que tange ao uso de embrião humano nas pesquisas científicas.

A corrente majoritária foi conduzida pelo relator, acompanhado pelos Ministros Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso de Mello, apreciando o pedido inteiramente improcedente. No seu voto, o relator destacou alguns pontos, como os que se seguem: (i) as células-tronco embrionárias oferecem maior contribuição em relação às demais, por se tratarem de células pluripotentes; (ii) o bem jurídico vida, constitucionalmente protegido, refere-se à pessoa nativiva; (iii) não há obrigação de que sejam aproveitados todos os embriões obtidos por fertilização artificial, em respeito ao planejamento familiar e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; (iv) os direitos à livre expressão da atividade científica e à saúde (que também é dever do Estado), bem como o § 4º do artigo 199 da CF/88, contribuem para afirmar a constitucionalidade da lei; e (v) já se admitiu que a lei ordinária considere finda a vida com a morte encefálica (Lei nº 9.434/97), sendo que o embrião objeto das normas impugnadas é incapaz de vida encefálica, desta forma permitindo a sua utilização para fins de pesquisas terapêuticas.

## 5 OS BENEFÍCIOS DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS AOS SERES HUMANOS

Entender a origem da vida tornou-se necessária, principalmente após a utilização das técnicas de fertilização *in vitro*. Tais técnicas trouxeram esperanças para aqueles excluídos pela reprodução natural e, atualmente, vêm trazendo a possibilidade de gerar inúmeras curas no cenário da medicina por intermédio da utilização das células-tronco, extraídas a partir dos embriões não utilizados nas técnicas reprodutivas (FERDINANDI; TOLEDO, 2011).

É aceitável também a terapia celular por autotransplante em células-tronco adultas para tentativa de cura do próprio paciente ou por transplante de células-tronco do cordão umbilical no tratamento do próprio paciente ou por transplante de células-tronco do cordão umbilical no tratamento de doença degenerativa, sem destruir embriões humanos (DINIZ, 2010, p. 509).

A repercussão gerada pelo uso de células-tronco embrionárias fez com que se buscassem alternativas para obtenção das mesmas, as quais podem ser obtidas nos tecidos de indivíduos adultos, no cordão umbilical e placenta.

Podem ser encontradas células-tronco em vários tecidos, como na medula óssea, sangue, fígado, em crianças e adultos. As células-tronco adultas não possuem a capacidade de se transformar em qualquer tecido, são capazes somente de replicar as células de origem, como por exemplo, as células musculares irão originar somente células musculares e assim por diante. Fator esse que limita sua aplicabilidade terapêutica.

Acerca da diferenciação entre as células-tronco embrionárias e as células-tronco adultas, a geneticista Mayana Zatz (2004) esclarece que as células-tronco embrionárias dão origem aos 216 diferentes tecidos que compõem o corpo humano, enquanto as adultas - encontradas no sangue, na medula óssea, no tecido adiposo, etc. - conseguem se diferenciar em alguns tecidos, mas não em todos.

A partir de células-tronco do próprio paciente, pesquisadores brasileiros estão obtendo resultados promissantes, porém excitantes, no tratamento de doenças em estágios que a medicina convencional não é capaz de solucionar.

Explica o endocrinologista Carlos Eduardo Couri (2012) (Membro da equipe da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo), que foi coletada células-tronco do sangue de 26 pacientes com idade entre 13 e 35 anos em estágio inicial de Diabetes do Tipo I, estes pacientes após serem submetidos à sessão de quimioterapia, foram reinjetadas as células na corrente sanguínea. Sendo, que destes 26 voluntários, três pararam de usar insulina de forma definitiva, outros 19 tiveram que retomar as injeções de insulina após alguns anos, mas com doses menores, entretanto somente quatro não apresentaram melhora no quadro da doença (COURI, 2012).

Já nas pesquisas da doença causada pela inalação de partículas de sílica (silicose) bastante comum em trabalhadores de minas, cinco foram voluntários e submetidos a terapia celular. Os pesquisadores retiraram células-tronco da medula óssea dos pacientes e as reinseriram em diferentes áreas do pulmão. Decorrido um ano com o tratamento, todos os pacientes apresentaram melhora da circulação sanguínea dentro dos pulmões (MILHORANCE, 2012).

De acordo com Patrícia Rocco (Pesquisadora da Universidade Federal do Rio de Janeiro) essa doença é progressiva e não tem nenhuma perspectiva terapêutica, e com o simples fato de os pacientes não apresentarem piora no quadro clínico, este já representa um grande avanço (MILHORANCE, 2012).

Para a doença conhecida como insuficiência cardíaca, a pesquisa foi conduzida por Paulo Brofman (Cirurgião cardiovascular, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná), a técnica seguida consistia em injetar células da medula e do músculo da perna no coração dos pacientes que haviam sofrido infarto agudo do miocárdio, sendo que a pesquisa contou com oito voluntários, todos eles apresentaram melhora no funcionamento do músculo cardíaco e na circulação sanguínea da região afetada (BROFMAN et al., 2004).

Para Buffolo (2011) a pesquisa para o tratamento da Angina Refratária (doença que causa obstrução nas artérias coronárias e impede que o coração receba quantidade necessária de sangue), contou com 20 voluntários os quais tinham idade entre 53 e 79 anos, neles foram transferidas as células da medula para o músculo cardíaco. Os resultados obtidos foram um ano após o tratamento, metade dos pacientes deixou de sentir dores no peito, e ainda 80% apresentaram melhora no fluxo sanguíneo da área afetada.

As novidades em pacientes com arteriosclerose (doença que causa entupimento de vasos arteriais, que segundo seus médicos só restava amputar as pernas, 15 foram voluntários e receberam células-tronco da medula óssea no músculo da panturrilha, como resultado positivo 10 pacientes se livraram da amputação. Segundo José Dalmo de Araujo (Cirurgião vascular do Instituto de moléstias cardiovasculares (IMC), em São Jose do Rio Preto, no interior de São Paulo), “as células atuaram de duas formas: primeiro dilatando os vasos menos prejudicados e, depois, em longo prazo, formando novos vasos para melhorar a circulação sanguínea.” (ARAUJO et al., 2006, p. 212).

