

ÉTICA AMBIENTAL E BIOÉTICA

PROTEÇÃO JURÍDICA DA BIODIVERSIDADE

Maria Cláudia Crespo Brauner
Vicenzo Durante
Organizadores



EDUCS

**ÉTICA AMBIENTAL E BIOÉTICA:
proteção jurídica da
biodiversidade**

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE
DE CAXIAS DO SUL

Presidente:

Roque Maria Bocchese Grazziotin

Vice-Presidente:

Orlando Antonio Marin

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Reitor:

Prof. Isidoro Zorzi

Vice-Reitor:

Prof. José Carlos Köche

Pró-Reitor Acadêmico:

Prof. Evaldo Antonio Kuiava

Coordenador da Educs:

Renato Henrichs

CONSELHO EDITORIAL DA EDUCS

Adir Ubaldo Rech (UCS)

Gilberto Henrique Chissini (UCS)

Israel Jacob Rabin Baumvol (UCS)

Jayme Paviani (UCS)

José Carlos Köche (UCS) – presidente

José Mauro Madi (UCS)

Luiz Carlos Bombassaro (UFRGS)

Paulo Fernando Pinto Barcellos (UCS)

Maria Claudia Crspo Brauner
Vincenzo Durante
(Organizadores)

**ÉTICA AMBIENTAL E BIOÉTICA:
proteção jurídica da
biodiversidade**



EDUCS

© organizadores

Revisão: Izabete Polidoro Lima

Editoração: Traço Diferencial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS – BICE – Processamento Técnico

E84 Ética ambiental e bioética [recurso eletrônico] : proteção jurídica da biodiversidade / org. Maria Claudia Crespo Brauner. Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS: EducS, 2012.
218. il.; p.; 23 cm.

Apresenta bibliografia.

ISBN 978-85-7061-682-1

Modo de acesso: World Wide Web.

1. Ecologia – Aspectos morais e éticos. 2. Bioética. I. Brauner, Maria Claudia Crespo, 1963-. Duratne, Vincenzo, 1970-.

CDU 2. ed.: 502/504:17(0.034.1)

4

Índice para o catálogo sistemático:

1. Ecologia – Aspectos morais e éticos	502/504;17
2. Bioética	17.023.33

Catalogação na fonte elaborada pelo bibliotecário
Marcelo Votto Teixeira – CRB 10/1974

Direitos reservados à:



EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul
Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-970 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Telefone / Telefax: (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR: (54) 3218 2197
www.ucs.br – E-mail: educs@ucs.br



Sumário

Apresentação / 7

PRIMEIRA PARTE – ÉTICA AMBIENTAL E BIODIVERSIDADE / 9

Ensaio para uma Ética da Biodiversidade / 11

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá

Tutela do genoma humano como um direito humano fundamental / 25

Maria Claudia Crespo Brauner e Fernanda Martinotto

Ética ambiental em Leonardo Boff: a necessidade de um consenso mínimo entre os humanos / 45

Laise Graff

Animais não humanos: responsabilidade de todos / 61

Tereza Rodrigues Vieira; Renata Pereira Nocera e Camilo Henrique Silva

Ética ambiental e crise ecológica: reflexões necessárias / 81

Nicole da Silva Paulitsch

Ética ambiental e capitalismo: esperança ou realidade? / 101

Ângelo Antônio Vieira da Silva e Carla Jordanna Samuel da Silva

SEGUNDA PARTE – BIOÉTICA E SAÚDE HUMANA / 115

A bioética frente à pós-modernidade e à diversidade moral: uma visão secular / 117

Cristina Dias Montipó

Nanotecnologie e diritti umani: sul ruolo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo / 135

Daniele Ruggiu

Advanced Directives and “Court-Appointed Limited Guardianship” (Amministrazione di Sostegno) in Italy / 169

Vincenzo Durante

Ethical and legal thinking on cloning for biomedical research / 183

Gastón Federico Blasi

Apresentação

O presente livro intitulado: *Ética ambiental e Bioética: caminhos para proteção da vida e da biodiversidade*, trata de questões que são objeto de atenção de diversas áreas, mas que tem recebido especial atenção dos juristas, preocupados com a proteção da vida, nas mais variadas manifestações. Destacam-se os estudos de diversos autores que atuando especialmente na área do Direito Ambiental, com ênfase no Biodireito e na Ética Ambiental, perceberam a importância da perspectiva transdisciplinar, como caminho propulsor da transformação e de uma pedagogia cidadã no cuidado com proteção da vida e da biodiversidade.

O Brasil é um país com uma biodiversidade das mais ricas do mundo e multicultural, devendo dar continuidade a seu processo de construção de uma sociedade justa, cumprindo o compromisso de promover a vida e a qualidade de vida de seus cidadãos.

A preocupação da Ecologia envolve as relações de todos com tudo, em todas as dimensões. O ambiental tem vinculação direta com o social. Todo o planeta deve ser protegido porque todo ele está se alterando e muitas das modificações, algumas produzidas pela ação direta do homem, ameaçam a vida.

A Biotecnologia vem ganhando progresso mundialmente e, via de consequência, as normas que disciplinam a utilização das inovações nesse domínio, vem sendo conhecidas como Biodireito. Os juristas percebem nessas novas tecnologias um grande desafio e cabe a estes assegurar que o Direito proteja a vida e a dignidade humana.

As discussões que emergem da Bioética tem contribuído de modo inovador e vem desempenhando função de promover a produção de uma base normativa atualizadora, um Biodireito ajustado às novas realidades nas questões de vida e morte. Assim, o campo de abrangência do presente livro procura resgatar uma caminhada cujos fundamentos éticos são aplicados à prática dos cidadãos, dos profissionais, permitindo novas

inspirações que o contato com o pensamento humanista possa trazer, na busca de soluções para os problemas sociais e ambientais contemporâneos.

Este livro traz uma coletânea com contribuições de experientes juristas brasileiros, italianos e argentino, e a participação de jovens pesquisadores que são alunos ou egressos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do sul – UCS. A participação desses diversos autores promove a inserção internacional e o intercâmbio científico entre instituições e pesquisadores sobre temas que envolvem a proteção da vida, em todas suas manifestações.

Maria Claudia Crespo Brauner
Vincenzo Durante
Organizadores

Primeira Parte

ÉTICA AMBIENTAL E BIODIVERSIDADE

ENSAIO PARA UMA ÉTICA DA BIODIVERSIDADE

Bruno Torquato de Oliveira Naves*

Maria de Fátima Freire de Sá**

“É necessário superar visões antropocêntricas que só pensam no bem-estar humano, sem levar em consideração a sobrevivência dos outros seres vivos do entorno, pois esse autocentrismo biológico ameaça o próprio ser humano.

José Roque Junger.***

11

O problema

Há, indubitavelmente, uma nítida e crescente preocupação com a Bioética nas diversas áreas do conhecimento científico, inclusive no mundo jurídico. Contudo, é curioso perceber que nem sempre há um substrato ético nos tratamentos que juristas dispensam aos temas supostamente bioéticos.

É importante perquirir qual a Ética, se é que ela existe, que está por detrás dos argumentos. Ou ainda: será mesmo possível construir um arcabouço ético aplicável à natureza e aos outros organismos vivos, que não o homem?

** Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professor do Mestrado em “Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável” da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor nos Cursos de Graduação e Especialização em Direito na PUC Minas. Pesquisador do Centro de Estudos em Biodireito – Cebid.

*** Doutora em Direito Constitucional pela UFMG e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora nos Cursos de Especialização, Mestrado e Doutorado em Direito Privado da PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito – cebid.

JUNGES, José Roque. Interfaces entre saúde e ecologia em tempos de crise ambiental. In: BRUSTOLIN, Leomar Antônio (Org.). *Bioética: cuidar da vida e do meio ambiente*. São Paulo: Paulus, 2010. p. 142.

Se partirmos de uma visão antropocêntrica a resposta provavelmente será: “- Não! Não se pode falar de Ética para a biodiversidade!” Essa provavelmente seria a resposta de Immanuel Kant, que constrói uma Ética racional, que reconcilia empirismo e idealismo, dogmatismo e ceticismo. Seus escritos constituem a base do Direito moderno e por isso, ainda hoje, são o fundamento ético que profissionais do Direito tentam trazer para a Bioética.

Há, pois, situações problemáticas a se enfrentar: 1) Nem sempre quando se diz tratar de Bioética, há realmente um substrato ético; 2) Muitos que exprimem tal substrato, o fazem pautados na Ética clássica, o que é um contrassenso. A Filosofia kantiana, por exemplo, não parece ser adequada para fundamentar argumentos bioéticos que pretendem transcender uma Ética para os homens, chegando na “Ética animal” ou Ética para a natureza.

Em suma: é possível uma Ética para o meio ambiente?

Bioética ambiental: surgimento

Embora nos últimos anos a Bioética Médica tenha ocupado o centro de muitas discussões, o nascedouro da Bioética é mais abrangente e confunde-se com a Bioética Ambiental.

O vocábulo *Bioética* foi cunhado pelo filósofo alemão Fritz Jahr pela junção de duas conhecidas palavras gregas – *bios*, vida e *ethos*, comportamento –, em seu artigo “Bioethik: eine Übersicht der Ethik und der Beziehung des Menschen mit Tieren und Pflanzen”, publicado na revista *Kosmos*, em 1927.

Jahr propôs um imperativo bioético de respeito a todas as formas de vida, como um fim em si mesmas. A Bioética seria uma disciplina acadêmica, um princípio e uma virtude, que, como tal, imporá obrigações morais em relação a todos os seres vivos.¹

Jahr conta que o impacto da Teoria da Evolução, de Darwin, sobre Nietzsche fez com que este último visse o homem como um ser inferior em transição para uma fase superior. Esta reviravolta no antropocentrismo

¹ JAHR, Fritz. Bioethik: eine Übersicht der Ethik und der Beziehung des Menschen mit Tieren und Pflanzen. *Kosmos*, Gesellschaft der Naturfreunde, Stuttgart, n. 24, p. 21-32, 1924.

levou muitos estudiosos a utilizarem em outros seres vivos, analogicamente, métodos antes aplicáveis somente a seres humanos. Como exemplo, Jahr cita a Psicologia, que tem por objeto “o estudo de todos os seres vivos em seus limites”. “Da Biopsicologia à Bioética só um passo é necessário: a aceitação de obrigações morais a todos os seres vivos, não só em relação aos seres humanos.”² E acrescenta:

Desta forma, quanto aos animais, a alegação moral tornou-se irrefutável, pelo menos em termos de não fazê-los sofrer desnecessariamente. Não é o mesmo com as plantas. Pode parecer absurdo para algumas pessoas que também devêssemos manter algumas obrigações éticas para com elas.

[...] A nossa ordem social de leis e determinações para a proteção de plantas ou flores isoladas em uma determinada região (por exemplo, plantas alpinas) também é baseada em uma perspectiva completamente diferente: a ordem social quer preservar estas plantas para impedir a sua destruição na região e, em seguida, elas podem ser um prazer para os humanos.³

A primeira preocupação bioética com a biodiversidade encontra aí seu nascedouro.

No entanto, a expressão *Bioética* popularizou-se a partir da obra “Bioethic: Bridge to the Future”, do oncologista estadunidense Van Rensselaer Potter, publicada em 1971. Potter propõe a construção de uma Ética ponte, capaz de mediar as relações entre as Ciências e as Humanidades, e voltada para os problemas ambientais e as questões de saúde.

Outro importante marco para a Bioética, mas voltado para as práticas de profissionais de saúde, foi a criação, em 1974, nos Estados Unidos, da Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Biomedicina e Pesquisa Comportamental (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*), que quatro anos mais tarde apresentou o Relatório Belmont, com os princípios éticos básicos que norteiam a experimentação com seres humanos. Sobre ele, Léo Pessini afirma que:

² Idem.

³ Idem.

Tornou-se a *declaração principalista clássica*, não somente para a ética da experimentação humana, mas para a reflexão ética em geral. Os três princípios éticos identificados pelo Informe Belmont foram: *o respeito pelas pessoas (autonomia), beneficência e justiça*. (Grifos do autor).⁴

A Bioética é, portanto, a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas dos profissionais das Geociências, Ciências Biológicas, Ciências Humanas e Ciências da Saúde sobre os organismos vivos, humanos ou não humanos, e seus impactos sobre os ecossistemas. Avalia-se, pois, as interações entre os homens entre esses e outros seres vivos, isto é, é a Ética em todas as suas implicações com a vida, de forma a garantir sua continuidade e a construir parâmetros de dignidade.

É possível uma ética para o meio ambiente?

Para avaliar a possibilidade de uma Ética para o meio ambiente, tomaremos por ponto de partida as ideias de Hans Jonas em duas de suas obras – “O princípio vida” e “O princípio responsabilidade”.⁵

Jonas alerta-nos dos riscos do progresso técnico global e de seu uso inadequado, denunciando os riscos de uma Ética antropocêntrica, como a Ética clássica.

Dessa forma, seu pensamento é estimulado por dois grandes eixos: a intervenção tecnológica na natureza, submetendo-a ao uso humano e passível de ser alterada drasticamente; e a intervenção extra-humana, por meio da manipulação do patrimônio genético. Será a partir dessas constatações que sugerirá como necessária uma Ética que contemple a natureza e não somente a pessoa humana, impondo alterações na própria natureza da Ética: de antropocêntrica para biocêntrica.

Outra preocupação que assalta Jonas está na apreensão com as gerações vindouras, uma vez que o futuro carece de representação no presente. É necessário que a nova Ética contemple a preocupação com o futuro, com as gerações futuras. Por isso, tais ditames só se fazem possível a partir da

⁴ PESSINI, Léo. Os princípios da bioética: breve nota histórica. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). *Fundamentos da bioética*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2002 (Nova práxis cristã). p. 52.

⁵ Este tópico baseia-se no pensamento desenvolvido em conjunto com Franclim Jorge Sobral de Brito em trabalho apresentado no XXI Encontro Nacional do CONPEDI. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; BRITO, Franclim Jorge Sobral de. Segunda modernidade e responsabilidade: a questão ambiental a partir da interface entre tecnociência e ética à luz do pensamento de Hans Jonas. *Anais do XXI Encontro Nacional do Conpedi*, Uberlândia, 2012.

responsabilidade. Porém, tal responsabilidade não trata da reparação de danos ou da imputação de penas, pois a natureza não comporta reparo, devido à manipulação equivocada. Trata-se de uma responsabilidade assentada num novo modelo de relação, que se estende a todos os seres vivos. Assim, a responsabilidade direciona-se à liberdade e pode ser expressa por um imperativo categórico.

Os imperativos categóricos, segundo a tradição kantiana, advêm da razão pura prática, isto é, de leis morais “a priori” (pois não dependem de comprovação empírica).

Da razão pura prática infere-se princípios morais universais. Esses princípios práticos dividem-se em máximas e imperativos.

Máxima é o princípio subjetivo da vontade. Vale apenas para aquele que a propõe. Já os imperativos têm uma pretensão de universalidade. Eles expressam a necessidade objetiva de ação e podem ser divididos em duas classes: imperativos hipotéticos e imperativos categóricos.

Os imperativos hipotéticos consideram sempre uma hipótese, uma condição de se atingir certo fim.

O imperativo categórico é único e seu conteúdo é indeterminado, pois determiná-lo seria submetê-lo às coisas e, portanto, às leis da natureza, o que retiraria seu caráter *a priori* e sua validade universal. Não há, pois, conteúdo definido. O imperativo categórico é só forma, preceito racional formal, e pode ser expresso da seguinte forma: “Age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza.”⁶

Consistindo o imperativo categórico na lei moral, será ele que determinará o bem moral.

O imperativo categórico de Kant coloca a vontade humana, e consequentemente a liberdade, no centro da Ética da Primeira Modernidade.⁷ O agir ético dependeria sempre da possibilidade do agente

⁶Kant diz que os pensadores devem ser “advertidos de não exercerem ao mesmo tempo dois ofícios tão diferentes nas suas técnicas, para cada um dos quais se exige talvez um talento especial e cuja reunião numa só pessoa produz apenas remendões.” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 59 (BA 52)).

⁷ Ulrich Beck explica que a Primeira Modernidade é fruto da sociedade industrial e do pensamento antropocêntrico, em que a natureza “é uma fonte inesgotável de recursos para o processo de industrialização, natureza como mero conceito daquilo que é estranho, daquilo que está fora da sociedade e precisa ser controlado.” (BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms*. Trad. de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2003, p. 21).

avaliar sua conduta racionalmente. A liberdade suprema da vontade seria estar vinculado ao dever, ao dever imposto pela própria razão. “[...A]ssim, pois, vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma e a mesma coisa.”⁸

Teóricos da Primeira Modernidade aproveitaram-se do imperativo categórico kantiano para afirmar que a ausência de racionalidade na vida extra-humana impediria que a Ética alcançasse outros seres vivos, posto que estes não possuem um agir moral. A Ética da “sociedade moderna” pressuporia uma alteridade racional (reciprocidade) e restringir-se-ia, pois, ao ser humano como sujeito e destinatário de sua ação. Seria, também, uma Ética voltada ao indivíduo no seu agir imediato.

Hans Jonas, em contrapartida, sugere um novo imperativo categórico, que se estenderá em direção ao futuro. Vale citá-lo *ipsis litteris*:

O Imperativo categórico de Kant dizia: ‘Aja de modo que tu também possas querer que tua máxima se torne lei geral’ [...] para um imperativo mais condizente ao novo tipo do agir humano: ‘Aja de modo a que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra’; ou expresso negativamente: ‘Aja de modo a que os efeitos de tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida’; ou simplesmente: ‘não ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a Terra’; ou, em um uso novamente positivo: ‘inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer.’⁹

Ao reformular o velho imperativo kantiano à justa medida da responsabilidade, há uma convergência do privado para o público, isto é, do indivíduo (Kant) para a sociedade (Jonas). Jonas aduz, ainda, que se pode promover a destruição do indivíduo, mas não se pode, sob nenhuma justificativa, intentar a destruição e a aleatória reconstrução tecnológica do homem e do meio ambiente.

Nesse substrato, Jonas afirma a extinção da reciprocidade, isto é, o fim da ideia tradicional de direitos e deveres éticos, “segundo a qual o meu dever é a imagem refletida do dever alheio [...], de modo que, uma vez estabelecidos certos direitos do outro, também se estabelece o meu dever de respeitá-los e, se possível [...], promovê-los”.¹⁰

⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 94 (BA 98).

⁹ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. de Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: PUC Rio/Contraponto, 2006, p. 47-48.

¹⁰ *Ibidem*, p. 89.

