

MELINA BRECKENFELD RECK

**BIOTECNOLOGIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Antônio Peres
Gediel.

CURITIBA
AGOSTO/2001

TERMO DE APROVAÇÃO

MELINA BRECKENFELD RECK

BIOTECNOLOGIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel
Departamento de Direito Civil e Processual Civil

Curitiba, __ de _____ de 2001

À memória de meus avôs paternos

Aos meus avôs maternos.

À preservação da dignidade da pessoa humana.

AGRADECIMENTOS

Na realização da monografia, tive inestimável auxílio de diversas pessoas.

Fundamental foi a presença de Rodrigo Casagrande, que nos momentos mais árduos sempre esteve presente.

Agradeço imensamente ao Professor José Antônio Peres Gediél, cuja orientação foi imprescindível à elaboração dessa monografia. Também, sou grata aos demais integrantes do Grupo de Pesquisa Direito e Biotecnologia, pois nossas reuniões foram essenciais e contribuíram muito à realização deste trabalho. De modo especial, agradeço à mestranda Ana Cláudia Bento Graf pelos diálogos que propiciaram uma melhor revisão do texto final da monografia.

Por fim, agradeço ao Professor Luiz Edson Fachin pela relevância que conferiu, nas aulas ministradas ao atual 5^a ano, aos fenômenos da Constitucionalização e Repersonalização do Direito Civil, ponderações que influenciaram muito na escolha do tema trabalhado.

“No novo contexto científico e cultural, o Homem subiu à ponte da barca da sua existência e tomou o leme do próprio destino.

O cientista é já capaz de modificar o património genético e criar um ‘novo ser’ não previsto nos planos da Natureza.

Não estaremos envolvidos numa mecânica própria, com efeitos perversos, na medida em que somos deuses, senhores e actores da nossa existência e simultaneamente escravos e espectadores do futuro por nós traçado?

Escrevemos, interpretamos e vivemos uma peça teatral cujos limites e perigos da intriga desconhecemos por completo?

Aos novos poderes da Ciência correspondem novos deveres do Homem. Há que prevenir os excessos de uma tecnologia sem consciência; os cientistas não podem ser profetas e teólogos da nossa era.” (BARBAS, Stela M. N. **Direito ao património genético**. Coimbra: Almedina, 1998.p.11)

SUMÁRIO

RESUMO.....	p.vii
INTRODUÇÃO.....	p.1
1. O Direito diante dos dilemas da Biotecnologia.....	p.3
1.1. O estouro de limites.....	p.3
1.2. Qual Direito?.....	p.12
2.Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.....	p.23
2.1. A Normatividade dos Princípios	p.23
2.2. Atribuições dos Princípios Constitucionais.....	p.28
2.3. Acepção e conteúdo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	p.31
2.4. Dimensão Jurídico-Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.....	p.39
2.5. É um Princípio Absoluto?.....	p.47
3. Solução dos <i>Hard Cases</i> da Biotecnologia.....	p.51
3.1. <i>Hard Cases</i> e a Inexistência de Discricionarietà Judicial.....	p.51
3.2. Aplicação e Desenvolvimento Judicial dos Princípios Constitucionais.....	p.57
CONCLUSÃO	p.67
BIBLIOGRAFIA	p.74

RESUMO

A biotecnologia, ao permitir decidir como se deve nascer, quando se deve morrer, enseja um *estouro de limites* que merece atenção não só dos cientistas, mas também dos juristas. Embora não se deva cercar totalmente o progresso científico, o Direito deve exigir a observância e respeito à preservação da vida com dignidade. Para lograr acompanhar a velocidade da ciência, não se pode conceber o Direito como um sistema fechado e completo, mas sim como um sistema aberto formado por princípios, regras e valores, tendo relevância, nesse aspecto, os fenômenos da Repersonalização e da Constitucionalização do “direito privado”, eis que erigem a pessoa como escopo precípua. Ao vedar qualquer reificação, instrumentalização da pessoa, o princípio da dignidade da pessoa humana está eminentemente imbricado na problemática acarretada da biotecnologia. Eis por que o Direito, diante desses dilemas, deve pautar, mormente, nesse princípio, sua atuação, quer quando elabora regras, quer quando dirime casos concretos. Reconhecida a normatividade e as funções – hermenêutica, fundamentadora e integrativa - dos princípios constitucionais, é inegável a possibilidade da sua utilização como esteio de decisões judiciais, até porque nos casos difíceis os juízes não têm discricionariedade, pois devem recorrer aos princípios para embasar as decisões. De tal sorte, nos *hard cases* da biotecnologia, o juiz deve arrimar-se em princípios, notadamente no da dignidade. Enfim, para aplicar princípios, o julgador deve recorrer à metódica jurídica, realizando, assim, a densificação e a concretização do princípio no caso concreto.

INTRODUÇÃO

As novidades científicas e tecnológicas, cada vez mais audaciosas, devem atender, precipuamente, aos apelos de valor que a vida humana representa, a fim de evitar que se realizem em detrimento da própria humanidade. Para tanto, a relevância do Direito é transcendental, eis que lhe incumbe impedir que a biotecnologia promova um *estouro de limites*, maculando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale dizer, o operador do direito deve amparar-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana para conferir solução aos dilemas ensejados pela Biotecnologia, seja quando elabora normas, seja quando dirime casos concretos. Eis o *leitmotiv* da presente monografia.

Pois bem, restando evidente a importância do Direito nessa problemática, convém perquirir se a veloz alteração da realidade promovida pelas descobertas científicas torna insuficiente a moldura jurídica tradicional? É dizer, essa moldura, preconizando um sistema fechado e completo – nos moldes da velha pandectista -, logrará acompanhar a velocidade das transformações? Não seria mais adequado e interessante perfilhar a concepção de sistema aberto?

Nesse intento, avultar-se-á a pertinência dos fenômenos da Constitucionalização e Repersonalização do Direito Civil para conferir ao sistema jurídico mais aptidão no trato das questões referentes à Biotecnologia, até porque uma leitura da Biotecnologia à luz de um princípio constitucional exige explanação a respeito desses fenômenos. A propósito, não se olvide que, por força daqueles fenômenos, o Direito não está apenas centrado funcionalmente em torno do conceito de pessoa, mas também seu sentido e sua finalidade são a proteção da pessoa.

Demais disso, abordar-se-á a respeito dos princípios constitucionais, indagando-se acerca de sua normatividade, de suas atribuições – eles preenchem lacunas? -, de suas características. Eis que, de tal sorte, será possível saber se é cabível a utilização deles na resolução de casos concretos e na conformação da atividade legislativa.

Aliás, é justamente da análise das funções e das características dos princípios constitucionais que se inferirá se servem ou não como esteio à atividade do operador jurídico diante dos dilemas biotecnológicos. Indagar-se-á se recorrer aos princípios, embora na se ganhe em facilidade, implica maior certeza e segurança?

Ulteriormente, merecerá atenção a idéia de *hard cases*, afinal em que consistem os casos difíceis? Os juízes para solucioná-los tem ampla discricionariedade? Devem fundamentar suas decisões em princípios?

De outra parte, será necessário questionar a respeito do desenvolvimento judicial, da interpretação e da aplicação dos princípios aos casos concretos. É dizer, como os juízes poderão utilizar os princípios para fundamentar decisões, como os aplicarão? As características – vagueza, abertura – seriam obstáculos intransponíveis, ou apenas exigiriam maior esforço argumentativo do operador do direito?

Nesta quadra, recorrer-se-á à explanação acerca da metódica constitucional, da densificação, da concretização dos princípios a um caso concreto, bem como será interessante tratar da concepção que preconiza a distinção entre *texto da norma* e *norma de decisão*.

Não bastasse isso, sendo escopo da presente monografia promover uma leitura da biotecnologia à luz da dignidade da pessoa humana, caberá verificar o porquê da relevância, do papel destacado desse princípio na conjuntura ensejada pelo progresso científico.

Por derradeiro, intentar-se-á trazer à colação alguns exemplos da utilização do princípio da dignidade da pessoa na solução de casos difíceis, a fim de corroborar a pertinência e relevância da sua utilização para auxiliar o Direito a enfrentar os dilemas que se apresentam, almejando, sempre, proteger a vida.

1. O Direito diante dos dilemas da Biotecnologia

1.1. O Estouro dos Limites

Os progressos científicos e tecnológicos ensejam grandes problemáticas - verdadeiros dilemas - que merecem e exigem constante reflexão não só dos cientistas, mas também e, principalmente, dos operadores do Direito.¹

Muito embora seja necessário reconhecer que os avanços das ciências da vida e da saúde representam uma inegável contribuição para a vida humana², isso não significa dar ao cientista ‘carta branca’ para a prática ilimitada de descobertas, mesmo porque a liberdade do cientista deve estar limitada pela manutenção da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, as ciências não podem avançar além do permitido, porém essa certeza acarreta a difícil indagação: até onde lhes é permitido? Há a necessidade imperiosa de coadunação entre as ciências da vida e da saúde e o Direito, a fim de compatibilizar a necessidade

¹ Heloísa Helena Barboza, com propriedade, preconiza: “A humanidade vem presenciado nas últimas décadas o desenrolar de uma verdadeira ‘revolução’ provocada pela biotecnologia e pela biomedicina que afeta, diretamente e a um só tempo, diferentes ramos do conhecimento humano, trazendo uma série de questionamentos jamais pensados. O homem passou a interferir em processos até então monopolizados pela natureza, inaugurando uma nova era que poderá se caracterizar pelo controle de determinados fenômenos que escapavam ao seu domínio. As técnicas de reprodução humana assistida, o mapeamento do genoma, o prolongamento da vida mediante transplantes, as técnicas para alteração do sexo, a clonagem e a engenharia genética descortinam de forma acelerada em cenário desconhecido e imprevisível, no qual o ser humano é simultaneamente ator e espectador. Os constantes progressos nesses campos deixam os laboratórios e freqüentam diariamente os noticiários, provocando curiosidade, espanto e medo ao leitor.” (BARBOZA, Heloísa H. *Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos*. In: BARBOZA, Heloísa H.; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de Biodireito e de Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar.,2001.p.1-2)

² Neste aspecto, João Álvaro Dias afirma “Os progressos científicos têm propiciado um eufórico optimismo quanto à possibilidade de o homem estabelecer o seu próprio domínio sobre o mundo, construindo a verdade científica e conquistando a verdade com leis próprias.(...)Os caminhos abertos pela ciência nas últimas décadas, relativamente à manipulação biológica do ser humano em função de múltiplas motivações e finalidades, **revelam-se tão surpreendentes quanto aterradores**. Foi derrubada a infranqueável barreira da inquietação ‘metafistotélica’ de conseguir produzir um ser humano no laboratório.” –g.n.- (DIAS, João A. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p.7). Em outro trecho, relata “Das várias biotecnologias enunciadas, aplicáveis ao ser humano, algumas existem que representam um incontestável progresso e benefício, enquanto outras terão de ser rigorosamente cerceadas na sua aplicação ou mesmo rejeitadas.” (ibid. p.15)

Consentâneo, é o entendimento exarado por Stela Barbas “Aberta a porta a todas as possibilidades e tentações da ciência, pode deixar de existir a fronteira entre a idéia do ‘homem novo’ e o eugenismo, ou, entre a eutanásia e o genocídio. Por tudo isto se fala cada vez mais numa ‘ética da responsabilidade’, que partindo do princípio de que o absoluto não é a ciência mas sim o homem, fixe princípios normativos, uma nova geração de direitos e na sua

e o valor da descoberta científica com a manutenção das condições essenciais ao respeito à dignidade da pessoa humana. No entanto, o Direito, ao limitar as ciências da vida e da saúde, não impedirá o avanço destas, mas sim que o homem avance sobre a humanidade, manipulando-a de maneira a por em risco a dignidade e vida humana, isto é, o Direito deve reprimir qualquer tentativa de *reificação* do homem.³

Outrossim, Laymert Garcia dos Santos⁴, ao enfatizar a dificuldade de estabelecer limites, constata um ‘estouro dos limites’:

“Se examinarmos a tecnociência contemporânea, principalmente a engenharia genética, vemos que o que caracteriza é um estouro dos limites.

Mas o que é limitar? Como estabelecer limites se na engenharia genética aconteceu um ‘estouro’ dos limites entre o humano e o não-humano e assiste-se, no cotidiano, o acontecimento de fatos inusitados como, por exemplo, a propriedade de genes por outra pessoa que não seu portador, a maternidade sem sexualidade, a doação de óvulo e sêmen? Como enfrentar este problema que é nosso – a questão da perda das fronteiras genéticas?”

Vale dizer, as novas técnicas permitem decidir como se deve nascer, quando se deve morrer, isto é, ter a derradeira palavra, a última decisão sobre a vida. Na medida em que as maternidades transformam-se em laboratórios de procriação e a salas de reanimação e a alas dos hospitais de doentes terminais evoluem a uma espécie de ‘limbo mecânico’ ou antecâmaras do fim da existência física, os médicos tornam-se árbitros supremos da dialética vida/morte. De tal sorte, como bem expressa Stela Barbas, o Homem tende a nascer ‘in vitro’ e a morrer ‘in maquina’⁵

primeira linha o direito a um patrimônio genético não manipulado.” (BARBAS, Stela M. N. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, p.12)

³ Nesse sentido, cf. BRAGA, Renata. DNA: Análise Biojurídica da Identidade Humana. In: BARBOZA, Heloisa H.; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Temas de Biodireito e de Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.262-3.

⁴ SANTOS, Laymert G. Fronteiras legais e genéticas: O humano ao alcance das mãos. In: EMERICK, Maria C.; Carneiro, Fernanda (Org.). **Recursos Genéticos Humanos. Limites ao acesso**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo, 1997 Cruz. p.73.

⁵ BARBAS, p.12.

Participando de Debate Interdisciplinar sobre a Regulamentação do Acesso e do Uso do Genoma Humano no Brasil, promovido pela Fiocruz, Carlos Médicis⁶, Doutor em Biofísica, ilustrou muito bem que os problemas tornam-se cada vez mais sérios e instigantes, ao tratar do tema *Ética e Produção Científica*:

“Por exemplo, uma companhia de seguros que opere com mentalidade tipicamente de capitalismo selvagem só vai querer segurar as pessoas que não tenham, entre aspas, nenhum defeito genético (...) A sociedade aceita isto ou vai repartir o risco com todo mundo? (...) Qual o limite para se fazer um teste de diagnóstico pré-natal? Vamos considerar que quem tem um gene defeituoso é menos humano do que tem o gene normal? Qual o limite? Será que as pessoas vão começar a escolher, como num álbum de retrato, a cor dos olhos, o tipo de cabelo? São problemas gravíssimos que até há bem pouco tempo era especulação ou ficção científica e cada vez mais estarão ingressando no mundo da realidade ”

Assim, em virtude das possibilidades criadas pela Biotecnologia, emerge um forte receio, eis que tais possibilidades estão intimamente ligadas às pulsões básicas dos seres humanos: vida e morte. A propósito, é assaz interessante transcrever o que preconizava Sigmund Freud⁷, realizando até uma ‘previsão do futuro’:

“A questão fatídica para a espécie humana parece-me ser saber se, e até que ponto, seu desenvolvimento cultural conseguirá dominar a perturbação da vida comunal causada pelo instinto humano de agressão e autodestruição. Talvez, precisamente com relação a isso, a época atual mereça um interesse especial. Os homens adquiriram sobre as forças da natureza um tal controle, que, com sua ajuda, não teriam dificuldades em se exterminarem uns aos outros, até o último homem. Sabem disso, e é daí que provém grande parte de sua inquietação, de sua infelicidade e de sua ansiedade.”

Em última análise, à medida que a humanidade depara-se com as imprevisíveis conseqüências trazidas pela ciência – cite-se, à título ilustrativo, os efeitos das manipulações de animais e seres humanos avultados com a clonagem da ovelha *Dolly*, bem como, conforme

⁶ MOREL, Carlos M. *Ética e Produção Científica*. In: EMERICK, Maria C.; Carneiro, Fernanda (Org.). **Recursos Genéticos Humanos. Limites ao acesso**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 1997.p.19-20.

⁷ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na Civilização*. Tradução de: ABREU, José Octávio de Aguiar. 1997. Rio de Janeiro: Imago. p. 111-2

noticiam os periódicos, a possibilidade de gestação sem a participação de células reprodutivas masculinas –, é inegável que cabe, também, ao Direito apresentar soluções que mitiguem, impeçam esse ‘estouro de limites’.

Aliás, alguns dilemas há muito preocupam o jurista, pode-se exemplificar a questão dos embriões excedentes na inseminação *in vitro*⁸, a legislação brasileira de transplantes de órgãos e tecidos⁹, o citado tema do acesso e uso dos recursos genéticos humanos¹⁰ (clonagem, patenteamento de gens etc), a identidade genética como direito da personalidade, os alimentos transgênicos, a eutanásia, o aborto etc.

⁸ A propósito, salutar é o magistério da Professora Jussara Meirelles, ao preconizar a necessidade de proteção jurídica aos embriões humanos mantidos em laboratório: “registra-se a problemática trazida pela existência de embriões que, obtidos mediante fertilização *in vitro*, não são transferidos ao útero, seja porque não apresentem condições de evolução normal, seja porque ultrapassem a quantidade recomendável à aludida transferência. Em tais hipóteses, os embriões ditos ‘excedentes’ são eliminados ou, para evitar a sumária eliminação, alguns centros médicos preservam-nos em congelamento, à espera de novas oportunidades de transferência ao útero humano, ou mesmo com o intuito de possibilitar manipulação e uso em pesquisa de variada ordem.

O destino dos embriões obtidos e mantidos em laboratório constitui realidade distante do Código Civil Brasileiro que, ao dispor sobre a pessoa, funda-se em categorias abstratas do direito privado clássico.” –sem grifos no original. –(MEIRELLES, Jussara M. L.. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.5-6)

⁹ Nesta questão, é perspicaz o entendimento do Professor José Antônio Peres Gediél: “As tensões e os dilemas presentes na legislação brasileira sobre transplantes de órgãos e vivenciados em âmbito nacional deverão ser enfrentados, sem perder de vista as contribuições doutrinárias e as experiências legislativas de outras sociedades porque a ela estamos ligados pelo passado comum do Direito moderno, pelo impacto da Ciência sobre o corpo humano e pela apropriação dos bens da vida pelo mercado.

Situado entre a matriz comum do direito continental europeu e a especificidade do direito brasileiro, este livro tenta recolher as perplexidades do nosso tempo, diante do avanço tecnológico e da desumanização da vida.”(GEDIÉL, José A. P. *Transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Vento, 2000, p.7-8.). Em outro texto, afirma que a leitura da Lei 9434/97 – que dispõe sobre transplantes de órgãos – evidencia que o problema da alienação onerosa de elementos extraídos do corpo humano, *comercialização*, restou convenientemente tratada, mas tal tratamento não é suficiente para enfrentar os problemas suscitados pela biotecnologia, em suas aplicações aos seres humanos, porque as questões daí decorrentes radicam-se no problema da *coisificação (reificação) e apropriação privada* de elementos do corpo humano, e não apenas no problema de sua *disposição onerosa e apropriação derivada* (comercialização). (GEDIÉL, José Antônio Peres *Tecnociência, dissociação e patrimonialização do corpo humano*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.72)

Stela Barbas, por seu turno, observa: “O desenvolvimento da técnica dos transplantes, já alargado à fusão entre o reino animal e o humano, pode levar a considerar o corpo como um conjunto de peças destacáveis ou, se preferível, desmontáveis e comercializáveis, com o aparecimento de outros Faustos dispostos a venderem a alma em troca de ‘absurdos biológicos’”. (BARBAS, p.12)

¹⁰ Stela Barbas afirma: “A descoberta do genoma, ao permitir o acesso à totalidade do nosso material genético, equaciona a grande aposta do final do século, por passar a ser possível ‘conhecer o homem na própria raiz do seu enigma, prever o seu futuro e mudar a sua rota.’ (Luis Archer)”. (ibid. p.11).

Embora ultrapasse um pouco os principais objetivos desta monografia, faz-se mister mencionar que, tangenciando esses problemas, há o forte receio de que os países mais ricos e desenvolvidos, através da biotecnologia, mais uma vez, prejudiquem os países periféricos. A fim de ilustrar isso, basta citar as recentes críticas dos EUA à lei brasileira das patentes - Lei 9279 de 14 de maio de 1996¹¹ - tachando-a de protecionista¹². A propósito, Jussara Meirelles, com propriedade, ressalta:

“A congruência entre propósitos, meios e fins da biotecnologia com o bem comum objetiva evitar, por exemplo, que vidas sadias e vidas humanas do Terceiro Mundo sejam ceifadas frente a vidas humanas enfermas ou vida humanas do Primeiro Mundo. Busca-se evitar, coercitivamente, toda forma de instrumentalização de alguns seres humanos em favor do interesse de outros. Esse o território do Biodireito; essa a sua preocupação; esse o seu objeto.”¹³

Sendo muitas as possibilidades de utilização das informações genéticas, desde a alteração genética até a discriminação, não está fora de cogitação a possibilidade de nações mais poderosas implantarem em território brasileiro campos de pesquisas, aproveitando a escassa regulamentação sobre a identidade genética humana.¹⁴

¹¹ Relacionando a questão dos transgênicos à discussão das patentes, Ana Cláudia Bento Graf afirma: “Há menos de um século, algumas das atuais empresas transnacionais de biotecnologia lutavam contra os que defendiam a concessão de monopólios por meio de patentes. Atualmente, estas empresas pressionam governos para a obtenção de um sistema de patentes mais forte em todo o planeta, qualificando a inexistência de propriedade intelectual como uma barreira não alfandegária, ao mesmo tempo em que desfraldam agressivamente a bandeira do livre comércio. A razão para tal alteração de posicionamento repousa no fato de que tais empresas tornaram-se exportadoras de biotecnologia. A exportação de tecnologia, aliada a um rigoroso sistema de patentes, dificulta a inovação e gera dependência econômica e científica nos países em desenvolvimento. (...) a aprovação da lei de patentes muito antes do fim do prazo que o Brasil possuía (2001) para reconhecer o patenteamento de biotecnologias deve-se, em grande parte, à pressão exercida sobre o governo brasileiro pelos países que dominam a Organização Mundial do Comércio (OMC), especialmente os Estados Unidos (que não ratificaram a CDB), visto que não estavam protegidas pelo antigo Código de Patentes (Lei 5772/71) as inovações tecnológicas nas áreas química, farmacêutica e alimentícia.” (GRAF, Ana C. B. Direito, Estado e economia globalizada: as patentes de biotecnologia e o risco da privatização da biodiversidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba v.34, 2000. p.139-140)

¹² Sobre esse tema, Sérgio Ferraz acentua ser imprescindível “um tratado internacional que, consagrando elevados padrões éticos e técnicos para o assunto, evite que, mais cedo ou mais tarde, também o corpo do habitante do terceiro mundo se transforme em matéria-prima barata, para atendimento às necessidades orgânicas dos habitantes do mundo desenvolvido.” (FERRAZ, Sérgio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. p.36)

¹³ MEIRELLES, Jussara. Bioética e Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa H.; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de Biodireito e de Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.95.