A lei brasileira deveria ser mais dinâmica e acompanhar o desenvolvimento das promissoras e futuras descobertas científicas, assim como em outros países. O progresso científico deve ser desejado e perseguido com a utilização de todos os meios legítimos disponíveis na sociedade. As vacinas, os transplantes de órgãos, os procedimentos de diagnósticos cada vez mais precisos e competentes são exemplos esclarecedores dos benefícios proporcionados pela ciência (BROTAS, 2015).

As pesquisas com células-tronco tornam-se mais complexas e difíceis de serem resolvidas na medida em que estes experimentos ocorrem por atos voluntários dos participantes, seja por receberem boa quantia de dinheiro em troca, seja por que necessitam da tentativa para tratar a própria

doença ou a enfermidade de um ente querido. Esta questão passa, por conseguinte, pela compreensão e delimitação dos limites éticos destas pesquisas, sob a ótica dos direitos humanos fundamentais e da própria dignidade humana, expressa pela autonomia da vontade (RECKZIEGEL; BAEZ, 2011).

## 6 CONCLUSÃO

Células-tronco embrionárias são células com capacidade para se distinguir em qualquer tecido. A utilização dos embriões restantes das fertilizações *in vitro* para a extração de células-tronco expõe discussões que precisam de apreciações científicas, éticas e, principalmente, de suas implicações jurídicas. As pesquisas com células-tronco oferecem a possibilidade de tratamento para doenças degenerativas como Mal de Parkinson, Mal de Alzheimer, diabetes e câncer, através da medicina regenerativa. Esta escolha utiliza as células-tronco embrionárias para obter tecidos e órgãos sadios, que poderiam substituir os tecidos e órgãos doentes. Contudo, quando se extrai estas células do embrião ocorre à destruição do mesmo.

Portanto, não seria lógico impedir a esperança de cura de milhões de doentes ou incapacitados condenados a viver por muitos anos presos a uma cadeira de rodas, marginalizando a vida humana real em face de uma inexistente vida em potencial dos blastocistos não implantados no ventre materno, isto sim, afrontaria os princípios constitucionais de proteção à vida e à dignidade da pessoa humana.

Na clonagem terapêutica, um embrião é designado para que dele se removam as células-tronco sendo seu destino o extermínio. Por outro lado, os embriões criados por métodos de fertilização *in vitro* são criados com o desígnio de dar a casais o direito à reprodução, e apenas destinando às pesquisas com células-tronco os embriões excessivos deste procedimento.

A Lei nº 11.105/2005 versa a matéria com moderação e prudência, somente consentindo a utilização de embriões remanescentes dos procedimentos de fertilização *in vitro*. As células-tronco embrionárias somente podem ser extraídas até o 14º dia após a fertilização, antes do início da formação do sistema nervoso central ou da existência de qualquer atividade cerebral. De acordo com a maior parte das concepções existentes, ainda não existe vida humana nesse momento. Essa Lei veda expressamente a clonagem humana, comercialização de embriões e a engenharia genética.

A vida resguardada no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República do Brasil, é um direito na medida em que é encarada como uma esfera de liberdade pessoal, que permite que a pessoa dela possa usufruir e assumir a sua existência enquanto ser irrepitível. A tutela da vida constante no artigo referido não pode dissociar-se da suposição da condição humana, ou seja, de pessoas.

De outra parte, é necessário levar-se em conta a Autonomia Privada Decisória do indivíduo e o direito à autodeterminação de seu próprio corpo, reafirmando a legitimidade da escolha em fazer uso da clonagem terapêutica em benefício próprio, avocando para tanto o direito de promover sua higidez física e fazer cessar o seu sofrimento. Caso haja a necessidade da destruição de um embrião, entendemos pertinente a decisão do STF quando afirma que o bem jurídico VIDA, constitucionalmente protegido, refere-se à pessoa nativa. O embrião, uma vez incapaz de vida encefálica poderá ser utilizado para fins terapêuticos, minorando o sofrimento de pacientes, promovendo curas e favorecendo o desenvolvimento de pesquisas científicas.

O impedimento de emprego de embriões humanos em desacordo com a autorização do artigo 5º, augurado no artigo 24, ambos da Lei de Biossegurança, proporciona um delito de perigo

abstrato, que se diferencia pelo risco ao bem jurídico como forma de ofensa. É deste modo, típica a conduta comissiva dolosa que empregar o embrião humano em desacordo com a previsão do artigo 5º, *caput*, incisos e parágrafos.

Abordar a vida como um bem coletivo, pertencente à humanidade, é encará-la, sob um aspecto político, que pode despontar um dever, ou seja, uma esfera de não liberdade aferida ao indivíduo por meio da obrigação de viver.

A utilização de células-tronco embrionárias em tratamentos voltados à recuperação da saúde de milhões de pessoas, não agridem a dignidade humana, mas, ao contrário, valoriza-a, restabelecendo a eles uma vida digna, sendo assim, seria melhor o aproveitamento dos embriões nas pesquisas do que descartá-los, pois, desta forma, os embriões seriam aproveitados para restabelecer a dignidade da vida, oportunizando vários tipos de tratamentos terapêuticos para a cura de doenças que acometem a humanidade como a arteriosclerose, angina refratária, diabetes, doenças cardíacas, e muitas outras que a ciência poderá descobrir com o avanço destas pesquisas com células-tronco.

Sendo assim, cabe aos operadores do Direito compatibilizar o princípio da dignidade humana e o avanço destas pesquisas com as células-tronco, como fonte de esperança e fé, dos seres humanos desenganados pela medicina clássica, que aspiram uma vida mais digna e feliz.

## REFERÊNCIAS

ABDELMASSIH, Roger. *Clonagem reprodutiva versus clonagem terapêutica: avanços e limites*. São Paulo: Mesa Redonda, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. *A delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito no regramento jurídico brasileiro*. 2009. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9263/1/ANA%20THEREZA%20MEIRELES%20ARA%20-%20Disserta%20a7%20a3o.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2014.

ARAUJO, José Dalmo de *et al.* Utilização de células-tronco de medula óssea para tratamento de isquemia crítica de membro inferior. *J. Vasc. Bras.*, v. 5, n. 3, p. 209-14, 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-54492006000300009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-54492006000300009)>. Acesso em: 04 jan. 2015.

ARENDT, Hannah. *A origem do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (coord.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, C. A. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.434*, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm)>. Acesso em: 28 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 28 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 11.105*, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm)>. Acesso em: 28 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 3.510*, de 24 de março de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 05 dez. 2014.