A projeção da ética para o futuro conduz a um “sujeito” que não existe, não reivindica e não tem seus direitos lesados. “[...] ética almejada lida exatamente com o que ainda não existe”,¹¹ enquanto futuro da humanidade, mas dirige-se também a outras formas de vida, já que “a ética passa a ser uma parte da filosofia da natureza”.¹²

A nova Ética preocupa-se com o ser e não somente com o ser humano:

[...] só uma ética fundamentada na amplitude do ser, e não apenas na singularidade ou na peculiaridade do ser humano, é que pode ser de importância no universo das coisas. Ela terá esta importância se o ser humano a tiver; e se ele a tem, nós teremos que aprendê-lo a partir de uma interpretação da realidade como um todo, ou pelo menos a partir de uma interpretação da vida como um todo. [...] Portanto, enquanto a investigação ontológica extra-humana puder levar-nos para a teoria universal do ser e da vida, ela não se terá afastado realmente da ética, mas terá ido atrás de sua fundamentação possível.¹³

Hans Jonas não foi o primeiro a conceber uma Ética para além da reciprocidade entre seres racionais e vários importantes filósofos após sua obra têm escrito sobre essa nova Ética. Todavia, é seu pressuposto fundamental a mudança para um paradigma biocêntrico.

Ética social e biodiversidade

A biodiversidade pode ser entendida como toda a gama de organismos vivos existentes no planeta, de forma a destacar a essencial vinculação e interdependência entre as espécies. Dito de outra forma: a biodiversidade representa o complexo *sistema* de variabilidade biológica, que abrange desde os seres humanos, passando por outras espécies animais, vegetais, fúngicas, protistas, bacterianas ou mesmo viróticas.

Destaque-se, neste conceito, a inter-relação entre os aspectos biológicos, geológicos, culturais e sociais.

¹¹ Idem.

¹² JONAS, Hans. *O princípio vida: fundamentos para uma biologia filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 271.

¹³ Ibidem, p. 272.

Apesar de nossa Constituição reconhecer a necessidade de proteção da biodiversidade, o principal marco regulatório do tema veio em 1992, com a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB).

Ratificada por mais de 180 países, a CDB é um dos principais resultados da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992 – a Eco-92.

Fruto de negociações entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento, a Convenção é o parâmetro obrigatório para a formulação do Direito interno dos Estados-partes e tem por objetivos a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos.

Observando as normas e os objetivos da CDB, são muitas as perspectivas bioéticas que se pode adotar. Um exemplo interessante está na obra “Ética Socioambiental”, de Josafá Carlos de Siqueira, em que o autor traça princípios éticos específicos à biodiversidade. Ele elenca o princípio da anterioridade da biodiversidade; o princípio da dimensão subjetiva dos seres vivos e o princípio do valor desconhecido:

Atualmente, diante da crise nas relações do homem com a natureza, têm surgido alguns princípios éticos voltados para a questão da biodiversidade. Um deles consiste na anterioridade histórica, biológica e evolutiva, pois a diversidade da vida no planeta é anterior ao surgimento da espécie humana e, portanto, deve ser respeitada. Outro princípio insiste na dimensão subjetiva dos seres vivos, contrapondo a abordagem objetiva que historicamente predominou. Dessa forma, os seres que integram os biomas e ecossistemas têm valores e direitos, devendo, portanto, ser respeitados e preservados.

Finalmente, existe recentemente o princípio do valor desconhecido, ou seja, a megabiodiversidade nos trópicos é depositária de um patrimônio biológico e axiológico ainda desconhecido, tanto pelas ciências como pela sociedade, justificando assim os esforços de preservação dos biomas e das espécies.¹⁴

¹⁴ SIQUEIRA, Josafá Carlos de. *Ética socioambiental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2009. p. 60.

Neste breve ensaio, entretanto, nos deteremos na justiça, em sua vertente social, como princípio bioético para o meio ambiente.

Antes de mais nada, é bom recordar que sociedade e natureza não são conceitos estanques e independentes. Muito ao contrário, há um inquestionável viés social na questão ambiental, consubstanciado na tensão entre conservação ambiental e desenvolvimento econômico.

A sustentabilidade – divulgada aos quatro ventos como palavra de ordem e quase como uma “cura para todos os males” – é um objetivo só alcançável pelo enfrentamento dos problemas sociais e da distribuição de riquezas no mundo. Por isso, falar da repartição financeira de benefícios advindos da biodiversidade é tanto um assunto pertinente à Bioética Ambiental quanto ao Direito Ambiental, à Economia e à Política.

Mas antes de adentrar neste assunto, é importante perguntar: o que é natureza?

Ulrich Beck alerta-nos sobre o risco de se “naturalizar” o conceito de natureza, como algo oponível à sociedade. O conceito de natureza não é natural, ontológico e imutável. Ao inverso, forma-se no tempo e no espaço como construção cultural.

Por isso,

En el debate ecologista, los intentos de utilizar la naturaleza como una bandera contra su propia destrucción se basan en una falacia naturalista. Pues la naturaleza invocada ya no existe. Lo que existe, y lo que crea semejante inquietud política, son formas diferentes de socialización y diferentes mediaciones simbólicas de la naturaleza (y de la destrucción de la naturaleza). Son esos conceptos culturales de la naturaleza, esas concepciones opuestas de la naturaleza y de sus tradiciones culturales (nacionales) los que, tras las discusiones entre los expertos y las fórmulas y peligros técnicos, tienen una influencia determinante sobre los conflictos ecológicos [...].¹⁵

¹⁵ BECK, Ulrich. ¿La sociedad del riesgo global como sociedad cosmopolita? Cuestiones ecológicas en un marco de incertidumbres fabricadas. In: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002, p. 33.

A espécie humana não só é parte da natureza, como a própria natureza não é mais algo externo ao homem, que ele contempla e domina. O homem, hoje, intervém na formação do meio ambiente. Além disso, o próprio conceito de natureza é determinado muitas vezes pelo saber “científico”, com fórmulas técnicas e poderes tecnocráticos.

Por tudo isso, a condição intervencionista da humanidade, capaz mesmo de “construir” um organismo vivo por meio da manipulação genética, também exige uma mudança de postura em relação à pobreza. Sociedades pobres tendem a negligenciar o problema ambiental em prol do acesso a bens básicos. Como já alertava Beck, em 1986, “[n]a concorrência entre a morte pela fome, visivelmente iminente, com a morte por intoxicação, iminente mas invisível, impõe-se a premência do combate à miséria material.”¹⁶

Superado este primeiro ponto, voltemos à repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos previstos na CDB. As pesquisas e a exploração comercial de recursos genéticos só podem ser realizadas com o consentimento do Estado-parte, que participará dos benefícios, fazendo-os chegar à sociedade diretamente afetada.

Este preceito ganha um novo colorido ao tratar do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético. O conhecimento tradicional pode ser entendido como aquele formulado por povos e comunidades tradicionais, definidos pelo Decreto n. 6.040/2007 como:

[...] grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. (art. 3º, I).

Assim, comunidades que estabelecem um vínculo de dependência e harmonia com a natureza, valendo-se dos recursos naturais como forma de vida e representação cultural, trazem consigo conhecimentos tradicionais sobre tais recursos e sua utilização prática. Raízes e folhas de plantas, bem

¹⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 50.

como substâncias advindas de animais, são utilizadas na elaboração de chás, produtos de higiene, complementos alimentares etc. A divulgação desse conhecimento e sua utilização comercial requer que os dividendos sejam partilhados com essas comunidades.

A Convenção prescreve que cada parte contratante deve:

Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas; (art. 8º, j)

O Direito Ambiental Internacional tem se dedicado, nos últimos anos, a buscar mecanismos de justiça social, pois desenvolvimento sustentável pressupõe qualidade de vida e garantia de acesso a direitos. A Rio+20 foi uma tentativa neste rumo, mas em um momento econômico nada propício para os países ricos renunciarem a vantagens ou empenharem sua economia no combate à pobreza nos países em desenvolvimento.

A dificuldade inicial em trabalhar o princípio da justiça na Bioética Ambiental vem da própria fluidez de seu conceito. Em uma sociedade global e pluralista e em um meio ambiente natural e culturalmente interdependente, os comportamentos humanos são justos quando permitem que a dignidade alcance todos os seres humanos e ainda se estenda para as demais espécies, garantindo qualidade de vida para as gerações presentes e futuras, humanas ou não.

De certa forma, tal justiça encontra no desenvolvimento sustentável seu instrumento. O que para alguns pode parecer uma solução, na prática é mais uma prova da fluidez de institutos e conceitos, pois gera dúvidas e conduz a modernidade a si mesma.¹⁷

¹⁷ Ulrich Beck denomina este movimento de “modernidade reflexiva”. A crise ecológica, por exemplo, não é “mais um problema do mundo que nos cerca [...], mas sim uma crise institucional profunda da própria sociedade industrial. [...] Na sociedade de risco, o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a auto-reflexão em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da ‘racionalidade’. No autoconceito da sociedade de risco, a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais estrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria.” (BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*. São Paulo: Unesp, 1997, p. 19).

O que está acontecendo hoje é, por assim dizer, uma redistribuição e realocação dos “poderes do derretimento” da modernidade. Primeiro, eles afetaram as instituições existentes, as molduras que circunscreviam o domínio das ações-escolhas possíveis, como os estamentos hereditários com sua alocação por atribuição, sem chance de apelação. Configurações, constelações, padrões de dependência e interação, tudo isso foi posto a derreter no cadinho, para ser depois novamente moldado e refeito [...].¹⁸

Valemo-nos, ainda, dos ensinamentos de John Rawls, que, ao escrever *A Teoria da Justiça*,¹⁹ coloca como imprescritíveis alguns direitos individuais e sociais, que poderiam ser assim elencados: liberdade de pensamento e liberdade de consciência, que possibilitariam a tomada de decisões por parte dos indivíduos; liberdade de rendas e de riquezas, bem como de livre escolha de ocupações; e condições sociais para o respeito a todo indivíduo como pessoa moral.

Enfim, a complexa condição da modernidade líquida é buscar em sua própria contradição a Ética que norteie a convivência entre todas as espécies. Exige-se um retorno da Ética à base do conjunto do ser, afirmando que a antiga separação entre o reino subjetivo e o objetivo é superada na nova visão, que propõe a “re-união” desses reinos, o que só pode ser alcançado pelo lado objetivo, isto é, pela revisão do papel da natureza.²⁰

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1997, p.11-71.

BECK, Ulrich. ¿La sociedad del riesgo global como sociedad cosmopolita? Cuestiones ecológicas en un marco de incertidumbres fabricadas. In: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintuno de España, 2002, p. 29-73.

BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Trad. de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 13.

¹⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁰ JONAS, Hans. *O princípio vida: fundamentos para uma biologia filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 272.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

JAHN, Fritz. Bioethik: eine Übersicht der Ethik und der Beziehung des Menschen mit Tieren und Pflanzen. *Kosmos*, Gesellschaft der Naturfreunde, Stuttgart, Nr. 24, p. 21-32, 1924.

JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. de Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: PUC Rio/Contraponto, 2006.

JONAS, Hans. *O princípio vida: fundamentos para uma biologia filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2004.

JUNGES, José Roque. Interfaces entre saúde e ecologia em tempos de crise ambiental. In: BRUSTOLIN, Leomar Antônio (Org.). *Bioética: cuidar da vida e do meio ambiente*. São Paulo: Paulus, 2010, p. 129-146.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; BRITO, Franclim Jorge Sobral de. Segunda modernidade e responsabilidade: a questão ambiental a partir da interface entre tecnociência e ética à luz do pensamento de Hans Jonas. *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, Uberlândia, 2012.

PESSINI, Léo. Os princípios da bioética: breve nota histórica. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). *Fundamentos da bioética*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2002 (Nova práxis cristã), p. 52.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo/Loyola, 2007.

PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Orgs.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SIQUEIRA, Josafá Carlos de. *Ética socioambiental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2009.

TUTELA DO GENOMA HUMANO COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Maria Claudia Crespo Brauner*
Fernanda Martinotto**

Os avanços do conhecimento científico apontam para um novo mundo, que evidencia a vulnerabilidade da natureza e do corpo humano. O homem integra e interage com o meio ambiente, dependendo do equilíbrio do mesmo para manter uma vida saudável. A reflexão sobre os dilemas éticos do profissional que atua em pesquisas genéticas implica na consideração das orientações morais de cada cultura, dos comportamentos socialmente transmitidos, das configurações históricas da conduta e, ainda, das respostas socialmente dadas a pressões imediatas. À evidência, essa responsabilidade se afasta da ética de sucessos e também da ética de mentalidade.

Uma proteção adequada da diversidade e da integridade do patrimônio genético requer planejamento e manejo cuidadoso dos recursos genéticos. A preocupação com a preservação da biodiversidade de nosso planeta tem se acentuado cada vez mais, especialmente após a Revolução Industrial, e, mais recentemente, com o crescimento demográfico concentrado em determinadas regiões do globo. O ser humano é parte integrante da biodiversidade e a utilização sustentada das espécies providenciará a proteção contra as ameaças de destruição, deterioração, exploração abusiva, mantendo o potencial da biodiversidade em condições de satisfazer às necessidades e aspirações das gerações presentes e futuras.

* Doutora em Direito pela Université de Rennes I – França; Pós-Doutorado na Universidade de Montreal – Canadá. Atualmente é Professora adjunta III na Graduação e Mestrado em Direito e pesquisadora na Universidade de Caxias do Sul – UCS e Professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. É membro do Réseau Universitaire International de Bioéthique (RUIB). É pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), com Bolsa Produtividade 2.

** Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Advogada. Consultora Internacional em Direito Ambiental. Membro dos Advogados sem Fronteira.

A Constituição Federal de 1988 trouxe ao longo de seu texto, diversos direitos cidadãos. Direitos estes que, por se tratarem de direitos historicamente constitucionais ou por estarem expressos no texto constitucional, somente agora, passaram a ser tratados como “direitos constitucionais.” Dentre eles podemos encontrar o direito à liberdade, direito à vida, direito ao meio ambiente e tantos outros.

Dentro desse extenso rol de direitos encontramos alguns que, inter-relacionados, são de suma importância para a sociedade, a despeito de não serem tão discutidos nem respeitados pelo Estado. São eles: direitos à vida, à dignidade da pessoa humana, direito a igualdade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Direitos fundamentais do ser humano: limites de Manipulação do Genoma Humano impostos pelo art. 5^a e pelos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988

A consolidação da democracia no país encontrou na Constituição brasileira de 1988 um instrumento eficaz para afirmar os direitos fundamentais de cidadania, mas especialmente para assegurar-lhes realização concreta e transformadora.¹

O constitucionalismo brasileiro incorporou o conteúdo das Declarações de direitos dos cidadãos que significou maior garantia de direitos, permitindo a qualquer indivíduo o direito de exigir sua tutela perante o Judiciário. Trata-se da concretização da democracia.

Afonso Arinos de Mello Franco afirma que

Não se pode separar o reconhecimento dos direitos individuais da verdadeira democracia. Com efeito, a ideia democrática não pode ser desvinculada das suas origens cristãs e dos princípios que o Cristianismo legou à cultura política humana: o valor transcendente da criatura, a limitação do poder pelo Direito e a limitação do Direito pela justiça. Sem respeito à pessoa humana não há justiça e sem justiça não há direito.²

¹ LOBATO, Anderson Cavalcante. As garantias constitucionais do processo: a efetividade dos direitos de cidadania. In: LOBATO, Anderson Cavalcante, MAGALHÃES, José Luiz, LONDERO, Josirene (Org.). *Direito e sociedade na América Latina do século XXI*. Pelotas: Editora Universitária UFPel. 2009. p. 25.

² FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, p. 188.

Para João Passos Martins Neto, “direito fundamental é o poder conferido pela norma jurídica para que o titular do direito o exerça de acordo com as leis, invocando a proteção do Estado quando algum obstáculo se apresente ao gozo e reconhecimento desse direito.”³

Assim pode-se dizer que para que um direito possa ser considerado fundamental, é necessário que o ordenamento jurídico no qual se insere o direito o contemple com um *status* especial que o faz mais importante que os demais direitos.

Isso ocorre através da elevação daqueles à condição de direitos subjetivos dotados, a um só tempo, de uma situação normativa preferencial e de uma proteção maior que a normalmente conferida aos restantes dos direitos, com o que se lhes proporciona um relevo singular no sistema jurídico.⁴

Portanto, para ser considerado um direito fundamental, o bem que é objeto de atribuição possui uma virtude rara: são bens considerados extremamente valiosos, sendo considerados bens vitais, indispensáveis e essenciais para o ser humano.

Decerto, pois, que, embora por força de concepções locais e legais dominantes em um determinado período da história, os direitos fundamentais “são pressupostos jurídicos elementares da existência digna de um ser humano.”⁵

Os direitos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito á dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

No tocante a matéria em análise, conta-se com um grande grupo de princípios que permitem dar a estrutura teórica necessária para justificar a proteção do patrimônio genético humano como direito fundamental.

A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à vida é o

³ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 78.

⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 79.

⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 88.

mais fundamental de todos os direitos, pois sua proteção impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

Portanto, por estar assegurado na Constituição Federal, o direito à vida deve ser assegurado pelo Estado “em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter uma vida digna quanto à subsistência.”⁶

Logo, a interpretação das normas em vigor, tal qual a solução de situações não expressamente previstas e a aprovação de novas normas devem no direito à vida buscar seu fundamento.

[...] uma quantitativa, que resultou na ampliação do rol dos obrigados passivos, passando a proteger a vida, inclusive, contra os ataques do próprio titular e, da coletividade politicamente organizada; outra, taxionômica, porque o direito à vida deixou de receber apenas a proteção penal, para se instalar nos textos constitucionais, apresentando-se, atualmente, como um direito fundamental do próprio Estado Democrático de Direito.⁷

Assim, a Convenção Europeia e Protocolos Adicionais, aprovada em 04 de novembro de 1950, em seu artigo 2º estabelece que o direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei.

De igual forma, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis, aprovado em 1966, pela 21ª sessão da Assembleia Geral das nações Unidas ratificada pelo Brasil em 28 de abril de 1987 assevera em seu artigo 6º que o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei, ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

No entanto, a noção de vida a que o princípio constitucional se refere não se limita à definição de vida segundo a Biologia. A vida também não é permissão da sociedade ou uma prestação do Estado. “Logo, o direito à vida não é um direito a uma prestação. E também não se trata de um direito de uma determinada pessoa sobre ela mesma, sobre a sua própria vida.”⁸

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 87.

⁷ MEIRELLES, Jussara. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 166.

⁸ MEIRELLES, Jussara. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.168.

Nesse sentido, a vida humana, ao ser reconhecida pela ordem jurídica, torna-se um direito essencial, absoluto, irrenunciável, inviolável, indisponível, sem o qual todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo.

Portanto, o direito fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado, não se restringindo ao sentido biológico de vida. Ou seja, o direito fundamental à vida diz respeito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura e lazer. Assim, considerada, a vida, antes de ser um direito humano, é fundamento de todos os demais direitos.

A vida, além de ser tutelada pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988, também o é em outros dispositivos constantes da carta Magna, tais como: o direito à saúde (arts. 194 e 196), a inadmissibilidade da pena de morte (art.5º, XLVII) entre outros.