¹⁴ Nesse sentido, cf. BRAGA, Renata. p.261

Perante o que se apresenta, é, pois, transcendental e imprescindível o papel do Direito¹⁵ ao qual, sem descurar da Ética e da análise interdisciplinar, caberá regular, impor limites, apresentar soluções, seja quando elabora leis, seja quando, na atividade jurisdicional, dirime casos concretos. Desde logo, frise-se que essas duas atuações devem estar pautadas nos princípios constitucionais, mormente, naquele que assegura a dignidade da pessoa humana.

Deveras, conquanto não se deva cercear totalmente o progresso científico, é imprescindível que ele se faça com observância e respeito a valores maiores, como a dignidade humana. Segundo Heloísa Barboza, “o ponto de harmonização entre essas duas necessidades, aparentemente conflitantes, há de ser encontrado pela Ética e pelo Direito. Tal tarefa, de início a cargo da Filosofia, que de pronto dedicou-lhe uma de suas áreas, a Bioética, de imediato exigiu a atuação simultânea do Direito que, igualmente, destinou-lhe campo próprio, ainda em formação – o Biodireito”¹⁶

Nesta esteira, ao prefaciando obra de Sérgio Ferraz, Carlos Mário da Silva Velloso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, com propriedade, salienta que “As experimentações biológicas são capazes de fazer felizes as pessoas, desde que, cuidadas também pelo filósofo e pelo jurista, estejam balizadas e limitadas pelo direito e pela ética.” –sem grifos no original.-¹⁷

Com efeito, cabe, principalmente, ao Direito¹⁸ a função de normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade em geral, conferido uma resposta às múltiplas indagações produzidas pelas atividades biomédicas. Aduz, a respeito Jussara Meirelles:

¹⁵ Indaga, com propriedade, Sérgio Ferraz: “O que antes poderia parecer simples exercício da imaginação acabou por tornar-se plausibilidade efetiva, realidade palpável. Frente a ela o que faz o direito? (...) Será possível continuar a tentar ignorar a natureza jurídica dos embriões ou gametos? E os problemas das suas doações (em vida e *post mortem*)? Por certo não pode ser juridicamente irrelevante toda uma plethora de temas, tais como: a fecundação artificial de mulheres solteiras; a manipulação simples; a investigação, experimentação e a terapia genéticas, em células reprodutoras ou não; o descompasso entre a família jurídica e a biológica; e até mesmo entre esta ‘natural’ e a induzida.” (FERRAZ, p.15)

¹⁶ BARBOZA, p.2.

¹⁷ VELLOSO, Carlos M. **Prefácio**. In: FERRAZ, Sérgio.p.10

¹⁸ A respeito, Luiz Edson Fachin ressalta que “a esfera jurídica é vital no debate da bioética, e que a discussão sobre a crise dos valores passa pelo jurídico, e por isso mesmo o Direito não pode ser uma evidência ao qual se adapta ou se acostuma. (...) A engenharia genética surpreendeu o direito. Somente agora os juristas começam suas viagens sobre os territórios da bioética e do biodireito, parecendo bombeiros atrás de um incêndio, transitando no

“A Bioética propõe limites à biotecnologia e à experimentação, com a finalidade de ver protegidas a dignidade e a vida da pessoa humana como *prius* sobre qualquer valor. Porém, a norma moral é insuficiente porque, ainda que alcance a dimensão social da pessoa humana, opera apenas no plano interno da consciência, impondo-se, portanto, um novo ramo do *dever ser*, mediante o qual se regulem as relações intersubjetivas à luz dos princípios da Bioética. Necessário, por isso, que as normas sejam jurídicas, e não somente éticas, pois somente o caráter coercitivo daquelas impedirá ao científico sucumbir à tentação experimentalista e à pressão de interesses econômicos.”¹⁹

Não obstante, por muito tempo, a Bioética, ao se deparar com essas novidades, tenha buscado estabelecer um diálogo²⁰ entre a ética e a vida, preocupando-se com o respeito aos valores morais, hoje ela é insuficiente²¹. Isto é, não logra, por si só, atender às necessidades prementes.

Vale dizer, embora seja difícil legislar a respeito dos impasses suscitados pela biotecnologia, cada vez mais, urge estabelecer normas jurídicas que regulem a conduta médica e científica, até porque se trata de questões que envolvem o direito fundamental à vida, que não é senão um direito absoluto. Frise-se, conforme já asseverado, que essa elaboração legislativa deve atender e obedecer aos princípios e regras constitucionais, principalmente, o da dignidade da pessoa humana que está fortemente imbricado nessa problemática, visto que veda que o homem seja tido como meio, objeto.

paradoxo que pode haver entre instrumentos de liberdade e artefatos de mercancia. Tratam de pensar os avanços da engenharia genética e entender que o corpo humano não pode ser reduzido a uma noção de mercado.” (FACHIN, Luiz E. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p.229-230)

¹⁹ MEIRELLES, **Bioética**...p.90-1

²⁰ Na perspectiva etimológica, Bioética, em grego, *bíos* significa *vida* e *éthike* significa *ética*. Quanto à origem histórica, convém mencionar que, em 1971, o oncologista *Van Rensselder Potter* utilizou o termo *Bioética*, pela primeira vez, representando semanticamente o estudo do equilíbrio entre a Tecnociência biomédica e a preservação do homem, pautado, principalmente pelo respeito à pessoa e a preservação do homem, mediante uma perspectiva ecológico. Ao passo que, também em 1971, *Andre Hellegers*, empregou o termo Bioética, desconhecendo a existência do neologismo criado por *Potter* e preocupado com a aplicação de suas descobertas em seres humanos, e a considerando uma Ética da vida, particularmente da vida humana. Muito embora o respeito à ecologia também integre as preocupações da Bioética, o sentido dado ao termo por *Hellegers* é o mais se aproxima daquele que é corrente na atualidade.

²¹ Luiz Roldão de Freitas preconiza “toda a reflexão Bioética, para que seja efetivamente profícua, deve apontar na direção de uma normatização jurídica. A normatização, por sua vez, deve ter como meta resguardar o ser humano diante da ameaça de reificação da pessoa, que o dito progresso traz em seus procedimentos internos.” (FREITAS, Luiz R. **Prefácio**. In: SAUWEN, Regina F.; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito *in vitro***. Da bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1997. p. v)

Consentâneo é o entendimento do Ministro do STF Carlos Velloso, ao criticar o fato de se deixar somente ao pesquisador a função de estabelecer limites e normas, bem como destaca o papel que deve ser exercido pelo Direito:

“Quantos e quantos nem imaginam, em tema de experimentações biológicas, o que tem ocorrido neste mundo novo, inadmirável na medida em que a revolução técnico-científica é deixada apenas com o cientista, dela não participando o filósofo e o jurista, registro, aliás, que é do próprio autor, parodiando Clasesewitz.

(...) Uma Constituição que estabelece fundamentar-se o Estado na ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III), que tem como objetivo fundamental da República promover o bem de todos (art. 3º, IV), que garante o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (art.5º), (...) constitui campo fértil à pesquisa em torno do assunto e impõe limites a manipulações biológicas.”²²

Nessa conjuntura, é, portanto, inegável que ao Direito incumbe disciplinar o campo da Biotecnologia, de modo a estabelecer limites que devem ser pautados, principalmente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Concomitantemente, emergem muitas indagações: como logrará o Direito esta atuação? Como acompanhará a rapidez da biotecnologia?

Pois bem, o principal óbice à atuação do Direito reside na suposta impossibilidade de acompanhar a *extrema rapidez* das transformações científicas. Como bem pontua Sérgio Ferraz, “a extrema rapidez do desenvolvimento científico, particularmente nos últimos cinquenta anos, pôs por terra qualquer veleidade quanto a poderem as ciências sociais acompanhar, com a pretensão de conduzir o impacto das descobertas da pesquisa, em nossas vidas e na sociedade”²³.

²² op.cit. p.7-8.

²³ Prossegue Sérgio Ferraz: “Essa constatação, já por si grávida de ponderáveis conseqüências, assume, entretanto, dramático e terrível papel no campo da manipulação biológica, em todos os seus quadrantes. (...) Tão intensa foi, no particular, a acelerada disparada da ciência que já nos habituamos a encarar como fenômenos do cotidiano revoluções que, há 30 (trinta) anos, não saíam dos livros de ficção: a inseminação artificial; o bebê de proveta ou fecundação *in vitro*; as técnicas de reprodução assistida; a doação e utilização de embriões, fetos, células, tecidos, órgãos etc... Tudo isso, se de um lado deslumbra, por outro deixa entrever ominosos pesadelos. Mais do que nunca, estamos no limiar de um desafio indeclinável: compatibilizar o controle de atuação científica (para evitar inaceitáveis abusos), com a necessidade da investigação biológica (da genética, em particular, com vistas ao término da esterilidade e de certas doenças, por exemplo).

É nítido, para nós juristas, que a concepção de *família* e a *própria idéia da dignidade humana* – *instituição e valor fundamentais da sociedade e do homem* – *estão seriamente implicadas nessa tensão.*” –sem grifos no original.- (FERRAZ, p.11)

Eis por que é evidente ser impossível ao Direito acompanhar através da produção de regras específicas e exaurientes, até porque o processo legislativo é moroso, tampouco ter a pretensão, nos velhos moldes da pandectista²⁴, de um ordenamento jurídico completo e fechado²⁵

Na medida em que se suscita, como óbice²⁶ à atuação do Direito, que a pretensa estabilidade das normas é incompatível ao ritmo acelerado em que acontecem as descobertas no campo da Biotecnologia, avultar-se-á, no presente trabalho, seja o papel conformador da Constituição, principalmente, dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana, seja a idéia de Direito como um sistema aberto.

Deveras, somente uma nova concepção de Direito, que pugne a existência de um sistema aberto formado por princípios e regras jurídicas, encontra-se apta quer para atender as demandas acarretadas pela Biotecnologia, quer para acompanhar a velocidade dessas modificações.

Tratando da repersonalização e princípios constitucionais, Luiz Edson Fachin²⁷ assevera que "a complexidade contemporânea imprimiu ao Direito feições antes impensáveis, revelou

²⁴ Para um aprofundamento acerca das características da *Pandectista*, é interessante conferir a obra: WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

²⁵ Participando de Debate Interdisciplinar sobre a Regulamentação do Acesso e do Uso do Genoma Humano no Brasil, promovido pela Fiocruz, o Professor Carlos Frederico Marés destacou que o sistema jurídico vigente foi pensado para resolver questões colocadas no final do século XVIII – ‘com seus estigmas, princípios, dogmas e realidade’. Por outro lado, considerou que as questões contemporâneas relativas a direitos coletivos, direitos da pessoa, acesso ao genoma humano, direitos do meio ambiente, por exemplo, trazem complicações jurídicas, pode-se dizer, ‘insolúveis’. Em suas próprias palavras: “ Todo Direito criado no século XIX foi pensado como um Direito fechado, harmônico, que não tinha lacunas. Essas questões todas já estão colocadas, inclusive, na Constituição Brasileira de 1988. Claramente fazem do direito vigente um Direito com mais buracos do que qualquer queijo suíço. Por quê? Porque o Direito não consegue dar respostas a coisas como, por exemplo, os direitos coletivos que a Constituição garante mas, no momento de exercê-los, falta juridicidade.(MARÉS, Carlos F. Arcabouço Jurídico e as Pesquisas de Manipulação da Genética Humana In:EMERICK, Maria C.; Carneiro, Fernanda (Org.). **Recursos Genéticos Humanos. Limites ao acesso**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 1997. p.37)

²⁶ Luiz Edson Fachin, a respeito do descompasso do Direito com a realidade, preconiza: “Não obstante a realidade social e econômica não seja congruente com o fulgor tecnológico, centros de fertilização atuam onde o Direito ainda não alcançou. Dados da realidade começam a provocar distorções diante da lacuna da lei. Mulheres de baixa renda começam a se oferecer para serem mães de aluguel, para emprestar seu útero à gestação de quem não pode procriar. Este é um dos paradoxos, uma das distorções que começam a ocorrer, exatamente por falta de uma regulação específica.” (FACHIN. **Elementos**. p.226)

²⁷ FACHIN, Luiz E. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.189

rupturas e inexatidões, e mostrou, especialmente, a fratura de um projeto de racionalidade que se queira completo e único."

Assim, resta indagar de que forma o Direito poderá atuar de modo a impor os limites necessários às atividades da biotecnologia e a solucionar os dilemas por ela suscitados. Por conseguinte, emerge o problema, já referido, de como ele logrará seguir o ritmo acelerado da atuação científica.

Antes disso, cumpre destacar que o progresso das ciências da vida e da saúde enseja novidades que provocam o homem a preservar tanto sua própria identidade, quanto sua dignidade como pessoa²⁸, princípio esse consagrado, pela Constituição Federal de 1988, como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

1.2. Qual Direito?

A fim de esboçar como o Direito poderá estabelecer limites à biotecnologia e solucionará as perplexidades por ela suscitada, é interessante inserir o presente estudo nos denominados fenômenos da Constitucionalização²⁹ e Repersonalização³⁰ do Direito "privado"³¹,

²⁸ Esse princípio será analisado, no decorrer do presente estudo, de modo a, paulatinamente, avultá-lo e configurá-lo como esteio precípua do operador do direito para tratar dos dilemas acarretados pelas novidades biotecnológicas.

²⁹ Pietro Perlingieri assevera "o papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. (...) Toda lei deve ser coerente com a Constituição" (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.58). Joaquim Sousa Ribeiro, por seu turno, salienta que "incidindo a Constituição, com a eficácia preceptiva que lhe é própria, sobre praticamente todas as instituições que amoldam a vida dos homens em comum, nenhum ramo do direito fica imune à irradiação de seus comandos(...) a Constituição coloca-se no cume do ordenamento jurídico, permeabilizando todo o sistema de normas e de actos com as suas opções valorativas." (RIBEIRO, Joaquim Sousa. *Constitucionalização do Direito Civil*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. vol. LXXIV (separata)).

³⁰ Orlando de Carvalho ensina "a repersonalização do direito civil, ou a polarização da teoria em volta da pessoa, que lá se preconiza, não parte de nenhum *parti-pris* filosófico jusnaturalista ou personalista (...). Como se diz no n.6, do que se trata é pura e simplesmente de, sem nenhum compromisso 'com qualquer forma de liberalismo econômico e com qualquer espécie de retorno a um individualismo metafísico', repor o 'indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação *jure civile*', não apenas 'como o autor que aí privilegiadamente intervém mas, sobretudo, como o

mormente, do Direito Civil. Até porque esses fenômenos se impõem como resposta à ordem criada e que não mais se encaixa na moldura dos fatos, tampouco nas esperanças do homem.

Outrossim, não se olvide que - e isso é relevante na seara da Bioética e do Biodireito - por força da supremacia constitucional, todo o tecido normativo infraconstitucional deve "conformar-se e condicionar-se aos ditames da Constituição, cujos princípios constituem o suporte axiológico a harmonizar todo o sistema."³²

Com efeito, essa inserção é assaz pertinente, eis que, em face da veloz alteração da realidade fática ensejada pelas descobertas científicas, vislumbra-se a insuficiência da moldura jurídica tradicional³³, sendo, portanto, imprescindível a adequação dos já existentes atos normativos sobre o tema ao respeito à dignidade e à vida assegurados constitucionalmente.

Evidenciando a insuficiência do traço clássico do direito civil para delinear a realidade hodierna, e, concomitantemente, avultando a constitucionalização³⁴, Jussara Meirelles ressalta

móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação'."(CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral da Relação Jurídica – seu sentido e limites*. 2ª ed. Atualizada. Coimbra: Centelha. 1981. p.10).

³¹ Escreve-se entre aspas a expressão privado, em virtude da inegável mitigação da dicotomia público e privado. Neste aspecto, é salutar transcrever ponderação da Professora Carmem Lúcia Silveira Ramos, versando acerca dessa dicotomia diante da constitucionalização do direito civil, a saber: "Esta publicização do direito regulador das relações privadas, e a concomitante privatização das normas aplicáveis à atividade do Estado, tornou menos nítida, na ótica da ordem jurídica, a distinção entre direito público e direito privado, sendo fenômeno reconhecido, como regra, nos sistemas jurídicos romanistas atuais" (RAMOS, Carmem L. S. *A Constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.11)

³² MEIRELLES. *Bioética...* p.93-4

³³ Sobre o tema, Vicente de Paula Barreto acentua: "o progresso científico provocou a ruptura daquelas categorias jurídicas básicas do direito moderno, obrigando que se fosse buscar nos fundamentos da racionalidade argumentos justificadores, que se poderão expressar sob a forma de 'mandatos de otimização', de uma ordem normativa com condições de regular uma nova realidade social, característica da civilização tecno-científica." (BARRETO, Vicente P. *AS relações da Bioética com o Biodireito*. In: BARBOZA, Heloísa H.; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de Biodireito e de Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.60). Na mesma esteira, Renata Braga preconiza: "Hoje, mais do que nunca, a crise decorrente das incertezas trazidas pelo desenvolvimento científico e tecnológico encontra-se presente. A crítica da concepção positivista é atual, levando o jurista moderno a reconstruir as pontes que ligam o Direito às outras áreas do conhecimento humano."(BRAGA, p.262)

³⁴ Ao suscitar essa problemática, Jussara Meirelles conclui pela "desnecessidade de fixação de regras especiais para assegurar a almejada proteção jurídica aos embriões humanos de laboratório. O casuismo, ademais, implicaria fatal incongruência com a realidade fática, tão velozmente alterada pelas descobertas biocientíficas. Necessário, isso sim, adequar os já existentes atos normativos infraconstitucionais sobre o tema, ao respeito à dignidade e à vida assegurado constitucionalmente. – sem grifos no original. -(MEIRELLES. *A vida...* p.11-2)

que, à época da elaboração do Código Civil Brasileiro, era impossível cogitar a respeito da obtenção de embriões humanos a partir de fertilização *in vitro*; logo, as categorias estabelecidas tradicionalmente não são, hoje, suficientes para caracterizar os embriões de proveta. Isto é, o embrião *in vitro*, não apresentando as características necessárias à subjetividade jurídica desenhada pelo modelo clássico, mostra-se, de certa maneira, estranho à ordem estabelecida, eis que inexata sua adequação a qualquer das categorias examinadas.³⁵

Segundo Ricardo Lorenzetti, as normas fundamentais, presentes na Constituição, resistem à dogmática tradicional, logo se deve trabalhar com uma dogmática sistemática, que faz algo similar à anterior, mas com um sistema maior, utilizando conceitos válidos dentro do sistema jurídico de normas fundamentais. É dizer, “A resolução dos casos complexos requer esta dogmática sistemática, que permite estabelecer comparações entre normas fundamentais, resolver antinomias e definir a função das garantias de bens fundamentais e processuais.”³⁶

Com efeito, o método dogmático - estruturado como aduz Lorenzetti – é salutar no intento de solucionar os casos complexos suscitados pelo progresso científico e tecnológico, eis que permite encontrar princípios gerais que estão nas normas jurídicas e, ademais, inferir conseqüências desses princípios e das normas positivas a fim de solucionar os casos.

Demais disso, os fenômenos³⁷ da constitucionalização e da repersonalização, na medida em que almejam a reestruturação das normas jurídicas, notadamente do Direito “privado”, de modo a tornar o ser humano a razão principal do ordenamento jurídico e erigir a dignidade da pessoa humana como bem fundamental, são, de veras, relevantes e úteis neste momento de

³⁵ *ibid.* p.3

³⁶ LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p.397-8

³⁷ Ricardo Lorenzetti, ao enquadrar a pessoa como centro do ordenamento jurídico, aduz que os direitos fundamentais atuam como um núcleo, ao redor do qual se pretende gire o Direito Privado. Em suas palavras, “um novo sistema solar, no qual o Sol seja a pessoa. Não se trata de uma mera comprovação fática ou de uma instauração legislativa passiva, sim de um verdadeiro princípio ativo.”(*ibid.* p.145) Prossegue, em outro trecho: “A pessoa se apresenta como um núcleo de irradiação de direitos. Uma vez que este fenômeno tenha sido captado nos tratados internacionais e nas Constituições, produz-se um enlace, um ponto de contato, entre o Direito Privado e o Público Constitucional. A pessoa e seu feixe de direitos é um ponto de articulação do sistema, tanto na ordem constitucional

configuração de um Direito que, diante dos problemas da biotecnologia, resguarde e proteja a pessoa³⁸.

De fato, os mencionados fenômenos ensejaram mudança paradigmática³⁹, impondo a revisão das categorias jurídicas para que se ajustem aos novos princípios constitutivos. Afinal, “esse reexame tornou-se indispensável na medida em que as mesmas se mostraram insuficientes diante dos novos fenômenos. Atingindo fortemente foi o Direito Civil, sede por excelência da disciplina do que podemos denominar ‘fenômenos da vida’.”⁴⁰

Aliás, registre-se que tal alteração paradigmática é perfeitamente possível, bem como não altera, necessariamente, o sistema jurídico, até porque este, conforme magistério de Canaris⁴¹, não é senão uma *ordem teleológica de princípios gerais de Direito*, cujo escopo precípua é traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. Como já mencionado, o sistema jurídico é um sistema aberto formado por princípios, regras e valores.