BROFMAN, Paulo R. *et al.* Transplante celular: análise funcional, imunocitoquímica e histopatológica em modelo experimental de miocardiopatia isquêmica utilizando diferentes células. *Revista Bras. Cir. Cardiovascular*, v. 19, n. 3, p. 261-6, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scieloOrg/php/citedSciELO.php?pid=S0102-76382004000300002&lang=en>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

BROTAS, Carmen Lúcia Costa. *Reflexões sobre as patentes de células-tronco*. Disponível em: <[http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/edicao04/convidados/REFLEXOS\\_PATENTES\\_CELULAS\\_TRONCO-CARMEM\\_LUCIA.pdf](http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/edicao04/convidados/REFLEXOS_PATENTES_CELULAS_TRONCO-CARMEM_LUCIA.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BUFFOLO, Enio. *Temas livres aprovados*. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <[http://www.sbccc.org.br/38congresso/temaslivres\\_aprovados.asp](http://www.sbccc.org.br/38congresso/temaslivres_aprovados.asp)>. Acesso em: 06 set. 2012.

COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. *Rev. Bras. Ciênc. Polít.*, Brasília, n. 7, abr. 2012.

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. *Pacto de San José da Costa Rica*. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 28 out. 2014.

COURI, Carlos Eduardo Barra. *Células-tronco mesenquimais da placenta para o tratamento do Diabetes tipo 2*. 26 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.diabetes.org.br/anexo/col-carlos-eduardo-couri-mesenquimal-de-placenta-no-dm2.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DURAND, Guy. *A bioética: natureza, princípios, objetivos*. São Paulo: Paulus, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERDINANDI, Marta Beatriz Tanaka; TOLEDO, Iara Rodrigues. A problemática sobre as pesquisas das células-tronco e dos embriões excedentários sob a ótica do direito à vida e da ética jurídica diante da evolução científica do biodireito e a ADIN 3.510/2005. *Revista Jurídica Cesumar - Mesurado*, v. 11, n. 2 p. 539-52, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/2130/1420>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

FREITAS, Riva Sobrado de; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. As dificuldades da constitucionalização do direito ao corpo: liberdade de expressão e discriminação social. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 7, n. 24, p. 175-95, jul./set. 2013.

GOFFMAN, Erving. *“The nature of deference and demeanor” interaction ritual: essays on face-to-face behavior*. Nova Iorque: Pantheon, 1971.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1597 do Código Civil). In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MACPHERSON, C. B. *A teoria do individualismo possessivo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MARTINS, Flavio Alves et al. A origem da vida e seus impactos jurídico-sociais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 45, set. 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2238](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2238)>. Acesso em: 18 maio 2014.

MILHORANCE, Flávia. *Um novo fôlego para os pulmões*. 25 ago. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/um-novo-folego-para-os-pulmoes-5892799>>. Acesso em: 03 jan. 2015.

PIOVESAN, Flavia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora. *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

RECKZIEGEL, Janaína; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Experiências científicas com seres humanos para produção de medicamentos sob a perspectiva dos direitos humanos fundamentais. E56a Encontro Nacional do CONPEDI (20. 2011: Belo Horizonte, MG). *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. *Utilização das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos: uma análise crítica à luz dos limites impostos pela Lei nº 11.105/2005*. 2006. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social)-Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=387](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=387)>. Acesso em: 20 set. 2014.

VARELLA, Drauzio. Clonagem humana. *Estudos Avançados*, São Paulo, n. 18, v. 51, p. 263-5, maio/ago. 2004.

VELASCO, Carolina Altoé. Aspectos jurídicos do embrião e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VIII, n. 10, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discendente/CarolinaAltoe.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2014.

YOUNG, Iris. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

ZATZ, Mayana. Clonagem e células-tronco. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago. 2004.

## CAPÍTULO III

Direitos fundamentais: aspectos do estado social



# ASPECTOS DO ESTADO SOCIAL CONTEMPORÂNEO E REPERCUSSÕES NA MORFOLOGIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Riva Sobrado de Freitas<sup>1</sup>

## 1 DO ESTADO INTERVENCIONISTA AO ESTADO DESREGULADO: FATORES DE CRISE DO ESTADO SOCIAL

Em período posterior a segunda crise internacional do petróleo, que corresponde aos finais dos anos setenta os Estados do “Bem Estar Social”, paradigmas de intervenção implementados em diferentes modelos de social democracia, sofreram impactos que tiveram como origem os fenômenos de deficit fiscal, recessão econômica, para além do desemprego que se deu de forma generalizada (O’CONNOR, 1977, p. 57).

Tais eventos comprometeram definitivamente a legitimidade dos “Estados Sociais” na medida em que levaram ao descrédito a sua governabilidade e promoveram a descrença na sua eficiência para sanar a diversidade dos desequilíbrios sociais.

Em verdade, a partir do momento em que os encargos sociais, decorrentes do atendimento às demandas da população foram identificados como os principais responsáveis pelos desequilíbrios fiscais e pela queda da renda nacional e individual, caíram em descrédito os mecanismos de natureza compensatória, tais como as políticas públicas utilizadas, via intervenção estatal, cujo objetivo era viabilizar um grau compatível de harmonia social necessária a perpetuação do sistema econômico.

Desta forma, o arrefecimento da economia mundial, especialmente em países economicamente desenvolvidos determinaram restrições nos custos sociais responsabilizados por serem os fatores que desencadearam tal crise.

Outro aspecto constatado pela quase unanimidade dos analistas refere-se à expansão do aparato estatal à burocratização excessiva dos programas estatais e à centralização exagerada dos processos decisórios, considerados estes elementos como determinantes pela perda da eficácia e legitimidade do modelo “Welfare State” (GILDER, 1982, p. 127).

De outra parte, este período também se notabiliza por uma transformação radical nas economias ocidentais que repercutiram profundamente nas sociedades contemporâneas. As questões sociais em prol da equidade e justiça social até então estruturadas no conflito capital-trabalho, foram substituídas por outras demandas que paulatinamente se tornaram prioritárias e propugaram novos valores que passaram a ser reconhecidos como “pós-materialistas”, tais como qualidade de vida, informação, conhecimento, qualidade de consumo, que certamente foram ganhando importância com a afirmação de uma economia globalizada, centrada na liberdade de mercado e no incremento dos fluxos internacionais de bens e serviços (ROSANVALLON, 1985, p. 49).