O art. 1º da Constituição Federal, ao tratar da dignidade da pessoa humana nos dá a impressão de sua preponderância. A razão dessa impressão se deve ao fato da dignidade da pessoa humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio.

Para o princípio da dignidade da pessoa humana, existe um amplo grupo de condições de precedência, nas quais existe um alto grau de segurança, acerca de que, sob elas, o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos. Mas o caráter de regra da norma da dignidade da pessoa se mostra no Direito, nos casos em que essa norma é relevante, não se perguntando se precede ou não outras normas, senão, tão somente, se é violada ou não. Todavia, em vista da imprecisão da norma, existe um amplo espectro de respostas possíveis a essa pergunta. Manifestamente, não se pode dar uma resposta geral, mas levar em conta o caso concreto. É preciso ponderação.⁹

Pode-se dizer, portanto, que a dignidade humana é estritamente vinculada aos direitos fundamentais, constituindo-se em um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo. Assim, “apenas quando (e se) o ser humano viesse e pudesse renunciar à sua condição é que se poderia cogitar da absoluta desnecessidade de qualquer preocupação com a temática ora versada”.¹⁰

⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2202. p. 106-107.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 27.

Assim, quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.¹¹

Neste contexto, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de todo ordenamento jurídico, razão pela qual caracteriza-se como princípio constitucional de maior hierarquia valorativa.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é, em última análise, o núcleo de todo e qualquer direito fundamental, encontrando-se imune de qualquer restrição.

O princípio da dignidade da pessoa humana serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas. Todavia, cabe lembrar que o princípio da dignidade humana também serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes.¹²

Assim, o exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e norteador traduz a pretensão constitucional de torná-lo um parâmetro de harmonia entre os diversos dispositivos constitucionais, obrigando o intérprete a buscar a concordância entre eles.

“Podemos, nesse contexto, até mesmo falar que a dignidade da pessoa humana confere racionalidade ao sistema constitucional, visto que a unidade pretendida não é meramente lógica ou mecânica, mas uma unidade axiológica-normativa”.¹³

A dignidade da pessoa humana fornece ao intérprete linha valorativa fundamental à correta aplicação da norma e à justa solução do caso concreto.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 73.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 123.

¹³ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 63.

unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Destarte 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 sociais (arts. 6º a 11) ou dos direitos políticos (arts. 14 a 17). Ademais disso, aquele princípio funcionará 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 virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º, §2º. Estreitamente relacionada com essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional.¹⁴

Nesse contexto é correto afirmar que a dignidade da pessoa humana constitui o objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, na medida em que se concretiza através dos direitos fundamentais, fazendo com que a pessoa humana passe a ser concebida como o centro do universo jurídico e prioridade do direito.

Isso significa que no constitucionalismo brasileiro contemporâneo os conceitos de Estado, República e Democracia são funcionalizados a um objetivo, a uma finalidade, qual seja, a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. De tal modo que privar a pessoa humana de sua dignidade, quer por ação que por omissão, constitui afronta ao próprio Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Brasileira.¹⁵

Nesta linha de pensamento, nota-se que a dignidade da pessoa humana legitima o Estado brasileiro, constituindo-se como requisito fundamental para que a ordem jurídico-constitucional corresponda a uma verdadeira condição da democracia.

Além de derivar da noção de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial também se fundamenta no princípio da liberdade; em princípios constitucionais como a igualdade, o devido processo legal e a livre iniciativa; nos direitos humanos; e nas imunidades e privilégios do cidadão. É

¹⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Juruá, 2000. p. 66-67.

¹⁵ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 73.

delineado em termos qualitativos, como proteção daquilo que se faça necessário à manutenção das mínimas condições de vida condigna, enquanto condições iniciais de liberdade, isto é, da garantia de pressupostos fáticos que permitam ao indivíduo agir com autonomia. Abrange qualquer direito, no que represente de essencial e inalienável, bem como compreende outras noções, entre as quais a ideia de felicidade do homem. Não se trata, pois, de mera liberdade abstrata.¹⁶

No que se refere à dignidade humana em manipulações genéticas, resta evidente que não se busca a ‘sacralização da natureza biológica’. Habermas defende que “para se saber se há ou não violação da dignidade é fundamental a finalidade prosseguida com a intervenção e o consentimento”.¹⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra a liberdade de expressão científica, independentemente de censura ou licença.

Norberto Bobbio resumiu o princípio da liberdade científica consagrado na constituição com brilhantismo dizendo que “o direito a professar qualquer verdade científica ou a não professar nenhuma, mas essencialmente no direito a não sofrer empecilhos no processo da investigação científica.”¹⁸

Com isso não se quer afirmar que a pesquisa científica não ter limites éticos e até mesmo legais. Muito pelo contrário, que existem elementos para a proteção do patrimônio genético humano na CF/88.

Pietro de Jesús Alarcón assim se manifesta:

[...] a prática consistente em descartar indivíduos com doenças genéticas suscetíveis de adequado tratamento, tendo em vista as terapias genéticas, deve ser rejeitada. É, que, a importância do meio como fator de desenvolvimento físico e mental do indivíduo autoriza que não possam ser levadas em conta tão só as características hereditárias, a despeito de posições como a expressada em algumas oportunidades pela Corte Suprema dos

¹⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde*. Parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 189.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 111

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: campus, 1992. p. 19.

Estados Unidos, que se pronunciou que “três gerações de imbecis é o suficiente”. Com isso há que se dizer que os resultados da pesquisa científica devem ser colocados a serviço da dignidade humana, da possibilidade real e efetiva de integração do portador da doença genética, e nunca de sua exclusão ou discriminação.¹⁹

Assim o direito à identidade genética é um direito fundamental implícito na ordem jurídico-constitucional brasileira, especialmente a partir da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à vida, isso no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, como cláusula geral implícita que tutela todas as manifestações essenciais da personalidade humana. A identidade genética da pessoa humana, base biológica da identidade pessoal, é uma dessas manifestações essenciais da complexa personalidade humana.²⁰

Em reforço a fundamentação, agrega-se, ainda, os tratados internacionais de Direitos Humanos nessa seara, como parâmetros hermenêuticos, e algumas incumbências específicas dadas ao poder público: a de preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar empresas dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, situações que evidentemente incluem o genoma humano.

Assim, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito fundamental à vida, agregando, ainda, em reforço a fundamentação, o dever de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético e o dever de fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (situações que evidentemente incluem o genoma humano, já que não se consegue vislumbrar o homem isolado do meio em que vive), o direito à identidade genética é um direito fundamental implícito na ordem constitucional brasileira.²¹

¹⁹ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004. p. 273.

²⁰ PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 92-93.

²¹ PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 109/110.

Limites à manipulação do genoma humano impostos pelo capítulo VI da Constituição Federal de 1988 – a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do país

A preocupação com a preservação da biodiversidade de nosso planeta tem se acentuado cada vez mais, especialmente após a Revolução Industrial, e, mais recentemente, com as transformações das pesquisas biotecnológicas e, em especial das pesquisas genéticas sobre o genoma humano e suas repercussões éticas e sociais.²²

Partindo dessa visão abrangente a respeito da biodiversidade, pela atuação humana no meio ambiente *latu sensu*, encontramos na Constituição Federal brasileira a efetiva garantia da preservação e recuperação do mesmo, por meio de uma análise sistematizada de alguns dispositivos constitucionais, que elucidam seu campo de atuação.

Alguns desses direitos fundamentais já foram tratados no texto, passemos então a demonstrar os limites da manipulação do genoma humano, impostos pelo capítulo VI da CF/88, ou seja, a tutela do Meio Ambiente.

O artigo 225 da Constituição Federal pode ser considerado o princípio fundamental de tudo o que foi questionado até agora, pois visa à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, ou seja, traz toda a sistemática necessária para a segurança da biodiversidade, ligada a ideia de vida humana digna e com saúde, em função da proteção e preservação das gerações presentes e futuras, segundo atuação do Poder Público e de toda a coletividade.

Da leitura do dispositivo é possível destacar três concepções fundamentais do Direito Ambiental, sendo:

a) o direito de todos ao equilíbrio ecológico do meio ambiente; b) determina a natureza jurídica dos bens ambientais como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida; c) cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar para as presentes e futuras gerações.²³

²² STEPKE, Fernando Lolas. De genômica e gen-ética: bionômica e bioética. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María, FREIRE de SÁ, Maria de Fátima (Org.). *Desafios jurídicos da biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2007. p. 66

²³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: M. Limonad, 1999. p. 27.

As normas da disposição do direito fundamental do art. 225 da Constituição configuram o direito ao meio ambiente como um direito fundamental como um todo, pois configura um complexo de posições jurídicas em relação ao Estado e ao indivíduo.

O equilíbrio ecológico do meio ambiente está vinculado à ideia de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida; portanto o meio ambiente, no qual a biodiversidade se integra, está disponível para que atenda à existência digna do ser humano, partindo-se do pressuposto de que esteja devidamente equilibrado. E o equilíbrio decorre da preservação da vida em todas as suas formas.

Assim, denota-se que

A preocupação do Direito Ambiental não está circunscrita tão somente à vida humana, enquanto bem objeto de cláusula pétrea, mas ao bem essencial à sadia qualidade de vida em todas as formas. [...] Outrossim, devemos partir do raciocínio de que os bens ambientais tutelados pela Constituição não se resumem àqueles direcionados à vida humana, embora possamos afirmar que, em uma sociedade organizada, o destinatário de toda e qualquer norma seja o homem.²⁴

Ao longo da história da humanidade diversas indagações têm se mostrado inquietantes, sobretudo aquelas que não podem ser explicitadas em sua completude pela ciência, ou outras formas de experimentação metodologicamente convencionadas.

Um das indagações que permeavam e ainda permeiam a humanidade diz respeito ao vocábulo “vida”. Uma simples apreciação semântica da palavra resulta na definição segundo a qual “vida” representa um conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas se mantêm em contínua atividade – existência.²⁵

Apesar da existência dos inúmeros sentidos que a palavra em comento possui, o termo vida se deriva do grego *bios*. Essa derivação apresentada, aliada aos seus mais variados aspectos, convida-nos a uma reflexão de que

²⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Fundamentos Constitucionais da política nacional do meio ambiente: comentários ao art. 1º da Lei n. 6.938/81*. Max Limonad: São Paulo, p. 98.

²⁵ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Minidicionário da língua portuguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 556.

um dos sentidos que melhor agrega o contexto globalizado de nossa sociedade é aquele que vem aglutinar a existência e atividade dos mais diferentes seres vivos, sobretudo os seres humanos, animais não humanos, além do meio ambiente composto pelas mais diversas espécies de plantas que, por sinal, não deixam de ter vida.²⁶

O ser humano, concomitantemente à existência da vida, na busca incansável pelo aperfeiçoamento da espécie, jamais deixou de realizar pesquisas direcionadas a maior compreensão fenomenológica de sua existência e de uma explícita necessidade de prolongamento de sua espécie como forma de manutenção do bem-estar e da busca pela felicidade.

No entanto esse espírito desbravador do homem voltado à busca constante pelo conhecimento, em diversas situações, tem acarretado em desrespeito aos seus semelhantes, sem falar nos demais protagonistas que o acompanham nesse conceito do vocábulo “vida”.

O direito ao ambiente deve ser entendido e reconhecido como um direito fundamental que não se deixa reduzir a um mero bem-estar físico, ampliando-se o objeto de sua consideração jurídica para alcançar não somente os danos e as contaminações ao ambiente, mas também a qualidade de vida.²⁷

Nesse ponto, deve-se observar que a integridade ambiental se constitui em bem jurídico autônomo que é resultante da combinação de elementos do ambiente natural e da sua relação com a vida humana. Por isso mesmo, pode-se afirmar que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é um “direito fundamental da pessoa humana”.²⁸

Nesse sentido, o direito fundamental ao ambiente apresenta um caráter subjetivo e outro objetivo. O direito fundamental ao ambiente configura um direito subjetivo no sentido de que todos os indivíduos podem pleitear o direito de defesa contra aqueles atos lesivos ao ambiente.²⁹ O direito

²⁶ PISTINIZI, Bruno Fraga. *Pareceres de bioética: Uma nova perspectiva constitucional*, in, GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso. (Coord.). *Biodireito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 332.

²⁷ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. O direito fundamental ao meio ambiente e ponderação. In: STEINMETZ, Wilson, AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Direito Constitucional do Ambiente*. Caxias do Sul: Educs, 2011, p. 52.

²⁸ SILVA, José A. da. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 27, p. 51-57, jul./set. 2002.

²⁹ Exemplo disso é a Ação Popular para anular ato lesivo ao ambiente – art. 5º, LXXIII, da CF/88.

fundamental ao ambiente como elemento objetivo tem seu conteúdo expressado nas incumbências, a cargo do Estado, tendentes a assegurar a todos a realização do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.³⁰

A partir disso, o direito ao ambiente pode ser compreendido como um direito fundamental como um todo, configurado em um conjunto de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* que são justificadas pelo interesse na integridade do ambiente que é um bem coletivo.

A questão da biodiversidade está aqui, inteiramente envolvida, pois preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético, como quer a Constituição no art. 225, II, e como vimos antes, quer dizer preservar todas as espécies, através do fator caracterizante e diferenciador de cada uma delas.

Na obra *Direito Ambiental Constitucional*, José Afonso da Silva aponta três maneiras de preservar a diversidade genética, aqui, destacamos duas delas:

In situ – o stock é preservado mediante a proteção do exossistema e do habitat natural [...], *ex situ*, parte do organismo – preservar a semente, o sêmen, ou qualquer outro elemento, a partir do qual será possível a reprodução do organismo em questão.³¹

A variabilidade genética está presente em todas as espécies que têm reprodução sexuada. A mistura dos genes do pai com os genes da mãe é que assegura filhotes diferentes e, com isso um número enorme de combinações que resultam em irmãos diferentes entre si. Essa é a diversidade que existe entre indivíduos da mesma espécie; essa variabilidade que torna os indivíduos diferentes entre si. Na espécie humana, essa variabilidade não é difícil de ser percebida. Uma das vantagens da existência de tal variabilidade é a plasticidade que confere à espécie.

No entanto, as mudanças acontecem para adaptação a uma nova situação climática, por exemplo, tendo em vista que se todos fossem

³⁰ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. O direito fundamental ao meio ambiente e ponderação. In: STEINMETZ, Wilson, AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Direito Constitucional do Ambiente*. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 55.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 94.

absolutamente iguais o resultado poderia ser o desaparecimento da espécie em uma determinada região, seja essa espécie vegetal, animal ou até mesmo a humana.

Nesse sentido, manipulações genéticas humanas realizadas sem limites éticos e jurídicos poderiam ocasionar uma “igualdade” entre a espécie humana, ou seja, utilizaríamos critérios para uniformizar as “qualidades genéticas desejáveis”, estabelecendo um padrão e modificaríamos geneticamente toda a espécie para que se tornassem iguais.

Uma proteção adequada da diversidade e da integridade do patrimônio e da integridade genética requer planejamento e manejo cuidadoso dos recursos genéticos, tendo em vista que a utilização sustentada das espécies providenciará a proteção contra as ameaças de destruição, deterioração, exploração abusiva, mantendo o potencial da biodiversidade em condições de satisfazer às necessidades e aspirações das gerações presentes e futuras.

O futuro da humanidade é o primeiro dever do comportamento coletivo humano na idade da civilização técnica, que se tornou “toda poderosa” no que tange ao seu potencial de destruição. Esse futuro da humanidade inclui, obviamente, o futuro da natureza como sua condição *sinequa non*.

Mas, mesmo independentemente desse fato, este último constitui uma responsabilidade metafísica, na medida em que o homem se tornou perigoso não só pra si, mas para toda a biosfera. Mesmo que fosse possível separar as duas coisas – ou seja, mesmo que em um meio ambiente degradado (e em grande parte substituído por artefatos) fosse possível aos nossos descendentes uma vida digna de ser chamada humana, mesmo assim a plenitude da vida produzida durante o longo trabalho criativo da natureza e agora entregue em nossas mãos teria direito de reclamar nossa proteção. Mas como é impossível separar esses dois planos sem desfigurar a imagem do homem, e como naquilo que é mais decisivo – a saber, na alternativa “preservação ou destruição” – os interesses humanos coincidem com o resto da vida, que é sua pátria terrestre no sentido mais sublime da expressão, podemos tratar as duas obrigações sob o conceito-chave de dever para com o homem, sem incorrer em um reducionismo antropocêntrico.³²

³² JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio para uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 229.

O dever de preservar a integridade do patrimônio genético da humanidade limita as possibilidades de intervenções no genoma humano, vedando aquelas que levem à descaracterização do patrimônio genético humano atual ou modifiquem as características das futuras gerações de seres humanos.

Sobre esse tema, analisam Celso Antônio Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues: ao fazer com que seja preservada a diversidade e do patrimônio genético, a CF admite que não só por via da genética seja possível reproduzir seres vivos, nas que, principalmente, aceita esse tipo de técnica como forma de tutelar o meio ambiente. Preservando um número cada vez maior desses patrimônios genéticos (diversidade), o planeta estará mais precavido contra a possível extinção das espécies, decorrente da crescente degradação ambiental.

Dessa forma, admitiu, por via transversa, que é possível a atividade biotecnológica, da qual deriva a engenharia genética, sempre que essa manipulação for usada para fins de efetivar o direito estabelecido no art. 225, *caput*, como bem anuncia p § 1º do mesmo artigo.

Conclui-se que é permitida a manipulação do material genético (DNA e seus genes) sempre que esta manipulação resultar na busca da sadia qualidade de vida, visando alcançar um meio ambiente ecologicamente equilibrado.³³

Recursos e serviços ecológicos são produzidos e mantidos por ecossistemas. Ecossistema é um termo funcional para as contínuas interações entre organismos, populações, comunidades e o ambiente físico-químico. Assim a conservação das espécies tem um papel chave na sustentação do ecossistema.³⁴

O consenso atual de que o desenvolvimento sustentável constitui um juízo de valor de conteúdo moral. “Se estivermos operando numa posição insustentável com as gerações presentes, as atuais técnicas de valoração ambiental poderiam conduzir-nos a um patamar mais eficiente, porém, ainda assim insustentável. Para implementar a sustentabilidade, teríamos que fazer escolhas morais no que diz respeito à transferência de ativos para as futuras gerações.”³⁵

³³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 457-458.

³⁴ CAVALCANTI, Clóvis. (Org.). *Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 57.

³⁵ CAVALCANTI, Clóvis. (Org.). *Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 85.