Claus-Wilhelm Canaris⁴² destaca os principais caracteres do sistema que, hoje, mormente na conjuntura estabelecida face aos progressos tecnológicos, desempenham relevante papel na seara jurídica, quais sejam: ‘a abertura’ e a ‘mobilidade’ do sistema. Reconhecendo que, para compreendê-los, é insuficiente tanto a vertente lingüística que identifica o sistema aberto

como na privada. Normas constitucionais protetivas da pessoa aplicam-se ao Direito Privado e direitos personalíssimos jusprivatistas adquirem significado constitucional.” (ibid.p.159)

³⁸ Sustenta Jussara Meirelles: “Sem dúvida, o progresso da ciência busca um homem novo, sempre acima dos limites de ontem e, bem se sabe, hoje já obsoleto ao que se pretende para amanhã. Mas as novidades científicas, cada vez mais audaciosas, devem atender aos apelos de valor que a vida humana representa, para que não venham em detrimento da própria humanidade.” (MEIRELLES. *A vida....*.p.13)

³⁹ A propósito, acentua Ricardo Lorenzetti: “Um paradigma é um método acerca da ciência normal; desenvolve os problemas e métodos corretos que serão especificados na atividade científica; tem um *status* anterior à regra, porque a condiciona.

A própria ordem codificada estatal constitui um paradigma, um modelo dentro do qual atua a dogmática. Os paradigmas vêm sendo depurados mediante operações de simplificação, que realizam os juristas, até torná-los específicos. Há, contudo, um momento em que se tornam ininteligíveis, ineficazes, deixam de ter sua função ou permanecem mudos frente a novos questionamentos; é o momento em que se produz a mudança.

Toda comunidade possui paradigmas de Direito, que tornam possível uma forma de argumento comum, facilitam e beneficiam os debates interpretativos.” (op.cit. p.84).

⁴⁰ BARBOZA. p.3.

⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

como a ordem jurídica construída casuisticamente e apoiada na jurisprudência, e o sistema fechado como uma ordem dominada pela codificação; quanto a que entende por abertura a *incompleteude*, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema.

No que respeita ao sistema científico – sistema de proposições doutrinárias da Ciência do Direito -, “a abertura do sistema significa a *incompleteude e a provisoriedade do conhecimento científico*”⁴³, uma vez que exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo; por isso, enquanto uma reelaboração científica e um progresso forem possíveis, ele não é nem definitivo nem ‘fechado’. Daí que não é tarefa do Direito fixar a ciência ou mesmo o desenvolvimento do próprio Direito em determinado estado, mas apenas exprimir o quadro geral de todos os reconhecimentos do tempo, garantindo a sua concatenação entre si e, em especial, facilitando a determinação dos efeitos reflexos de uma modificação (do conhecimento ou do objeto).

Por outro lado, no que atine ao sistema *objectivo*, a *abertura* resulta da essência do objeto da jurisprudência, designadamente da essência do Direito positivo como um fenómeno colocado no processo da História e, como tal, mutável. Aduz, a respeito, Canaris:

“um sistema (em sentido *objectivo*) em mudança permanente é tão imaginável como uma unidade de sentido duradouramente modificável. Retira-se, de facto, daqui, que a formulação do sistema jurídico – possivelmente em oposição a outras Ciências – nunca pode chegar ao fim, antes sendo por essência, um processo infundável; aí reside também um certo sentido prático, derivado do sistema ser aberto.”⁴⁴

Ainda, com relação à abertura, Canaris esclarece que a abertura do sistema não tem qualquer significado para a admissibilidade da interpretação criativa do Direito; esta não é admissível por aquele ser aberto; antes este emerge porque aquela – por razões exteriores à

⁴² *Ibid.* p.103

⁴³ Nas palavras de Canaris: “De facto, o jurista, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para pôr em causa o sistema até então elaborado e para alargar ou modificar, com base numa melhor consideração. Cada sistema científico é, assim tão só um *projecto* de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo; por isso e necessariamente, ele não é nem definitivo nem ‘fechado’, enquanto, no domínio em causa, uma reelaboração científica e um progresso forem possíveis.” (*ibid.* p.106)

⁴⁴ *ibid.* p.110-1

problemática do sistema – é admissível. Não há, portanto, uma relação de causa e efeito.⁴⁵. Acrescenta, outrossim, que a abertura do sistema jurídico não obsta a aplicabilidade do pensamento sistemático na Ciência do Direito.⁴⁶

Heloísa Barboza⁴⁷, na esteira do pensamento de Canaris, ressalta que, mesmo em uma ordem jurídica assente na idéia de codificação, o Direito positivo é suscetível de aperfeiçoamento, através de sua abertura.

Outrossim, quanto ao caráter aberto do sistema jurídico, é salutar transcrever lapidar magistério de Karl Larenz:

“O sistema, mesmo o externo ou conceptual, nem é nem pode ser um sistema logicamente fechado; uma vez que tem de ser ‘aberto’ para novas construções jurídicas, bem como para novos conhecimentos jurídicos e que, por esse motivo, ele próprio deve ser comprovável enquanto padrão para uma determinada teoria, e se não chegar de outro modo a uma resolução ‘plausível’, terá de ser revisto. (...) Nem o sistema foi em qualquer época perfeito nem fechado em si, de modo a que todas as relações jurídicas e previsões juridicamente significativas tivesse achado nele o seu lugar perfeitamente determinável. (...) Não pode portanto causar espanto que o ideal de um sistema abstracto, fechado em si e isento de lacunas, construído com base em conceitos abstractos, nem mesmo no apogeu da ‘Jurisprudência dos conceitos’ tenha sido plenamente realizado.”⁴⁸

Com esteio nas ponderações feitas acerca do sistema jurídico, mormente quanto aos aspectos da abertura e da mobilidade, pode-se dizer que a Carta Magna de 1988 instaurou uma nova ordem jurídica, calcada em novos princípios constitutivos, implicando uma releitura do nosso sistema jurídico. Destarte, é inegável que os impactos causados por fatos decorrentes dos avanços científicos exigem do jurista profunda reflexão, a qual há de ser feita à luz daqueles princípios⁴⁹.

⁴⁵ *ibid.* p.111-2.

⁴⁶ *ibid.* p.281

⁴⁷ BARBOZA, p.4-5

⁴⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1982.p.550-552

⁴⁹ Nesse sentido, sustenta também BARBOZA, Heloísa. p.5.

Vale dizer, as soluções jurídicas aos impactos biotecnológicos devem estabelecer esteio nesses princípios, notadamente naquele que consagra a valorização e preservação da dignidade e vida humanas, hoje princípios constitutivos do nosso sistema. Deveras, com o advento da constitucionalização⁵⁰ do Direito Civil, todas as respostas devem, necessariamente, estar embasadas nos princípios, estabelecidos pela Constituição Federal, pertinentes à matéria, tais como: dignidade da pessoa humana, respeito aos direitos fundamentais, direito à vida, paternidade responsável, melhor interesse da criança e do adolescente, vedação de todo tipo de comercialização na retirada de partes do corpo para fins de transplante, e preservação da integridade e diversidade do patrimônio genético.

Destarte, tal como outros temas (direito de família, sucessões, propriedade, empresa, consumo), a biotecnologia deve encontrar na Constituição da República a ‘tábua axiológica’ que conformará a análise a ser promovida seja pelo legislador, seja pelo aplicador do direito, visando a harmonizar os dilemas ‘biotecnológicos’ aos princípios e aos valores eleitos como prevalentes em nosso momento histórico, evitando-se a ‘revolta dos fatos contra o direito’.⁵¹

Neste aspecto, Canotilho⁵², ao tratar do *novo, novíssimo* direito constitucional, preconiza:

⁵⁰ A propósito, Heloísa Barboza afirma: “Este momento, de configuração de um Direito voltada para os problemas bioéticos e que deve atender princípios próprios e diferenciados, coincide com o reestruturar das normas jurídicas, notadamente no âmbito tradicionalmente denominado privado, no qual, dentro do natural desenrolar do processo histórico, o ser humano passa a ser a razão e o fim último e único do ordenamento jurídico. Neste processo gradual e que encontra ainda resistências, a proteção do indivíduo, nos moldes liberais, e que, em verdade, privilegiava o patrimônio como bem fundamental, **cede lugar a valores maiores, como a dignidade humana, que assume o papel de eixo central que deve equilibrar todo turbilhamento pelo qual passa o Direito**” –sem grifos no original.- (ibid. p.3)

⁵¹ A respeito, José Antonio Peres Gediel, com perspicácia, acentua: “A revitalização do conhecimento jurídico, por meio dos textos constitucionais e da doutrina constitucionalista, permitiu aos estudiosos do Direito Civil refundir os direitos fundamentais, originalmente erigidos contra o Estado, com os direitos de cunho privado, para destacarem o seu núcleo comum, localizado na dignidade humana.

Nessa perspectiva teórica, o aproveitamento do corpo humano pela Ciência e sua disposição pelos sujeitos exigem uma análise jurídica que revise criticamente o passado quase mítico da Modernidade, para nele encontrar vestígios olvidados pelo Direito, mas sensíveis às dimensões essenciais da condição humana. (...)“A rapidez com que se alternam as legislações brasileiras, regulando os transplantes de órgãos e outros aspectos referentes à utilização e aplicação do corpo humano, pela Ciência, por si só, atesta o descompasso entre o Direito e a realidade” (GEDIEL, José A. P. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo Editora, 2000. p.6-7)

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.25.

"as instituições e os indivíduos presentes numa ordem constitucional estão hoje mergulhados numa *sociedade técnica, informativa e de risco* que obriga o jurista constitucional a preocupar-se com o espaço entre a técnica e o direito, de forma a evitar que esse espaço se transforme em terra de ninguém jurídica. Não se admirem por isso, as angústias constitucionais perante os fenômenos da biotecnologia ('inseminações', 'clonagens'), das auto-estradas de informação e da segurança de cidadãos perante o caso das tecnologias criptográficas"

Inclusive, não há nenhuma novidade nessa obrigatória conformação aos ditames constitucionais, até porque é pacífica a preeminência⁵³ normativa da Constituição, impondo verdadeira filtragem constitucional⁵⁴.

A propósito, Canotilho e Vital Moreira, com muita propriedade, lecionam⁵⁵:

“a preeminência normativa da Constituição consiste na evidente supremacia da normatividade constitucional em relação à ordem infraconstitucional, impondo que toda ordem jurídica deva ser lida à luz dela [da Constituição] e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela.”

A incidência das normas constitucionais nas relações entre particulares também é bem aceita pela doutrina nacional e estrangeira. Neste aspecto, Gustavo Tepedino assevera que a Constituição recupera a unidade esfacelada do ordenamento, o sistema decomposto, tendo incidência direta nas relações privadas, isto é, “a Constituição define a tábua axiológica que condiciona a interpretação de cada um dos setores do direito civil”⁵⁶

⁵³ Gustavo Tepedino preconiza que “a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermeneúico, condicionar e conformar todo o tecido normativo: tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, bem como o inteiro ordenamento infraconstitucional, com supremacia sobre todas as demais normas jurídicas” (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.67)

⁵⁴ Sobre essa expressão, Paulo Ricardo Schier acentua “Dessa idéia de preeminência normativa da Constituição, em um segundo momento projetada para o Direito Constitucional enquanto realidade sistemática, pode-se pensar a categoria da Filtragem Constitucional.(...) Utiliza-se a expressão *Filtragem Constitucional* em virtude de que ela denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas”(SCHIER, Paulo R. **Filtragem Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999. p.104)

⁵⁵CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.45-6.

⁵⁶ TEPEDINO, p.203-5

O insigne civilista português, Carlos Alberto da Mota Pinto, por seu turno, ensina que “o vértice de todo o ordenamento jurídico é constituído pelo *direito constitucional*. Seguramente que se encontrarão, portanto, na *Constituição Política* princípios determinantes do conteúdo do direito civil português.”⁵⁷. Em outro ponto, acolhe a aplicação de normas constitucionais às relações entre particulares:

“Não está, porém, esgotada, com o acervo das normas do Código Civil e de alguma legislação ordinária avulsa, totalidade das normas aplicáveis às relações jurídico-privadas.

Problemas de direito civil podem encontrar a sua solução numa norma que não é de direito civil, mas de direito constitucional. A *Constituição* contém, na verdade, uma *força geradora de direito privado*; o juiz e os órgãos administrativos não devem aplicar normas inconstitucionais.”⁵⁸

Ricardo Lorenzetti, por seu turno, considera a Constituição como uma fonte que exerce uma influência, tanto direta, através de normas operativas, quanto indireta, modificando o ‘espírito informador do Direito’ e mudando os princípios gerais.⁵⁹

Outrossim, ao definir o Direito Civil Constitucional como o sistema de normas e princípios normativos institucionais integrados na Constituição, relativos à proteção da própria pessoa, mas também concernentes àquelas outras matérias residualmente consideradas civis. Tais normas podem ser, porventura, aplicadas de forma imediata ou podem servir de marco de referência da vigência, validade e interpretação da normativa aplicável ou de pauta para seu desenvolvimento.⁶⁰

Conclui, portanto, Lorenzetti que “a Constituição é fonte do Direito Privado, não só enquanto fonte imediata, mas enquanto contém disposições que estão dirigidas aos cidadãos, e

⁵⁷, MOTA PINTO, Carlos A. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.p.53

⁵⁸ *ibid.* p.72

⁵⁹ LORENZETTI, p..252

⁶⁰ *ibid.*p.253.

tem operatividade direta. Por isso, tem-se afirmado que a Constituição é uma lei positiva e pode ser alegada nos tribunais.”⁶¹

Deste modo, é irrefutável que a Carta Constitucional é fonte de regras de relevância fundamental ao Direito Privado, as quais condicionam tanto o legislador, quanto o juiz, bem como muitas delas podem ser invocáveis pelas partes.

Aliás, nos ‘fatos bioéticos’, não se cuida apenas do respeito aos princípios fundamentais, que consagram o amplo compromisso social estabelecido pela Constituição de 1988, mas de proteger juridicamente valores maiores e estruturais ali inscritos, tais como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.⁶²

Feitas essas considerações, convém frisar que o presente trabalho perfilha a tese de que o sistema jurídico é um sistema aberto, formado por regras e princípios, bem como se esteia na noção de que os princípios constitucionais são dotados de juridicidade e que são imprescindíveis na realização da tarefa que cabe ao Direito no bojo dos dilemas suscitados pela Biotecnologia.

Enfim, diante das instigantes perplexidades trazidas pela biotecnologia e do encanto do homem em torno da possibilidade de ‘brincar de Deus’, a esfera jurídica, a fim de lograr dar respostas satisfatórias a tais problemas e, principalmente, estabelecer limites, ancorar-se-á nos princípios constitucionais, eis que eles auxiliam sobremaneira seja a chegar a tais respostas, seja, mormente, a acompanhar, em virtude de suas características, a velocidade das transformações promovidas pela Biotecnologia.

Desde logo, esclareça-se que não se cogita a possibilidade de elaboração de leis para regular o progresso científico como a única e exclusiva alternativa⁶³ para resguardar o respeito à

⁶¹ *ibid.*p.255.

⁶² Nesse sentido, cf. BARBOZA, Heloísa. p.18.

⁶³ Em relação à existência de lacunas no direito positivo, bem interessante é o que explana Joaquim de Sousa Ribeiro, a saber : “ As lacunas assim geradas são preenchidas por recurso directo e exclusivo aos preceitos e princípios constitucionais, quando eles tenham densidade suficiente para servir de suporte à solução concreta, ou

vida e à dignidade, visto que tanto a pessoa humana antecede e supera as categorias abstratas, **bem** como é evidente que a atividade legislativa não lograria acompanhar a velocidade dos **avanços científicos** e, *a fortiori*, os princípios são normas.

Neste ponto, é imprescindível transcrever o que leciona Sérgio Ferraz⁶⁴:

“Neste ensaio, nossa tentativa é, exatamente, a de buscar amarras seguras que, sem empecerem o progresso científico, assegurem a integridade de nossos valores impostergáveis. Daí a eleição dos princípios constitucionais, como o leito seguro a pautar o difícil trabalho que iremos, a partir de agora, palmilhar.”

Prossegue, com perspicácia em outro trecho:

“No simples sopesar dos vetores, acima assinalados, fica extremamente claro que o tema só pode ser juridicamente tratado à luz dos compromissos jurídicos fundamentais, ou seja, aqueles fixados na Lei das Leis, na Constituição. Em outras palavras, seja agora, enquanto ainda não editada a pertinente normatividade, seja a partir de sua elaboração, e subsequente vigência, o tema da manipulação genética tem de ser, a todo instante, calibrado à vista dos princípios constitucionais – única fórmula de assegurar a abertura das sendas do progresso, dentro dos marcos fundamentais livremente estabelecidos pela sociedade.

O que há de novidade, agora em nosso ensaio, é a tentativa de superação das perplexidades que a temática provoca, enfocando-as à vista do exclusivo farol capaz de solvê-las univocamente, para todos os ramos da árvore jurídica: o contraste entre as indagações e a os princípios constitucionais da ordem jurídica brasileira. Com isso, a questão por certo não ganha em facilidade ou simplificação, quem sabe até mais intrincada se torne. Mas ganha em certeza e segurança, pois somente princípios constitucionais podem ostentar a marca da irredutibilidade a outros, num pensamento juridicamente concatenado”⁶⁵

De tal sorte, nos próximos tópicos, serão analisadas as características dos princípios constitucionais e, ulteriormente, apreciar-se-á o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja imbricação com a problemática da biotecnologia é irrefutável.

então, quando isso não suceda, criando o juiz a norma do caso, à luz e por refração dos valores constitucionalmente consagrados.” (RIBEIRO, p.739.)

⁶⁴ FERRAZ, p.11-2.

⁶⁵ *Ibid.*p.16.

2.Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana

2.1. A Normatividade⁶⁶ dos Princípios

Desde logo, frise-se que o tema *princípios constitucionais*⁶⁷ é muito caro à Teoria do Direito Constitucional, sendo, então, não só atual, mas freqüente.⁶⁸ Tanto que Paulo Bonavides considera que eles formam o *coração das constituições contemporâneas*.⁶⁹

Como bem adverte Canotilho, ao apresentar obra de Ruy Espíndola, não basta um apelo aos princípios, cumpre introduzi-los na *metódica jurídica* a fim de lograr uma concretização rigorosa e eficaz das normas constitucionais, sob pena de os princípios se transformarem em um discurso exclusivamente moral.⁷⁰

Muito embora ultrapasse os escopos precípuos do presente estudo, face à superioridade formal conferida pelas constituições rígidas, é interessante realizar sucinta análise para definir se os princípios constitucionais se confundem ou não com os princípios gerais do direito. A

⁶⁶ Segundo magistério de Paulo Bonavides, a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases, quais sejam: a jusnaturalista, a positivista e pós-positivista. Na jusnaturalista, os princípios residem em esfera completamente abstrata e sua normatividade, praticamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça. Na positivista, seriam meras pautas programáticas supralegais, carentes de normatividade, sendo, pois, irrelevantes juridicamente. Ao passo que, na fase pós-positivista, correspondente aos grandes momentos constituintes do século passado, acentua-se a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em esteio dos novos sistemas constitucionais e tratados como direito.(BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.237-8)

⁶⁷ No consagrado entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.450-1).

⁶⁸ Nesta esteira, assevera Edilson Pereira de Farias “já foi dito que os princípios hodiernamente atravessam a ‘idade de ouro’. (...) Os princípios passam a ter uma importância destacada no campo do direito constitucional. A moderna doutrina constitucional descobriu que os princípios (notadamente aqueles com respaldo na Lei Maior) (...) são instrumentos valiosos para uma adequada interpretação constitucional” (FARIAS, Edilson P. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada, a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000.p.24).

⁶⁹ BONAVIDES, p.253. Também nesse sentido, cf.ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. São Paulo: RT, 1999. p.71.

⁷⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Apresentação**. In: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. São Paulo: RT, 1999.p.15.

propósito, Paulo Bonavides⁷¹ ressalta que o exame teórico da juridicidade dos princípios constitucionais está, irrefutavelmente, imbricado ao fato de ter sido conferida aos princípios gerais de Direito, ao ingressarem nas Constituições, uma força positiva incontestável. Eis por que, para esse autor, os princípios gerais transformaram-se em princípios constitucionais.⁷²

Em virtude seja de uma suposta natureza ‘transcendente’, seja de seu conteúdo e vagueza, seja da formulação mediante dispositivos de sanção (mediata), no momento em que a própria Constituição não era considerada um corpo estritamente jurídico⁷³, negou-se caráter de autênticas normas jurídicas aos princípios, sendo eles considerados meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito.

Entretanto, houve um movimento visando ao reconhecimento de juridicidade aos princípios, de modo a serem admitidos como imperativos pelo Direito. O magistério de Carmem Lúcia Antunes Rocha ilustra isso: “A norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo; põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam.”⁷⁴

⁷¹ BONAVIDES, p.231-2.

⁷² Neste aspecto, convém, ainda, transcrever respeitáveis entendimentos nos dois sentidos. À guisa de exemplo, cite-se que o Professor Romeu Bacellar assevera “a emergência de um corpo de princípios constitucionais aparece, por uma parte, relacionada a mesma fonte que os princípios gerais de direito” (BACELLAR Filho, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1998.p.27); ao passo que a Professora Carmem Lúcia Antunes Rocha preconiza “os princípios constitucionais não são os princípios gerais de Direito, mas princípios fundamentais do Estado de Direito” (ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.28)

⁷³ Edilson de Farias, também, vincula a juridicidade dos princípios à concepção de Constituição, ao tratar do entendimento de Vezio Crisafulli: “A concepção jurídica da Constituição referida (Crisafulli) significa que a *Lex Superior* deve ser interpretada e aplicada como lei. Isto é, quer sejam princípios, quer se trate de regras, as normas constitucionais, independentemente de sua estrutura, são obrigatórias e vinculantes para seus destinatários, sejam estes agentes estatais e/ou privados. (...)É característica, pois, do ‘constitucionalismo adequado’ interpretar e concretizar o Código Fundamental como uma *hard law* e não como uma *soft law*, bem como estender a obrigatoriedade de lei a princípios e valores até então colocados à margem do direito positivo, mediante a constitucionalização dos mesmos.” (FARIAS, p.38-9)

⁷⁴ ROCHA, p.28.

Constatando também esse movimento, mas o denominando de *reviravolta*, Paulo Bonavides⁷⁵ leciona que se trata de momentos culminantes de uma reviravolta da doutrina, resultando em relevantes mudanças na compreensão da natureza dos princípios, de sorte a serem admitidos definitivamente como normas e, face à positividade maior deles nas Constituições do que nos Códigos, são providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, *por constituírem a norma de eficácia suprema*.