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1982), obteve seu Mestrado (1996) e Doutorado (2003) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Em 2007, realizou seu Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra - Portugal. Foi Professora Assistente-Doutora da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (1988-2012). Atualmente é Professora e Pesquisadora do Programa de pesquisa, extensão e graduação em Direito da UNOESC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, direitos humanos, garantias fundamentais, direito do estado e direito processual civil. E-mail: riva-freit@ig.com.br. Endereço de acesso ao banco de currículos do sistema lattes: <http://lattes.cnpq.br/0491714025952661>.

Estes fenômenos de ordem econômica e suas decorrências na órbita das lutas sociais implicaram certamente no impulso de políticas de cunho neoliberal, que formularam argumentos teóricos capazes de abalar profundamente as estruturas estatais então vigentes, apontando como “saídas redentoras” a desregulação e a privatização como instrumentos decisivos para a configuração de economias mais abertas e mais competitivas baseadas na liberdade de mercado (BANCO MUNDIAL, 1994, 1997, 2001).

A partir de então passam a ser promovidas alterações profundas relativas aos modelos de gestão pública que caracterizaram o período pós-guerra. Com a implementação das ideias neoliberais em substituição às políticas públicas de cunho redistributivista, (aos moldes do “Welfare State”), para além da desconfiança generalizada em toda a intervenção estatal, o que se pode verificar foi o deslocamento paulatino, mas irreversível da formulação e execução das políticas públicas para os setores privados. Consequentemente este movimento também fez transitar para o espaço privado a própria formulação e execução das regras de justiça abalando as bases e fundamentos do direito moderno (FARIA, 2002, p. 60)

Constatamos, pois, impasses colocados frente ao chamado Estado do Bem-Estar Social, assim como as suas políticas destinadas a remediar as desigualdades sociais. Entretanto para que possamos melhor refletir sobre o impacto sofrido nas estruturas do Estado Contemporâneo e suas decorrências, especialmente no que se refere à reconstrução de um novo ideário político que se dá preponderantemente sobre a órbita privada, entendemos importante retomar alguns fatores que acabaram por desencadear a crise e a desestruturação do Estado do Bem-Estar Social.

Posteriormente, após revisitarmos as questões atinentes à crise do Estado Social, é nosso propósito buscar identificar o fenômeno da reconstrução deste novo ideário político, cujas formulações emergem com peculiaridades distintas, contribuições vantajosas imensas e até mesmo distorções que se apresentam até este momento.

#### a) Fatores de ordem econômica

Entre os elementos motivadores da crise do Estado Providência deve-se dar especial destaque aos fatores de ordem econômica.

A partir do final da década de setenta, o arrefecimento da economia, notadamente em países de capitalismo central, coloca de forma recorrente na pauta das discussões, o questionamento da legitimidade dos mecanismos de redistribuição de riquezas e a eficiência das políticas públicas que delineavam o perfil do Estado do Bem-Estar Social.

Quanto a estes aspectos, a maioria dos autores que se dedicaram a identificar através de pesquisas e estudos, a crise do Estado Providência estão de acordo. Suas divergências acentuam-se apenas no que se refere à origem da crise. Para autores como Gilder (1982) que se notabiliza entre os teóricos que defendem as teses neoliberais, as políticas sociais antagonizam-se com o desenvolvimento econômico. Seriam, portanto, elementos desencadeadores da atual crise na economia. Para outros teóricos, entretanto, uma diversidade de fatores estaria a contribuir para esgotamento deste paradigma de Estado, sem que houvesse a necessidade imperativa de cortes nos custos sociais. Entre estes destaca-se Rosanvallon (1985, p. 20-28) suas teorias apontam, principalmente o advento de uma nova “revolução cultural” que traria novos valores, fundados na participação e priorização de formas de vida comunitária, traduzindo uma preocupação com a

ecologia e qualidade de vida, em detrimento muitas vezes do crescimento e da expansão econômica a qualquer preço.

Distintamente, encontramos ainda autores como Delcourt (1982) e Berlinger (1983) que, em sua diversidade, levantaram a inadequação dos programas sociais, apontando a ausência de democracia na escolha das políticas públicas e na utilização dos recursos na área social, como o principal entrave para promoção da justiça social e equidade necessárias ao desenvolvimento do sistema político social.

Para O'Connor (1977, p. 57) entretanto, o problema de continuidade e desenvolvimento dos programas sociais inscreve-se numa questão mais ampla, de "crise fiscal do Estado", que se expressa no crescimento dos gastos mais rápidos que o meio de financiá-los.

#### b) Fatores de ordem política

Entre os fatores de ordem política, destacamos o colapso do acordo interclasses que caracterizou o pós-guerra e muito contribuiu para a expansão do Estado Providência, durante este período, até meados dos anos setenta.

Por um lado, se tal compromisso garantiu o desenvolvimento econômico e político do sistema, porque evitou conflitos radicais e disfuncionais, por outro lado mostrou-se insuficiente para atender às demandas sociais, alterar as desigualdades, perpetuando a concentração de capital e o poder preexistentes. (OFFE, 1984, p. 372-373)

Face ao seu esgotamento tornou-se inviável a manutenção deste modelo pactuado até porque perdeu a legitimidade social necessária e propiciou o agravamento da crise política e social.

#### c) Fatores de ordem social

Para compreendermos os fatores de natureza social é necessário reconhecermos a existência entre o indivíduo e o Estado de uma sociedade não mais homogênea mas pelo contrário, segmentada em diferentes agrupamentos sociais, com necessidades distintas e valores que diferem daqueles estritamente materiais, baseados na acumulação e apropriação de riquezas.

A fragmentação do tecido social e o advento de grupos organizados com reivindicações próprias imprimiram modificações profundas quanto às expectativas de um sistema político fundado na igualdade promovida pelo Estado.

Em verdade, estas novas expectativas geraram solicitações que privilegiaram sobretudo as diferenças existentes entre os vários setores sociais confrontando-os com os valores sociais tradicionais que atribuíam ao Estado a responsabilidade pela minoração das desigualdades, deixando em segundo plano a diversidade das necessidades e reivindicações existentes. (ROSANVALLON, 1995, p. 50).

Este descompasso entre o valor básico, que fundamenta o Estado Social qual seja: a diminuição das desigualdades sociais, e os novos valores denominados pós-materialistas que buscam sobretudo a qualidade de vida (ecologia, lazer, etc.) representou fator de ordem cultural e sociológica que em muito contribuiu para a crise dos Estados de Bem-Estar Social.