Seguidamente a ideia de desenvolvimento é reduzida à de modernização e, em consequência disso, os países de Terceiro Mundo são julgados à luz dos padrões dos países desenvolvidos, todos de modernização precoce. Este etnocentrismo conduziu à aplicação no mundo inteiro de um modelo único de modernização e, portanto, a ver “em atraso” os países “subdesenvolvidos”. A fronteira entre modernização e desenvolvimento foi na verdade sempre pouco clara. A primeira indica a capacidade que tem um sistema social de produzir a modernidade; o segundo se refere à vontade dos diferentes atores sociais (ou políticos) de transformar sua sociedade. Portanto a modernização é um processo e desenvolvimento é uma política.³⁶

O princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo “a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades”³⁷, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham a oportunidade de desfrutardos mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição, aqui incluídos os recursos genéticos.

Considerações finais

A preocupação com questões envolvendo genoma humano e as possibilidades de utilização dos recursos genéticos tiveram seu ápice com a conclusão do Projeto Genoma Humano. O rápido desenvolvimento científico nos campos da manipulação celular e da engenharia genética tem proporcionado à humanidade, um conjunto de possibilidades verdadeiramente surpreendentes. O tratamento de doenças degenerativas, a produção de alimentos mais nutritivos e de menor custo, o uso dos conhecimentos genéticos nas práticas forenses e o aprimoramento das técnicas de reprodução assistida, são apenas alguns dos muitos exemplos dos benefícios hoje proporcionados por este desenvolvimento. No entanto, paralelo a esta evolução, surgem novos dilemas que têm desafiado a ética e, especialmente o Direito.

O renascimento de uma nova eugenia, a possibilidade da clonagem de seres humanos e até mesmo a probabilidade de se por fim a espécie

³⁶ BECKER, Dinizar Fermiano. *Desenvolvimento sustentável: necessidade e/ou possibilidade*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1997. p. 19.

³⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28.

humana e/ou a sua diversidade, bem como os limites que podem ou devem ser impostos às pesquisas biotecnológicas, são alguns dos dilemas que hoje são enfrentados.

Não obstante, como pode ser verificado, a problemática da manipulação em células germinais humanas, bem como as pesquisas em células-tronco de embriões, e sua vinculação ao Direito Ambiental, tem situado os juristas num terreno delicado, uma vez que os parâmetros de atuação começam a ser definidos e respostas, mesmo que provisórias, precisam ser formuladas, às indagações que emergem das pesquisas nessa área.

A visão ambiental moderna busca uma atitude reivindicatória, integradora e interativa entre os entes habitantes de um mesmo meio, buscando-se o reconhecimento do ser humano como parte integrante da natureza, tornando-o o objetivo primordial do direito ambiental.

Ademais, a preservação da diversidade do patrimônio genético humano se faz imperiosa como meio de garantir os interesses difusos, coletivos e individuais com o fim de evitar a degradação do meio ambiente e a plena garantia dos demais direitos do homem, ainda mais porque a Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O direito à vida sendo o mais fundamental de todos os direitos impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais direitos. E, por estar assegurado na Constituição Federal, o direito à vida deve se dar de maneira plena, ou seja, uma vida digna, com saúde, em um ambiente ecologicamente equilibrado, a ser preservado para as presentes e futuras gerações.

Um dos meios eleitos para garantia e proteção do patrimônio genético da humanidade, é a limitação de possibilidades de intervenções do genoma humano, vedando a descaracterização e modificação do patrimônio genético humano atual para as futuras gerações de seres humanos. Essa limitação ocorre nos campos ético e jurídico. No primeiro, quando tratamos de pesquisas que envolvam direitos difusos como é o caso do meio ambiente e de pesquisas em genoma humano, é indispensável que tenhamos clara a responsabilidade do pesquisador pelos resultados e/ou produtos que ele gerar. Em verdade é importante que se esclareça que apesar do termo bioética ser comumente relacionado com as ciências médicas, seu conhecimento é muito mais abrangente, sendo necessário que o pesquisador seja consciente e responsável na prática das pesquisas científicas.

No campo jurídico os limites impostos para a manipulação genética se encontram em princípios de direito ambiental, tais como a dignidade da pessoa humana que garante todas as condições necessárias para o respeito das pessoas quanto a sua vida, sua existência, integridade física e moral e liberdade, aqui se incluindo um meio ambiente sadio, equilibrado e de diversidade biológica preservada. Também o princípio da precaução, que limita a ação do pesquisador em atividades das quais não se tem o conhecimento das consequências e implicações futuras.

Conclui-se então que os temas relacionados ao Biodireito e ao Direito Ambiental são de grande interesse e que merecem tanto o aprofundamento das reflexões no mundo jurídico como um todo, face as suas implicações para a sobrevivência do Planeta e da própria espécie humana.

Referências

42

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: campus, 1992.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. (Org.). *Ensaio de Biodireito: respeito à vida e aos imperativos da pesquisa científica*. Pelotas: Delfos. 2008

BECKER, Dinizar Fermiano. *Desenvolvimento sustentável: necessidade e/ou possibilidade*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1997.

CAVALCANTI, Clóvis. (Org.). *Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Juruá, 2000.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: M. Limonad, 1999.

- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. O direito fundamental ao meio ambiente e ponderação, in STEINMETZ, Wilson, AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Direito Constitucional do Ambiente*. Caxias do Sul: Educs, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: M. Fontes, 2004.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio para uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- LOBATO, Anderson Cavalcante, MAGALHÃES, José Luiz, LONDERO, Josirene (Org.). *Direito e sociedade na América Latina do século XXI*. Pelotas: Editora Universitária UFPel. 2009
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.
- MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Jussara. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 166.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PISTINIZI, Bruno Fraga. Pareceres de bioética: Uma nova perspectiva constitucional, in, GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso. (Coord.). *Biodireito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. *O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

ROMEO-CASABONA, Carlos María, FREIRE de SÁ, Maria de Fátima (Org.). *Desafios jurídicos da biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2007.

ROCHA, Renata. *O direito à vida e as pesquisa com células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José A. da. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 27, p. 51-57, jul./set. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÉTICA AMBIENTAL EM LEONARDO BOFF: A NECESSIDADE DE UM CONSENSO MÍNIMO ENTRE OS HUMANOS

Laise Graff

1 Introdução

A modificação dos modos de produção, decorrente da crescente evolução tecnológica das últimas décadas, permitiu ao ser humano transformar a natureza com velocidade e magnitude jamais imaginadas. Tais avanços da técnica, embora favoreçam algumas faculdades humanas – no âmbito da saúde, lazer, conhecimento, segurança, por exemplo –, não beneficiam a todos igualmente, restando ainda no planeta uma grande massa de excluídos que não alcançam sequer a satisfação de suas necessidades diárias de alimentação.

Além disso, a alteração das formas de produção influenciou diretamente o mercado de trabalho, com a gradativa substituição do homem pelas máquinas, tanto no âmbito industrial como na agricultura, deslocando um grande contingente de pessoas das atividades econômicas tradicionais, muitas vezes sem chances de nova alocação.

Ainda neste cenário, o ambiente da Terra torna-se cada vez mais desequilibrado em razão da ação humana: devastação florestal, contaminação das águas, extinção de espécies animais e vegetais, destruição dos ecossistemas, aquecimento global, além de outras inúmeras consequências decorrentes da poluição generalizada da atmosfera.

Como delinear uma nova ética ambiental neste contexto da sociedade contemporânea, diante de sua extrema complexidade? É possível encontrar um consenso mínimo entre os seres humanos sobre o necessário cuidado

¹ Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bolsista Capes. Pós-graduada em Direito Penal pela mesma universidade. Analista Judiciária da Justiça Federal de 1º Grau do Rio Grande do Sul.

com o meio ambiente, afinando assim um discurso ético que seja compartilhado por todos?

Esse é tema central deste trabalho, lastreado principalmente no pensamento expresso na obra *Ethos Mundial*, de Leonardo Boff. O autor, um dos pensadores brasileiros mais importantes da atualidade, enfatiza a necessidade de buscar imperativos éticos comuns a toda a humanidade, a fim de enfrentar os três problemas da sociedade contemporânea que considera como os mais urgentes: a crise do sistema de trabalho, a crise social e a crise ecológica.

Dentre essas questões, será conferido destaque à problemática ambiental, que impõe a procura de novos paradigmas éticos, partilhados por toda a humanidade, capazes de embasar soluções para a degradação do meio natural.

Quais serão esses alicerces? Sob que bases será possível fundamentar tal consenso mínimo, em uma sociedade mundial complexa, multifacetada e globalizada? Este ensaio convida a uma aproximação ao tema *ética ambiental*, utilizando como base a obra acima referida, entrelaçada com contribuições de outros pensadores, buscando marcos que possam auxiliar a busca de um novo imperativo ético.

Uma nova ética ante a crise ambiental: o pensamento de Leonardo Boff

O vocábulo *ética* deriva do grego *ethos*, indicando modelos de comportamento que são típicos de uma comunidade ou grupo social, em determinado marco temporal. Como disciplina filosófica, também é denominada de *filosofia prática*, uma vez que está orientada para a reflexão crítica do agir humano, “tendente a verificar o sentido e o valor de determinadas opções e ações, a discernir o que se deve aceitar como verdadeiro e bom e a fazer avançar o agir humano para formas mais perfeitas”.¹ Daí deriva o título atribuído pelo autor ao livro: *Ethos Mundial*, em referência a um conjunto de valores que possam ser compartilhados por toda a humanidade, diante do contexto atual – complexo, globalizado e gerador de grandes crises sociais e ambientais.

¹ LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore. *Dicionário de bioética*. Trad. A. Maia da Rocha. São Paulo: Santuário de Aparecida, 2001. p. 432.

Situando a abordagem na sociedade contemporânea, o autor destaca a radical evolução dos modos de produção, decorrente do crescente progresso científico e tecnológico das últimas décadas, que permitiu ao ser humano transformar os elementos da natureza com rapidez e alcance extraordinários. Embora essa busca tenha proporcionado benefícios e comodidades aos homens – aumentando sua expectativa de vida e aprimorando sua sobrevivência, com melhorias na saúde, transportes, habitação, comunicação etc. –, Leonardo Boff ressalta que tais avanços da técnica acarretaram consequências devastadoras sobre o mercado de trabalho, com a substituição do homem por máquinas inteligentes, gerando desemprego e aumentando as grandes massas de excluídos em todas as nações, os denominados desempregados estruturais.

Assim, observa que a promessa de melhoria das condições humanas em face da evolução tecnológica somente se cumpriu para uma restrita parcela de seres humanos, restando ainda um vasto contingente de pessoas vivendo em situação de miséria degradante, impotentes para vencer as barreiras da desigualdade social. Para o autor, a causa principal da crise social relaciona-se com a forma como as sociedades modernas se organizaram quanto à produção e ao acesso aos bens culturais e naturais. Tal relação revela-se desigual por privilegiar as minorias detentoras dos meios de produção, do saber e do poder, em detrimento das grandes majorias que vivem e dependem de seu trabalho individual.²

Essa forma de exploração e de *apropriação utilitarista*³ da natureza gerou um prejuízo ambiental igualmente sem precedentes. A Terra, enquanto planeta agregador de diversos ecossistemas, sofre cada vez mais com a ação humana, que provoca danos ecológicos e pouco a pouco aniquila as condições de vida – inclusive as de sua própria espécie.

Diante deste cenário, Boff enfatiza a urgência de enfrentar três problemas cruciais: a crise social, a crise do trabalho e a crise ecológica, a fim de garantir um futuro digno a todos os seres humanos e a manutenção de todas as criaturas que habitam o planeta. Contudo, ciente da complexidade da sociedade contemporânea e da conexão mundial engendrada pela globalização do mercado, sustenta o autor a necessidade – e a dificuldade – de buscar um consenso mínimo entre todos os humanos.

² BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 14.

³ BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 15.

Isso porque as soluções pontuais, nacionais, não são mais eficazes para dar conta de problemas que afetam ao globo como um todo, pois “o tempo das revoluções clássicas, havidas e conhecidas, pertence a outro tipo de história, caracterizada pelas culturais regionais e pelos estados-nações.”⁴

Nesse intuito, propõe uma *ideologia revolucionária global*, amparada em um pacto ético assumido por todos os humanos. Trata-se de uma revolução ética mundial, fundada não somente na *razão ilustrada*, mas principalmente no *pathos*, na “sensibilidade humanitária e na inteligência emocional, traduzidas pelo cuidado, pela responsabilidade social e ecológica, pela solidariedade generacional e pela compaixão”⁵, atitudes capazes de comover as pessoas para uma *nova prática social libertadora*. Essa revolução deve ter lugar no processo de globalização, ou seja, uma nova sensibilidade e um novo *ethos* próprios desse tempo, o que requer mudanças de percepção que conduzam a um novo patamar planetário da história.

Em um retrospecto das causas da crise ambiental, o autor lança uma crítica ao logocentrismo – paradigma racionalista até hoje dominante, consolidado especialmente no final do século XVIII. Entende que essa racionalidade gerou uma relação de domínio do homem sobre a Terra e seus recursos, e não de reconhecimento de sua alteridade e interdependência, pressupondo uma superioridade do humano sobre os demais seres.⁶

Como forma de recriar essa relação homem-natureza, Boff sublinha a necessidade de o ser humano entender-se como mais um de seus elementos, e não como seu dono e possuidor, de forma que os recursos naturais e os demais representantes da vida terrestre sejam considerados como parte de um todo único e indivisível. Observa que não há como separar o planeta físico Terra, a biosfera e a humanidade, considerando que se desenvolveram e sempre se mantiveram unidos. Trata-se, assim, de “entender a Terra como totalidade físico-química, biológica, socioantropológica e espiritual, una e complexa”,⁷ não havendo diferença entre Terra e humanidade, posto que formam um todo orgânico e sistêmico.

⁴ BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 15.

⁵ BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 16.

⁶ BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 14.

⁷ BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 22.

Enfim, o autor sugere que diante de problemas globais não há como pensar em soluções que não sejam também globais. Neste sentido, observa que, historicamente, a consolidação das sociedades humanas deu-se com base em certos consensos para as atividades em comunidade. Espontaneamente, como reguladores sociais, eles surgem fundando regras de convivência, de acordo com o contexto social e a realidade de cada momento histórico.

Contudo, como encontrar tal consenso – necessário agora não somente para uma convivência pacífica, mas também para a própria sobrevivência da espécie humana – no âmbito dessa sociedade global, complexa e multifacetada? E quais seriam os tópicos desse denominador mínimo, comum a todos, que permita uma convergência de valores, na atual diversidade?

Na busca de uma resposta a essas questões, Leonardo Boff traça os imperativos mínimos para uma nova ética planetária: ética do cuidado; ética da solidariedade; ética da responsabilidade; ética do diálogo; ética da compaixão e liberação e ética holística, propondo ainda o resgate da mística e da espiritualidade. De forma sintética, tais imperativos podem ser assim entendidos, segundo as bases assentadas pelo autor:

I – Ética do Cuidado. Trata-se de conceber uma relação amorosa com a realidade: o cuidado com a vida, corpo, espírito, com o outro etc. Pensar um ser humano que descobre o mundo como valor, que se preocupa, se responsabiliza e se envolve com o destino das outras criaturas. Leonardo Boff considera que o sentir, o afeto e o cuidado são experiências-base da vida humana, não podendo ser sobrevalorizada a razão em nossa existência, uma vez que “sentir também é uma forma de conhecimento, mas de natureza diversa.”⁸ O homem também é emoção, simpatia, sensibilidade: a razão não explica nem abarca tudo.

II – Ética da Solidariedade. O pensador defende o resgate da solidariedade ancestral, que permitiu o desenvolvimento e a permanência da vida humana. Isso implica reconhecer que todos nós dependemos de outras pessoas ou de outras criaturas, reforçando o espírito de ajuda mútua. Significa ainda o imperativo de uma solidariedade política, para que os Estados adotem políticas públicas locais imbuídos desse espírito, bem como que assim orientem suas ações no âmbito internacional, em parceria global.⁹

⁸ BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 81.

III – *Ética da Responsabilidade*. O ser humano deve sentir-se responsável por suas ações, respondendo ao apelo ético da realidade, que incide sobre sua consciência na escolha entre uma atitude de benevolência com a natureza e os outros seres, ou de agressão e submissão. Boff postula que o homem se considere responsável pelo meio ambiente, pela qualidade de vida de todos os seres, e também pelas futuras gerações.

IV – *Ética do Diálogo*. Considera o autor que a construção coletiva da solidariedade deve ocorrer em um diálogo universal, em todos os âmbitos da vida social, reconhecendo assim a dimensão do humano como ser de relação e comunicação. Trata-se de alcançar o reconhecimento do outro, mediante o uso de regras e valores comuns, permitindo o aprendizado por meio da escuta e da convivência.

V – *Ética da compaixão e libertação*. Neste tópico, Leonardo Boff trata do desafio político e ético de inclusão dos dois terços da população mundial excluídos do sistema social, que sofrem o infortúnio da miséria extrema. Defende uma atitude de compaixão em relação aos pobres, oprimidos e excluídos, permitindo assim sua libertação, em prol da participação e o acesso de todos a todos os bens naturais e culturais.

VI – *Ética holística*: Propõe ainda a superação das contradições entre as culturas, reconhecendo-se as diferenças culturais e a complexidade como riqueza única da humanidade. Em termos, o tema de um *Ethos Mundial* representa “poder identificar por trás das muitas morais históricas, seja do passado, seja do presente, o mesmo *ethos*, aquela intenção originária de organizar a casa humana”,¹⁰ de criar normas sociais, leis e ordenações visando a uma boa convivência.

VII – *Mística e espiritualidade*: Por fim, o autor admite a insuficiência de imperativos éticos para a mudança dos rumos da humanidade, ponderando que a razão, sozinha – mesmo dotada dessa nova compreensão da natureza –, não tem forças suficientes para fazer valer incondicionalmente imperativos categóricos. Exalta, assim, a necessidade de uma crença maior, relacionada a experiências emocionais, de ligação com o todo, de sabedoria e esperança, capaz de conferir sentido para nossa existência. Por esse motivo, prega que a crença em Deus, independentemente da religião, dota a vida de sentido e de valor, conferindo esperança e sentido ao viver. Enfim,

⁹ BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 90.

¹⁰ BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 98.

sugere que as religiões são “em si mesmas práticas éticas e impregnam a consciência de motivações poderosas para que as pessoas se disponham a seguir apelos éticos, por mais onerosos que se apresentem.”¹¹

Estes são, segundo Leonardo Boff – com vênia para a extrema sintetização –, os preceitos basilares sobre os quais deve se assentar esse novo *Ethos Mundial*, capaz de lidar com as grandes crises atualmente vivenciadas pela humanidade. Tais premissas são defendidas igualmente por outros autores, que compartilham a ideia da necessidade de novos paradigmas éticos, como veremos a seguir.