Ao tratar acerca da juridicidade dos princípios, é imprescindível analisar os entendimentos de Dworkin e Alexy, os quais, conquanto promovam análises de diferentes perspectivas⁷⁶, enquadram-se não só na *concepção forte*⁷⁷ de princípios, mencionada por Edilson de Farias, mas também no *pós-positivismo* expresso por Paulo Bonavides.

Pois bem, Dworkin⁷⁸ enfatiza que, a fim de consagrar os princípios como Direito, é necessário rejeitar três dogmas do positivismo, a saber: (i) o da distinção entre o direito de uma comunidade e os demais padrões sociais - *social standards* - cotejados por algum *test* na forma de regra suprema - *master rule* -; (ii) o da discricionariedade do juiz que defende que, diante da ausência de norma exatamente aplicável, o juiz deve decidir discricionariamente; (iii) por fim, o compendiado na teoria da obrigação legal, segundo o qual, na hipótese de um caso difícil - *hard case* - em que não se encontre lei, não haveria obrigação legal enquanto o juiz não formulasse

⁷⁵ BONAVIDES, p.248.

⁷⁶ Apesar de enquadrar esses dois autores na concepção forte e no pós-positivismo, isso não implica olvidar que se trata de doutrinadores que se distanciam no que respeita à totalidade de seus pensamentos. De tal sorte, aqui somente se reconhece essa relativa aproximação diante do reconhecimento, feito por ambos, da juridicidade e normatividade dos princípios.

⁷⁷ FARIAS, p.26. A propósito, Edilson Pereira de Farias, por seu turno, menciona existirem duas concepções de princípios: a *débil* e a *forte*. Aquela pugna que não haveria uma distinção clara entre princípios e regras e, embora reconheça que eles são valiosos instrumentos hermenêuticos, preconiza que jamais assegurariam a pretendida unidade de solução justa, tampouco suprimiriam a discricionariedade. Por outro lado, a concepção forte dos princípios defende a existência de uma distinção lógica e qualitativa entre princípios e regras, demonstrando que a ordem jurídica não se restringe às pautas que encontram um certo respaldo institucional explícito em regras jurídicas, todavia se estende ao mundo dos valores éticos, políticos etc, plasmados nos princípios. Demais disso, ressalta que a concepção forte oferece subsídios para a racionalidade da argumentação jurídica nos chamados *hard cases*. (FARIAS, p.25-6)

⁷⁸ Dworkin desenvolve esse entendimento, aqui sintetizado, na obra *Los Derechos en Serio*, nas páginas 83-135. É pertinente, ainda, salientar que as lições de Dworkin, mormente as que rechaçam a teoria positivista da discricionariedade judicial, serão melhor explanadas no decorrer da presente monografia, uma vez que são, sobremaneira, relevantes na solução dos *hard cases* ensejados pela Biotecnologia.

nova regra para o futuro. Rejeitados cabalmente esses dogmas, preconiza que os princípios devem ser tratados como direito, reconhecendo, portanto, a possibilidade seja de uma constelação de princípios, seja de regras positivamente estabelecidas estabelecerem uma obrigação legal. Nessas explanações desenvolvidas por Ronald Dworkin, denota-se que ele concebe o Direito como um sistema composto não só de regras, mas também de princípios.

Conforme leciona Robert Alexy⁷⁹, não só as regras, mas também os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser, ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. De fato, para Alexy, tal como as regras, os princípios são razões para juízos concretos de dever ser, sendo que a distinção entre eles é entre dois tipos de normas.⁸⁰

Deveras, não existe distinção entre princípios e normas, uma vez que os princípios são dotados de normatividade, de sorte que as normas compreendem regras e princípios. Segundo Bonavides⁸¹, os princípios seriam a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder. Afirma, também, esse autor que a consagração da positividade dos princípios nos textos constitucionais contagiou a esfera decisória dos arestos, constituindo-se, assim, “a jurisprudência *princípial* a que se reporta García de Enterría”⁸². Jurisprudência essa que faz da força dos princípios e do prestígio da normatividade desses “um traço coetâneo de um novo Estado de Direito cuja base assenta já na materialidade dos princípios”⁸³

Inclusive, mencione-se, por oportuno, que é inconcebível um sistema constituído apenas de princípios ou apenas de normas, como bem leciona Canotilho:

⁷⁹ (ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.83)

⁸⁰ No mesmo sentido, Edilson Pereira Farias entende que “as normas (princípios ou regras) constitucionais independentemente de sua estrutura, possuem igual força normativa obrigatória e ‘vinculam o legislador e o intérprete da Constituição e em geral a todos’. Com isso abandona-se, definitivamente, a doutrina que classificava as normas da constituição em preceptivas e programática e que negava, às estas últimas, caráter de força de lei.” (FARIAS, p.25). Consentâneo é o magistério de Ricardo Lorenzetti, a saber: “É importante esclarecer que tanto os princípios como as regras se referem ao âmbito do dever-ser e, portanto, são normas. São enunciados deontológicos.” (LORENZETTI, p.286)

⁸¹ BONAVIDES, p.260

⁸² *id.*

“Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um ‘sistema de segurança, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento dos valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (Zagrebelsky).

O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. (...) o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de um *law in the books* para um *law in action* para uma ‘*living constitution*’”⁸⁴

Em última análise, enfatize-se, na esteira do magistério de Bonavides⁸⁵, que, paulatinamente, cresce e se evidencia a importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos, sobretudo ao se examinar a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, nas quais aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional. O insigne constitucional menciona existir uma tendência que culmina na consagração dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico.⁸⁶

⁸³ *id.*

⁸⁴ CANOTILHO. *Teoria...*, 1999. p.1089-90

⁸⁵ BONAVIDES, p.260.

⁸⁶ Nas palavras do constitucionalista, “A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e a eficácia dos princípios como normas-chaves de todos o sistema jurídico.(...) os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.” (*ibid*.p.257-9)

2.2. Atribuições dos Princípios Constitucionais

Então, após evidenciar a força normativa dos princípios, de modo a ser irrefutável que eles devem ser tidos como normas obrigatórias, explanar-se-á acerca das funções normativas que geralmente desempenham.

Segundo Edilson Pereira de Farias, são essencialmente duas funções: os princípios como instrumentos hermenêuticos e os princípios como normas de conduta.⁸⁷

No bojo da tarefa hermenêutica, os princípios são úteis quer para dirimir dúvidas interpretativas, ao ajudar no esclarecimento de sentido de determinada disposição normativa, quer como critério hermenêutico na tarefa relevante de solucionar conflito ou colisão de normas, mormente de direitos fundamentais, quer na função de limitação da interpretação ao restringir a discricionariedade judicial.⁸⁸

Por outro lado, na função regulativa, “os princípios são fonte de Direito no caso de lacunas. Na ocorrência de omissão de lei (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), os princípios possibilitarão aos juízes a colmatação da lacuna, conduzindo, assim, a integração e desenvolvimento do direito. Nessa hipótese, os princípios são normas primárias que regulam imediatamente a conduta de seus destinatários, além de constituírem premissa da argumentação jurídica utilizada na aplicação dos mesmos.”⁸⁹

Com efeito, na função regulativa, os princípios assumem o papel não só de *ratio legis*, mas também e, principalmente, de *lex*, sendo, portanto, norma de conduta e não mero critério orientador da aplicação de outras normas.

⁸⁷ Acrescenta Edilson Farias: “Ou seja, os princípios são uma *norma primária* diretamente aplicável a um pressuposto de fato ou uma *norma secundária* que orienta a aplicação de outra disposição normativa.” (FARIAS, p.49-50). Consentâneo é o magistério de Paulo Bonavides: “De antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade deste século, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional” (BONAVIDES. p.254)

⁸⁸ FARIAS, p.50-1.

Ricardo Lorenzetti⁹⁰, por seu turno, considera que os princípios têm uma função integradora, interpretativa, fundante e delimitadora. Integradora, pois consubstanciam instrumento técnico para preencher lacunas no ordenamento. A interpretativa reside no fato de ser um modo de subsumir o caso num enunciado amplo, isto é, ajudam o intérprete a orientar-se na interpretação correta, adequando-a aos valores fundamentais. Já a *função delimitadora* estabelece um limite à atuação da competência legislativa, judicial e negocial. Por fim, a *função fundante* significa que os princípios embasam internamente o ordenamento e dão espaço a criações pretorianas. O autor argentino ressalta⁹¹, também, que, quando os princípios cumprem essas funções, eles são aplicáveis diretamente.

Tratando da dimensão normativa dos princípios, ressalte-se que, há muito⁹², os princípios não exercitam somente a função supletiva ou subsidiária, sendo também e principalmente fundamento de toda a ordem jurídica. De fato, os princípios não são mais *fonte secundária de normatividade*.⁹³

No que concerne à satisfação imediata de pretensões com fundamento em princípios, segundo Rothenburg⁹⁴, poderá ocorrer quer por aplicação ‘positiva’, através de uma resposta

⁸⁹ *Ibid.* p.52

⁹⁰ LORENZETTI, p.318-9. No mesmo sentido, cf.ESPÍNDOLA, p.68.

⁹¹ LORENZETTI, p.378.

⁹² Leciona, com propriedade, Paulo Bonavides: “Como vão longe os tempos em que os princípios, alojados nos Códigos, exercitavam unicamente a função supletiva ou subsidiária, vinculados à ‘questão da capacidade ou suficiência normativa do ordenamento jurídico’, conforme a doutrina positivista da compreensão do Direito como mero sistema de leis, com total exclusão de valores, ou seja, com ignorância completa da dimensão axiológica dos princípios. (...) O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. (...) Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.” (BONAVIDES, p.260-1)

⁹³ *ibid.* p.263

⁹⁴ ROTHENBURG, Walter C. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. p.23-4.

afirmativa, quer por aplicação ‘negativa’⁹⁵ dos princípios, mediante uma proibição por violação, isto é, impedir a introdução no sistema de disposição incompatível aos valores por eles consagrados.

Relacionando a problemática do sistema aberto com as funções dos princípios, não se olvide que a compreensão dos princípios procede de acordo com uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico. Frise-se, também, que os princípios constitucionais auxiliam a transitar de uma concepção sistêmica hermética (pouco permeável) e formal a uma concepção aberta e material, conferindo ao sistema carga valorativa e possibilitando-lhe a comunicação com outros meios. Eis por que se consagra uma concepção principal do sistema jurídico constitucional.⁹⁶

Terminada explanação acerca da dimensão normativa dos princípios, é oportuno salientar que essas funções são assaz relevantes na conjuntura trazida ao Direito pela Biotecnologia, uma vez que a pertinência da utilização dos princípios constitucionais, mormente do princípio da dignidade da pessoa humana, verifica-se seja quando há legislação aplicável ao caso concreto – situação em que os princípios terão função hermenêutica -, seja quando não há ainda legislação – aqui emergirá a função regulativa, integrativa.

Na medida em que não só se assenta, dentre os princípios constitucionais, como *base antropológica comum*⁹⁷ o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também, e principalmente, por estar esse princípio diretamente imbricado nas polêmicas, nos *hard cases*, trazidos pela Biotecnologia, elegeu-se esse princípio para análise mais aprofundada.

⁹⁵ Como exemplo de aplicação negativa, mencione-se caso citado por Karl Loewenstein: “*En base al artículo 1º de la Constitución, que tiene por objeto la protección de la dignidad humana, el Tribunal Federal Supremo (Bundesgerichtshof), prohibió el uso del detentador de mentiras sin e lconsentimiento del acusar (vid. Bundesgerichtshofs in Strafsachen, V 154, 333)*” (Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964. p.213.)

⁹⁶ *op.cit.* p.51.

⁹⁷ Essa expressão é utilizada pelo Professor Romeu Felipe Bacellar: “Os princípios constitucionais possuem marca distintiva, embora atuem conjugadamente, completando-se, condicionando-se e modificando-se em termos recíprocos. Tudo porque assentam-se em *base antropológica comum*: a dignidade da pessoa humana.” (1998, p.148).

2.3. Acepção e Contéudo do Princípio da Dignidade⁹⁸ da Pessoa Humana

O dinamismo da cultura hodierna, em que se sucedem avanços tecnológicos e mudanças contínuas e imprevisíveis, exige das instituições jurídico-políticas uma versatilidade e aptidão para adaptar-se a novas realidades que não condizem com as noções rígidas e fechadas. Esse fenômeno reforça uma propensão à proeminência de um principiologia constitucional, na qual a normatividade dos princípios constitucionais é compatibilizada à fraca densidade referente a seus efeitos e condições de aplicação. De tal sorte, permite-se uma ‘abertura’ constitucional adaptável às realidades difusas e complexas das sociedades contemporâneas, marcadas por um traço acentuado de pluralismo cultural e político. Nesse contexto, ocupa lugar de destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, objeto do presente tópico.

Não obstante exista respeitável doutrina⁹⁹ que negue natureza de princípio constitucional, no presente trabalho, opta-se por considerar a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional.¹⁰⁰ No entanto, isso não significa olvidar que não se trata de uma criação

⁹⁸ A palavra *dignidade* tem origem etimológica no termo latino *dignitas*, que significa *respeitabilidade, prestígio, consideração, nobreza, dignidade*, enfim, indica *qualidade daquilo que é digno e merece respeito ou reverência*. Por outro lado, a palavra *pessoa* é oriunda da expressão latina *per-sonare*, que se referia à máscara teatral utilizada para amplificar a voz dos atores, servindo, depois, para designar a própria pessoa representada; ao ser incorporada à linguagem jurídica, designa cada um dos seres da espécie humana.

⁹⁹ Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva: “Não é o caso aqui de empreender uma discussão em torno da distinção entre valores supremos, fundamentos, princípios constitucionais, princípios fundamentais, princípios inspiradores da ordem jurídica e princípios gerais do direito, a fim de buscar um enquadramento da dignidade da pessoa humana num deles. Apenas convém esclarecer que não se trata de um princípio constitucional fundamental. E fazemos esse esclarecimento, porque, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a doutrina passou a tentar enquadrar tudo nesse conceito, sem atinar que ele é um conceito que se refere apenas à estruturação do ordenamento constitucional, portanto mais limitado do que os princípios constitucionais gerais, que envolvem toda ordenação jurídica.” (SILVA, José A. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. RDA 212 abr/jun.1998, p.91). Em outro trecho, ele justifica o porquê de não caracterizar como princípio: “Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como *fundamento* da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é *fundamento* é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social e econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.” (ibid.p.92)

¹⁰⁰ Diversos autores conferem o caráter de princípio, dentre eles, cf: Farias, p. 59. ANDRADE, José C. V.. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. BONAVIDES, Paulo. **Prefácio**. In: SARLET, Ingo. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. CLÈVE, Clèmerson. **Apresentação**. In: SARLET., Ingo. SARLET, Ingo. **Dignidade..**; FACHIN,

constitucional, e que houve apenas o reconhecimento pelas Constituições da sua existência e eminência, de modo a consagrá-lo como fundamento da ordem jurídica, tal como procede a Constituição de 1988 no inciso III do artigo 1º.

Com efeito, caracterizá-lo ou não como princípio constitucional consubstancia mera opção teórica, desde que, qualquer que seja a escolha, não só se reconheça à dignidade da pessoa humana o caráter de esteio supremo da ordem jurídica, isto é, de pedra angular, vértice e ponto de referência do ordenamento jurídico; bem como lhe seja atribuída cogência e normatividade, não a considerando mera cláusula retórica. Vale dizer, independente da opção feita, cumpre reconhecer verdadeira força vinculante, tendo a dignidade da pessoa humana aptidão para disciplinar relações sociais, como supedâneo de pretensões jurídicas deduzíveis em juízo.

Consentâneo é o magistério de Paulo Bonavides¹⁰¹, em prefácio a obra de Ingo Sarlet:

“A dignidade da pessoa humana, desde muito, deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremessivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.”

Aliás, como bem destaca Ingo Sarlet¹⁰², o reconhecimento da condição normativa da dignidade, assumindo feição de princípio constitucional fundamental, não põe termo ao seu papel como valor fundamental geral para toda a ordem jurídica, mas, pelo contrário, confere a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade.

Luiz Edson. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. RTDC, Rio de Janeiro: Editora Padma, vol.4, out/dez. 2000. SANTOS, Fernando F. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

¹⁰¹ BONAVIDES, **Prefácio**, p.12

¹⁰² SARLET, p.73-4.

Perfilhando entendimento de Ingo Sarlet¹⁰³, vislumbra-se que o constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, ao elevar à condição de princípio fundamental (art. 1º, III). Tal escolha é salutar, mesmo porque a positivação, como princípio jurídico-constitucional fundamental, melhor coaduna com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional luso-brasileiro e espanhol. No entanto, esse autor salienta que, “para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, normas(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.”¹⁰⁴

Antes, ainda, de explanar acerca de seu significado, ressalte-se que a sua consagração, em grande parte das Constituições, ocorreu após as atrocidades realizadas na 2ª Guerra Mundial.¹⁰⁵ Segundo o Professor José Antônio Peres Gediél, em virtude dos traumas sofridos pelas sociedades européias nessa guerra, revelou-se a insuficiência da tutela jurídica conferida pela modernidade ao sujeito de direito, de modo a ser necessário o resgate de valores fundantes

¹⁰³ **ibid.p.68-9**

¹⁰⁴ **idem.p.70.** Nesse aspecto, assevera Bonavides “Introduzir, de conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na consciência, na vida e na *práxis* dos que exercitam a governação e dos que, enquanto entes da cidadania, são do mesmo passo titulares e destinatários da ação de governo, representa uma exigência e imperativo de elevação institucional e de melhoria qualitativa das bases do regime.” (BONAVIDES, **Prefácio...p.13**)

¹⁰⁵ Celso Lafer afirma que, nesse momento histórico, houve, diante do esfacelamento dos padrões da tradição ocidental, um hiato entre o passado e o futuro, ensejando uma crise dos direitos humanos, mediante um ‘estado totalitário de natureza’ que tornou o homem sem lugar no mundo.(LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1991.p.118).

José Afonso da Silva, por seu turno, observa: “Foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que, por primeiro, erigiu a *dignidade da pessoa humana* em direito fundamental expressamente estabelecido no seu art.1º, nº 1, declarando: ‘*A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais*’. Fundamentou a positivação desse princípio, de base filosófica, o fato de o Estado nazista ter vulnerado gravemente a dignidade da pessoa humana mediante a prática de horrorosos crimes políticos sob a invocação de razões de Estado e outras razões. Os mesmos motivos históricos justificaram a declaração do art.1º da Constituição Portuguesa segundo o qual ‘*Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*’ e também a Constituição espanhola, cujo art.10, nº1, estatui que ‘*A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social*’. E assim também a tortura e toda sorte de desrespeito à pessoa humana praticadas sob o regime militar levaram o Constituinte brasileiro a incluir a *dignidade da pessoa humana* como um dos (p.90) fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, conforme o disposto no inc.III do art. 1º da Constituição de 1988.” (SILVA, p.89-90)

do Estado de Direito, plasmados nas Declarações jusnaturalistas, tais como a dignidade da pessoa humana, a resistência à opressão e a desobediência civil.¹⁰⁶

Na medida em que se trata de um conceito vago e impreciso, bem como ambíguo e poroso, cuja natureza é necessariamente polissêmica, torna-se assaz difícil a tarefa de conceituação da dignidade da pessoa humana¹⁰⁷, sendo mais fácil dizer o que ela não é. Daí que não será promovido esse intento, vez que ultrapassa os objetivos precípuos da presente monografia, bastando bosquejar um pouco do seu conteúdo. No entanto, frise-se “não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade.”¹⁰⁸

Ao analisar a presença da idéia de dignidade da pessoa humana, na evolução do pensamento ocidental, desde a Antiguidade, Ingo Sarlet sustenta que houve, no pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, tanto uma racionalização quanto uma laicização da concepção da dignidade da pessoa humana, destacando-se de modo significativo o nome de Immanuel Kant, “cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto”.¹⁰⁹

Deveras, consagrou-se o tratamento conferido, pela filosofia kantiana, ao tema da dignidade da pessoa humana, exercendo influência marcante na abordagem dessa matéria na cultura ocidental. Tal filosofia¹¹⁰ preconiza que o homem seja tido não como um meio para a consecução de fins, mas sim como um fim em si mesmo¹¹¹. Eis por que o escopo do princípio da

¹⁰⁶ GEDIEL. *Os transplantes...*.p.45.

¹⁰⁷ Neste aspecto, é interessante cf. SARLET, p.38 e ss

¹⁰⁸ SARLET, p.39.

¹⁰⁹ *ibid.* p.32

¹¹⁰ Neste aspecto, José Afonso da Silva destaca que “A filosofia kantiana mostra que o *homem*, como ser racional, *existe* como fim em si, e *não simplesmente como meio*, enquanto os seres, desprovidos de razão, têm um valor relativo e condicionado, o de *meios*, eis por que se lhes chamam coisas.” (SILVA, p.90)

¹¹¹ A propósito, é pertinente e esclarecedor transcrever as próprias palavras de Kant: “o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela

dignidade da pessoa humana – expressão jurídica do valor da pessoa humana¹¹² – consiste na consideração da pessoa humana como valor supremo de qualquer ordem filosófica ou jurídica.

Explanando acerca do entendimento dessa filosofia¹¹³, José Afonso da Silva¹¹⁴ leciona:

“Voltemos, assim, à filosofia de Kant, segundo a qual no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa equivalente. Daí a idéia de valor relativo, de valor condicionado, porque existe simplesmente como meio, o que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem e tem um preço de mercado, enquanto aquilo que não é um valor relativo, e é superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, é uma dignidade, é o que tem uma dignidade. Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.”¹¹⁵

vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim.” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, in: Os Pensadores – Kant (II), Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134-5)

¹¹² Neste sentido, afirma Edilson Pereira: “Pois bem, imbricado ao valor da pessoa humana está o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o valor da pessoa humana é traduzido juridicamente pelo eminente princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Este significa a objetivação em forma de proposição jurídica do valor da dignidade do homem.