## 2 A DESMONTAGEM DO ESTADO INTERVENCIONISTA: O FENÔMENO DA DESREGULAÇÃO

Como já tivemos a oportunidade de mencionar a crise na economia mundial, especialmente em países economicamente desenvolvidos, determinou restrições nos custos sociais responsabilizados como fatores desencadeadores desta crise, para além do fenómeno da retração do Estado

Neste cenário de inadequação do Estado face às novas necessidades económicas e sociais emergidas com a globalização da economia, presenciamos a afirmação progressiva do modelo neoliberal de Estado inclusive em países socialistas tais como a Rússia, a China e Cuba.

As transformações propostas pelo modelo neoliberal abrangem entre outras, a reforma tributária, a liberalização financeira, o regime cambial, a liberalização comercial, investimentos diretos estrangeiros e em termos políticos-jurídicos as privatizações e o fenómeno da desregulação.

Apesar de não objetivarmos adentrar cada aspecto mencionado, ressaltamos de maneira geral a soberania absoluta do mercado como marco central desta proposta

Pretende-se a regressão a um padrão económico pré-Revolução Industrial que em muito se aproxima do ortodoxo modelo do *laissez-faire*, de redução das funções do Estado à manutenção da lei e da ordem pública.

A justificativa para a retração do Estado é a eficiência. Torná-lo menor, reduzir a burocratização excessiva, a centralização exagerada dos processos decisórios por considerar estes elementos como os responsáveis pela perda da eficiência do modelo intervencionista. Entretanto, o risco que se corre é de torná-lo exíguo a tal ponto em que ficam comprometidas suas missões clássicas de provedor da segurança pública e mantenedor da lei, responsabilidades irrenunciáveis até mesmo dentro de um Estado Liberal Clássico.

Entre as transformações necessárias à retração do Estado que ora tratamos afigura-se, de forma relevante, providências quanto a sua desregulação. Este fenómeno implica na desmontagem dos sistemas jurídicos vigentes, com o escopo de torná-lo apto a responder às novas necessidades do capitalismo na atual fase neoliberal (WILLKE, 1986; TEUBNER, 1987; SAND, 1997).

Para a efetivação da desmontagem a ser operada na ordem jurídica são necessárias alterações distintas: em um primeiro plano, há que se afetar transformações pertinentes ao nível da ordem constitucional, fenómeno este denominado “desconstitucionalização dos direitos”. É importante que se ressalte para tanto a posição de supremacia das normas constitucionais. Considerando que tais normas fundamentam o ordenamento jurídico inteiro de um país, uma retração significativa em direitos tutelados, ainda que por normas de igual hierarquia, poderia implicar em inconstitucionalidade e nulidade destas medidas, numa reforma constitucional.

Entretanto, para se levar a efeito a “desconstitucionalização” de direitos, algumas dificuldades ficam evidenciadas sobretudo no que se refere à soberania do Estado e ao respeito ao pacto constitucional. A constituição reflete em termos jurídicos um acordo político não fundado em direito positivo preexistente, mas que se estrutura em uma composição entre setores hegemônicos da sociedade. Tal compromisso implica certamente na edificação de um perfil político-ideológico, presente na constituição e na escolha dos bens jurídicos (valores) por ela tutelados. Retrações significativas na amplitude ou no rol destes direitos revelariam a ruptura do pacto social.

Há que se considerar também o sistema de preservação das constituições e dos pactos que as informam. A rigidez constitucional, cláusulas *pétreas*, presentes em muitas constituições implicam dificuldades postas às reformas constitucionais necessárias à implementação da ordem neoliberal.

De outra parte, normas infraconstitucionais também sofrem o fenômeno da “desregulação” ou são “flexibilizadas”.

Frequentemente o ideário neoliberal impõe exigências quanto a retração da legislação existente, especialmente em Direitos Trabalhistas e Sociais. Este fenômeno geralmente ocorre quando entidades transnacionais se instalam em determinado território e a sua regulação interna demonstra incompatibilidade com o ordenamento jurídico nacional. Como forma de solucionar o impasse observa-se a “adequação” do ordenamento jurídico do Estado (Direitos Sociais) às normas transnacionais, uma vez que estas não costumam se submeter ao ordenamento jurídico dos países em que ingressam. Para tanto, busca-se ora a revogação dos Direitos Sociais, por normas de igual hierarquia ou propõe-se a flexibilização dos mesmos de modo a adequá-los aos novos contratos de trabalho.

### 3 O IDEÁRIO NEOLIBERAL E A PROPOSTA DE DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO

O Estado Contemporâneo vem demonstrando incapacidade de assegurar uma regulação social eficiente quer através do Direito Público (de maneira geral), quer através do Direito Constitucional (especificamente) face à sofisticação das demandas e à pluralidade dos conflitos que caracterizam a sociedade nos dias atuais. Este diagnóstico é apresentado por grande parte dos especialistas que têm refletido sobre a crise dos ordenamentos jurídicos estatais. (FARIA, 2002; KUNTZ, 2002).

O Direito Positivo, de outra parte acaba por comprometer a sua estrutura lógico-formal quase que totalmente, na medida em que ao procurar responder a esta diversidade de solicitações perde a capacidade de operar por meio de categorias válidas *erga omnes* (FARIA, 2002).

Neste sentido a Constituição também tem revelado sua inaptidão estrutural em relação a fatores sociais complexos porque estes exigem, de forma crescente mecanismos, ora de decisão, ora de controle para o cumprimento de suas metas mais elementares (CANOTILHO, 2006). Consequentemente observa-se uma crescente ampliação da regulação, de forma geral, o que compromete definitivamente sua coerência interna e a incapacita para promover solução às tensões sociais.

Constatada a veracidade destas afirmações quais alternativas restariam para o Direito Público e para o Direito Constitucional respectivamente?

A proposta neoliberal aponta como superação dos impasses uma profunda revisão doutrinária em algumas categorias básicas da política, tais como: regras da maioria, soberania nacional e até mesmo indica a necessidade de repensar a ordem jurídica constitucional enquanto um sistema fechado e hierarquizado de normas. Entende ser mais adequado transformá-lo num sistema flexível às autonomias sociais, mais próximo a um acordo.

Consoante estas observações, caberia ao Direito Constitucional ser o resultado de um ato multilateral de consultas que fossem realizadas e pactuadas antes mesmo do procedimento legislativo no parlamento.