A necessidade de um consenso ético mínimo no âmbito ambiental

Falar sobre *ética* implica realizar uma reflexão crítica sobre o agir humano, buscando discernir as boas das más condutas, verificando o sentido e o valor de determinadas opções e ações.¹² Assim, pode-se afirmar que a ética não oferece regras fixas nem admite determinismos: atua mais como um norte, um fim a ser perseguido, propondo ponderações sobre a finalidade, o sentido e as consequências das ações humanas. Enfim, a reflexão ética não está destinada a criar valores, pois não há valores nem bens absolutos, mas ela “sempre auxiliará a orientar a conduta e contribuirá para o desenvolvimento da moral, na medida em que cumpra com o propósito de descobrir as normas morais ótimas em relação com cada contexto histórico-social”.¹³

Na esteira do pensamento de Leonardo Boff, acerca da importância da reflexão ética, a filósofa espanhola Adela Cortina afirma que aventurar-se na filosofia prática é uma tarefa irrenunciável a qualquer sociedade que deseje enfrentar o cotidiano da vida em um patamar *humano* – e não somente *animal*.¹⁴

Embora a origem desse ramo da filosofia remonte à Grécia Antiga, ganha particular importância a partir da Idade Moderna, quando *Deus*

¹¹ BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 106.

¹² LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore. *Dicionário de bioética*. Trad. A. Maia da Rocha. São Paulo: Santuário de Aparecida, 2001, p. 432.

¹³ ALENCASTRO, Mario Sergio Cunha. *A ética de Hans Jonas: alcances e limites sob uma perspectiva pluralista*. 2007. Tese (Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007. p. 140.

¹⁴ CORTINA, Adela. *Ética Mínima*. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2009, p. 29: “Adentrarse en el ámbito de la filosofía práctica – moral, jurídica, política y religiosa – es siempre una aventura. Pero una aventura irrenunciable para cualquier sociedad que desee enfrentarse con altura humana – no sólo animal – al discurrir el cotidiano de la vida”.

deixa de ser uma certeza teórica, abandonando sua tarefa de legitimar socialmente normas morais e jurídicas.¹⁵ Passou a ser necessária, desde então, uma maior estruturação do pensamento ético, capaz de legitimar e fundamentar imperativos éticos e morais.

A urgência de novos paradigmas éticos centra-se hoje na ação humana enquanto fator determinante da crise ecológica. Trata-se da necessidade de buscar novos pilares, novos fundamentos que guiem o agir humano, a fim de dar conta das consequências exponenciais e cumulativas desse seu agir, que em larga escala destrói o meio natural e compromete a qualidade – e a própria vida – de todos os seres do planeta. Com efeito, a questão ambiental surgiu há algumas décadas como uma problemática social e ecológica generalizada, de alcance planetário, atingindo todos os âmbitos da organização social e da aparelhagem Estatal, bem como todos os grupos e classes sociais. Deste modo, considerando a escala planetária da comunidade humana, há que se perseguir imperativos éticos que sejam partilhados por todos, capazes de oferecer bases para a mudança do destino de degradação ambiental que o homem impôs ao planeta Terra.

Vários pensadores apontam que a forma utilitarista com que o homem interage com o ambiente natural decorre da permanência de uma ética antropocêntrica, voltada especialmente para as necessidades e o bem-estar humanos. Tal agir fundamenta-se na concepção de que os bens naturais *devem servir* ao homem – ser que se considera superior por sua racionalidade –, que possui o direito de usá-los em função de seu desejo, sem maiores preocupações com a finitude ou o sofrimento dos demais seres, desconsiderando inclusive sua dependência em relação a outras formas de vida. Neste sentido, François Ost acrescenta que a crise ecológica envolve, “sobretudo, a crise da nossa representação da natureza, a crise da nossa relação com a natureza”.¹⁶

Discorrendo sobre as razões por que a ética tradicional é antropocêntrica, Hans Jonas observa que, historicamente, a atuação humana sobre a natureza não implicou em um domínio tão abrangente a ponto de colocar em risco os demais elementos não-humanos, motivo pelo qual esse *agir sobre as coisas* não era eticamente significativo.¹⁷ Pondera ainda que

¹⁵ CORTINA, Adela. *Ética mínima*. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2009. p. 30.

¹⁶ OST, François. *A natureza à margem da lei*. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

¹⁷ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. da PUC-Rio, 2006. p. 35.

anteriormente os imperativos éticos atuavam sobre *o aqui e o agora*, ou seja, em pequena escala, uma vez que as ações do homem não tinham o poder de alcance, no tempo e no espaço, que atualmente possuem. Contudo, hoje “essa esfera torna-se ensombrecida pelo crescente domínio do fazer coletivo, no qual ator, ação e efeito não são mais os mesmos da esfera próxima”,¹⁸ observando ainda o caráter cumulativo desse agir: os efeitos vão se somando, de modo que a situação posterior não será mais a mesma da situação antes vivida pelo mesmo ator, mas sim crescentemente distinta, sempre como resultado daquilo que foi e está sendo realizado.¹⁹

Também aponta Edgar Morin para a impossibilidade de prever as consequências da ação humana a longo prazo, defendendo a necessidade de levar em conta a ‘ecologia da ação’. Esta expressão significa que toda a ação humana, a partir do momento em que é iniciada, “escapa das mãos de seu iniciador e entra no jogo das interações múltiplas próprias da sociedade, que a desviam de seu objetivo e às vezes lhe dão um destino oposto ao que era visado.”²⁰ Conclui então Morin que a pureza das intenções, tanto nas ações científicas como nas ações políticas, não dá certeza quanto ao resultado pretendido, não sendo jamais uma garantia de validade e de eficácia da ação.

Diante desse cenário, em que a ciência e a tecnologia conferem ao homem forças gigantescas que se convertem em ameaça a todo o globo terráqueo, Hans Jonas pondera que toda a sabedoria acumulada até então sobre o justo comportamento – ou seja, toda a ética tradicional –, não nos instrui sobre as normas de *bem* ou *mal* a que submeter as novas formas de poder e suas possíveis criações, sintetizando que “o novo continente da práxis coletiva que adentramos com a alta tecnologia ainda constitui, para a teoria ética, uma terra de ninguém.”²¹ Em suma, já não é mais possível definir, como outrora, o alcance da ação humana, e por conseguinte, de nossa responsabilidade sobre os danos daí decorrentes.

¹⁸ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. da PUC-Rio, 2006. p.39.

¹⁹ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. da PUC-Rio, 2006. p.40.

²⁰ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. de Maria D. Alexandre e Maria Alice Araripe de Sampaio Dória. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 128.

²¹ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. da PUC-Rio, 2006. p. 21.

Deste modo, a busca de novos imperativos éticos precisa abandonar a perspectiva compartimentada do mundo, fundamentada no racionalismo moderno e na crença cega na ciência como redentora do homem. Adela Cortina especula que talvez a verdadeira ameaça para a sobrevivência sejam as formas de reflexão filosófica amparadas no cientificismo, que possibilitam “utilizar os avanços científicos para a destruição cósmica, porque identifica racionalidade e cientificidade técnica, declarando irracional toda proposta de moralidade.”²²

Assim, uma reflexão ética que transcenda os paradigmas atuais deve primeiramente questionar os pilares legitimadores sobre os quais até então o agir humano esteve assentado, duvidando especialmente da fé no progresso tecnocientífico como solução para todos os problemas que afetam a humanidade. Esse pensamento vem expresso na obra de Leonardo Boff, encontrando amparado ainda em Edgar Morin, que conclui: “se a modernidade é definida como fé incondicional no progresso, na tecnologia, na ciência, no desenvolvimento econômico, então esta modernidade está morta.”²³

Trata-se, portanto, de pensar de acordo com uma nova racionalidade e também a partir de uma nova ética global, que permita entender o mundo como uma teia única, onde todas as ações humanas interagem com o todo e são capazes de provocar reflexos em escala planetária.

Edgar Morin mostra-se otimista em relação a essa possibilidade, entendendo que “aquilo que porta o maior perigo também traz as melhores esperanças: é a própria mente humana, e é por isso que o problema da reforma do pensamento tornou-se vital”.²⁴ Destaca, no entanto, que esse novo rumo depende muito da tomada de consciência, de vontade e de coragem, campo em que se insere a nova ética que vem sendo delineada.

A ética da responsabilidade

Na mesma perspectiva defendida por Leonardo Boff, vários pensadores e filósofos contemporâneos vêm apontando a necessidade de o homem reconhecer seus deveres em relação ao ambiente natural e assumir uma postura de responsabilidade sobre o futuro da Terra e de todos os seus habitantes, fundamentando uma *ética da responsabilidade*.

²² CORTINA, Adela. *Ética Mínima*. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2009. p. 109.

²³ MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 9. ed. Trad. de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2004. p. 72.

²⁴ MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 9. ed. Trad. de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2004. p. 75.

Nessa esteira, Hans Jonas procurou legitimizar filosoficamente essa noção de dever e de responsabilidade do ser humano em relação à natureza e ao futuro das próximas gerações sobre o planeta, concebendo uma ética fundada no princípio da responsabilidade, demonstrando a necessidade de o ser humano atuar com cautela e humildade frente a seu enorme poder transformador. Referindo a superação do ponto de vista prático, preponderante em todos os tempos, de que o conjunto da natureza era invulnerável e por isso estava inteiramente disponível para o uso particular do homem, o filósofo destaca que

[...]se o dever em relação ao homem se apresenta como prioritário, ele deve incluir o dever em relação à natureza, como condição de sua própria continuidade e como um dos elementos da sua própria integridade existencial. Poderíamos ir adiante e afirmar que a solidariedade de destino entre homem e natureza, solidariedade recém revelada pelo perigo comum que ambos correm, nos permite descobrir novamente a dignidade própria da natureza, conclamando-nos a defender seus interesses para além dos aspectos utilitários.²⁵

Assim, como superação ao imperativo categórico de Kant – *aja de modo que tu também possas querer que tua máxima se torne lei geral*, Hans Jonas propõe um novo imperativo, adequado ao homem contemporâneo: “aja de tal modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra”, também representado pela máxima “inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer”. Ou, expresso de forma negativa: “aja de modo a que os efeitos de tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida”, ou ainda “não ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a Terra”.²⁶

²⁵ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. da PUC-Rio, 2006. p. 230.

²⁶ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. da PUC-Rio, 2006. p. 47-48.

Trata-se, em suma, de uma ética de previsão e de responsabilidade, compatível com os novos rumos e limites do agir humano. Uma responsabilidade que prime pelo cuidado, “reconhecido como obrigação em relação a um outro ser, que se tona ‘preocupação’ quando há uma ameaça à sua vulnerabilidade”.²⁷ Hans Jonas defende uma atitude de responsabilidade especialmente pelo viés da sensatez e da cautela, entendendo que enquanto não existirem projeções seguras, possibilitadas por uma nova ciência que saiba orientar-se na complexa teia das interdependências globais, “a prudência será a melhor parte da coragem e certamente um imperativo da responsabilidade.”²⁸ Isso requer a adoção de uma pensamento voltado para a humildade, para reconhecer nosso desconhecimento sobre as consequências futuras, salvaguardando o patrimônio humano e natural contra os perigos da evolução e do tempo e contra a ação dos próprios homens, assumindo a responsabilidade pelo futuro da Terra.

Complementando essa ideia, Edgar Morin indaga se a grande conquista da inteligência não “seria poder enfim se libertar da ilusão de prever o destino humano”,²⁹ uma vez que o futuro permanece incerto e imprevisível, pois o acaso pode desviar o curso das determinantes históricas, antropológicas, econômicas, etc., observando ainda que essa incerteza hoje se encontra potencializada com a aceleração dos processos complexos e aleatórios da era planetária.³⁰

Esse imperativo de responsabilidade foi contemplado na *Carta da Terra*, uma declaração destinada a oferecer de princípios éticos fundamentais para guiar a comunidade planetária frente às crises do Século XXI. Trata-se de um documento idealizado em 1987 pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, mas que somente

²⁷ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. da PUC-Rio, 2006. p. 352.

²⁸ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. da PUC-Rio, 2006. p. 307.

²⁹ MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Trad. de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 9. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2004. p. 79.

³⁰ MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Trad. de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 9. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2004. p. 80.

foi finalizado muito tempo depois, como uma iniciativa global da sociedade civil.³¹

Nesse documento, um dos deveres principais atribuídos aos seres humanos foi o de “*respeitar e cuidar da comunidade da vida.*”³² Dentro desse tópico, foram elencados como deveres do homem, dentre outros, cuidar da comunidade da vida com compreensão, compaixão e amor, respeitando a Terra e a vida em toda sua diversidade e reconhecer que todos os seres são interligados e cada forma de vida tem valor, independentemente de sua utilidade para os seres humanos. A Carta incumbe ao homem o dever de aceitar que, juntamente com o direito de possuir, administrar e usar os recursos naturais, vem o dever de impedir quaisquer danos ao meio ambiente e de proteger os direitos das pessoas. Determina ainda que a humanidade assuma que o aumento da liberdade, dos conhecimentos e do poder implica responsabilidade na promoção do bem comum, devendo então promover a justiça econômica e social, propiciando a todos a consecução de uma subsistência significativa, segura e ecologicamente responsável.

Embora não se trate de uma declaração oficial da Organização das Nações Unidas, a Carta da Terra é um documento de extrema importância, considerando que o elenco de deveres éticos que traz é extremamente coerente com a nova realidade de comunidade planetária, destacando principalmente a responsabilidade do homem em relação ao futuro.

Ademais, é preciso considerar que a reflexão ética provocada pelo conteúdo da Carta da Terra pode influenciar direta ou indiretamente o Direito, considerando que a ética e a moral atuam como fundamentação teleológica dos sistemas jurídicos. Esta é uma razão suficiente para a ciência jurídica contribuir e acompanhar as discussões realizadas no âmbito da

³¹ A Comissão da Carta da Terra foi formada pelo Conselho da Terra e pela Cruz Verde Internacional (Green Cross International) no início de 1997 como um organismo internacional independente, e supervisionou o processo de consulta e elaboração da Carta da Terra, após a tentativa frustrada de finalização do documento durante a Eco92. Esse documento consiste em uma declaração de princípios éticos fundamentais para a construção de uma sociedade global justa, sustentável e pacífica. No texto, fica expresso que os objetivos de proteção ecológica, erradicação da pobreza, desenvolvimento econômico equitativo, respeito aos direitos humanos, democracia e paz são interdependentes e indivisíveis para a concretização de um futuro sustentável. Disponível em: <<http://www.cartadaterrabrasil.org/prt/about.html>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

³² Texto extraído do site <<http://www.cartadaterrabrasil.org/prt/about.html>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

ética ambiental, pois a partir da mudança dos valores e dos desideratos da ação humana surge a necessidade de o Estado proteger determinados bens, reconhecer novos direitos e ainda coibir determinadas condutas.

Considerações finais

O enfrentamento da problemática ambiental impõe ao homem a procura de novos paradigmas éticos, partilhados por toda a humanidade. Trata-se da necessidade de alterar as bases sobre as quais a sociedade contemporânea alicerça seus valores, destacando não apenas a evidência de que o homem está intrinsecamente ligado à natureza, dela dependendo para garantir sua sobrevivência, mas também reforçando a perspectiva de que a natureza possui um valor intrínseco, a ser respeitado independentemente das necessidades humanas.

Dentre esses novos imperativos éticos, destaca-se o dever da humanidade de assumir uma postura responsável sobre sua atuação, como defendem vários pensadores contemporâneos, Hans Jonas, Leonardo Boff, Edgar Morin, e o sentir coletivo, expressado na declaração internacional Carta da Terra. Significa pensar numa atitude de cuidado e de responsabilidade em relação aos demais seres e ao ambiente natural como um todo, buscando preservar a diversidade biológica e as belezas naturais para as próximas gerações.

Além de uma razão menos cerrada, menos confinada aos estreitos modelos de pensar fragmentado até hoje concebidos, é preciso agregar outros valores éticos ao agir humano, atendendo à sua responsabilidade pelo destino da Terra e pelo futuro da vida.

Apesar da imensa dificuldade de alcançar esse consenso ético mínimo entre todos os humanos, que talvez jamais seja plenamente alcançado, trata-se de uma tarefa que não pode ser abandonada, em razão da própria responsabilidade humana, já reconhecida e assumida por muitos de nós. Enfim, é essa responsabilidade que nos força a persistir nesse desafio.

Referências

- ALENCASTRO, Mario Sergio Cunha. *A ética de Hans Jonas: alcances e limites sob uma perspectiva pluralista*. Curitiba, 2007. Tese. (Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BACHELET, Michel. *A ingerência ecológica*. Trad. de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.
- CAPRA, Frijof. *A teia da vida*. Trad. de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CORTINA, Adela. *Ética mínima*. 14. ed. Madrid: Tecnos, 2009.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. da PUC-Rio, 2006.
- LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Trad. de Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.
- LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore. *Dicionário de Bioética*. Trad. de A. Maia da Rocha. São Paulo: Santuário de Aparecida, 2001, p. 432.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. de Maria D. Alexandre e Maria Alice Araripe de Sampaio Doria. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- _____. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 9. ed. Trad. de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2004.
- OST, François. *A natureza à margem da lei*. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 8. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- SAVATER, Fernando. *El contenido de la felicidad*. Madrid: Punto de Lectura, 2006.

ANIMAIS NÃO HUMANOS: RESPONSABILIDADE DE TODOS

Tereza Rodrigues Vieira*
Renata Pereira Nocera**
Camilo Henrique Silva***

Introdução

Considerando que à bioética não interessa apenas a espécie humana, mas também a fauna e a flora, optamos por apontar no presente artigo algumas considerações acerca dos animais não humanos, as quais têm suscitado debates calorosos.

A neurobiologia tem demonstrado grande progresso nas últimas décadas, em razão das novas tecnologias que permitem testar hipóteses acerca dos animais não humanos. Dentre outros, o presente artigo tem como objetivo questionar alguns aspectos bioéticos e jurídicos acerca da existência ou não de consciência, bem-estar, “direitos” dos animais, o antropocentrismo etc., despertando no leitor o interesse por temas relacionados ao uso de recursos animais pelo ser humano.

A metodologia utilizada consiste, principalmente, na pesquisa bibliográfica. Diversos ramos do direito são envolvidos nesta reflexão, tais como, o biodireito, o direito ambiental, o direito processual, o direito

* Pós-Doutorado em Direito pela Université de Montreal, Canadá; Mestre e Doutora em Direito pela PUC-SP e Université Paris; Especialista em Bioética Faculdade de Medicina da USP; Especialista em Sexualidade Humana pela Sbrash; Professora/Pesquisadora no Mestrado em Direito Processual e Cidadania na Unipar onde desenvolve o Projeto de Pesquisa “*tutela jurídica dos animais*.” Advogada em São Paulo.

** Mestranda em Direito Ambiental pela Universidad Internacional de Andalucía, Espanha. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Fundação Ministério Público – FMP e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera Uniderp. Advogada no Mato Grosso do Sul.

*** Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (Unipar). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Fundação Ministério Público – FMP. Professor Substituto da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) na graduação de Direito. Advogado no Mato Grosso do Sul.

civil, o direito penal, o direito constitucional, o direito do trabalho etc. Evidentemente, em poucas páginas não teremos condições de explanar sobre todos os importantes aspectos concernentes a tão instigante tema, porém, nosso intuito principal é levantar a problemática e provocar reflexões.

Constantemente temos notícia de questões éticas que envolvem animais não humanos, tais como: experimentações científicas, abate para alimento, comércio de peles, tráfico etc. China, Coréia do Sul, Filipinas, Tailândia, por exemplo, usam gatos e cães como alimento. Na França, é natural a apreciação de carne de cavalo. Se de um lado existem os que matam com tal finalidade, do outro temos os que compram para fabricação de casacos de pele, forro para roupas, chapéus, decoração etc., sem nada refletir acerca do sofrimento animal para sua obtenção, uma vez que a maior parte é morta diante dos seus congêneres e de forma cruel.

Na Índia, a vaca é sagrada, enquanto que no Brasil, sobretudo no Rio Grande do Sul, consome-se toneladas de carne assada, sendo o churrasco considerado prato regional, inato à cultura gaúcha.

Muitos são os questionamentos que surgem ao tratar da matéria, por exemplo: Tem o animal não humano consciência? Devem ter “direitos” reconhecidos? Há limites para respeito e proteção animal? A quem incumbe a proteção dos animais? O bem-estar animal deve ser um objetivo do homem? O mandamento religioso “não matarás” deve ser aplicado apenas aos homens? Há alguma diferença entre matar cães, gatos, porcos, galinhas, peixes, vacas, cavalos, répteis, avestruzes etc.? Têm os animais direitos por eles próprios ou por ser propriedade do homem? Podemos obrigar o animal a trabalhar? Podemos usá-lo para entretenimento em circos, parques, zoológicos, passeios com turistas, rodeios? O animal existe apenas para satisfazer um fim humano? Alguns “direitos” dos animais deveriam ser contemplados pela lei? Apenas os que se referem ao seu bem-estar? Podemos julgar o coração de um homem pela forma como ele trata os animais, como afirmava Kant? Podemos afirmar com segurança que os animais não humanos não possuem experiências mentais como dor, medo, tédio, frustração, alegria, conforto e prazer? Todos os humanos têm autonomia, inteligência, linguagem etc.? Estas são algumas das muitas indagações que permeiam o tema e que merecem reflexão.

Consciência animal e bem-estar animal

Muitos atribuem ou retiram supostos *direitos* dos animais baseados na existência ou não da consciência.

Estudos recentes de neurocientistas têm apresentado evidências da consciência animal, demonstrando que comportamentos afetivos intencionais ocorrem nos bichos. Evidências sólidas, segundo eles, indicam a presença de consciência em grande parte dos mamíferos, aves e polvos. Assim, os seres humanos parecem não ser os únicos a possuírem bases neurológicas que geram consciência.

Segundo afirma um grupo de 25 neurocientistas de renomadas universidades européias e americanas no *Manifesto Cambridge sobre a Consciência em Animais Não Humanos*, lançado em julho de 2012 em uma conferência sobre as bases neurais da consciência na Cambridge University, no Reino Unido, mamíferos, aves e até polvos têm alguma consciência, uma vez que possuem as bases anatômicas, químicas e fisiológicas dos estados conscientes, bem como a capacidade de exibir comportamentos intencionais e emocionais. A falta de um neocórtex aparenta não impedir que um organismo experimente estados afetivos (VARELLA, 2012, p. C7).

Algumas capacidades foram encontradas em certos animais (chimpanzés, bonobos, gorilas, orangotangos, golfinhos-nariz-de-garrafa, orcas, elefantes), como por exemplo, se reconhecerem no espelho. Como saber? Pesquisadores pintam uma marca na cara do animal adormecido e esperam que este desperte e encontre o espelho colocado em seu recinto. “Se ele tentar brigar com o “intruso” ou tocar a mancha no espelho, fracassou no teste. Contudo, se tocar a marca nele mesmo, é um forte indício de que tenha noção de si próprio. [...] Crianças só passam no teste após 18 meses de vida” (VARELLA, 2012, p. C7).

A capacidade de sentir dor também é mencionada em algumas pesquisas sobre peixes e invertebrados. Em uma investigação da Sociedade Real para a Prevenção da Crueldade com os Animais (RSPCA) restou evidenciado de que os peixes e répteis também sentem dor, da mesma forma quanto às outras espécies animais vertebrados, como mamíferos e aves, ao praticarem o mesmo comportamento no ato do sofrimento (SINGER, 2010, p. 252-253).

A capacidade de sofrer com a morte de um parente também já foi descrita em chimpanzés, gorilas, elefantes, leões-marinhos, lobos, lhamas e gansos (VARELLA, 2012, p. C7).

Diante dessas pesquisas científicas, “não há justificativa moral para considerar que a dor (ou o prazer) sentida pelos animais seja menos importante do que a mesma intensidade de dor (ou prazer) experimentada por seres humanos” (SINGER, 2010, p. 24).

Outras pesquisas também dão conta que golfinhos se reconhecem no espelho, costumam se esforçar para auxiliar os indivíduos feridos do grupo, manejam algumas ferramentas, possuindo capacidade de raciocínio comparável à dos chimpanzés.

Interessante aqui ressaltar, por seu caráter inusitado, a ação tentada por um grupo de cinco orcas contra o parque aquático Sea World, nos EUA, que as confinava em um pequeno espaço e as obrigava a fazer diversas apresentações para o público. Elas foram representadas por uma ONG de direitos dos animais, sendo este o primeiro caso a chegar a um tribunal federal americano. O caso foi arquivado. As ONGs se apoiam em pesquisas que demonstram que esses animais são muito especiais.

Segundo alguns cientistas, como Thomas White, especialista em ética da Universidade Loyola Marymount (EUA), os golfinhos são tão avançados que devem ser considerados “pessoas não humanas” e ter seu direito à vida e à liberdade garantidos em documento internacional (MIRANDA, 2012).

Conforme Bentham (1789), “A questão não é: Possuem razão? nem, Conseguem falar?, mas Podem sofrer?”. Ser desprovido de razão retira do animal o direito de viver naturalmente?

No que tange a linguagem, e não a fala propriamente dita, “nenhuma pessoa normal, falante de sua língua, teria a menor dificuldade em entender quando alguém menciona terem os animais desejos e necessidades, memórias e frustrações” (REAGAN, 2006, p. 67). Logo, indiscutivelmente, os animais não humanos possuem uma linguagem, seja corporal ou sonora, entendível a nós humanos, pois, sabemos quando este vulnerável está com fome, sede ou doente.

Afirma Kant que um animal é por seu próprio instinto tudo aquilo que pode ser. Porém, o homem tem necessidade de sua própria razão. Não tem instinto, precisa formar por si mesmo o projeto de sua conduta (KANT, 1996, p. 11-12). Tudo que é necessário para a sobrevivência do animal, lhe é fornecido pelo instinto. O instinto é determinante em toda a sua

existência, pois o animal utiliza apenas o instinto para agir (PINHEIRO, 2007, p. 40-41).

Apesar do instinto, o conceito de bem-estar animal parece mais ligado a sua adaptação ao ambiente. Mencione-se aqui a necessidade de se evitar o sofrimento, a vivência em ambientes confortáveis, livre da fome, da sede, das enfermidades e dos medos. A boa qualidade de vida envolve saúde, longevidade e boa adaptação ao seu meio ambiente.

Há animais que conseguem demonstrar afetividade e sofrimento, por exemplo, o cachorro. Contudo, é possível que o animal selvagem se comporte diferentemente daquele doméstico. Seria um erro de interpretação, vez que o homem utiliza seus valores para interpretar um não humano?

Ora, “o fato de possuir um elevado grau de inteligência não autoriza um ser humano a utilizar outro para os próprios fins, como seria possível autorizar seres humanos a explorar não humanos com o mesmo propósito?” (SINGER, 2010, p. 11).

Para Regan (2006, p. 72), todas as indagações suscitadas podem ser respondidas “se olharmos a questão com olhos imparciais”, pois assim “veremos um mundo transbordante de animais que são não apenas nossos parentes biológicos, como também nossos semelhantes psicológicos”.

Podemos entender como bem-estar, o comportamento desprovido de estresse e medo, encontrado na presença de semelhantes ou de predadores, considerando os comportamentos específicos da espécie. O estado fisiológico é avaliado através de sinais de estresse como as endorfinas, batimento cardíaco, corticosteróides etc. No tocante aos fatores comportamentais, as preferências e o esforço realizado pelo animal em certa tarefa indica quanto o animal necessita de determinado recurso e de como a sua falta poderá afetar o seu bem-estar (DUNCAN; MATHEWS, 1997). Para que o seu bem-estar ocorra deverá ter acesso ao sol, ar livre, luz, livre de predadores etc.

Assim, devemos falar apenas em leis que protejam o bem-estar animal, jamais lhe concedendo *direitos*, propriamente ditos?

Reflexão sobre o dever de proteção aos animais não humanos

A tutela jurídica do meio ambiente, por tratar-se de uma matéria essencialmente de interesse público, se reconhece o direito individual e coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida e por outro, a natureza em si, como sujeitos de direitos.

Desde as fontes romanas e medievais, os animais são vistos pelo Direito como coisas e bens sobre os quais se exerce absoluta propriedade, situação que praticamente se vem mantendo durante os últimos séculos. Sem prejuízo, a ciência segue corroborando a capacidade dos animais de sentir e sofrer diante de danos físicos e psíquicos, fato que segue criando um amplo debate acerca da efetiva aplicação do direito ao meio ambiente natural.

O antropocentrismo ético considera moralmente relevante somente o ser humano, uma vez que os animais e os demais seres vivos pertencentes ao meio ambiente natural são portadores de um valor utilitário. Portanto, situa o “homem como supremo valor e exclusivo sujeito moral, enquanto único ser possuidor de razão, vontade livre e linguagem” (SANTANA, 2008, p. 355).

A ética biocêntrica pretende considerar os animais e toda a natureza com seus seres vivos moralmente relevantes, portadores de valor intrínseco, pelo motivo de sua simples existência. Em seu estudo, contempla a defesa da relevância moral de toda a natureza, que compartilharia com o ser um humano a especial característica de estar viva.

Desta ideia surge o estudo do biocentrismo

una ética centrada en la vida de todo organismo individual, donde cada uno tiende a su realización, a su desarrollo y florecimiento al modo de la physis aristotélica: el bien del organismo, en efecto, se identifica ampliamente con el florecimiento o desarrollo de las características esenciales de la especie a la que ese individuo pertenece. (VELAYOS, 1996, p. 169).

O biocentrismo, com sua ética-lógica biocêntrica, “determina obrigações e deveres do homem não só com respeito a seus congêneres ou aos animais capazes de sofrer, senão a todo organismo vivo, incluindo o mais insignificante” (SANTANA, 2008, p. 365).

Tradicionalmente, se defende a ideia de que a fronteira moral coincide exatamente com a da espécie. Tal comportamento ou ideologia é conhecido doutrinariamente como *especismo*, ou seja, “o preconceito ou atitude tendenciosa de alguém a favor dos interesses de membros da própria espécie, contra os de outras” (SINGER, 2010, p. 11).

Porém, uma nova sensibilidade que aflora ao final do século passado, revivendo o discurso darwiniano evolucionista do século XIX sobre a origem comum e parentesco genético dos humanos com outras espécies.

A questão se os animais não humanos ou apenas algumas de suas espécies possam ser titulares de direitos é na atualidade fonte de debate não só entre juristas, mas também entre especialistas de distintas ciências, como a bioética e filosofia.

Bentham (1907) por sua vez, postulou que aos animais se deve atribuir respeito, tendo em vista que são capazes de sentir dor e sofrimento, independentemente do fato de possuírem capacidade de diferenciar o “bem” e o “mal”, garantindo sua vida, seguridade, liberdade e bem-estar antes de tudo. O limite da senciência seria “a única fronteira defensável de preocupação com os interesses alheios”, ou seja, dos animais não humanos (SINGER, 2010, p. 14-15).

Singer (2010) abre um debate na filosofia moral de origem anglo-saxão sobre o estado moral e jurídico dos animais. A discussão aborda a questão se os animais não humanos devem ou não estar incluídos na comunidade moral. Para ele, a igualdade não é a afirmação de um fato (igualdade dos seres humanos), mas sim, uma ideia moral, de como tratar esses seres.

A Carta Mundial da Natureza editada pela Organização das Nações Unidas, em 1982, precisa em seu Preâmbulo que toda forma de vida é única e merece ser respeitada, seja qual for sua utilidade para o homem. Anteriormente, em 1978, a Unesco adotou uma Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamando sua igualdade ante a vida e seu direito a existência.

Em aludida Declaração Universal dos Direitos dos Animais, se mencionam quatorze pontos: 1) o direito a igualdade de consideração moral; 2) ao respeito; 3) a não crueldade e maus tratos; 4) a liberdade; 5) a de não ser objetos de lucro; 6) a de não ser abandonados; 7) a um trabalho coerente com as normas comunitárias; 8) não ser objeto de experimento que implique sofrimento físico e psíquico; 9) a um trato humanitário; 10) a não ser utilizado em espetáculos; 11) a não matar

gratuitamente; 12) a não exterminar a espécie; 13) a um trato respeitoso dos cadáveres; 14) e a intervenção protetora das ONG'S (GAETA, 2003, p. 191-194).

Ferry (1994) realiza uma análise crítica sobre as mencionadas correntes ecológicas e mostra que se comete um erro ao pretender fazer da natureza e dos animais sujeitos de direito, propondo que

la ecología democrática como un movimiento ecológico alternativo ante los movimientos de ecología utilitarista y profunda, los cuales al rechazar y refutar los principios del humanismo (básicamente la supremacía del ser humano) coquetean con los regímenes totalitarios y con el fundamentalismo político y religioso.

Carruthers (1995) é contrário a qualquer pretensão de reconhecer os animais como entidade moral, negando inclusive que tenham um sentido de dor, de prazer e de morte semelhante a dos seres humanos. Desconsidera a argumentação a favor da entidade moral, criticando que se possa dar a mesma importância a vida e sofrimento de humanos e animais.

Igualmente severas são as críticas contra o reconhecimento de personalidade jurídica aos animais. Alguns autores tem considerado que sendo o direito um produto cultural, sua existência em si esta prevista para os homens. Existe ademais – segundo esta corrente -, um risco de que a abundância de pseudo-sujeitos leva a ineficácia sobre as outras categorias de sujeitos e incluso de direitos. Em contraponto, são partidários da proteção da natureza como dever humano (MUÑOZ, 1999).

Para essa corrente, não há possibilidade de se atribuir personalidade jurídica aos animais sem violar sistemas legais formais, sendo certo que, para possuir um direito é imprescindível ter os requisitos legais como, capacidade, obrigatoriedade e responsabilidade. Assim, “os seres naturais não-humanos não são capazes de exercer deveres e reivindicar direitos de maneira direta, explícita e formal, embora o ordenamento natural lhes assegure alguma sorte de “direitos” (MILARÉ; COIMBRA, 2004, p. 19).

Discute-se se os direitos dos animais deveriam se acompanhar de deveres. Na maioria das leis que se orienta pelos Direitos Humanos, se deixa claro que cada direito (direito a vida) está acompanhado com um dever (dever de não matar), sendo óbvio que alguns animais não seriam capazes de cumprir com qualquer dever.

A teoria da justiça aponta que um direito se compõe de um sujeito, um prejudicado e um ato intencional. Seguindo esta perspectiva os animais não podem tomar decisões morais, porque não estariam preparados para respeitar os direitos de outros ou entender conceitos de direitos de alguma maneira.

Todavia, mesmo sem considerar os animais não humanos como sujeitos de direitos é possível evitar aos mesmos um padecimento e proteger seus interesses básicos ante seres *iuris* (seres humanos). Nesse sentido,

Ainda que fosse para evitar sofrimento a animais apenas quando se tivesse completa certeza de que os interesses dos seres humanos não seriam afetados na extensão em que os animais o são, teríamos, forçosamente, de promover mudanças radicais no tratamento dado aos animais, que envolveriam nossa dieta, os métodos de criação, os procedimentos experimentais em muitos campos da ciência, nossa atitude em relação à vida selvagem, à caça, à utilização de armadilhas e o uso de peles, e atividades de entretenimento tais como circos, rodeios e zoológicos. Como resultado, muito sofrimento seria evitado (SINGER, 2010, p. 26-27).

Seguindo as correntes partidárias que postulam os direitos dos animais, é nosso dever “proporcionar, à vida dos animais, o mesmo respeito que conferimos à vida dos seres humanos com nível mental semelhante” (SINGER, 2010, p. 33), conscientizando-nos acerca do dever de proteção e preservação do meio ambiente e de todas as espécies da fauna.

A garantia de este dever de proteção não seria possível sem uma atuação compartilhada entre a coletividade e o Poder Público, a primeira mantendo condutas e atividades que cumpram o dever de proteção e o segundo aplicando medidas de conscientização e preservação que garantam um equilíbrio medioambiental, em aplicação de uma solidariedade coletiva, como um dever do homem ante a sustentabilidade dos ecossistemas e em geral da natureza.

Ações individuais

Vegetarianismo

A defesa e proteção dos animais não humanos clama por uma atitude global, localizada em cada canto de nosso planeta, o que torna a tarefa árdua e, porque não sem fim, pois cada povo tem um modo cultural de ver sua relação com os animais, sejam eles domésticos (companhia), de abate, de experimentação, de entretenimento, de trabalho ou selvagens.

Uma das tantas ações individuais que cada sujeito pode adotar para buscar uma vida digna a cada animal não humano é, sem dúvida, o vegetarianismo, pois, deixar de comer carne, seja de que espécie for, representa uma vida salva.

Contudo, essa atitude, aparentemente simples, ao bastar mudança de postura de cada indivíduo perante seu alimento, ao ser analisada mais profundamente, trata-se de uma questão complexa e cultural, porém, necessária para aqueles que realmente militam ou venham a defender os direitos dos animais, já que “é impossível, prática e psicologicamente, ser coerente em nossa preocupação com os animais não humanos e continuar comendo-os ao jantar” (SINGER, 2010, p. 234).

Nesse ponto, razão assiste a Singer (2010, p. 233), pois é necessário “assumir a responsabilidade por nossa vida, tornando-a o mais isenta possível de crueldade”, e o “primeiro passo é cessar de comer animais”. É um compromisso assumido no contexto da vida de cada pessoa e de mais ninguém (FOER, 2011, p. 201).

Mas, como dito, a questão aparentemente simples, e com total resultado prático na vida dos animais que não serão sacrificados para virarem nossas refeições, se tornam complexas, já que “nossos hábitos alimentares nos são caros e não é fácil alterá-los” (SINGER, 2010, p. 234).