Característica fundamental do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana que o sobreleva em importância e significado é que ele assegura um mínimo de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, uma vez que todos os homens são dotados por natureza de igual dignidade e ‘têm direito a levar uma vida digna de seres humanos’. Vale dizer: o respeito à pessoa humana realiza-se independentemente da comunidade, grupo ou classe social a que aquela pertença.”(FARIAS, p.60)

¹¹³ Também tratando de Kant, Rodrigo Bornholdt assevera: “Como vimos, âmago do princípio da dignidade humana, e a par das contribuições históricas fornecidas já pelos estoicos e pelo cristianismo primitivo, encontra-se, desde logo, a noção kantiana de que todo homem é portador de uma idêntica dignidade, pelo só fato de ser humano. Sua dignidade, portanto, lhe é imanente, e independe de sua pertença a um determinado grupo, classe ou raça. Outra dimensão do princípio é oferecida pela impossibilidade de consideração do homem como meio, devendo sempre ser tomado como um fim. Reputa, pois, à dignidade humana, que o homem seja visto como um mero objeto, à disposição de seus semelhantes, seja nas relações privadas, seja em relação ao soberano.” (Bornholdt, Rodrigo Meyer. **Colisão entre Direitos Fundamentais: Metódica Estruturante e Ponderação**. Curitiba, 2001. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR.p.61)

¹¹⁴ SILVA, p.91.

¹¹⁵ Convém ainda acrescentar que Kant preconiza que a dignidade “nunca poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade” (KANT, p.140)

Karl Larenz¹¹⁶, ao tratar do princípio do respeito recíproco, menciona que Kant, na teoria da virtude, disse que todo o homem tem uma pretensão jurídica ao respeito de seus semelhantes e, reciprocamente, está obrigado a respeitar aos demais, sendo que esse respeito consistiria no reconhecimento de uma dignidade nos demais homens, que é um valor que não tem preço, nem equivalente. Ainda, Larenz acentua que não se trata somente de uma dever moral, mas do fundamento ético de toda a relação jurídica.

Não obstante¹¹⁷ a consagração do pensamento de Kant relativo à conceituação, ao conteúdo atribuído ao princípio, é imprescindível ressaltar, conforme magistério de Canotilho, que se deve evitar um conceito ‘fixista’, filosoficamente sobrecarregado do princípio da dignidade da pessoa humana, até porque se trata de um princípio aberto. De tal sorte, quando na presente monografia, explana-se acerca da contribuição kantiana, não se pretende em nenhum momento formular um conceito fechado, até porque isso só seria compatível aos velhos moldes da pandectista, mas não com os aportes teóricos em que se esteia o presente trabalho, tampouco com o seu escopo.

No entanto, é irrefutável a pertinência, tendo até caráter imprescindível, da concepção kantiana¹¹⁸ no que se refere ao repúdio de toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano. Aliás, esse aspecto é de transcendental relevância, no presente trabalho, no que concerne ao estouro dos limites, visto que se almeja enfatizar que jamais a Biotecnologia poderá atuar de modo a tornar o ser humano um objeto, um meio.

¹¹⁶ Larenz, Karl. *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p.56

¹¹⁷ Ingo Sarlet, com propriedade, salienta que tanto o pensamento de Kant, quanto as demais concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana “encontram-se, ao menos em tese sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam, que a pessoa humana, em função de sua racionalidade, ocupa lugar privilegiado em relação ao demais seres vivos. **Para além disso, sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que a tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana com dignidade.**” –sem grifos no original - (SARLET. p.34-5)

¹¹⁸ Nesse sentido, Sarlet assevera: “verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana.” (SARLET, p.44)

A despeito dessas possíveis críticas à filosofia kantiana, é indiscutível que a dignidade da pessoa humana permanece, quiçá até com mais força, ocupando um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico. Questão essa que será objeto do próximo tópico.

Frise-se, portanto, que, ao se trazer a concepção kantiana, visa-se a refutar cabalmente qualquer tentativa que, no bojo da biotecnologia, torne o homem um objeto, um meio.

Outrossim, muito embora não seja possível, nem conveniente reduzir a uma fórmula abstrata e genérica o que representa o conteúdo da dignidade da pessoa humana, isso “não significa que não se possa ou deva buscar uma definição, que, todavia, acabará alcançando pleno sentido e operacionalidade em face do caso concreto.”¹¹⁹

Com efeito, o preenchimento do conteúdo¹²⁰ da dignidade ocorrerá no caso concreto. Ingo Sarlet¹²¹ transcreve fórmula desenvolvida por Dürig, na Alemanha, na qual a dignidade da pessoa humana é tida por atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como coisa, entretanto, ressalta que essa concepção não logra oferecer uma solução global para o problema, visto que não define previamente o que deve ser protegido, mas tão somente “permite a verificação, à luz das circunstâncias do caso concreto, da existência de uma efetiva violação da dignidade, fornecendo, ao menos, um caminho a ser trilhado, de tal sorte que, ao longo do tempo, doutrina e jurisprudência encarregaram-se de identificar uma série de posições que integram a noção de dignidade da pessoa humana e que, portanto, reclamam a proteção pela ordem jurídica.”¹²²

¹¹⁹ **ibid.**p.57

¹²⁰ Jorge Miranda formula diretrizes básicas, isto é, um conteúdo mínimo: “ a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada umas das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter, a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) A protecção da dignidade está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; e) A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.”(MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol.IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p.169-170.)

¹²¹ SARLET, p.58

¹²² Em síntese conclusiva, sustenta, Ingo Sarlet “ que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos

Nesta esteira, Edilsom Pereira de Farias¹²³ destaca o caráter aberto do princípio da dignidade da pessoa, relacionando essa característica com a aplicação e interpretação :

“O princípio em epígrafe é um princípio semântico e estruturalmente aberto, de ‘abertura valorativa’, **o que faz com que o mesmo seja em grande parte colmatado pelos agentes jurídicos no momento da interpretação e aplicação das normas jurídicas.** Assim, em razão de o princípio da dignidade da pessoa humana ser uma categoria axiológica aberta, considera-se inadequado conceituá-lo de modo ‘fixista’ (expressão de Canotilho). Além do mais, uma definição filosoficamente sobrecarregada, cerrada, é incompatível com o pluralismo e a diversidade, valores que gozam elevado prestígio nas sociedades democráticas contemporâneas.”-g.n.-¹²⁴

Por outro lado, embora seja um conceito aberto que carece de concretização, não se pode olvidar que, sendo qualidade inerente à pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado.

Vale dizer, a dignidade, sendo dado prévio, não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, conquanto o Direito exerça papel crucial na sua proteção e promoção.¹²⁵

fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.” (p.59). Em outro trecho, assevera “temos por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*” (ibid. p.60)

¹²³ FARIAS, p.61

¹²⁴ Também acentuando o caráter aberto, Ingo Sarlet assevera: “ Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de desenvolvimento. Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida aos órgãos estatais.” (ibid. p.39)

¹²⁵ Nesse sentido, cf. SARLET, p.40. Também, assevera Larenz que a pretensão do homem ao respeito a sua personalidade não depende de uma atribuição humana, vez que é um direito de caráter prévio, isto é, “*el derecho al*

2.4. Dimensão Jurídico-Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana

Após algumas explicações quanto à definição e ao conteúdo, insta analisar a respeito da dimensão jurídico-normativa da dignidade da pessoa humana no ordenamento constitucional brasileiro.

Desde logo, conforme aduz Ingo Sarlet¹²⁶, destaque-se que a íntima e indissociável relação entre dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais constitui um dos postulados em que se assenta o direito constitucional hodierno. Acrescente-se, também, que não basta reconhecer a existência e relevância dessa vinculação, cumpre respeitá-la e protegê-la, eis que, conforme dantes explanado, trata-se de qualidade inerente e indissociável de qualquer ser humano, sendo (ou devendo ser) “meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito”¹²⁷.

Com efeito, a expressa inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como ‘fundamento’¹²⁸ do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, como sucede em diversos outros países, consubstancia uma pretensão de que tal princípio confira uma unidade sistêmica e um substrato de validade objetivamente considerado, mormente, aos direitos e garantias fundamentais do homem.

Recorde-se, outrossim, que esse princípio foi ainda reforçado em inúmeras outras disposições constitucionais, na atual Carta Magna brasileira. À guisa de exemplo, há o artigo 170 que retoma a expressão utilizada na Constituição de 1934, prescrevendo que a ordem econômica tem, dentre suas finalidade, a de assegurar a todos uma existência digna; o art, 226, §7º proclama

respeto no puede darlo el Derecho positivo, ni adquirirse a través de él; es indeclinable, indisponible e irrenunciabile.” (LARENZ, Derecho Justo, p.64)

¹²⁶ SARLET, p.26.

¹²⁷ SARLET, p.28.

¹²⁸ Conforme preconiza Ingo Sarlet, o constituinte ao prever um título destinado aos princípios fundamentais almejou outorgar a eles a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive e principalmente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que integram ao lado daqueles princípios o núcleo essencial da Constituição formal e material. Demais disso, ao se prever a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito a Constituição conferiu a devida atenção à pessoa humana, reconhecendo “categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.” (SARLET, p.66)

que o planejamento familiar deve fundar-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; o art.227 impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade etc.

Destarte, da qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental infere-se que o artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988, não contém somente uma declaração de conteúdo ético e moral, mas também constitui norma jurídica-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia.. A respeito, assevera Ingo Sarlet: “neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa.”¹²⁹

Vale dizer, a afirmação da dignidade da pessoa como princípio fundamental estabelecido na Constituição Brasileira de 1988 confere-lhe caráter deontológico (como preceito indicativo de um dever ser), no entanto não lhe suprime a dimensão axiológica e teleológica (como valor ou meta a ser atingida).

Retornando à relação entre dignidade e direitos fundamentais, insta reconhecer a existência de uma unidade sistêmica relativamente aos direitos fundamentais no constitucionalismo aberto hodierno, tendo como arrimo o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, na medida em que se destina especificamente a definir e garantir a posição do homem concreto na sociedade política.

Com efeito, a idéia de que a dignidade da pessoa humana é o substrato e esteio necessário para dar sustentação e efetividade ao catálogo de direitos fundamentais, consagrado no ordenamento jurídico das diversas nações e organismos internacionais, é compartilhada pela

¹²⁹ SARLET, p.72

melhor doutrina contemporânea. Tanto que Paulo Bonavides a considera “a norma das normas dos direitos fundamentais, elevada ao mais alto posto da hierarquia jurídica do sistema”¹³⁰

Nesse aspecto, José Carlos Vieira de Andrade¹³¹ assevera:

“Os direitos fundamentais não tem sentido nem valem apenas pela vontade (pelo poder) que historicamente os impõe. O conjunto dos direitos fundamentais é significativo (e desvendável) porque é referido a um critério de valor; os direitos fundamentais são obrigatórios juridicamente porque são explicitações do princípio da dignidade humana, que lhes dá fundamento. É que a unidade dos direitos fundamentais, como a unidade da ordem jurídica em geral, há de ser uma unidade axiológica, material, que funde e legitime o seu conteúdo normativo.

É neste sentido que se defende que o valor da dignidade da pessoa humana, como ser livre e responsável, não é um produto ideológico, uma especificidade do liberalismo individualista, antes corresponde a uma potencialidade característica do ser humano, que se vai atualizando nas ordens jurídicas concretas.”

Em outro trecho, Vieira de Andrade¹³² preconiza que princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido “como o princípio fundamental que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais.” Isto é, está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, daí a pertinência do constituinte brasileiro ao erigi-lo como fundamento.

Consentâneo é o entendimento exarado por Jorge Miranda¹³³ de que a Constituição, em que pese o seu caráter compromissório, atribui, através do princípio da dignidade da pessoa humana, uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos

¹³⁰ BONAVIDES, **Prefácio...**

¹³¹ ANDRADE, p.113

¹³² Acrescenta, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, porém ressalta que o grau de vinculação dos diversos direitos ao princípio poderá ser diferenciado, de modo que existem direitos que constituem explicitações em primeiro grau da idéia de dignidade e outros que destes são decorrentes. (ibid, p.101-2). Também nesse sentido, afirma Ingo Sarlet que os direitos e garantias fundamentais podem, ainda que de modo e intensidade variáveis, serem reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas.”(SARLET, p.81-2)

¹³³MIRANDA,p.180

fundamentais, vez que, segundo esse princípio, a pessoa é fundamento e escopo da sociedade e do Estado.¹³⁴

De fato, o conteúdo da dignidade da pessoa, constituindo, na maioria das vezes, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, é erigido, outrossim, como limite às restrições aos direitos fundamentais¹³⁵, é dizer, como elemento de proteção dos direitos fundamentais e, inclusive, como fundamento para justificar a imposição de restrições. Desse aspecto, emerge a indagação de ser ou não um princípio absoluto? Que será tratada no próximo tópico.

De outra parte, destaque-se a atuação hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, na mesma linha do já explanado quanto aos princípios constitucionais.

Pois bem, o princípio fundamental da dignidade humana, quer por estar no cume da normatividade constitucional, quer por sua própria natureza, quer por traduzir a prioridade axiológica da personalidade humana, tem uma eficácia hermenêutica e normativa decisiva, ou seja, é eficaz não só para dirimir dúvidas interpretativas ou auxiliar no esclarecimento de preceitos normativos constitucionais ou infraconstitucionais, especialmente no caso de colisão

¹³⁴ José Afonso da Silva conclui que “a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões.”(SILVA,p.94). Na mesma esteira, preconiza Edilson Farias: “Como ratio iuris determinante daqueles direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana possibilita a referência a um sistema de direitos fundamentais. Com isso, facilita-se a interpretação e aplicação desses direitos, pois o pensamento sistêmico ilumina ou reforça o entendimento de direitos em particular bem como favorece a articulação destes com os outros. Em conseqüência, consolida-se a força normativa dos direitos fundamentais e a sua magna proteção da pessoa humana. (...)O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: ele constitui a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto de direitos fundamentais. Dessarte, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados no título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art.1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (arts. 6º a 11) ou dos direitos políticos (arts.14 a 17).” (FARIAS, p.67)

¹³⁵ A propósito ressalta Ingo Sarlet: “no âmbito da indispensável ponderação (e, por conseguinte, também hierarquização) de valores, inerente à tarefa de estabelecer a concordância prática (na acepção de Hesse) na hipótese de conflitos entre princípios (e direitos) constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental. Tal constatação assume ainda maior relevância, em não se olvidando a já suficientemente destacada primazia desfrutada pela dignidade da pessoa no âmbito da arquitetura constitucional, sem que, com isto, estejamos – convém frisá-lo para evitar mal-entendidos – a sustentar a existência

ou conflitos de direitos fundamentais, mas também para servir de fundamentação autônoma para decisões no âmbito da jurisdição constitucional, especialmente no controle da constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais¹³⁶. Vale dizer, ao lado da função interpretativa dos princípios constitucionais, merece todo destaque e primazia a sua força normativa autônoma, enquanto fundamentos para ‘juízos concretos de dever-ser’.

Nesta quadra, Ingo Sarlet¹³⁷ assevera:

“Neste passo, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna – acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico-sistemático, não esquecendo – e aqui adotamos a preciosa lição de Juarez Freitas – que toda a interpretação é sistemática ou não é interpretação.”

Tal como em relação aos princípios constitucionais, o princípio da dignidade ostenta seja uma função ‘negativa’, seja uma função ‘positiva’¹³⁸. Segundo Edilson Farias¹³⁹, esse princípio, referindo-se às exigências básicas do ser humano, protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual, sendo que essa proteção envolve não só um aspecto de garantia negativa, no sentido de a pessoa humana não ser ofendida ou humilhada, mas também outro de afirmação do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

de uma hierarquia jurídico-formal entre as normas constitucionais, a ponto de justificar uma inviável (e praticamente não mais defendida) inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.” (SARLET, p.112-3)

¹³⁶ À guisa de exemplo, cite-se o parecer exarado pelo Professor Doutor Luiz Edson Fachin, em que se pugna pela inconstitucionalidade do projeto de Código Civil, por afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros. (FACHIN, *Um Projeto...*)

¹³⁷ SARLET, p.83

¹³⁸ Ingo Sarlet reconhece uma dupla função defensiva e prestacional da dignidade, de modo que o dispositivo – texto – que reconhece a dignidade como princípio fundamental encerra normas que não só outorgam quer direitos subjetivos de cunho negativo – não violação da dignidade –, mas também impõe condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade. (SARLET, p.70)

¹³⁹ FARIAS, p.63-4

Sendo a dignidade da pessoa simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, impondo condutas positivas para efetivá-la e protegê-la, os órgãos estatais estão incumbidos seja de edificar – quando se trata do legislador - uma ordem jurídica que respeite o princípio, seja de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de óbices a sua realização.¹⁴⁰

Muito embora seja destacada a vinculação do Estado¹⁴¹, os particulares, também, estão vinculados, devendo respeitar a dignidade da pessoa humana, é a chamada eficácia horizontal. A propósito, salienta Ingo Sarlet:

“Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre os particulares.”¹⁴²

Outrossim, em que pese Vieira de Andrade limite a eficácia normativa do princípio da dignidade da pessoa humana à “fonte de solução jurídica enquanto pressuposto de validade e enquanto elemento de interpretação e integração das normas”¹⁴³, é pertinente, também, admitir que os princípios constitucionais, como o que consagra a dignidade da pessoa humana, podem servir de fonte autônoma de solução jurídica – ou ‘juízos concretos do dever ser’, na conhecida expressão de Alexy – para determinados casos em que, apesar da ausência de regras específicas,

¹⁴⁰ Jesús González Pérez enumera algumas condutas que devem ser exigidas do Estado: “não poderá promulgar normas, ditar atos imperativos, emitir juízos, impor condições à atividade humana que, de qualquer forma, suponham desconhecimento, atentado ou menoscabo da dignidade da pessoa. E os Tribunais deverão amparar a pessoa ofendida em sua dignidade, outorgando-lhe uma eficaz proteção frente a qualquer poder público. Os poderes públicos não só têm obrigação de respeitar a dignidade. Devem também protegê-la, impedindo os atentados dos particulares, adotando as medidas adequadas para evitá-los e reagindo diante dos ataques de qualquer tipo com meios proporcionais e suficientes. E devem protegê-la inclusive frente à própria pessoa, pois a dignidade é um direito e também um dever. (...) Que o Estado utilize toda a energia, dentro dos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade, os meios de que dispõe para impedir que o homem realize atos que o degradem não é atentar contra a dignidade. É defender a dignidade” (PÉREZ, Jesús G. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986. p.61-2).

¹⁴¹ Enfatiza Ingo Sarlet: “o dever de proteção imposto – e aqui estamos a nos referir especialmente ao poder público – inclui até mesmo a proteção da pessoa contra si mesma, de tal sorte que o Estado encontra-se autorizado e obrigado a intervir em face de atos de pessoas que, mesmo voluntariamente, atentem contra sua própria dignidade.” (SARLET. p.111)

¹⁴² SARLET, p.109-110.

¹⁴³ ANDRADE, p.131.

depare-se com uma situação concreta submetida à decisão judicial que deva ser regulada de modo a salvaguardar a proeminência dos valores existenciais da pessoa humana.¹⁴⁴

Ressalte-se que, mesmo não se ampliando a sua eficácia, o princípio da dignidade da pessoa humana é deveras salutar na problemática suscitada pela Biotecnologia, vez que, como reconhece Vieira de Andrade, permite a integração de lacunas. Isto é, esse princípio será assaz pertinente quando não houver nenhuma norma concreta que confira uma solução jurídica subjetiva específica.

Inclusive, mencione-se que da garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos. De tal sorte, vislumbra-se uma relação entre o princípio da dignidade e a problemática do reconhecimento dos direitos da personalidade, havendo até, conforme ressalta José Antônio Peres Gediel¹⁴⁵, reivindicações no sentido da aceitação de um direito único de personalidade, nucleado na dignidade da pessoa humana.¹⁴⁶ É dizer, “a definição

¹⁴⁴ Consentâneo é o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao comentar o Inciso II, do art.160, da Constituição de 1967, emendada em 1969, que estabelecia como princípio da ordem econômica e social ‘a valorização do trabalho como condição da dignidade humana’. Conforme o insigne jurista, “esta regra não é apenas – embora também o seja – um comando para o legislador e uma diretriz inafastável quer para o Executivo, na produção de sua política econômica e social, quer para os empregadores. Ela é – mais que simples programa – uma *fonte de direito subjetivo* para o trabalhador. Quer-se dizer, qualquer ato, normativo ou concreto, que traduza desrespeito à valia do trabalho como condição da dignidade humana será inconstitucional e estará, desde logo, transgredindo um direito de todos e de cada um dos indivíduos atingidos. (...) Deveras, a Carta Constitucional não pode valer menos que uma lei, que um regulamento ou Portaria do Ministério do Trabalho. Se o texto Constitucional proclama que ‘a valorização do trabalho é condição da dignidade humana’ erige esta noção em princípio, vale dizer, em cânone mais forte que uma simples regra, **ele é invocável como supedâneo de uma pretensão jurídica.**” – sem grifos no original - BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social.** In: Revista de Direito Público, São Paulo: RT, ano XIV, vol. 57/58, jan-jun de 1981, p.249).

¹⁴⁵ GEDIEL, Os transplantes, p.46.

¹⁴⁶ Observando que os progressos da técnica moderna tornaram possíveis agressões à vida humana, José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco Muniz lecionam que as experiências alemã e italiana relativas aos direitos da personalidade demonstram “o caráter absolutamente insatisfatório de uma proteção fracionada, fragmentária, de direitos da personalidade, enumerados e tipificados, a tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda a problemática. Dessa primeira lição, pode ser extraído o corolário da extrema dificuldade de uma adequação da tutela jurisdicional da personalidade humana sem a introdução no Direito legislado de uma cláusula geral apta a, através, da concreção, fornecer a base de uma jurisprudência coerente, mas suficientemente sensível para a solução das mais variadas hipóteses de lesão aos direitos da personalidade. (...) Em segundo lugar, o exemplo serve para demonstrar a impossibilidade de uma construção doutrinária que busque construir essa cláusula geral e se feche dentro do campo do Direito Civil, ignorando os fundamentais princípios que asseguram o respeito à dignidade da pessoa humana. (...) o que estamos procurando sustentar é a necessidade de um superamento da separação entre duas concepções unilaterais do direito da personalidade, uma exclusivamente

do conteúdo material dos direitos fundamentais da personalidade exige, como se vê, a formulação de uma teoria unitária, que postula a existência de um ‘direito geral da personalidade’, bem como sua relação com os direitos fundamentais.”¹⁴⁷

Tratando-se da dimensão jurídica-constitucional, resta, ainda, dois aspectos a serem ressaltados, quais sejam: a influência na construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na ordem constitucional¹⁴⁸ e a sua atuação como fator legitimador da ordem jurídica.