Com base na proposta em tela, o Direito Constitucional deveria ater-se a assegurar um mínimo de governabilidade por parte do Estado e a neutralizar a propensão de organizações empresariais, sindicais e corporativas situadas nos setores estratégicos da economia. Teria como objetivo restringir-se apenas às normas de procedimento aos moldes das “quase-normas” utilizadas pelo Direito Internacional (FARIA, 2002). Que considerações poderíamos tecer acerca das mudanças apontadas?

Em princípio tais propostas se apresentam extremamente sedutoras. A busca de um consenso nacional e universal precedendo a elaboração de uma constituição refletiria uma alternativa democrática para a superação dos impasses na órbita das constituições, especialmente as mais recentes, de corte intervencionista, dirigentes.

Entretanto a busca da neutralidade em uma constituição, ainda que obtida através de um pacto isento de distorções revela-se perspectiva demasiadamente ingénuo quando o que se objetiva é fazer desaparecer os antagonismos próprios das relações sociais (RAWLS, 2004; MOUFFE, 1999). De outra parte, quando diferenças de natureza económicas (tais como concentração de renda,) que certamente permeiam boa parte destes antagonismos são secundarizadas ou não estão presentes na agenda destas negociações, a eficiência e a exequibilidade destes pactos restam definitivamente comprometidas. Um acordo entre setores sociais sem o mesmo poder de negociação, em posições assimétricas teria como resultante a exclusão dos setores subalternos.

Considerando alguma pertinência nestas ponderações qual a garantia da neutralidade constitucional?

Quando tratamos das teses sobre a neutralidade quer do Estado quer das constituições fundadas no liberalismo clássico, recuperando as ideias de limitação do governo e da negação máxima da autoridade do Estado, numa perspectiva de coibir qualquer intervenção em liberdades individuais e defender as autonomias sociais, aí então haveria uma “neutralidade constitucional”. Entretanto esta neutralidade estaria comprometida com as teses liberais. Esta é a única conclusão a que podemos chegar.

Resta ainda uma outra questão a ser enfrentada. Quando se faz a opção pelas teses liberais, ainda que com vistas a garantir a maior expressão possível dos segmentos sociais, em que medida tal perspectiva teria de fato eficácia? Qual a real possibilidade de diálogo entre os vários grupos sociais, com toda a sua diversidade cultural, económica, religiosa, ideológica, etc, quando imersos em uma racionalidade liberal que se caracteriza pela sua universalidade?

Curiosamente o que se observa na órbita das decisões e dos diálogos políticos é a utilização da “neutralidade” e da “imparcialidade” enquanto argumentos de exclusão dos eventuais oponentes políticos (ou ideológicos), sob a justificativa da irracionalidade de suas teses. A este respeito convém que se retome a obra de Chantal Mouffe, quando aborda especificamente “A questão da neutralidade do Estado”. (MOUFFE, 1999, p. 171).

Ainda sobre esse mesmo tema, observamos uma posição um pouco distinta de Dworking (1991, p. 127) quando discute aspectos do liberalismo. Este autor não concebe a neutralidade do Estado de forma absolutamente acéptica. Toma-a como ponto de partida para a realização da igualdade formal e entende que este princípio constitui o próprio núcleo do liberalismo. Assim, justifica a neutralidade do Estado afirmando que este deve tratar seus cidadãos com a mesma medida de justiça, como forma de respeito à pluralidade social. Cada cidadão a seu ver, poderia divergir quanto às concepções de Bem Comum. Consequentemente a neutralidade do Estado implicaria no respeito a estas diferenças.

Dworking, certamente com propostas mais realistas não propõe a neutralidade absoluta do Estado Entretanto é preciso que se reflita sobre a imparcialidade quando ela se escuda no princípio da igualdade formal.

A igualdade formal, adotada pelo Liberalismo Clássico, parte do pressuposto da atribuição da mesma medida de justiça a todos os cidadãos.

Entretanto quando observamos a realidade própria do convívio social, em que indivíduos e grupos organizados dialogam em condições assimétricas, a aplicação da mesma medida de justiça gera exclusão social e não oferece de fato possibilidades para a expressão das autonomias sociais.

Consoante os antagonismos expostos e as dificuldades elencadas, certamente é necessário que se tenha muita cautela no que se refere às teorias sobre a “neutralidade do Estado” e sobre a possibilidade de um pacto multilateral não excludente de setores sociais.

Neste aspecto nos identificamos plenamente com a autora Chantal Mouffe (1999, p. 198) para quem a questão central da democracia pluralista “não reside na ausência de dominação e violência”. Para ela é extremamente importante “abandonar a ilusão mistificadora de um diálogo livre de coerção”. Mouffe, entre as várias possibilidades que constrói, sugere o estabelecimento de um conjunto de instituições suficientemente aptas a oferecer limites a estas exclusões e violências e nunca as mascarar sob argumentos de racionalidade.

#### **4 GLOBALIZAÇÃO: A BUSCA DE UM CONCEITO OPERACIONAL E O DESAFIO NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS**

Como já nos reportamos anteriormente, nos últimos cinquenta anos, algumas ideias matrizes justificaram e ofereceram a certeza de que os mecanismos de redistribuição de riquezas poderiam ser suficientes para atender às demandas sociais e conferir legitimidade ao poder estatal vigente. De outra parte acreditava-se também que tais requisitos bastariam para a promoção do progresso, em todas as instâncias. Este seria inexorável, ainda que não se pudesse conceituá-lo de forma precisa (QUESADA, 2004, p. 13).

Entretanto com a crise desta ideias que fundamentaram o Estado Social, tal como uma mãe a nutrir e justificar suas decisões, pudemos testemunhar transformações que alcançaram desde a própria concepção de ser humano, questões atinentes a sua vida e dignidade até os aspectos que tocam a legitimidade do poder.

Um dos factores que colocaram em crise e impactaram todo este ideário assimilado e identificado com Estado Social foi certamente a globalização económica e seus desdobramentos, já que, como entende Quesada, retrata vários processos que acabaram por compor uma dimensão plural com repercussões variadas e distintas (QUESADA, 2004).