Segundo Foer,

NOSSAS DECISÕES SOBRE A COMIDA se complicam com o fato de que não comemos sozinhos. A fraternidade à mesa vem forjando elos sociais até onde os registros arqueológicos nos permitem ver. Comida, família e memória estão ligados de modo primordial. Não somos meramente animais que comem, mas animais comedores” (2011, p. 197).

A questão de tornar-se vegetariano para emplacar a bandeira em defesa dos animais não humanos, com uma mudança radical no estilo de vida, é indicada também para a saúde, por tratar-se de uma dieta rica em vitaminas, fibras e demais componentes necessários para uma vida saudável. Portanto, “o vegetarianismo é uma dieta no mínimo tão saudável quanto uma dieta que inclua carne” (FOER, 2011, p. 149).

Sobre a dieta vegetariana, Foer (2011, p. 147) nos diz que a partir de 1990 a Associação Dietética Americana (ADA) confirma que a dieta vegetariana é tão saudável quanto a dieta tradicional, com carne, nesse ponto, faz três afirmações chaves

Dietas vegetarianas bem planejadas são apropriadas a todos os indivíduos, durante toda as fases da vida, incluindo gravidez, lactação, infância e adolescência, e para os atletas.

Dietas vegetarianas tendem a ser mais baixas em gordura saturada e colesterol e a ter níveis mais altos de fibras, magnésio e potássio, vitaminas C e E, folato, carotenoides, flavonoides e outros fitoquímicos.

Dietas vegetarianas são com frequência associadas a várias vantagens para a saúde, incluindo níveis mais baixos de colesterol no sangue, risco mais baixo de doenças cardíacas [...], níveis mais baixos de pressão sanguínea, risco mais baixo de hipertensão e diabetes do tipo dois. Vegetarianos tendem a ter um menos índice de massa corporal (IMC) [ou seja, não são tão gordos] e menores taxas gerais de câncer [...] (FOER, 2011, p. 147-148).

Portanto “uma dieta vegetariana, rica em cálcio, ferro, proteínas e vitaminas – leguminosas, frutas e verduras – é capaz de suprir as necessidades nutricionais de qualquer pessoa, sem que seja preciso submeter os animais a tantos sofrimentos (LEVAI, 2004, p. 80).

Logo, “o ato de se tornar vegetariano tem um significado especial: trata-se de uma recusa prática, viva, aos métodos utilizados nos produtos industriais” (SINGER, 2010, p. 240), assim, “tornar-nos vegetarianos é um passo prático e eficaz para acabar tanto com a matança como com a imposição de sofrimento a animais não humanos” (SINGER, 2010, p. 236).

Por vezes, o mercado dita as regras e faz diminuir o consumo, não por conscientização, mas por força do alto preço. Larry Pope, presidente-executivo da Smithfield Foods, maior produtora global de carne suína, declarou em julho de 2012, que “a carne bovina será cara demais para comer. A de suíno não ficará muito atrás, e a de frango está se aproximando rapidamente do mesmo patamar. Vamos tirar a proteína dos americanos.” As carnes de frango e suína vão se tornar artigos de luxo, em razão da maior seca ocorrida nos últimos cinquenta anos nos Estados Unidos, abalando o mercado do milho, usado como ração (FREITAS, 2012, B3).

Cumpra salientar que o desabastecimento dos Estados Unidos pode provocar a demanda em outros países, como o Brasil, por exemplo, que produzirá mais para abastecer aquele mercado, apesar da alta do preço. Assim, “as criações de animais são moldadas não apenas por escolhas alimentares, mas por escolhas políticas” (FOER, 2011, p. 202).

Singer (2010, p. 259-260) apresenta uma estratégia para aqueles que queiram seguir uma dieta vegetariana, que como ele mesmo diz, “se não é ideal, é prática e razoável”, vejamos:

- substitua a carne por alimentos de origem vegetal;
- substitua os ovos de avícola por ovos caipiras, se puder comprá-los. Caso contrário, evite-os;
- substitua o leite e o queijo por leite de soja, tofu ou outros alimentos de origem vegetal, mas não se sinta obrigado a ir muito fundo, evitando todos os alimentos que contenham leite e seus derivados.

Dessa maneira, a atitude individual de cada defensor dos animais em transformar sua vida de maneira integral, a partir de uma reeducação alimentar, deixando de consumir carne, representa mais do que uma gota no oceano, mas sim, o exemplo a ser seguido por quem nos são próximos, como familiares e amigos, vivendo, de forma intensa e livre aquilo que acreditamos: o direito de os animais não humanos usufruírem de uma vida digna e em nome de sua própria existência e não para apenas servir ao homem.

Denúncia

Arma útil e eficaz na proteção aos animais é a denúncia dos casos de violação aos direitos dos seres não humanos às autoridades públicas competentes, visando a cessação e prevenção dos atos criminosos e cruéis, como também, a punição e educação dos agressores.

Todos os dias, sem exceção, vemos nos noticiários a narração de fatos sobre a violação dos direitos dos animais não humanos, como abandono, agressão, maus tratos, cerceio a alimentação e água, e muitas vezes a matança gratuita, dentre todos os outros tipos de crueldade imagináveis.

Diante deste quadro nefasto, ação imprescindível para a mudança de atitude social é a denúncia destes fatos às autoridades públicas, competentes para fazer cessar a atitude ilícita, punindo, quando for o caso, o agressor.

Assim, “qualquer cidadão – seja, ou não, o dono do animal – pode acionar a Polícia Militar (telefone 190) ou a Polícia Ambiental” (LEVAI, 2004, p. 91). Também pode se socorrer à Polícia Civil, denunciando o fato criminoso, o que passa a exigir do Poder Público uma atitude pró-ativa frente as questões relacionadas aos animais.

Além do mais, sabemos que o Estado trabalha no combate a criminalidade por meio de estatísticas, dessa forma, enquanto não houver o registro das agressões aos animais não humanos, o Estado deixará de adotar qualquer política pública para fazer cessar tais atrocidades, pois, para ele, se não há registro, não há qualquer ato a ser combatido, permanecendo inerte.

A menoridade do agressor não impede a denúncia do fato, que neste caso, não será tratado como crime, mas como ato infracional, assim, caso a infração seja “cometida por menores de 18 anos, o denunciante poderá se dirigir ao Conselho Tutelar ou à Vara da Infância e da Juventude” (LEVAI, 2004, p. 92).

A denúncia também pode ser feita diretamente à Promotoria de Justiça, por meio de representação escrita, com o relato detalhado do acontecimento, solicitando providências (LEVAI, 2004, p. 92).

Aliás, a Promotoria de Justiça, seja ela estadual ou federal, possui aparato legislativo e operacional aptos a combater os crimes relacionados ao meio ambiente, enquadrando-se neste caso, aos animais domésticos, silvestres ou de criação, podendo adotar meios judiciais coercitivos contra os agressores, como a adoção de ação civil pública, ou mesmo, um termo de ajustamento de conduta, de maneira administrativa.

Cabe a cada um de nós, cidadãos, lutar contra o desrespeito e a crueldade contra os animais não humanos, praticados por aqueles que se dizem racionais e portadores de direitos, assim, como diz Levai (2004, p. 92), “a única atitude que não se recomenda é a omissão”.

Ações estatais

Centro de controles de zoonoses

Os Centros de Controle de Zoonoses – CCZ, criados e mantidos pelos Municípios, devem cumprir um papel importante no combate à crueldade aos animais e servir como órgão de resgate e recuperação desses seres não humanos.

Os CCZ, de um modo geral, têm sofrido grandes críticas dos defensores dos direitos dos animais, no momento que deixam de atuar na proteção desses seres e passam a simplesmente “limpar” a cidade de animais abandonados ou doentes, prestando um desserviço à sua finalidade primordial e à sociedade.

Para Levai (2004, p. 96), alguns CCZ “a pretexto de garantir a saúde pública, captura-se. Na dúvida, prende-se. E depois, sob a eufemística denominação “eutanásia”, mata-se”. Dessa feita, “os procedimentos morticidas adotados pelos CCZs, de um modo geral, surgem como fórmulas cômodas e imediatistas” para resolver o problema dos animais errantes nas cidades, ante a falta de uma política pública séria do poder local (LEVAI, 2004, p. 99).

Contudo, apesar das críticas serem verdadeiras, pois infelizmente essa é a realidade de muitos CCZs, entendemos que tais órgãos públicos, quando imbuídos de sua função primordial e essencial, podem sim, contribuir para o fim da violência contra os animais não humanos, através de ações que visem o resgate, cuidado e posteriormente campanhas de adoção para esses seres, fechando um cliço virtuoso de dignidade.

Aos CCZs também caberia organizar as políticas de controle de doenças, em especial, campanhas de vacinação em massa, não apenas contra a raiva, mas sim, englobando outras doenças comuns em animais domésticos, evitando um mal maior aos animais e a proliferação de doenças entre esses seres.

Por óbvio que, para tanto, imperioso o investimento do poder local, porém, não se pode admitir outra ação deste órgão, a não ser a proteção e combate a violência contra os animais, aliada a políticas de conscientização da população, com ciclos de palestras nas escolas, exposições, audiências públicas, enfim, todo o tipo de movimento social a fim de lançar bases sólidas para nessa batalha justa e necessária contra a barbárie.

Logo, cabe a toda a sociedade e as demais instituições públicas, como o Ministério Público, cobrar dos Centros de Controle de Zoonoses a adequada política de combate à violência às populações animais, como também, o resgate, recuperação e meios de possibilitar a adoção desses animais, visando dessa forma, o bem-estar desses seres vivos.

Serviço de atendimento veterináriopúblico

Proposta interessante e de resultados práticos satisfatórios e imediatos é a adoção pelo Poder Público do serviço de atendimento veterinário gratuito para animais não humanos, de toda e qualquer espécie, prestado por profissionais habilitados e em condições regulares de trabalho.

Tais serviços, que podem ser alinhados juntamente com os Centros de Controle de Zoonoses, teriam por objetivo o atendimento dos animais doentes, encaminhados para tratamento, possibilitando além de consultas e prescrição gratuita de medicamentos, exames clínicos e cirurgias, de forma regenerar o animal debilitado, recolocando-o de maneira saudável no seio da sociedade.

Obviamente que tais serviços serão custeados, ou parcialmente custeados pelo Poder Público, em especial o Municipal, mas nada impede que seja feito programas estaduais e federais, em vista de propiciar uma vida digna a todos os animais, que muitas vezes são abandonados a própria sorte por seus donos por não terem condições financeiras de custear o tratamento de doenças simples, que quando não tratadas, levam o animal a morte.

Para Levai (2004, p. 124) devem ser realizadas “parcerias entre Municipalidade e clínicas veterinárias, com o objetivo de ampliar as campanhas de esterilização e de vacinação animal”, como também consultar, medicamentos, exames laboratoriais e cirurgias.

Seguindo essa ideia, e mostrando ser totalmente possível a adoção deste modelo, em maio de 2012, a Prefeitura de São Paulo anunciou a criação de um hospital veterinário, totalmente gratuito à população, para o tratamento de cães e gatos na zona leste do município, em parceria com a Anclivepa (Associação Nacional de Clínicos Veterinários de Pequenos Animais), projeto este entabulado pela Coordenadoria Especial de Proteção a Animais Domésticos (VARELLA, 2012).

Inaugurada no dia 2 de julho de 2012, esta unidade de saúde pública animal, conta com uma equipe de 14 veterinários e atende especialidades como ortopedia, anestesiologia, dermatologia, clínica médica, entre outras, e atenderá, de forma gratuita, os animais de proprietários inscritos nos Programas Sociais da Prefeitura Municipal de São Paulo, os animais de abrigos e ONGs de proteção animal, além dos mantidos no Centro de Controle de Zoonoses (PAIVA, 2012).

Portanto, a proposta de clínicas de atendimento veterinário gratuito, ou semigratuito, é viável em cada um dos municípios do país, bastando, para tanto, vontade política e a cobrança da sociedade para que o Poder Público adote esta medida, por assim dizer, humanitária frente aos problemas enfrentados pelos animais não humanos, que carecem de atendimento médico especializado, de campanhas de vacinação e castração, o que, sem dúvida alguma, erradicaria grande parte dos problemas enfrentados por esses seres sem voz.

Ministério Público

A Constituição Federal, em seu artigo 127, incumbiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, logo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado trata-se de um legítimo interesse social, cabendo ao Ministério Público Estadual ou Federal sua proteção.

Levai (2004, p. 107)

considerando que o amplo conceito de “meio ambiente” inclui a fauna toda, mesmo a doméstica, isso significa – em termos práticos – que os promotores de justiça tornaram-se os curadores dos animais, tendo à sua disposição inúmeros instrumentos administrativos, criminais ou cíveis para o fiel desempenho dessa função.

Dessa maneira, deve-se incluir “a tutela jurídica dos animais como seres sensíveis, individualmente considerados, não somente como recursos da natureza” (LEVAI, 2004, p. 107).

Nessa perspectiva, o Ministério Público deve adotar todos os meios possíveis ao seu alcance para efetivar a proteção dos animais não humanos, não só os da fauna silvestre, mas também os de criação para abate e os domésticos, combatendo todo o tipo de violação ao direito de uma vida digna, sem maus tratos e crueldade.

Nesse ponto, a legislação nacional dispõe para essa instituição diversos mecanismos de proteção em favor dos animais, tais como:

a) a ação civil pública; b) inquérito civil; c) ação penal pública; d) transação penal; e) compromissos de ajustamento de conduta ou termo de ajuste de conduta; f) ação direta de inconstitucionalidade; g) recomendações; h) fóruns de debates; i) protocolados gerais ou inquéritos civis coletivos. (SANTANA, 2008, p. 375).

Portanto, “nenhum outro órgão estatal possui à sua disposição tantos instrumentos administrativos e processuais hábeis a impedir situações de maus tratos a animais” (LEVAI, 2004, p. 117).

Ao Ministério Público Estadual ou Federal, dentro de sua competência, cabe investigar os casos de abusos e violência contra animais relatados por meio de representações apresentadas pelos cidadãos, como também, atuar de ofício nos casos que chegue ao seu conhecimento, fiscalizar a atuação dos Centros de Controle de Zoonoses, dos criadouros de animais silvestres e domésticos, combater a caça e o tráfico de animais silvestres, a biopirataria, enfim, atuar em todas as questões relacionadas aos animais não humanos, seja em que âmbito ou ambiente for, a fim de garantir a dignidade e bem viver desses seres.

Dessa forma, diante de um novo olhar ético, filosófico e jurídico, é totalmente possível ao Ministério Público adotar uma política de atuação em proteção e defesa dos animais não humanos, ultrapassando a barreira ambiental, entendendo que o animal é detentor de uma vida, e como tal deve ser preservada, possibilitando sua fruição com dignidade, e não somente com um meio de usurpação humana.

Considerações finais

A guisa de algumas considerações finais, quer-se enfatizar que se procurou mostrar a importância em se refletir sobre a tutela jurídica dos animais, lançando alguns apontamentos e questionamentos reflexivos, pois o que vemos no cotidiano é a ação humana contra os interesses dos não humanos.

São tímidos os passos governamentais no sentido de proteger os animais, havendo uma preocupação maior em se apoiar, por exemplo, as práticas de aumento da produção de carnes para consumo humano. A legitimidade desta prática não é muito questionada pelos poderes públicos. O sofrimento infligido ao animal é ignorado, pois é visto como um produto ou matéria-prima.

Aproveitar-se da vulnerabilidade dos animais é proteger a usurpação. O homem não pode dispor do animal como coisa. Deve o não humano ser tratado como um ser sensível e colocado sempre em condições compatíveis com as necessidades biológicas da sua espécie.

Portanto, “o que precisamos fazer é trazer os animais para a esfera das nossas preocupações morais e parar de tratar a vida deles como descartável, utilizando-a para propósitos vulgares” (SINGER, 2010, p. 31-32), pois negar a sensibilidade dos animais não humanos é permitir a exploração.

Referências

BENTHAM, J. *Introduction to the principals of morals and legislation*. Oxford. Estados Unidos, 1907.

CARRUTHERS, P. *La cuestión de los animales: teoría de la moral aplicada*. Cambridge University Press, 1995.

DUNCAN, I. J. H.; MATHEWS, L. R. Preference and Motivation Testing. In Appleby MC Hughes BO (Ed.). *Animal Welfare*. Oxon: CAB International, 1997.

FERRY, L. *El nuevo orden ecológico*. El árbol, el animal y el hombre. Barcelona: Edit. Tusquets, 1994.

FOER, J. S. *Comer animais*. Trad. de Adriana Lisboa. Rio de Janeiro: Rocco, 2011.

FREITAS, T. Carnes suína e de frango serão artigos de luxo, diz produtor. *Folha de S. Paulo*, ed. de 26.07.2012, B3.

GAETA, A. *Código de Direito Animal*. São Paulo: WVC, 2003.

KANT, I. Sobre a pedagogia. Trad. de Francisco Cock Fontanella: *Über Pädagogik*. Unimep: Piracicaba, 1996.

LEVAI, L. F. *Direito dos animais*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 2004.

MILARÉ, E.; COIMBRA, J. A. G. Antropocentrismo x Ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*, ano 9, n. 36, p. 9-41, out.dez. 2004.

MIRANDA, G. Cientistas querem que golfinhos tenham “direitos humanos”. *Folha de S.Paulo*, ed. de 8/03/2012.

MUÑOZ, M. S. y otros. *Los animales y el Derecho*. Civitas, 1. edición, Madrid, 1999.

PAIVA, E. 1º Hospital Veterinário Público do Brasil já funciona na Zona Leste de São Paulo. *Legalmente Negra*. Disponível em: <<http://legalmentenegra.wordpress.com/>>, Acesso em: 22 jul 2012.

PINHEIRO, C. M. Kant e a educação: reflexões filosóficas. Caxias do Sul, RS: Educus, 2007.

REGAN, T. *Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Trad. de Regina Rheda. Porto Alegre: Lugano, 2006.

SANTANA, L. R. Por uma releitura ética da atuação do Ministério Público em prol dos animais: estudo de casos da Primeira Promotoria de Justiça do Meio Ambiente de Salvador (Bahia). In: MOLINARO, C. A.; MEDEIROS, F. L. F.; SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. (Org.). *A dignidade e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 361-394.

SINGER, P. *Libertação animal*. Trad. Marly Winckler, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

VARELLA, J. Prefeitura de São Paulo vai criar hospital público para cães e gatos. *Folha de São Paulo*, Distrito Federal, abr. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1095004-prefeitura-de-sao-paulo-vai-criar-hospital-publico-para-caes-e-gatos.shtml>>, Acesso em: 22 jul. 2012.

VARELLA, M. Cientistas dizem que aves e até polvos têm alguma consciência. *Folha de S. Paulo*. Ed. 23/07/2012, p. C7.

VELAYOS, C. *La dimensión moral del ambiente natural: ¿Necesitamos una nueva ética?* Granada, 1996.