Pois bem, no que concerne ao primeiro aspecto, não se olvide que o art.5º, §2º da Constituição de 1988 chancelou a existência de direitos não-escritos decorrentes do regime e dos princípios fundamentais, emergindo, de tal sorte, o grande desafio de identificar esses direitos implícitos. A propósito, embora ressalve que “a dignidade (assim como a Constituição) não deve ser tratada como um espelho no qual todos vêm o que desejam ver, pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de ser banalizada e esvaziada”¹⁴⁹, preconiza Ingo Sarlet:

“o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição. Cuida-se, em verdade, de critério basilar, mas não exclusivo”¹⁵⁰

privatística e outra exclusivamente publicística. Daí decorre a importância de que o problema seja analisado à luz dos grandes princípios constitucionais, que fornecem inclusive critérios de valor e que devem inspirar uma releitura do próprio texto da lei ordinária à luz dessa inspiração global que a Constituição acolhe.” (OLIVEIRA, José L. C.; MUNIZ, Francisco José F.O Estado de Direito e os Direitos de Personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR.*, Curitiba, n.19, ano 19, 1978-1979-1980. p.227-9)

¹⁴⁷ GEDIEL, p.49

¹⁴⁸ Cf. SARLET, p.97-8

¹⁴⁹ SARLET, p.100.

¹⁵⁰ SARLET, p.101. Na mesma linha, ressalta Edilson: “aquele princípio funcionaria como uma cláusula ‘aberta’ no sentido de respaldar o surgimento de ‘direitos novos’ não expressos na Constituição de 1988 mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º §2º. Estreitamente relacionado com essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional.(FARIAS, p.80)

A par da unidade de sentido, o princípio da dignidade confere legitimidade a uma determinada ordem constitucional. Nesse sentido, ressalta Bonavides¹⁵¹ que:

“Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana.”¹⁵²

2.5. É um Princípio Absoluto?

Já se explanou que a dignidade é inerente à pessoa, não dependendo das circunstâncias concretas, de modo que, em tese, todos – até o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmas.¹⁵³ Relacionado a isso, há o tormentoso problema da possibilidade de se estabelecerem restrições – limites -, isto é, relativizar a própria dignidade da pessoa. Seria absoluto o princípio, completamente infenso a qualquer tipo de restrição?

Embora, como bem aduz Ingo Sarlet¹⁵⁴, somente o exame em concreto, considerando cada norma de direito fundamental, bem como avaliando a natureza e a intensidade da ofensa, fornecerá os elementos para uma solução constitucionalmente adequada, cumpre realizar algumas considerações em torno da indagação formulada.

¹⁵¹ BONAVIDES, **Prefácio**.

¹⁵² Consentâneo é o entendimento de Edilson Farias: “o respeito da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos elementos imprescindíveis para a legitimação da atuação do Estado brasileiro. Qualquer ação do Poder Público e de seus órgãos não poderá jamais, sob pena de ser acoimada de ilegítima e declarada inconstitucional, restringir de forma intolerável ou injustificável a dignidade da pessoa. Está só poderá sofrer constrição para salvaguardar outros valores constitucionais.”(p.62-3). Ingo também destaca: “ainda que a dignidade preexistia ao direito, certo é que o seu reconhecimento e proteção por parte da ordem jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima. (...) assiste inteira razão aos que apresentam a dignidade da pessoa humana como critério aferidor da legitimidade substancial de uma determinada ordem jurídico-constitucional, já que diz com os fundamentos e objetivos, em suma, com a razão de ser do próprio poder estatal.” (FARIAS, p.80-1)

¹⁵³ Cf. SARLET, p.42; PEREZ, p.25.

Pois bem, em que pese a dignidade da pessoa humana tenha sido erigida ao vértice dos valores normativos ou jurídicos, ela não deve ser vista como um valor absoluto de modo a prevalecer sempre sobre os outros em todas e quaisquer circunstâncias.¹⁵⁵

A propósito, Robert Alexy¹⁵⁶ preconiza que o fato do princípio da dignidade da pessoa humana, diante de determinadas condições, ter prioridade sobre outros princípios não implica que ele seja um princípio absoluto, porém denota que é difícil encontrar razões jurídico-constitucionais que poderiam alterar a relação de precedência em favor do princípio da dignidade da pessoa humana.

Inclusive, sendo os princípios mandados de otimização, é paradoxal¹⁵⁷ caracterizar a dignidade da pessoa humana como um princípio absoluto, visto que se realiza de forma gradual, conforme as circunstâncias reais e jurídicas (mormente os princípios contrapostos) de cada caso.

Nessa problemática, não se olvide a existência de uma dupla estrutura - princípio e regra - da dignidade, considerando que o conteúdo da regra da dignidade, conforme bem explana Robert Alexy¹⁵⁸, decorre do processo de ponderação que se opera no nível do princípio da dignidade, quando cotejado com outros princípios. Logo, absoluta é a regra, mas jamais o princípio.¹⁵⁹

¹⁵⁴ SARLET, p.121.

¹⁵⁵ Sustenta Edilson Farias “Conquanto seja a dignidade um valor inerente a cada pessoa e que ‘leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais’, o princípio da dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto no sentido que deva prevalecer incondicionalmente sobre os princípios opostos em qualquer situação. Ele está sujeito também à lei de colisão e, sob determinadas circunstâncias, poderá não prevalecer sobre princípios colidentes. São as condições do caso concreto que irão indicar a precedência ou não do princípio da dignidade da pessoa humana.” (FARIAS, p.64-5)

¹⁵⁶ ALEXY, p.92.

¹⁵⁷ Assevera ALEXY: “Se existem princípios absolutos, então cabe modificar a definição do conceito de princípio, visto que, se um princípio, em caso de colisão, precede todos os demais princípios, e também o de que uma regra estabelecida se há de seguir, significa que sua realização não conhecerá limites jurídicos. Haveria somente fronteiras fáticas. Não seria aplicável o teorema da colisão.” (ibid, p.93)

¹⁵⁸ ibid, p.108-9.

¹⁵⁹ Consentâneo é o entendimento exarado por Ingo Sarlet: “Diante desta dupla dimensão (princípio e regra) (...), não há como compartilhar – ao menos não de todo – do entendimento advogado por Ferreira dos Santos, quando, divergindo frontalmente de Alexy, pretende que a dignidade da pessoa humana constitui princípio de feições absolutas, razão pela qual sempre e em todos os casos haverá de prevalecer em relação aos demais princípios. (...) o

Com efeito, não bastasse o fato do princípio da dignidade da pessoa humana ser realizado em graus, há situações em que é necessário compatibilizar, solucionar tensões entre a dignidade de diversas pessoas¹⁶⁰. De tal sorte, partindo da premissa da dignidade como princípio absoluto, será assaz difícil dirimir tais tensões.

Essa dificuldade é corroborada pelo exemplo trazido por Ingo Sarlet¹⁶¹:

“Apenas para ilustrar o problema, parece-nos que dificilmente se poderá, por exemplo, questionar que o encarceramento de condenado pela prática de homicídio qualificado pela utilização de meio cruel (ou outro delito de suma gravidade) em prisão com problemas de superlotação, não constitua, efetivamente, uma violação de sua liberdade e dignidade pessoal, ainda que com amparo no sistema jurídico-positivo.”

De fato, como sustentar ser um princípio absoluto, diante do exemplo do encarceramento. É evidente que as razões, que exigem e justificam o encarceramento (a prisão), não autorizam que se venha a tratar o preso como mero objeto, à disposição dos demais, como se apenas importasse a utilidade da prisão. Essa análise é um exemplo da relativização do princípio da dignidade, preservando, contudo, a regra da dignidade.

Não é absoluto, seja porque contraria a própria definição proferida anteriormente a respeito dos princípios, seja porque é inafastável a necessária relativização, a convivência harmônica, do princípio da dignidade da pessoa em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos.¹⁶²

reconhecimento de um princípio absoluto – tal como lembra Alexy – contradiz a própria noção de princípio, ao menos de acordo com o entendimento adotado pelo próprio Alexy, o que, de qualquer modo, não impede – ao menos em tese – que se parta de outro conceito de princípios para chegar a resultado diverso.” (SARLET, p.76)

¹⁶⁰ A propósito, Ingo Sarlet acentua “Diante de um conflito entre as dignidades de pessoas diversas, face ao dever de respeito recíproco, impõe-se o estabelecimento de uma concordância prática (ou harmonização), que necessariamente importa a hierarquização (como sustenta Juarez Freitas) ou a ponderação (conforme prefere Alexy) dos bens conflitantes, neste caso, do mesmo bem (dignidade) concretamente atribuído a dois ou mais titulares.” (SARLET, p.124)

¹⁶¹ idem. P.124.

¹⁶² Sarlet. p.77

Em última análise, ressalte-se que a dignidade, na qualidade de valor intrínseco do ser humano, não poderá ser sacrificada, isto é, o fato de não se tratar de princípio absoluto não serve de justificativa para sacrificá-la, permanecendo sempre presente o caráter normativo e, portanto, vinculante, da dignidade da pessoa humana.¹⁶³

Por derradeiro, não se olvide que esse princípio foi eleito para maior aprofundamento, seja em virtude de se tratar de fundamento expresso do ordenamento jurídico, seja face à imbricação natural, haja vista a vedação à redução do homem a objeto, aos problemas da biotecnologia.

Deveras, a questão da proteção e defesa da dignidade da pessoa humana¹⁶⁴ e dos direitos da personalidade, no âmbito jurídico, alcança uma importância proeminente, neste final de século, notadamente em virtude dos avanços tecnológicos e científicos experimentados pela humanidade, que potencializam de forma intensa riscos e danos a que podem estar sujeitos os indivíduos na sua vida cotidiana.

¹⁶³ *idem*.p.78.

¹⁶⁴ No artigo “*Invenção, descoberta e dignidade humana*”, Laymert Garcia Santos menciona a atuação da dignidade humana “como barreira jurídica para disciplinar o avanço aparentemente irresistível da biotecnologia e a correspondente transformação dos recursos genéticos humanos em *comodities*.”(SANTOS, Laymert G. **Invenção, descoberta e dignidade humana**. In: CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria C. **Limites**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2001. p.55)

3 – Solução dos *Hard Cases* da Biotecnologia

3.1. *Hard Cases* e a Inexistência de Discricionariedade Judicial

Conquanto ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana caiba, como já ressaltado, conformar também a atividade do legislador, merece maior aprofundamento a análise de como o juiz poderá decidir, com base nos princípios¹⁶⁵, os *hard cases* trazidos pela biotecnologia.

Não se olvide que, na relação entre Direito e Biotecnologia, um dos dilemas consistia em saber como os juízes decidiriam as situações em que ainda não havia legislação específica aplicável, o que configura verdadeiro *hard case*¹⁶⁶. Eis por que é interessante analisar os ensinamentos de Dworkin sobre os casos difíceis.

Pois bem, no intento de refutar as teses positivistas, Dworkin¹⁶⁷ elegeu o problema da função judicial, a fim de negar a tese positivista da discricionariedade judicial, a qual preconiza¹⁶⁸ que, nos casos difíceis - em que não há uma norma exatamente aplicável -, o juiz deve decidir discricionariamente. Ao atacar essa tese, Dworkin¹⁶⁹ sustenta que os casos difíceis têm resposta correta, uma vez que o fato de não haver norma (regra) aplicável à situação concreta não significa que não sejam aplicáveis os princípios. De tal sorte, propugna que o material jurídico composto por normas, diretrizes e princípios é suficiente para conferir uma resposta correta ao caso concreto.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Dworkin afirma “*las decisiones judiciales basadas en argumentos de principios son compatibles con los principios democráticos*” (DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999. p.38)

¹⁶⁶ Segundo Dworkin, um caso é difícil se há incerteza, seja porque existem várias normas que determinam sentenças distintas – eis que as normas são contraditórias -, seja porque não existe norma exatamente aplicável.(*ibid*.p.134)

¹⁶⁷ Deve-se ter a cautela, pois, apesar da tendência de aproximação entre direito continental e o anglo-saxão, Dworkin dirige-se ao *commom-law*, bem como pretende, nos artigos que compõem o livro *Los Derechos en Serio*, definir e defender uma teoria liberal do direito.

¹⁶⁸ *Ibid*..p.83-6 e 146

¹⁶⁹ *ibid*.,p.150

¹⁷⁰ *ibid*. p.100

Demais disso, o autor norte-americano ressalta que, diante de um caso difícil, não é uma boa solução dar liberdade ao juiz, eis que este não está legitimado para ditar novas normas, tampouco para ditar normas retroativas. Isto é, cumpre exigir do juiz a busca de critérios e a construção de teorias que justifiquem as decisões.

Com efeito, na esteira do pensamento de Dworkin¹⁷¹, quando houver contradições ou lacunas o juiz não tem discricção, vez que está vinculado aos princípios. Ao fundamentar a decisão em um princípio preexistente, o juiz não inventa um direito, tampouco aplica legislação retroativa: apenas se limita a garanti-lo.¹⁷²

Neste aspecto, é salutar transcrever magistério de Vicente de Paula Barreto que, ao imbricar os ensinamentos de Alexy com o Biodireito, assevera:

“As regras distinguem-se dos princípios, na proposta de Alexy, pelo fato de que os princípios são normas que determinam que algo seja realizado ou não, dentro das possibilidades reais existentes. Os princípios são chamados, assim, pelo filósofo alemão, de ‘mandatos de otimização’, em virtude de poderem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida do grau de cumprimento irá depender das possibilidades reais e jurídicas que cercam o ato. Podem ser aplicados, portanto, não somente em uma ordem jurídica definida e completa, mas, principalmente, como é o caso do biodireito, em ordem jurídicas que se encontram *in fieri*, estando ainda em processo de construção, tendo em vista as novas realidades sociais, resultantes dos novos conhecimentos científicos. Os ‘mandatos de otimização’ servirão para que, no processo de criação de normas de biodireito e da sua aplicação, possamos contar com elementos heurísticos que se constituam em instrumentos de regulação, quando e onde não se encontrem respostas no direito positivo para os problemas levantados pela ciência e pela tecnologia. A utilidade do emprego dos princípios reside, assim, em poder considerá-los como um espaço normativo anterior ao sistema do direito positivo, apto a suprir as lacunas do direito face aos avanços da ciência e da tecnologia.” – sem grifos no original -¹⁷³

¹⁷¹ DWORKIN, p.80.

¹⁷² Conforme A. Casalmiglia, o modelo proposto por Dworkin evita diversos problemas importantes, visto que: impede que o juiz se constitua legislador, ao preconizar que o poder judicial tem o escopo de garantir direitos preestabelecidos; apresenta tese compatível ao postulado da separação de poderes, vez que o juiz está subordinado a lei e ao direito; rechaça a teoria do silogismo; bem como impede que os juizes se baseiem em objetivos sociais ou diretrizes políticas, devendo resolver os casos difíceis com esteio em princípios. Por fim, ressalta esse modelo será atrativo a todos aqueles que acreditam que o poder judicial está subordinado a princípios. CASALMIGLIA, A. **Prólogo**. DWORKIN, p.21.

¹⁷³ BARRETO, p.45-6.

Ressalte-se, outrossim, que o juiz não pode declinar do inafastável poder-dever de prestar a tutela, isto é, não lhe é lícito denegar resolução¹⁷⁴. Deveras, “o juiz tem, frente a casos concretos, o dever geral de dizer o Direito aplicável.”¹⁷⁵. Isso se aplica perfeitamente aos casos que emergem dos dilemas da biotecnologia.

De outra parte, frise-se que não se está propondo que o juiz legisle, mas tão somente que pautе suas decisões nos princípios constitucionais que são normas e têm função integrativa, até porque, como bem explana Sérgio Moro¹⁷⁶, não só as regras, mas também os princípios constituem normas imediatamente invocáveis pelos Tribunais para a solução de casos concretos.

Neste aspecto, Edilson Farias¹⁷⁷ preconiza que, face à natureza especial – caráter aberto e amplo – das normas constitucionais, mormente as que consagram direitos fundamentais, a utilização dos princípios constitucionais como premissa da argumentação jurídica confere racionalidade ao procedimento da interpretação constitucional, bem como o controla, evitando que o intérprete aplicador recorra a sua mera subjetividade, invocando idéias ou valores que não estejam respaldados no texto constitucional.¹⁷⁸

De fato, ao atribuir aos princípios a função de limitação da interpretação ao restringir a discricionariedade judicial, Edilson pugna que a referência obrigatória aos princípios “nos casos

¹⁷⁴ Afirma Karl Larenz: “o juiz, a quem não é lícito denegar a resolução, está em todo caso obrigado a interpretar a lei e, sempre que a lei contenha lacunas, a integrá-las, ao passo que só pode decidir-se a um desenvolvimento do Direito que supere a lei quando o exijam razões de grande peso.” (LARENZ, *Metodologia...*p.444)

¹⁷⁵ MORO, Sérgio. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. Curitiba, 2000. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. p.57.

¹⁷⁶ Em suas palavras: “todas as normas constitucionais, seja qual for a natureza, podem e devem ser invocadas pelos juizes como razões para decidir casos concretos” (*ibid*, p.53). Em outro trecho: “Todas as normas constitucionais (princípios, programas ou regras) podem ser invocadas pelo Judiciário, em qualquer ação ordinária, para solução de casos concretos, delas se extraindo a regra de direito que determinará o resultado do julgamento. (...) Cabe tanto ao Judiciário quanto ao Legislativo, paralela e conjuntamente, desenvolver e efetivar a Constituição realizada pelo Legislativo assume primazia, impondo-se ao Judiciário o ônus de, através de argumentação convincente, demonstrar que aquela está equivocada, para, só assim, proferir juízo de censura sobre ato legislativo em sentido diverso. Em casos de vazio legislativo, está o Judiciário autorizado a agir, desenvolvendo e efetivando independentemente a Constituição, exigindo-se, contudo, mesmo nessa hipótese, para evitar arbítrio judicial, demonstração suficiente de que o ato judicial guarda compatibilidade com a Constituição.” (*ibid*, p.99)

¹⁷⁷ FARIAS, p.39-40.

¹⁷⁸ No mesmo sentido, ao tratar do caráter retórico dos princípios, Walter Rothenburg preconiza que eles servem “para inestimáveis fins como critérios de seleção dos topoi ou mesmo como autênticos tópicos (fornecendo

difíceis e duvidosos torna o processo de interpretação-aplicação do direito mais controlável e racional, porquanto evita que o operador jurídico invoque valores subjetivos não amparados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico”. Com esteio no que preconiza Letizia Gianformaggio, acentua que a referência aos princípios é a única forma de vincular o interprete-aplicador do direito, afastando os espaços de discricionariedade.¹⁷⁹

A fortiori, não se olvide, como bem observa Juarez Freitas, que normas estritas ou regras vêm perdendo, cada vez mais, espaço e relevo para os princípios¹⁸⁰, principalmente, nas situações que envolvem questões complexas como os problemas suscitados pela Biotecnologia que, em virtude da celeridade das transformações, não permitem que haja elaboração legislativa específica.

No que respeita à característica da abertura, ressalte-se, na esteira do entendimento de Carmem Lúcia Rocha¹⁸¹, que é justamente a abertura dos princípios que permite o acompanhamento da realidade; aliás, essa assertiva calha perfeitamente no presente estudo, podendo-se dizer que os princípios permitem que sejam acompanhadas as céleres transformações acarretadas pela Biotecnologia.

Ademais, não se olvide, conforme bem acentua Walter Rothenburg¹⁸², que os princípios atendem a preocupação de clareza e objetividade (certeza, racionalidade) oriunda de um dos recorrentes objetivos do Direito, qual seja a segurança, evitando-se, assim, a discricionariedade.

Com efeito, essas características – mormente a abertura¹⁸³ –, que auxilia, sobremaneira, no acompanhar a velocidade das transformações¹⁸⁴, e a necessidade de determinação concreta dos

conteúdos decisórios), desempenhando relevantes funções, tais como causa de justificação, técnicas de solução.” (ROTHENBURG, p.78)

¹⁷⁹ FARIAS, p.51.

¹⁸⁰ FREITAS, Juarez. O Intérprete e o Poder de dar vida à Constituição. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba. v.34. 2000.p.60

¹⁸¹ Essa autora assevera: “São os princípios que permitem a evolução do sistema constitucional pela criação ou recriação do sentido e da aplicação de suas normas, sem necessidade de modificação de sua letra, legitimando-se pela sua coerência com o contexto político, social e econômico que a sociedade vivencia em determinado momento.” (ROCHA, p.22-3)

¹⁸² ROTHENBURG, p.54

princípios, avultam ainda mais a pertinência de sua utilização no intento do operador jurídico seja de regular através da produção legislativa, seja de solucionar os problemas concretos suscitados pela Biotecnologia.

A propósito, é salutar trazer à colação o que leciona, com propriedade, Clèmerson Merlin Clève¹⁸⁵ ao prefaciá-la obra de Ruy Samuel Espíndola:

“apenas uma *dogmática principialista* é capaz, hoje, de dar conta das demandas, dos problemas, das complexas questões que, insuscetíveis de previsão pelo constituinte ou pelo legislador, pelo menos de um modo ótimo, emergem todos os dias nas sociedades técnica e pós-industrial. Por outro lado, só uma *dogmática principialista*, é capaz de oferecer solução, com justiça (o problema da teoria constitucional da justiça), às cada vez mais intrincadas questões constitucionais. Trata-se, portanto, de uma dogmática pós-positivista, como ensina com pertinência o inexcusável Bonavides, renovada, mas ainda tecnologia de solução de casos, absolutamente comprometida com a efetividade da norma fundante e com a força normativa da Constituição. Um discurso que repousa, afinal, sobre o compromisso com a eficácia normativa integral da Lei Fundamental.”

Destarte, diante das mencionadas características dos princípios constitucionais, também presentes no da dignidade da pessoa humana, vislumbra-se, de fato, a relevância da utilização dos princípios constitucionais para solucionar as questões de Biotecnologia com que o Direito se depara, uma vez que os princípios apresentam-se mais aptos para lograr acompanhar a velocidade da biotecnologia.