De facto, a globalização tem promovido transformações profundas de cunho inclusive ideológico quando pressiona e propugna por implantar nos Estados todo o ideário de corte neoliberal, promovendo o fenómeno da retração do Estado e a sua desregulação, tendo por objetivo adequá-lo às novas necessidades das economias globalizadas. Neste sentido vai ainda mais além, procurando redefinir ideologicamente os mecanismos de organização social, recriando uma concepção cultural própria, com efeitos devastadores em políticas e direitos (especialmente os sociais) ligados à forma de justiça redistributiva. Tudo sempre sob a justificativa da operacionalidade e da funcionalidade das novas demandas, próprias da economia globalizada.

Sem termos por objetivo esgotar o tema em tela mas apenas buscar-lhe um conceito operacional que nos possa fornecer subsídios para reflexão, passamos a elencar algumas das transformações e rupturas mais emblemáticas do Estado Contemporâneo levadas a efeito pelo fenómeno da globalização do capital que se observa contemporaneamente (FARIA, 1996, p. 127-160).

- a) Mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas monetárias, tributárias dos Estados nacionais;
- b) Desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações e a transferência de suas atribuições e responsabilidades às empresas privadas;
- c) A “deslegalização” de sua legislação social, fenómeno também conhecido como o da “desregulação”, abrangendo desde o fenómeno da desconstitucionalização inclusive dos Direitos Sociais e a flexibilização da legislação infraconstitucional de ordem social;
- d) Internacionalização do Estado, mediante os processos de integração formalizados pelos tratados de livre comércio e a subsequente revogação do protecionismo tarifário, das reservas de mercado e dos mecanismos e subsídios fiscais;
- e) O fenómeno da “deslocalização” da produção que significa a mudança da matriz da produção internacional entre fornecedores de matéria-prima e fabricantes de produtos manufaturados para a produção de serviços de nível tecnológico não importando onde o produto final seja montado;
- f) O fenómeno da “desterritorialização” do espaço de produção, que significa a mudança da matriz da produção internacional entre fornecedores de matéria-prima e fabricantes de produtor manufaturados.
- g) O fenómeno da “desterritorialização” do espaço de produção, mediante a substituição no século XX, de carácter “fordista”, pelas plantas industriais “flexíveis”, de natureza “toyotista” substituição essa acompanhada pela “flexibilização” das relações contratuais trabalhistas;
- h) O “Planeamento Tecnológico” de atividades em escala mundial, por parte dos conglomerados multinacionais, acompanhado da fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que lhes permite praticar o comércio, aceitando seletivamente as distintas legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países onde elas são mais favoráveis;
- i) Expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória “lex mercatória”, como decorrência da proliferação dos foros descentralizados de negociação estabelecidos pelos grandes grupos empresariais.

Quando observamos os pontos de ruptura levantados, concluímos que o seu denominador comum é como se vê e já o mencionamos, o gradativo esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados nacionais nos dias de hoje. Durante várias décadas o Estado Social fundamentou suas decisões nas necessidades originadas do capital nacional. Na medida em que este passou a prescindir do Estado, tanto no que se refere aos seus subsídios, quanto no que toca a sua regulação protetora, todo o aparato amplamente desenvolvido para fazer frente a esta empreitada intervencionista passou a ser desmontado.

De outro lado, sempre foi característica deste paradigma estatal buscar conferir legitimidade ao poder vigente em ideias que apontavam os mecanismos de redistribuição de riquezas como instrumentos suficientes para atender às demandas sociais e pacificar a sociedade.

Entretanto, a partir do momento em que o capitalismo retoma a sua expansão através de um processo de internacionalização do capital, ambas intervenções (na área econômica e social)

tornaram-se desnecessárias e operaram mudanças significativas, comprometendo profundamente a certeza da viabilidade e da necessidade de qualquer forma de intervenção.

Não obstante, apesar da inoperância do Estado Social demonstrada em várias oportunidades, (na área económica e social), restou sem solução, na medida em que houve o desmantelamento do aparato estatal, a questão da proteção social até então provida, ainda que insuficientemente pelo Estado.

É importante lembrar também que as desigualdades e as exclusões sociais aumentaram com o fenómeno da globalização e que o Estado, em seu declínio passou a ficar refém, cada vez mais, de uma cooperação internacional. Entretanto, em que mediada esta cooperação estaria compatível com as idéias neoliberais?

O papel tradicionalmente atribuído ao Estado de promotor social através por exemplo das políticas públicas não poderá jamais ser substituído pela lógica do mercado.

Acompanhando o ideário neoliberal que recomenda a transferência das responsabilidades tradicionalmente atribuídas ao Estado para a órbita social, e o fenómeno da retração já implementado à máquina estatal, no que toca seu aparato burocrático (para além do corte nos gastos públicos) restam inviáveis quaisquer tentativas de implementação da justiça redistributiva.

Vale lembrar ainda que, consoante a proposta neoliberal estas não são mais atribuições do Estado Contemporâneo e não apenas porque não solucionam o problema da escassez e oneram o mercado, mas sobretudo porque transgridem a lógica da não intervenção e são contrárias às idéias dominantes do *laissez-faire*. As teses sobre a neutralidade do Estado e do pacto constitucional, como já vimos, temem imprimir para a órbita das decisões políticas uma racionalidade universal porque esta excluiria setores e comprometeria o pluralismo, implicando em violência e dominação.

Quais seriam então as alternativas para a defesa social que pudessem garantir participação aos diversos setores na defesa da Vida e da Dignidade Humana?

## 5 OS DESAFIOS NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS

Em primeiro plano é fundamental não estabelecer distinção entre a luta pela VIDA e Dignidade do Ser Humano como se fossem questões apartadas. Em verdade, o Direito à Vida deve abranger o conceito de Dignidade Humana, transitar para além da noção da simples sobrevivência.

Entretanto o próprio conceito de Dignidade traduz um valor passível de sofrer variações quanto ao seu conteúdo, com concepções diferentes de indivíduo para indivíduo, entre grupos sociais, por exemplo, e certamente terá contornos distintivos consoantes o espaço e tempo em que forem situados.

Por outro lado, a quebra do Estado Social de Direito, em função de um novo modelo social, subordinado à acumulação de capital deu margem ao surgimento de um novo imaginário político onde a questão do trabalho passou a ser substituída por outras construções sociais e culturais que nos levam a supor um novo paradigma de lutas sociais e propostas políticas em defesa da Dignidade Humana que muitas vezes resgatam certas experiências históricas.

A década dos anos noventa, conhecida como a época do “pós-socialismo”, face à ausência de um projeto emancipatório fez proliferar diferentes frentes de luta em prol da defesa da Dignidade Humana.