¹⁸³ Ainda, quanto à abertura, Walter Rothenburg ressalta: “tradicionalmente, os princípios são apresentados formando uma unidade harmônica e perfeita: em razão de sua ‘abertura’ (indeterminação), pode-se afirmar que inexistente a hipótese de lacuna ou de antinomias no que concerne aos princípios.” (*ibid*, p.58). em outro ponto, acentua: “Claro que os princípios, por seu natural aspecto vago e genérico, oferecem problema à concretização (exata determinação) em face de situações concretas. É complicado – conquanto não impossível – reconhecer um direito subjetivo por aplicação direta de um princípio. Porém é justamente essa característica de ‘abertura’ que reside a grande utilidade dos princípios.” (*ibid*, p.25)

¹⁸⁴ Quanto a isso, é salutar transcrever as palavras de Walter Rothenburg: “Da generalidade e da vagueza decorre a plasticidade que os princípios jurídicos apresentam, permitindo-lhes almodarem-se às diferentes situações e assim acompanharem o passo da evolução social” (*ibid*. p.21).

¹⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson M. **Prefácio**. In: ESPÍNDOLA, p.21-2.

Mencione-se, outrossim, que os princípios têm destacada relevância em uma teoria da argumentação jurídica, visto que são excelentes esteios, apresentando-se como critérios objetivos, para embasar racionalmente as decisões jurídicas.

Nesse sentido, acentua Edílson de Farias¹⁸⁶:

“Para a teoria da argumentação jurídica, os princípios constituem subsídios importantes para fundamentar racionalmente decisões jurídicas. Notadamente aquelas decisões que não podem ser reconduzidas ao esquema de subsunção *tout court*, porque estão baseadas em normas cuja estrutura invoca a apreciação de valores fundamentais da ordem jurídica, dos quais os princípios são portadores. Nestas hipóteses, os princípios constituem critérios objetivos do processo de interpretação-aplicação do direito, ao exigirem do operador jurídico a referência obrigatória aos mesmos, controlando-se assim, a discricionariedade do intérprete-aplicador, evitando que este lance mão de valorações meramente subjetivas. Assim, é corrente asseverar que os princípios cumprem um papel de limite da interpretação. Além disso, os princípios são úteis ainda para a colmatação de lacunas da lei, desenvolvimento do direito, resolução de conflitos de normas etc.”

Resta, então, evidente que o juiz¹⁸⁷, ao se deparar com casos difíceis, não deve recorrer à discricionariedade de modo a formular uma decisão puramente subjetiva, mas sim deve decidir com esteio nos princípios constitucionais, mormente, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, como anteriormente expressado, está diretamente imbricado nos problemas trazidos pela biotecnologia. Convém, de tal sorte, esboçar de que maneira haverá o desenvolvimento judicial, a concretização dos princípios constitucionais.

¹⁸⁶ FARIAS, p.24

¹⁸⁷ Com o devido temperamento, vez que se trata de entendimento exarado à época da Ditadura de 64, convém transcrever magistério de Lamartine e Muniz, concernente à *missão do juiz*: “No que tange ao Judiciário, a exigência de magistrados realmente independentes para a realização autônoma do Direito radica na fundamental missão do Juiz na concreta realização histórica do Direito. O juiz, em sua tarefa de dizer o Direito, deve ser capaz de dizê-lo, se necessário, em contradição com as próprias razões de Estado, na defesa da pessoa. Ele há de ser um servidor do Homem muito mais que um servidor do Estado. Ao interpretar e aplicar o Direito, o juiz procurará realizar, no caso concreto, a intenção fundamental do Direito: a de tornar a vida humana, em todas as suas dimensões, mais capaz de realizar as finalidades do ser humano e da sociedade humana.” (LAMARTINE; MUNIZ, p.236)

3.2. Aplicação e Desenvolvimento Judicial dos Princípios Constitucionais.

Reitere-se, desde logo, não só que os princípios constitucionais detêm juridicidade, sendo as normas constitucionais formadas de regras e princípios constitucionais, e que, dentre suas funções, destaca-se a integrativa; mas também que, com a consagração nas constituições, são erigidos a uma posição de proeminência jurídico normativa, presidindo e vivificando todo o ordenamento constitucional. De tal sorte, podem e devem ser utilizados na solução dos casos concretos oriundos da problemática ensejada pela Biotecnologia.

Não se olvide que a estrutura aberta das normas constitucionais não consiste em obstáculo intransponível, todavia, pelo contrário, conforme bem ressalta Sérgio Moro¹⁸⁸, torna possível a utilização delas a fim de resolver problemas do presente, inclusive aqueles que sequer foram pensados pelos constituintes. Acrescenta, ainda, que, sem embargo as regras também apresentarem certo grau de abertura, são os princípios, face à sua maior generalidade e indeterminação, “que têm papel destacado nesta seara”.

Frise-se, inclusive, que, em virtude da abertura e amplitude da Constituição, a interpretação, para o Direito Constitucional, tem importância decisiva¹⁸⁹. A tarefa do intérprete e aplicador das normas constitucionais, por conseguinte, ganha especial vulto; principalmente quando se trata de princípios¹⁹⁰, uma vez que esses, por força da peculiaridade normativa, demandam um esforço interpretativo muito mais significativo do que as regras jurídicas.

Muito embora a falta da densidade das normas constitucionais (princípios e regras) seja um argumento utilizado para impedir o desenvolvimento e efetivação judicial da Constituição, principalmente em relação a princípios, também não se trata de obstáculo intransponível.¹⁹¹

¹⁸⁸ MORO, p.23.

¹⁸⁹ Nesse sentido, cf. HESSE, Konrad **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. p.54)

¹⁹⁰ A título de exemplo, recorde-se que no caso de conflito de princípios, conforme ensina Edilson Pereira Farias, para resolvê-lo há que recorrer ao método da ponderação no caso concreto. (FARIAS, p.21)

¹⁹¹ Neste aspecto, sustenta Sérgio Moro “a falta de densidade do texto constitucional pode ser superada mediante o recurso a elementos não-constantes no texto. É de se reconhecer, entretanto, que, em comparação com o legislador, existe uma vinculação mais estreita do juiz com o texto. Afinal, ao legislador é atribuída competência para inovar a

Na esteira do que preconiza Sérgio Moro¹⁹², enfatize-se que todas as normas constitucionais podem ser invocadas pelos juízes, na solução de casos concretos, cabendo a estes desenvolvê-los e efetivá-las. Todavia, essa atividade de desenvolvimento e efetivação não é livre, eis que o juiz está vinculado aos métodos de interpretação da Constituição que, caso não eliminem totalmente a ‘subjetividade’¹⁹³, ao menos conferem certo grau de objetividade, permitindo que a decisão seja submetida ao controle da comunidade, principalmente dos demais operadores de direito.

A propósito, Walter Rothenburg sustenta que, não obstante os princípios sejam dotados de um elevado grau de abstração, isso “não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrados por meio de interpretação/ aplicação, sobretudo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões judiciais e atos administrativos), ao passo que as demais normas (regras) possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa.”¹⁹⁴

Outrossim, no que concerne à alegação de que os princípios são vagos, Walter Rothenburg¹⁹⁵ afirma que a vagueza reside no fato dos princípios consagrarem uma enunciação larga e aberta, dotada de capacidade para abarcar as grandes linhas com que se orienta todo o ordenamento jurídico. Porém, frisa que a *vagueza* não quer dizer que os princípios sejam inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos, até porque eles “possuem um significado determinado, **passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações**

ordem jurídica, devendo apenas não violar as normas constitucionais. Nem sempre, portanto, está desenvolvendo e efetivando normas constitucionais. Já o juiz carece de legitimidade para inovar a ordem jurídica, sem que sua atividade possa ser compreendida como desenvolvimento e efetivação de norma constitucional. Os elementos não-textuais a que o juiz pode recorrer devem, de alguma forma, reportar-se ao texto constitucional, visando apenas preencher a sua vagueza. (...)O desenvolvimento e a efetivação judicial das normas constitucionais, por mais vagas que sejam, estarão legitimados caso o juiz logre demonstrar a consistência de sua atividade. Se assim fizer, não se coloca em questão o argumento democrático.” (MORO, p.60)

¹⁹² MORO, p.55.

¹⁹³ Neste aspecto, Maria Callejon afirma: “A consideração da atividade do Juiz como inovadora no âmbito jurídico não deve levar à consideração de que se trata de uma atividade subjetivista, tampouco a contrapor a objetividade da lei à subjetividade do Juiz. O discurso que a interpretação judicial das normas deve construir baseia-se em regras objetivas e em princípios gerais do ordenamento aos que o Juiz está vinculado.” (CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*. Madrid: Civitas, 1990. p.55)

¹⁹⁴ ROTHENBURG, p.18.

¹⁹⁵ *ibid*, p.18

de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam determináveis em concreto.” –g.n.-

Destarte, a falta de densidade normativa de alguns preceitos constitucionais, somente pode ser considerada obstáculo para seu desenvolvimento e efetivação judicial, se visto no aspecto que enseja dificuldades adicionais para o julgador, no entanto é perfeitamente transponível.

Antes de tratar da metódica constitucional¹⁹⁶ – que almeja fornecer métodos de trabalho aos aplicadores-concretizadores das regras e princípios constitucionais -, insta destacar o caráter alográfico do Direito, como propugna Friedrich Muller e Eros Grau¹⁹⁷, que não confunde o texto/enunciado com a norma jurídica, bem como confere outro sentido à interpretação e reconhece a relevância do caso concreto.

A propósito, Friedrich Muller¹⁹⁸ observa:

“Quando juristas falam e escrevem sobre ‘a’ constituição, referem-se ao texto da constituição; quando falam da lei, referem-se ao seu teor literal. Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos [grundsachverhalt] de uma não-identidade de texto da norma e norma. Entre dois aspectos principais o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ‘ponta do iceberg’. (...) Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua decisão regulamentadora do caso, a sua implementação fática – sempre conforme o fio condutor

¹⁹⁶ A propósito, assevera Ruy Espíndola: “caberá a metódica constitucional fornecer os modos jurídicos pelos quais possam os intérpretes da Constituição brasileira dar cumprimento, realização e concretização aos princípios constitucionais nacionais.”(ESPÍNDOLA, p.104)

¹⁹⁷ Eros Grau salienta: “Tenho sustentado, em meus trabalhos mais recentes, o caráter alográfico do direito, por isso definindo a interpretação do direito, como um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete ‘produz a norma’. Atividade que se presta a transformar disposições (textos e enunciados) em normas, a interpretação é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o intérprete desvenda as normas contidas nas disposições.” (GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000p.167)

¹⁹⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.54.

da formulação lingüística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização.”¹⁹⁹

Relacionada a esse novo sentido conferido à interpretação está a criação judicial do direito²⁰⁰, à medida que esta entende que “o juiz não reproduz de forma automática o conteúdo da lei e de que há um papel ativo da magistratura na elaboração das resoluções judiciais”. Neste aspecto, é salutar transcrever comentário de Clèmerson Merlin Clève ao entendimento exarado de Friedrich Muller:

“Essa concepção normativa permite ampla margem de atuação para o operador jurídico que, ultrapassando os métodos clássicos de interpretação, desenvolverá uma metódica concretista (não há interpretação sem problemas concretos a resolver) que deve transitar entre a norma (‘programa normativo’ mais ‘domínio normativo’) e o problema concreto a resolver. Neste caso, a norma de decisão, aquela resolverá o problema concreto, constitui resultado da atividade (concretização) do jurista e não algo pronto desafiante de mera aplicação (execução), como querem os vários positivismos.”²⁰¹

Saliente-se, transcrevendo entendimento de Maria Callejon, que “a Constituição supôs, entre outras coisas, um Juiz intérprete e criador do Direito, uma vez que há preceitos constitucionais que obrigam o Juiz a essa função. Obrigam-no a interpretar, valorar e alterar o sentido das normas infraconstitucionais com esteio nos preceitos constitucionais”²⁰².

Nesta esteira, assevera, com perspicácia, Clèmerson Merlin Clève²⁰³:

¹⁹⁹ Para indagações mais amplas e transcendentais aos limites da presente monografia, seria interessante consultar: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000; Bornholdt, Rodrigo Meyer. **Colisão entre Direitos Fundamentais: Metódica Estruturante e Ponderação**. Curitiba, 2001. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. BONAVIDES, Paulo. **Curso ...**

²⁰⁰ Para Maria Callejon, “a criação judicial do Direito se concebe como a atividade jurisdicional mesma e é imanente a esta atividade, pois, independente do grau ou da margem que a lei deixa a atividade criadora do Juiz, esta se realiza em qualquer caso” (CALLEJON, p.54)

²⁰¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2000. p.24-5.

²⁰² ALEXY, p.57.

²⁰³ **op.cit.**, p.272

“Ninguém discorda que se está a experimentar, desde há algum tempo, um período de superação dos postulados individualistas do direito. (...)O tempo acelera-se; muitas **das novas controvérsias nascem sem uma pronta solução normativa**; outras qualificam-se pela recorrente presença do Estado como parte ou interessado. **O papel do juiz cresce cada vez mais em importância. Compete a ele, afinal, adequar os velhos dados normativos às renovadas e às singulares situações emergentes. Se o direito dependia, na sociedade liberal, basicamente do legislador, hoje, na sociedade técnica e de massas, não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz.**” –sem grifos no original-.

De outra parte, observa-se que tanto aquele novo sentido da interpretação²⁰⁴, quanto a criação judicial²⁰⁵ ressaltam a importância do caso concreto na elaboração da decisão jurídica. Esse aspecto é interessante, até porque as soluções aos dilemas trazidos da Biotecnologia devem ser formuladas diante de casos concretos. Consentâneo é o entendimento de Robert Alexy²⁰⁶, na medida em que preconiza que a ponderação racionalmente fundamentada sucede sempre em um caso concreto, vez que não se trata de um mero procedimento abstrato, mas de um modelo de ponderação que corresponde ao princípio da concordância prática.

Neste aspecto, Sérgio Moro²⁰⁷ preconiza que a interpretação e aplicação são atividades indissociáveis, uma vez que o significado do texto normativo só é logrado ao se recorrer aos dados fornecidos quer pela realidade a que ele se dirige, quer pelo problema que se almeja resolver. Inclusive, destaca que a vinculação é maior ainda se se trata de normas com elevado grau de indeterminação, tal como as constitucionais.

²⁰⁴ Friedrich Müller afirma: “Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentando nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso ser (co) solucionando por ela. Esse dado fundamental [Grundtatbestand] da concretização jurídica circunscreve o interesse de conhecimento peculiar da ciência e da práxis jurídicas, especificamente jurídico, como um interesse de decisão. A necessidade de uma decisão jurídica (também de um caso fictício) abrange a problemática da compreensão, os momentos e procedimentos cognitivos.” (MÜLLER, p.63)

²⁰⁵ Sustenta Maria Callejon “A função criadora do Direito faz menção à atividade jurisdicional que se encaminha à aplicação do Direito no caso concreto. Este Direito é criado pelo Juiz, que abstrai o sentido geral da lei e o aplica ao caso específico. Todavia, é a maneira que se realiza essa atividade que traz a ‘clave’ de uma forma ou outra de criação do Direito. Para Wroblewski, a criação do Direito não é mais que a indagação acerca da finalidade da norma, e sua aplicação ao caso concreto. Em última análise o juiz não cria o Direito, mas realiza uma operação de indagação a respeito do conteúdo da norma.” (CALLEJON, p.55)

²⁰⁶ ALEXY, p.188.

Pois bem, feitas essas considerações, resta tratar da metódica constitucional e da aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não olvidando que, conforme magistério de Juarez Freitas, todo juiz brasileiro é juiz constitucional²⁰⁸.

Para compreender e explicar o processo global de aplicação dos princípios constitucionais, é necessário articular os conceitos de metódica constitucional com as categorias densidade, abertura, concretização, vez que isso potencializa e implementa, em níveis ótimos, a idéia de normatividade dos princípios constitucionais.²⁰⁹ Corroborar-se essa assertiva o entendimento formulado por Canotilho a respeito da normatividade:

“**Normatividade** é o efeito global da norma (com as duas componentes atrás referidas) num determinado processo de concretização. O efeito normativo pressupõe a realização da norma constitucional através da sua aplicação-concretização aos problemas carecidos de decisão. A normatividade não é uma ‘qualidade’ da norma; é o efeito do procedimento metódico de concretização.”²¹⁰

De fato, na esteira do magistério de Canotilho, vislumbra-se que o termo concretização designa o procedimento que possibilita chegar do texto da norma à norma de decisão, isto é, a norma jurídica concreta que solucionará um caso concreto submetido ao juízo do sujeito concretizante – legislador, juiz, administrador-. Ao passo que “**densificar uma norma** significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.”²¹¹

²⁰⁷ MORO, p.28.

²⁰⁸ Juarez Freitas assevera “*todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional*. Com efeito, urge assumirmos que cada magistrado, mesmo no primeiro grau, precisa continuar dotado da dignidade de juiz constitucional (sem prejuízo do debate sereno em torno de excepcionalíssimas hipóteses de um eventual controle concentrado em concreto), ou teremos irreparáveis retrocessos em nossa modelagem do controle da constitucionalidade, que restaria desavinda com a imprescindível independência da magistratura e com a consolidação da ambiência cultural de respeito voluntário à supremacia da Carta.” (FREITAS, **O intérprete**.p.59)

²⁰⁹ Destacando que a idéia de realização prática do Direito, ao lado das categorias concretização e densificação auxilia na compreensão da normatividade dos princípios, Ruy Espíndola preconiza: “a força normativa dos princípios não resulta da imperatividade da norma principal em si, à maneira de posturas positivistas, mas do procedimento metódico, normativamente orientado, de sua aplicação.” (ESPÍNDOLA, p.225)

²¹⁰ CANOTILHO, **Teoria**...p.1128.

Saliente-se, conforme aduz Canotilho²¹², que as tarefas de concretização e de densificação de normas devem estar associadas, uma vez que se densifica um espaço normativo (=preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação ao caso concreto.

Destarte, a fim de aplicar os princípios constitucionais, incumbe, ao intérprete-aplicador, mormente ao juiz, promover a densificação²¹³ e concretização do (s) princípio (s) ao caso concreto, caso haja conflito entre princípios deve-se recorrer a ponderação, atendendo à dimensão do peso.

Em última análise, tendo em vista os escopos precípuos do presente trabalho, é deveras conveniente transcrever o que ressalta Juarez Freitas²¹⁴:

“urge que a exegese promova e concretize o princípio jurídico da dignidade da pessoa, sendo como é um dos pilares supremos do nosso ordenamento, apto a funcionar como vetor-mor da compreensão superior de todos os ramos do Direito. Mais do que in dúbio pro libertate, princípio valioso nas relações do cidadão perante o Poder Público, faz-se irretorquível o mandamento humanizante segundo o qual em favor da dignidade, não deve haver dúvida.”

Consentâneo é o magistério de Clèmerson Merlin Clève²¹⁵, ao preconizar que “o país reclama, portanto, a emergência de uma dogmática constitucional mais agressiva, **comprometida até a raiz com a dignidade da pessoa humana** (dogmática constitucional emancipatória), embora sempre consequente e absolutamente responsável” – sem grifos no original -

Demais disso, é importante não olvidar que “cada vez mais, encontram-se decisões dos nossos Tribunais valendo-se da dignidade da pessoa humana como critério hermenêutico, isto é,

²¹¹ *ibid.* p.1127.

²¹² *ibid.*, p.1127.

²¹³ A propósito, é salutar transcrever o que sustenta Canotilho: “A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas da sua articulação com outros princípios ou normas constitucionais de maior densidade de concretização. Longe disso: o processo de concretização constitucional assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (concretização legislativa) e pelos órgãos de aplicação do direito designadamente os tribunais (concretização judicial) a problemas concretos... (*ibid.*, p.191)

²¹⁴ FREITAS, p.71.

como fundamento para solução de controvérsias, notadamente interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana.”²¹⁶

A fim de ilustrar essa assertiva, cumpre citar alguns exemplos: a conhecida decisão, proferida pelo STF, que determinou a impossibilidade de se compelir o suposto pai, demandado em ação investigatória de paternidade, a realizar o exame de DNA, considerando tal medida atentatória à dignidade pessoal do investigado; no Direito Comparado, destaca-se decisão do Conselho de Estado da França²¹⁷ que considerou correta a decisão do prefeito da comuna de Morsang-sur-Orge, ao determinar a interdição de estabelecimento que promovia espetáculos nos quais os espectadores eram convidados a lançar um anão mais longe possível, de um lado a outro do estabelecimento.²¹⁸

A respeito desses exemplos, saliente-se que, embora as decisões se embasem no princípio da dignidade da pessoa humana, partem de perspectivas diversas, até porque a primeira delas insere-se no contexto do "direito privado", ao passo que a segunda refere-se ao poder de polícia. No entanto, essas diferenças corroboram a uma mitigação da dicotomia público e privado, eis que, na relação entre particulares, tal como na que envolve o poder público, há aplicação desse princípio constitucional.

²¹⁵ CLÈVE, p.270.

²¹⁶ SARLET, p.83-4. Em outro trecho, Sarlet prossegue: “É justamente para efeitos da indispensável hierarquização que se faz presente no processo hermenêutico, que a dignidade da pessoa humana (ombreado em importância talvez apenas com a vida – e mesmo esta há de ser vivida com dignidade) tem sido reiteradamente considerada como o princípio (e valor) de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram (...). Assim, precisamente no âmbito desta função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e dos Direitos Fundamentais, mas acima de tudo – aqui também afinados com o pensamento de Juarez Freitas – de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do in dubio pro libertate, tenha sempre presente ‘o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida.’” (ibid, p.85-6)

²¹⁷ A decisão do Conselho de Estado entendeu que ‘o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública; (e que) a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana’. Não se acolheu o argumento de que o anão teria autonomia para livremente sujeitar-se a tal situação, como fora alegado.” (Ver artigo “O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa”, de Joaquim B. Barbosa Gomes, na internet: <http://www.travel-net.com.br/jurídica/art23>)

²¹⁸ Fernando Ferreira dos Santos elenca casos colhidos, na jurisprudência, em que a dignidade da pessoa humana foi empregada, de alguma forma, para fundamentar decisões judiciais. (SANTOS, Fernando. **O princípio...**)

É salutar, ainda, mencionar outro caso prático, qual seja o *hard case* das gêmeas siamesas. Esse caso é muito bem delineado pelo Professor Andrew Bainham²¹⁹:

“Os bebês gêmeos, Jodie e Mary, cada um tinha seu próprio cérebro, coração e pulmões, braços e pernas. Mas, estando ligadas pela pelvis, dividiam a mesma aorta (artéria). Mary era a gêmea mais fraca e estava fadada a morrer, ou para usar a linguagem do tribunal, ela estava lamentavelmente ‘designada a morrer’. Isto porque seu próprio coração e pulmões eram irremediavelmente defeituosos e incapazes de bombear sangue através de seu corpo. Ela era mantida viva *somente* por sua irmã, Jodie, com quem dividia a mesma artéria. Mas chegaria um ponto em que o coração de Jodie falharia com o esforço e, então, ambas as gêmeas morreriam. Para salvar Jodie era necessário fechar e seccionar a artéria comum. O resultado seria causar, quase que imediatamente, a morte de Mary. Os angustiados pais faziam objeção à operação por motivos religiosos. Eles argumentavam que as gêmeas eram iguais aos olhos de Deus e que uma não podia ser sacrificada para salvar a outra. Devia ser permitido à natureza seguir seu curso.

O que deveria o tribunal fazer? Havia, na realidade, três questões:

(i) Como o tribunal deveria resolver o conflito de interesses entre os dois bebês?

(ii) Seria apropriado agir contra a opinião firmemente estabelecida dos pais?

(iii) Seria homicídio realizar uma operação que, como se sabia, iria matar Mary?

Com relação à primeira questão, o tribunal concluiu que os melhores interesses de ambas as crianças eram soberanos. O problema, é claro, era que os melhores interesses de Jodie (que apontavam para a separação cirúrgica) *não* eram compatíveis com os melhores interesses de Mary. O procedimento invadiria sua integridade corporal e, rapidamente, levaria à sua morte. Tudo o que o tribunal poderia fazer, diante de tal conflito, era escolher a alternativa menos prejudicial. Isto seria ordenar a operação e dar a Jodie a chance de vida.

Com relação à Segunda questão, o tribunal sustentou que, apesar de levar amplamente em conta os pontos de vista dos pais, ele não poderia estar *limitado* a eles. Os desejos parentais não eram conclusivos. O dever do tribunal não se restringia a decidir se os pais estavam ou não sendo razoáveis em suas objeções. O fato crucial era que seus desejos colidiam com os melhores interesses de Jodie e não deveriam, portanto, ser seguidos. Pode ser interessante notar que, diversamente do Brasil, a Inglaterra é uma sociedade, como foi dito recentemente, predominantemente secular e liberal e na qual é dado, no final das contas, relativamente pouco peso às convicções e motivações religiosas. (...)

O tribunal teve uma grande dificuldade com a terceira questão, a qual envolveu aplicação de princípios do Direito criminal. Normalmente, na Inglaterra é homicídio causar deliberadamente a morte de alguém, mesmo que a motivação para fazê-lo seja boa – como, no caso, a de salvar Jodie. O princípio da santidade da vida significa que uma vida não pode valer menos do que outra. Portanto, mesmo se a operação fosse considerada desejável para Jodie, poderia não ser lícita, se a sua realização envolvesse a morte de Mary. O tribunal, finalmente, contornou este problema, baseando-se na

²¹⁹ BAINHAM, Andrew. *Direitos Humanos, Crianças e Divórcio na Inglaterra*. Curitiba: Juruá, 2001.p.16-8.

doutrina da necessidade e no uso engenhoso da idéia de autodefesa. A realidade era que Mary, através de sua lamentável dependência, estava de fato atacando o corpo de sua irmã, matando-a gradualmente. Portanto, era lícito para os médicos interferir em defesa de Jodie”

Conquanto nesse caso das siamesas não se tenha decidido com fulcro no princípio da dignidade, é muito interessante citá-lo, pois ele retrata um conflito entre dignidades de duas pessoas, demonstrando, como já antes asseverado, que não é possível considerar esse princípio como absoluto. Aliás, vislumbra-se que a decisão proferida, de certa forma, assegurou a regra da dignidade que, conforme explanado, é absoluta, vez que, na ponderação da dimensão do peso – modo pelo qual se soluciona conflito entre princípios -, verifica-se que a intervenção cirúrgica preservou a vida de uma das gêmeas, impedindo a consequência inevitável se não houvesse a cirurgia: a morte de ambas.

Após esses casos exemplares de decisões com fulcro na dignidade da pessoa humana, frise-se que a ordem jurídica, os julgadores, os juristas que não tomam a sério a dignidade da pessoa não tratam com seriedade os direitos fundamentais e, acima de tudo, não levam a sério a própria humanidade que habita em cada uma e em todas as pessoas e que as faz merecedoras de respeito e consideração recíprocos.²²⁰

Por derradeiro, não se olvide que a eleição do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, para a *leitura* da Biotecnologia pelo Direito, decorreu, mormente, da evidente imbricação desse princípio na problemática suscitada pela Biotecnologia.²²¹

²²⁰ Cf. SARLET, p.145.

²²¹ Consentâneo é o entendimento de Pedro Serna, em artigo que promove um estudo jurisprudencial da dignidade da pessoa: "*Las sentencias relativas a Bioética o Bioderecho merecen un tratamiento aparte, puesto que en ellas el principio de dignidad debería jugar un papel particularmente destacado. En nuestra opinión, tanto si se entiende el principio de dignidad como una exigencia de respeto a la naturaleza del hombre (concepción metafísica), como si se lo concibe en términos kantianos, como exigencia de no-instrumentalización del sujeto de quien se predica la dignidad, resulta obligado reconocerle este papel central en el contexto de los problemas bioéticos y biojurídicos. Aunque no es posible detenernos ahora en esta cuestión, no sería difícil mostrar cómo los principios comúnmente aceptados como centrales de la Bioética, se justifican acudiendo precisamente a uno de estos dos conceptos de dignidad*". (Serna, Pedro. *Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial*. In: **Persona y Derecho**. 41-1999. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. 1999. p.166)

CONCLUSÃO

Após o estudo e as explanações tecidas ao longo do texto, extrai-se as seguintes conclusões:

1. Os progressos biotecnológicos, ao permitirem decidir como se deve nascer, quando se deve morrer, acarretam verdadeiros dilemas que exigem constante reflexão não só do cientistas, mas também dos operadores do direito. De fato, à medida que a humanidade se depara com as imprevisíveis conseqüências trazidas pela ciência, é irrefutável que cabe, também, ao Direito apresentar soluções que obstem um *estouro de limites*, vedando qualquer espécie de instrumentalização, reificação da vida humana, assegurando, de tal sorte, o respeito à dignidade da pessoa humana.

2. Conquanto não se deva cercear totalmente o progresso científico, é imprescindível que o Direito, sem descurar da Ética e da análise disciplinar, exija a observância e respeito a valores maiores relativos à preservação da vida com dignidade. Eis por que, seja quando legisla, seja quando dirime casos, deve pautar-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

3. Suscita-se, como óbice à atuação do Direito, a impossibilidade de acompanhar a extrema rapidez do desenvolvimento científico. Na realidade, esse óbice existe em relação àquela concepção de Direito dos velhos moldes da pandectista, isto é, de um ordenamento jurídico completo e fechado em que se produzem regras específicas e exaurientes; eis que esta moldura não lograria acompanhar o ritmo acelerado em que acontecem as descobertas no campo da Biotecnologia. No entanto, uma nova concepção de Direito que pugne a existência de um sistema aberto formado por princípios, regras e valores jurídicos, encontra-se apta para atender as demandas trazidas pela Biotecnologia, seja para acompanhar a velocidade das transformações. Nesse intento, são salutares as contribuições hauridas da Constitucionalização e da Repersonalização, vez que estes dois fenômenos almejam a reestruturação das normas jurídicas, notadamente do “direito privado”, de modo a tornar o ser humano a razão principal do ordenamento jurídico, bem como erigir a dignidade da pessoa humana como bem fundamental e promover uma leitura através do *filtro* constitucional.

4. Com efeito, a Carta Magna de 1988 instaurou uma nova ordem jurídica, calcada em novos princípios, implicando uma releitura do sistema jurídico. Logo, os impactos causados por fatos decorrentes da biotecnologia exigem que a reflexão dos juristas seja feita com esteio nesses princípios, notadamente, no da dignidade. Vale dizer, tal como outros temas – direito de família, sucessões, propriedade, empresa, consumo – a biotecnologia deve encontrar na Constituição a tábua axiológica que conformará a atividade quer do legislador, quer do aplicador do direito, visando a harmonizar os dilemas aos princípios e valores eleitos como prevalentes. Destarte, diante das instigantes perplexidades decorrentes da ciência, o Direito, para impedir o *estouro de limites*, ancorar-se-á nos princípios constitucionais, vez que estes auxiliam sobremaneira a acompanhar a velocidade das descobertas científicas.

5. Não há distinções entre princípios e normas, uma vez que aqueles são dotados de juridicidade e as normas compreendem regras e princípios. Aliás, a presença dos princípios no corpo das constituições contemporâneas evidenciou a sua relevância, visto que aparecem como pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio, fundamentando a hermenêutica dos tribunais e a legitimidade dos preceitos jurídicos. No entanto, não basta um apelo aos princípios cumpre introduzi-los na *metódica jurídica*, a fim de lograr uma concretização rigorosa e eficaz das normas (princípios e regras) constitucionais.

6. Os princípios apresentam basicamente três funções: fundamentadora, interpretativa, supletiva. Na primeira, ostentam uma eficácia derogatória e diretiva. Na interpretativa, eles orientariam as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete. Ao passo que, na supletiva, exercem tarefa de integração do Direito, colmatando quer os ‘vazios’ regulatórios da ordem jurídica, quer as ausências constatáveis em regras ou princípios de maior grau de densidade normativa. Ainda, frise-se que os princípios auxiliam a transitar de uma concepção sistêmica hermética e formal a uma concepção aberta e material, conferindo ao sistema carga valorativa e possibilitando a comunicação com outros meios.

7. Essas funções são assaz relevantes na conjuntura trazida pela Biotecnologia, uma vez que a pertinência da utilização dos princípios constitucionais, mormente do princípio da dignidade da pessoa humana, verifica-se seja quando há legislação aplicável ao caso concreto – situação em que os princípios terão função hermenêutica -, seja quando não há ainda legislação – aqui emergirá a função integrativa.

8. Deveras, o dinamismo da cultura hodierna, em que sucedem avanços tecnológicos e mudanças contínuas e imprevisíveis, exige das instituições uma versatilidade e aptidão para adaptar-se a novas realidades que não condizem com as noções rígidas e fechadas. Esse fenômeno reforça uma propensão à proeminência de uma principiologia constitucional, na qual a normatividade dos princípios constitucionais é compatibilizada à fraca densidade referente a seus efeitos e condições de aplicação. De tal sorte, permite-se uma abertura constitucional adaptável às realidades difusas e complexas, das sociedades contemporâneas, marcadas por um traço acentuado de pluralismo cultural e político. É dizer, apenas uma *dogmática principialista* é capaz, hoje, de dar conta das complexas questões que se apresentam. Nesse contexto, ocupa lugar de destaque o princípio da dignidade da pessoa humana.

9. A consagração desse princípio, em grande parte das Constituições, ocorreu após as atrocidades realizadas na 2ª Guerra Mundial. Saliente-se que o reconhecimento da condição normativa da dignidade, assumindo feição de princípio constitucional fundamental – Art.1º, III, da Constituição de 1988 -, não põe termo ao seu papel como valor fundamental geral para toda a ordem jurídica, mas, pelo contrário, confere a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade.

10. O tratamento conferido pela filosofia kantiana ao princípio da dignidade exerceu influência marcante na abordagem dessa matéria na cultura ocidental. Segundo essa filosofia, o homem não é um meio para a consecução de fins, mas sim um fim em si mesmo. Essa concepção kantiana é imprescindível no repúdio a toda e qualquer espécie de reificação e instrumentalização do ser humano, vedação que está, notadamente, imbricada na problemática da Biotecnologia para impedir o *estouro de limites*.

11. Não obstante não seja possível, nem conveniente, reduzir a uma fórmula abstrata e genérica o que representa o conteúdo da dignidade da pessoa humana, isso não significa que não se possa ou deva buscar uma definição que, em face do caso concreto, alcançará pleno sentido e operacionalidade. Trata-se de um princípio semântico e estruturalmente aberto que será em grande parte colmatado no momento da interpretação e aplicação ao caso concreto. Embora careça de concretização, não se olvide que, sendo qualidade inerente à pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, não podendo ser destacado do ser humano.

12. No que respeita à dimensão constitucional desse princípio, frise-se que a qualificação como princípio fundamental, feita pelo art.1º, III, da CF, não contém somente uma declaração de conteúdo ético e moral, mas também constitui norma jurídica-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, carregado de eficácia. Demais disso, vislumbra-se que íntima e indissociável relação entre a dignidade e os direitos fundamentais, que não é senão um dos postulados em que se assenta o direito constitucional hodierno. É dizer, esse princípio confere uma unidade sistêmica e um substrato de validade objetivamente considerado, mormente, aos direitos e garantias fundamentais do ser humano.

13. Com efeito, é o substrato e esteio necessário para dar sustentação e efetividade ao catálogo de direitos fundamentais consagrado no ordenamento jurídico. Sendo núcleo essencial desses direitos, é erigido, outrossim, como limite às restrições aos direitos fundamentais – elemento de proteção e justificativa de restrições -, bem como influencia na construção de m conceito materialmente aberto daqueles direitos.

14. Tal como os demais princípios constitucionais, o da dignidade, seja por estar no cume da normatividade constitucional, quer por sua própria natureza semanticamente aberta, tem uma eficácia hermenêutica e normativa decisiva, sendo eficaz não só para dirimir dúvidas interpretativas e colisões de direitos, mas também para servir de fundamento autônomo para decisões. Aliás, é salutar na seara da Biotecnologia, eis que pode colmatar lacunas – função integrativa.

15. Muito embora a dignidade seja inerente à pessoa, não dependendo das circunstâncias concretas, não se trata de um princípio absoluto que prevalece sempre e se encontra infenso a qualquer espécie de relativização, até porque é realizado em graus, bem como há situações em que é necessário compatibilizar tensões entre a dignidade de diversas pessoas, sendo exemplo disso o caso das gêmeas siamesas. Para dirimir essas tensões, partindo da dignidade como princípio absoluto, é assaz difícil, vez que é necessário recorrer à ponderação, à concordância prática. Todavia, cumpre não olvidar a existência de uma dupla estrutura – princípio e regra – da dignidade, sendo que o conteúdo da regra da dignidade decorre do processo de ponderação que se opera no nível do princípio da dignidade quando cotejado com outros princípios. Logo, absoluta é a regra, mas jamais o princípio.

16. Por outro lado, ressalte-se que a dignidade, na qualidade de valor intrínseco do ser humano, não pode ser sacrificada. Vale dizer, o fato de não se tratar de um princípio absoluto não serve de justificativa para sacrificá-la, permanecendo sempre presente o caráter normativo e, portanto, vinculante, da dignidade da pessoa humana.

17. Na relação entre Direito e Biotecnologia, um dos impasses era saber como os juízes decidiriam *hard cases*, isto é, situações em que ainda não havia uma legislação específica aplicável. Nos casos difíceis – quando há contradição ou lacunas -, o juiz não pode declinar do inafastável poder-dever de prestar a tutela, porém não tem discricionariedade, eis que está vinculado aos princípios que são também normas. Com efeito, o juiz, ao fundamentar a decisão em um princípio, não tem discricionariedade, não inventa um direito. Logo, nos dilemas suscitados pela ciência, quando não houver legislação, solucionará com esteio em princípios, principalmente, no da dignidade que está, notadamente, imbricado na problemática da Biotecnologia.

18. Não se está propondo que o juiz legisle, mas tão somente que pautar suas decisões nos princípios constitucionais que são também normas e têm função integrativa, podendo ser imediatamente invocáveis pelos tribunais nas decisões dos casos concretos. É evidente que não se trata de tarefa singela, porém a estrutura aberta e a fraca densidade dos princípios não constituem obstáculos intransponíveis, apenas exige maior esforço argumentativo ao aplicador que deverá

promover a densificação e a concretização do princípio. Não se olvide, a propósito, que, nas situações complexas - como os problemas suscitados pela Biotecnologia -, as regras vêm perdendo espaço e relevo para os princípios, uma vez que somente uma *dogmática principalista* encontra-se apta a dar conta da demanda que emerge da sociedade técnica e industrial, bem como a oferecer uma solução justa a questões tão intrincadas.

19. Aliás, ressalte-se que os princípios possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos às situações de fato. Nesse aspecto, é salutar o auxílio da *metódica constitucional*, pois ela tem o escopo de fornecer métodos de trabalho aos aplicadores-concretizadores das regras e princípios constitucionais. Frise-se, outrossim, que a distinção entre texto/enunciado da norma e norma de decisão confere outro sentido à interpretação, bem como reconhece a relevância do caso concreto, eis que considera que só há *norma de decisão* no caso. Isso é importante à solução dos dilemas da Biotecnologia, visto que as decisões serão formuladas analisando-se e ponderando-se as peculiaridades da situação concreta.

20. A fim de compreender o processo global de aplicação dos princípios constitucionais, é necessário articular as categorias da metódica constitucional - normatividade, densificação, concretização -, vez que, de tal sorte, há uma potencialização da normatividade dos princípios. Pois bem, normatividade é o efeito global da norma num determinado processo de concretização, pois o efeito normativo pressupõe a realização da norma através da sua aplicação aos problemas carecidos de decisão. Concretização, por seu turno, é o procedimento que possibilita chegar do texto da norma à norma de decisão, isto é, à norma que solucionará o caso concreto. Por fim, densificar uma norma consiste em preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, que carece de concretização, para ser possível solucionar o problema concreto. Logo, as tarefas de densificação e concretização devem estar conjugadas, eis que se densifica um espaço normativo para tornar possível a concretização e a conseqüente aplicação ao caso concreto.

21. Cada vez mais, encontram-se decisões judiciais que utilizam a dignidade da pessoa humana como arrimo para solução de controvérsias, notadamente para interpretar as leis infraconstitucionais à luz da dignidade. Tal esteio é salutar para decidir os dilemas biotecnológicos, bem como para *filtrar* a escassa legislação brasileira que trata da Biotecnologia, pois visa a impedir o *estouro de limites*, a reificação, a instrumentalização, a comercialização da vida, até porque a dignidade não é um meio, mas sim um fim em si mesmo.

22. Por derradeiro, não se olvide que a ordem jurídica, o Estado, a sociedade e os operadores do direito que não levam a sério a dignidade da pessoa não tratam com seriedade os direitos fundamentais, tampouco a humanidade que habita em cada uma e em todas as pessoas que as faz merecer respeito e consideração recíproco.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José C. V.. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- BACELLAR Filho, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BAINHAM, Andrew. **Direitos Humanos, Crianças e Divórcio na Inglaterra**. Curitiba: Juruá, 2001.
- BARBAS, Stela M. N. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 1998.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloísa H.; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Temas de Biodireito e de Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar., 2001.
- BARRETO, Vicente P. AS relações da Bioética com o Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa H.; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Temas de Biodireito e de Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Colisão entre Direitos Fundamentais: Metodica Estruturante e Ponderação**. Curitiba, 2001. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR.
- BRAGA, Renata. DNA: Análise Biojurídica da Identidade Humana. In: BARBOZA, Heloísa H.; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Temas de Biodireito e de Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria**. Madrid: Civitas, 1990
- CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Orlando de. **Teoria Geral da Relação Jurídica – seu sentido e limites**. 2ª ed. Actualizada. Coimbra: Centelha. 1981.

CLÈVE, Clèmerson M. **Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000

DIAS, João A. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.

FACHIN, Luiz E. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz E. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz E; RUZYK, Carlos E. P. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Vol.4, out/dez. 2000.

FARIAS, Edilson P. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada, a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

FREITAS, Juarez. O Intérprete e o Poder de dar vida à Constituição. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba. v.34. 2000.

FREITAS, Luiz R. **Prefácio**. In: SAUWEN, Regina F.; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito in vitro*. Da bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1997.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na Civilização*. Tradução de: ABREU, José Octávio de Aguiar. 1997. Rio de Janeiro: Imago. p. 111-2

GEDIEL, José Antônio Peres *Tecnociência, dissociação e patrimonialização do corpo humano*. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GEDIEL, José A. P. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo Editora, 2000

GRAF, Ana C. B. Direito, Estado e economia globalizada: as patentes de biotecnologia e o risco da privatização da biodiversidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba v.34, 2000.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HESSE, Konrad **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, in: Os Pensadores – Kant (II), Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5ª ed. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica**. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1964.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998

MARÉS, Carlos F. Arcabouço Jurídico e as Pesquisas de Manipulação da Genética Humana In:EMERICK, Maria C.; Carneiro, Fernanda (Org.). **Recursos Genéticos Humanos. Limites ao acesso**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 1997.

MEIRELLES, Jussara M. L.. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEIRELLES, Jussara. Bioética e Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa H.; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Temas de Biodireito e de Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso A. B. **Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social**. In: Revista de Direito Público, São Paulo: RT, ano XIV, vol. 57/58, jan-jun de 1981, p.249).

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol.IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

- MOREL, Carlos M. Ética e Produção Científica. In: EMERICK, Maria C.; Carneiro, Fernanda (Org.). **Recursos Genéticos Humanos. Limites ao acesso.** Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 1997.
- MORO, Sérgio. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais.** Curitiba, 2000. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR.
- MOTA PINTO, Carlos A. **Teoria Geral do Direito Civil.** 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.** Tradução de Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- OLIVEIRA, José L. C.; MUNIZ, Francisco José F. O Estado de Direito e os Direitos de Personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR.**, Curitiba, n.19, ano 19, 1978-1979-1980.
- PÉREZ, Jesús G. **La dignidad de la persona.** Madrid: Civitas, 1986.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- RAMOS, Carmem L. S. A Constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- RIBEIRO, Joaquim Sousa. **Constitucionalização do Direito Civil.** Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. vol. LXXIV (separata)
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha. **Princípios Constitucionais da Administração Pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROTHENBURG, Walter C. **Princípios Constitucionais.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.
- SANTOS, Fernando F. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.** São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- SANTOS, Laymert G. Fronteiras legais e genéticas: O humano ao alcance das mãos. In: EMERICK, Maria C.; Carneiro, Fernanda (Org.). **Recursos Genéticos Humanos. Limites ao acesso.** Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 1997.
- SANTOS, Laymert G. Invenção, descoberta e dignidade humana. In: CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria C. **Limites.** Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2001.
- SCHIER, Paulo R. **Filtragem Constitucional.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

SERNA, Pedro. Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial. In: **Persona y Derecho**. 41-1999. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. 1999.

SILVA, José A. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. n.212, abr/jun.1998

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.