Outros tipos de injustiça, para além da luta dos trabalhadores se fizeram presentes e buscaram seu reconhecimento, pontuando descontentamentos e distorções que não seriam solucionados unicamente por meio de uma justiça redistributiva.

Em verdade a ideia do reconhecimento dos mais variados grupos sociais para além da necessidade de expressão e participação política tem propugnado pela construção de uma sociedade pluralista, com diferentes práticas políticas libertárias, e novos atores sociais que têm como objetivo a substituição dos programas tradicionalmente propostos pelo Estado Social.

É importante notar também o grande grau de independência que estas formações culturais passaram a adquirir, especialmente aquelas ligadas à etnia, ao género e às discriminações, as mais variadas. Em nenhum momento questões económicas, originadas da má distribuição de renda parecem estar presentes, ou demonstram relevância.

As lutas e exigências de justiça estão referidas na importância do reconhecimento de suas diversidades, sem necessidade de quaisquer outras transformações de natureza económica ou política, até porque estas teriam como meta central supostamente o fim das distinções, da diversidade para as quais buscam visibilidade.

São inegáveis as possibilidades libertárias destes movimentos emancipatórios, entretanto nos parece que a “deificação”, da diversidade muitas vezes pode retirar da agenda das discussões dimensões ontológicas relevantes, que poderiam ativar reflexões políticas mais abrangentes do que a simples retórica moral circunscrita à luta em tela.

Nesta perspectiva concordamos com Cirillo (2002, p. 103) para quem a “diferença enquanto instrumento de libertação tem que examinar seus vínculos com a opressão”, ou então não será possível a construção de um projeto emancipatório comum, que possa ser compartilhado e empreendido pela sociedade, inclusive como forma de obtenção do resultado final satisfatório: alcançar uma vida coletiva melhor e mais segura.

Resta ainda um aspecto a ser enfrentado. Quando não se busca um projeto comum emancipatório, esta deficiência em termos de reflexão pode prejudicar a identidade do grupo em tela com outros setores subalternos e oprimidos. Assim uma vez forjada a identidade de grupo poderia não haver limites éticos à existência de grupos dominantes e subalternos.

Desta forma, são muitos os desafios às políticas sociais emancipatórias dentro deste novo imaginário político onde a questão central passa unicamente pelo reconhecimento das diversidades. A preocupação com a diferença pouco contribui para uma visão abrangente das necessidades sociais como um todo. De outro lado, secundariza questões importantes de natureza económico-política que certamente estariam permeando boa parte das injustiças sociais que tocam os grupos em questão.

## 6 CONCLUSÃO

1. A crise da economia mundial determinou de maneira geral o realinhamento das políticas públicas, cortes nas políticas sociais, e sobretudo propugnou pela retração do Estado Intervencionista Social;
2. Estas transformações foram e estão sendo implementadas através de mecanismos e procedimentos, dentre os quais se destacam aqueles de natureza desregulatória, que abrangem a desconstitucionalização, a flexibilização e a desregulação de normas infraconstitucionais, alcançando de maneira bastante significativa a Vida e a Dignidade das pessoas em sociedade;

3. Aponta-se ainda a perda da centralidade do Estado como formulador e gestor das regras da justiça redistributiva, transferindo para a órbita privada a incumbência para formular, definir e executar políticas públicas, instrumento até então utilizado pelo Estado para minorar as desigualdades sociais.
4. No horizonte das políticas públicas, ora circunscritas às arenas privadas, vários são os desafios a sua implementação. O novo imaginário político da era “pós-socialismo” apresenta grupos sociais que buscam unicamente o reconhecimento das suas diversidades e secundariza questões atinentes à justiça redistributiva. De outro lado a especificidade de seus movimentos libertários dificulta a elaboração de um projeto comum emancipatório, o que inviabiliza por vezes um resultado de transformação social.

## REFERÊNCIAS

- BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial: infra-estrutura para o desenvolvimento*. Washington, 1994. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas.
- BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial: o Estado num mundo em transformação*. Washington, 1997. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas.
- BANCO MUNDIAL. *Word Development Report: building institutions for markets*. Washington: Oxford University Press, 2001.
- BERLINGER, G. La salud in la crisis del estado de bienestar. *Cuadernos médicos sociales*. Setembro, 1983.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 15.
- \_\_\_\_\_. *“Branco” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- DELCOURT, Jacques. Social policy: crisis or mutation? *Labor and Society*, v. 7, n. 1, jan./mar. 1982.
- DWORKING, Ronald. *Talking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1991.
- FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos Direitos*. São Paulo: Max limonad, 2001.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FARIA, José Eduardo. Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas. In: *Democracia e governabilidade: Os direitos humanos à luz da globalização*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 127-160.
- GIDDENS, Antony. *Consequences of modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1990.
- GILDER, G. *Wealth and prevency*. New York: Bantan Books. 1982.
- MOREIRA, Vital. Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político*. Barcelona: Pardós Ibérica, S.A., 1999.

O'CONNOR, James. *A crise do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

QUESADA, Fernando. Processos de Globalización: Hacia un nuevo imaginário político. In: *Siglo XXI: un nuevo paradigma de la política?* Barcelona: Anthropos Editorial, 2004.

RAWLS, Jonh. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

ROSANVALLON, Pierre. *La crise de L'état providence*. Paris: Seuil. 1985.

\_\_\_\_\_. *La nouvelle question sociale*. Paris: Seuil, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. Toward a new common sense - law science and politics in paradigmatic transition. New York: Routledge, 1995.

\_\_\_\_\_. *Reinventar a Democracia*. Lisboa: Gradiva, 1998.

\_\_\_\_\_. Os processos da globalização. In: *Globalização: Fatalidade ou Utopia?* Porto: Afrontamento, 2001. p. 31-106.

\_\_\_\_\_. *A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

WILLKE, Helmut. The tagedy of the State: prolegomena to a theory os State in polycentric society. In: *ARSP - Archiv für rechts und sozial philosophie*. Stuttgart, vol. LXXXII.

TEUBNER, Gunther. *Juridification of Social Spheres: a comparative analysis in the areas of labour, corporate, antitrust and Social Welfare Law*. Berlim, 1987.

SAND, Inger-Johanne. *Changimg forms of governance and the role of law: society and its law*. Oslo: Arena Working Papers, 2000.