ÉTICA AMBIENTAL E CRISE ECOLÓGICA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS

Nicole da Silva Paulitsch*

Introdução

Atualmente, verificam-se, por todo o mundo, diversos indicadores que dão conta de uma pressão crescente sobre os recursos naturais e as matérias primas. Esta situação é preocupante, pois o bemestar econômico e a qualidade devida das nossas sociedades se assentam na exploração destes mesmos recursos e matérias primas advindas do meio ambiente.

A situação assume contornos emergenciais especialmente quando a sociedade subestima o alerta de que a manutenção dos padrões atuais de utilização dos recursos conduzirá ao colapso dos mesmos e criará desequilíbrios nas nossas sociedades, inclusive afetando a sobrevivência da espécie humana. Perante a magnitude das implicações decorrentes desta atitude humana, deve-se admitir a crise dos modelos tradicionais de utilização dos recursos naturais.

Para evitar este cenário, emerge uma discussão sobre as reflexões éticas das condutas humanas em relação ao meio ambiente. Isso porque, conforme José Renato Nalini, “a ameaça ao ambiente é questão eminentemente ética. Depende de uma alteração de conduta.” (2010, p. 22). Em outras palavras, nota-se que a preservação do ambiente depende de uma compreensão ética do problema, de modo a influenciar o comportamento humano em prol da natureza.

* Mestranda em Direito Ambiental na Universidade de Caxias do Sul (UCS). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do RS (PUC/RS). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG/RS). Professora titular da Faculdade Anhanguera do Rio Grande, no curso de Direito. Advogada inscrita na OAB/RS. E-mail para contato: nicolepaulitsch@gmail.com

Assim, partindo-se da premissa que se faz necessário perceber que ser humano íntegro e interage com o meio ambiente, e, conseqüentemente, provoca mutações neste, assim como a esgotabilidade dos recursos naturais é hoje uma realidade, o presente artigo possui por escopo analisar os aspectos que contornam esta relação, especialmente tendo em conta que as circunstâncias atuais demandam uma postura reflexiva quanto ao papel e as atitudes do homem e da ciência face à natureza.

Nesse aspecto, destaca-se o papel singular desempenhado pelo jurista e ambientalista José Renato Nalini, que publicou originalmente no ano 2001 a obra chamada *Ética ambiental*, no intuito de alertar toda a população acerca da emergência em que se encontra a interação do homem com o meio natural, propondo novas atitudes e mudança no paradigma ético que atualmente se verifica.

Sem a pretensão de listar as mais variadas formas de ver a natureza ou mesmo de esgotar o tema, o presente trabalho propõe-se a investigar a relação entre o ser humano e a natureza através das principais perspectivas teóricas que fundamentam a ética ambiental, bem como contribuir para uma discussão informada acerca da emergência na mudança de paradigma ético.

Dessa forma, o presente trabalho foi dividido em três partes. No primeiro momento se apresentará os contornos e circunstâncias que permeiam a relação entre homem e natureza, destacando-se seus um panorama global e nacional da situação da crise ecológica instaurada.

Doravante, se discorrerá sobre a necessidade de um novo paradigma ético na sociedade moderna, ponderando-se acerca da relação entre homem e natureza. Para tanto, se faz necessário refletir sobre uma nova conduta, superando-se a visão utilitarista adotada na humanidade, ante os evidentes sinais de esgotabilidade dos recursos naturais e o desequilíbrio ambiental, o que afeta, inclusive, nossa própria sobrevivência no planeta.

Ao final, buscando oferecer bases para um discurso informado, se apontará algumas formas de mudança de postura sugeridas por Nalini na busca de um novo paradigma ético, a ética ambiental, a despeito que

ainda precisa evoluir muito para se manter uma relação satisfatória com a natureza.

Relação meio ambiente e homem na contemporaneidade

A perspectiva ambiental consiste num modo de ver o mundo no qual se evidenciam as inter-relações e a interdependência dos diversos elementos na constituição e manutenção da vida. Dessa feita, na medida em que a humanidade aperfeiçoa sua capacidade de intervenção na natureza para satisfação de suas necessidades crescentes, emergem contrapartidas tensões e conflitos quanto ao uso do espaço e dos recursos.

Nos últimos séculos, um modelo de civilização se impôs, alicerçado na industrialização, com sua forma de produção e organização do trabalho, a mecanização da agricultura, o uso intenso de agrotóxicos e a concentração populacional nas cidades. Ou seja, conferiu-se à natureza um valor puramente utilitário e mecanicista.

Assim, vislumbra-se de forma hegemônica na civilização ocidental que as interações entre ser humano e meio ambiente foram sempre pautadas nas relações de mercado. A exploração dos recursos naturais se intensificou sobremaneira e adquiriu novos contornos, principalmente a partir das revoluções industriais e do desenvolvimento de novas tecnologias, associadas a um processo de formação de um mercado em nível mundial, que possui como característica o consumo em larga escala.

Importa destacar, nesse aspecto, que quando se trata de discutir a questão ambiental, deve-se considerar as relações de mercado, de grupos de interesses, quando da determinação das condições do meio ambiente. Isso porque, a demanda global dos recursos naturais advém de uma formação econômica cuja sustentação é baseada, conforme afirmado acima, na produção e o consumo em larga escala. Dessa forma, o processo econômico de exploração da natureza atualmente é responsável por parcela considerável da destruição dos recursos naturais, além de ser criadora de necessidades que exigem, para a sua própria manutenção, um crescimento sem fim das demandas quantitativas e qualitativas desses recursos (MEC, 1997, p. 173).

Com efeito, ao longo do último século, a população mundial quadruplicou e a produção industrial aumentou quarenta vezes. Paralelamente, aumentou-se dezesseis vezes a utilização de combustíveis fósseis, trinta e cinco vezes a captura de peixe e nove vezes o consumo de

água (DIREÇÃO GERAL DO AMBIENTE DA COMISSÃO EUROPEIA, 2011, p. 4).

Note-se, portanto, que se faz necessária uma mudança paradigmática dos objetivos político e econômicos, a fim de se evitar a continuidade na exploração desenfreada dos recursos naturais, ante o perigo real e próximo de esgotamento de tais recursos físicos do planeta.

Nesse cenário, constata-se que os desafios ambientais globais, como os impactos decorrentes da alteração climática, a diminuição da biodiversidade pela extinção de inúmeras espécies, o uso excessivo do patrimônio natural e os problemas ambientais e de saúde, estão intrinsecamente associados a problemas de pobreza e à sustentabilidade dos ecossistemas e, conseqüentemente, a questões de segurança dos recursos e de estabilidade política. Por conseguinte, gera-se uma insegurança quanto à concorrência global para obtenção de recursos naturais, a qual poderá agravar se tendo em conta o aumento da procura, da diminuição da oferta e de uma menor estabilidade no fornecimento destes. Portanto, esta situação majora sobremaneira a coação sobre os ecossistemas em todo mundo e, em especial, sobre a sua capacidade para assegurar a continuidade no fornecimento de insumo alimentar, energético e dos recursos hídricos.

Por sua vez, o Brasil vive situação semelhante a de outros países de economia em desenvolvimento e emergentes, que, reproduzindo a tendência já realizada por outros países desenvolvidos, utiliza-se intensivamente das reservas de capital natural e produzem degradação dos ecossistemas, sob o pálio de alimentar o desenvolvimento econômico. Todavia, em um ritmo de veras superior do que aquele empregado nos países desenvolvidos, vez que impulsionadas por uma população numerosa, que conta com um número crescente de consumidores da classe média e padrões de consumo em rápida mutação, evoluindo para os níveis registados em países desenvolvidos, bem como por fluxos financeiros sem precedentes que procuram apoderar-se de energia e matérias primas mais escassas; e por transições sem paralelo de economias avançadas para economias emergentes e em desenvolvimento, em termos de capacidade econômica, crescimento e padrões de comércio. (EEA, 2010, p. 151).

Historicamente, a preocupação com o meio ambiente tomou maior conotação a partir da década de 60, em que se intensificou a percepção de que a humanidade rumava aceleradamente para o esgotamento e/ou inviabilização dos recursos naturais, indispensáveis à sobrevivência no planeta. Assim, criaram-se movimentos em defesa do ambiente, com o

objetivo de diminuir o acelerado ritmo de destruição da natureza e de buscar alternativas que conciliem a conservação efetiva do meio ambiente com a qualidade de vida da sociedade em geral.

Toda essa situação colocou em dúvida a visão utilitarista da natureza, principalmente do ideário de que a qualidade de vida dependia unicamente do avanço da ciência e da tecnologia. Todos os problemas sociais e econômicos teriam, nessa visão, solução com a otimização da exploração dos recursos naturais. Diante dos problemas que emergiram desse sistema surgiu a necessidade de repensar o conceito de desenvolvimento.

Nesse sentido, oportuna a transcrição do comentário de Ost, que sintetiza o paradoxo deste momento:

Descobria-se, assim, um paradoxo, cujos termos não iriam deixar de se tornar cada vez mais precisos: o momento histórico do maior domínio é também o da maior vulnerabilidade. [...] É que a própria ciência, que tanto havia contribuído, no passado, para acreditar a ideologia do progresso, cultiva, a partir de agora, a incerteza. Aos primeiros alertas sérios, relativos ao esgotamento dos recursos e à degradação dos processos de reprodução de vida na terra, respondia a difusão de teorias científicas novas, voltando a pôr em causa as bases epistemológicas das representações do mundo garantidas durante séculos. [...] (OST, 1997, p. 278).

Assim, emerge a discussão sobre as formas de viabilizar o crescimento econômico das nações, explorando seus recursos naturais mas de maneira racional e conservativa, confrontando-se, destarte, o modelo de desenvolvimento soberano sobre a determinação dos processos de produção e trabalho na economia, em que se valoriza o acréscimo de riqueza em detrimento da conservação dos recursos naturais, e a necessidade vital de conservação do meio ambiente.

Além disso, outro relevante corolário da concepção dialética das relações entre homem e natureza consiste na complexidade e interdisciplinariedade da questão ambiental demanda estudos baseados nas modernas teorias de sistemas (GONDOLO, 1998; PRIGOGINE & STENGERS, 1991), que por sua vez fazem parte de uma nova maneira de se refletir sobre a ciência, de um novo paradigma (BOFF, 1996; CAPRA, 2001; MORIN, 2002). Dessa sorte, considerando que a inevitável interferência que uma nação exerce sobre outra por meio das ações relacionadas ao meio ambiente alertam para a ocorrência de um *risco sistêmico*, devido a um aumento das interconexões entre os vários riscos, tal como a hiperexploração continuada do capital natural, colocou-se a questão

ambiental napauta dostemas de relevância internacional (CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA, 2009).

Tais riscos sistêmicos, quer se manifestem, ou não, como mudanças repentinas ou colapsos lentos, incluem os potenciais danos a, ou mesmo um total colapso de, todo um sistema. A interligação existente entre os fatores indutores e riscos aqui salientada é relevante no contexto de que, não obstante essas conexões possam conduzir a uma maior intensidade quando a divisão dos riscos é distribuída por um número mais elevado de elementos no sistema, de igual sorte pode acarretar a uma maior fragilidade. Gize-se que, o colapso em um elemento de conexão essencial pode ter efeito cascata, como consequência de uma diversidade reduzida de sistemas e de lacunas em nível governamental (CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA, 2009).

No plano internacional, esta angústia emergente pela esgotabilidade dos recursos naturais e o próprio meio ambiente tornam-se uma prioridade, assumindo posição de vital importância no planejamento político e econômico dos governos, analisando-se seu potencial econômico e encarado enquanto fator estratégico.

Nessa seara, se iniciam as grandes reuniões mundiais enfocando especificamente o tema ambiental, através de importantes convenções mundiais sobre o meio ambiente, destacando-se entre outras, a “Convenção de Estocolmo”, realizada em 1972, e a “Rio-92”, ocorrida em 1992 (MEADOWS et al. 1978; COMISSÃO, 1991).

Paralelamente ao processo de globalização da economia, assiste-se à globalização dos problemas ambientais. A ética entre as nações e os povos passa, então, a incorporar novas exigências baseadas na percepção de mundo em que as ações sejam consideradas em suas consequências mais amplas, tanto no espaço quanto no tempo. A nova ordem mundial passa a impor regras ao crescimento, à exploração e à distribuição dos recursos de modo a garantir a qualidade de vida daqueles que deles dependam e daqueles que vivem no seu entorno, bem como de forma a garantir igualmente às gerações futuras o gozo destes recursos. Portanto, o uso econômico dos bens naturais passa a reclamar a adoção de caráter conservacionista.

Cumpre trazer à baila, ademais, que um dos principais compromissos assumidos por inúmeros países, incluindo o Brasil, é de garantir o acesso de todos aos bens econômicos e culturais necessários ao desenvolvimento pessoal e a uma satisfatória qualidade de vida, relacionando-o com o conceito de sustentabilidade. Grife-se, oportunamente, que por questões

metodológicas e considerando a discussão na literatura acerca de antagonismo existente no conceito de desenvolvimento sustentável, optou-se pela utilização do conceito de sustentabilidade no presente trabalho.

De fato, tem-se que sustentabilidade está intrinsicamente relacionada ao uso dos recursos renováveis de forma qualitativamente adequada e em quantidades compatíveis com sua capacidade de renovação, em soluções economicamente viáveis de suprimento das necessidades, além de relações sociais que permitam qualidade adequada de vida para todos (MEC, 1997, p. 178). Em outras linhas, deve-se ter como fundamento o uso apropriado de tecnologias e ferramentas para fins de conter, reverter e conservação no uso dos recursos naturais, sem no entanto olvidar o benefício à espécie humana.

Necessita-se, portanto, do estabelecimento de uma economia ecológica, que domine o potencial produtivo da natureza para fins de incrementar a biocapacidade do planeta e, assim, assegurar um maior bem estar humano e a distribuição equitativa de renda.

Nessa perspectiva, ressalva-se que justamente um dos fatores que despontam como óbice à efetivação da sustentabilidade diz respeito à forma de organização das sociedades modernas. A crise ecológica que hoje desponta – de fato a primeira crise planetária vivenciada pela humanidade –, para que o sistema produtivo seja realmente direcionado para a sustentabilidade sócio-ambiental, faz-se necessário uma ruptura real o modelo utilitarista e consumista adotado, com fundamento ético. Na atualidade, discorre-se acerca de que a ciência que mais carece de questionamento ético é a economia (BOFF, 1996; BUARQUE, 1991).

Note-se que no âmbito das relações internacionais, entretanto, somente ações de caráter atenuante tem obtido maior êxito, na medida em que a garantia efetiva da sustentabilidade estabelece uma profunda transformação da sociedade, substituindo radicalmente os modelos de produção da subsistência, do saber, de desenvolvimento tecnológico e da distribuição dos bens (MEC, 1997, p. 179).

Urge, dessa forma, a utilização mais ponderado nosso patrimônio natural, bem como se deve promover a inovação de novas formas de produção, utilizando uma tecnologia *verde*, o que, simultaneamente, criará novas oportunidades de negócio e emprego.

A ética ambiental como fundamento para superação da crise ambiental

Sem embargo da análise realizada no item anterior acerca dos fatores determinantes e as consequências geradas pela histórica relação maléfica entre a política e as formas do uso da dos recursos naturais pelo homem em relação ao meio ambiente, constata-se que pouco se alterou no *modus vivendi* da sociedade em geral em relação à natureza desde o anúncio da crise ecológica.

Na esteira do outrora exposto, apesar dos avanços verificados na busca de um modelo de sustentabilidade, do conhecimento dos limites no uso da natureza e uma maior consciência geral acerca da necessidade de preservação do meio ambiente, constata-se que o homem continua a subestimar os impactos decorrentes de sua ocupação sobre o planeta. Nesse cenário, o futuro se mostra, no mínimo, preocupante (CHAME, 2002, p. 55).

Assim, situado o problema que se imprime da relação homem e natureza, passa-se a analisar os conceitos e as correntes principais dos dilemas éticos que confrontam e que definem a relação dialética homem – ambiente, e a emergência da complexidade decorrente desta relação, que determina um novo paradigma ético: a ética ambiental.

Inicialmente, cumpre-se destacar que, sendo o ambiente uma disciplina e um campo de reflexão e preocupação relativamente novo, os conceitos relacionados com a ética ambiental são também recentes. Importa, em contrapartida, notar que a ética é uma área de estudo cuja origem se perde no tempo e que possibilita uma melhor compreensão da gênese e da evolução da ética ambiental.

Com efeito, a atual crise que se vive é, em essência, uma crise ética, ou seja, de valores, que está intimamente ligada ao modo com o homem se relaciona com o seu mundo natural. Para Vasquez (1978) e Imbert (2002), ética se refere a uma postura reflexiva sobre as questões dos valores e princípios axiológicos, estando intrinsecamente ligada a questões teóricas, ou seja, a reflexão sobre os princípios, sendo de suma importância para orientar o comportamento humano. Nesse compasso, tem-se que a compreensão ética constrói a capacidade de tomar decisões e agir com responsabilidade.

Portanto, a crise ambiental é também a crise do ser humano em si considerado. Isso porque, o respeito e a consideração devidos ao meio ambiente estão intimamente relacionados com o respeito e o equilíbrio do

ser humano consigo mesmo, exigindo uma mudança conceitual e de paradigma no que tange ao bem-estar do homem, a questão das gerações futuras e em considerar a natureza como detentora de um valor intrínseco a ser respeitado. Em outras palavras, “negar totalmente a crise ambiental, seria trair não apenas nosso melhor julgamento, mas também a capacidade essencial da percepção humana”, Hutchison (2000, p. 22).

Nesse sentido, a ética ambiental pode ser considerada como aquela que advém da necessidade de reexaminarmos o nosso conceito de valor moral face aos problemas ambientais e na necessidade de compreender as razões que determinam o homem em relação à natureza. Não basta um despertar da consciência individual, mas, de outra banda, uma redefinição do quadro ético.

Seguindo mesma linha de raciocínio, Boff manifesta que:

Vivemos, hoje, a crise do projeto humano: sentimos a falta clamorosa de cuidado em toda parte. Suas ressonâncias negativas se mostram pela má qualidade de vida, pela penalização da maioria empobrecida da humanidade, pela degradação ecológica e pela exploração exacerbada da violência. Que o cuidado aflore em todos os âmbitos, que penetre na atmosfera humana e que prevaleça em todas as relações! O cuidado salvará a vida, fará justiça ao empobrecido e resgatará a Terra como pátria e mátria de todos (BOFF, 1999, p.191).

Dessa forma, considerando que as principais correntes éticas existentes – deontológica, utilitarista, aristotélica e da lei natural – não mais correspondem aos anseios da sociedade moderna, verificou-se a necessidade de alargar o campo ético. Logo, com a descoberta desta fragilidade da natureza, começou-se a indagar acerca do papel desempenhado por esta: se esta constituiria um fim em si mesma e não apenas um meio.

É neste contexto que aparece a necessidade de uma nova disciplina dentro da filosofia, a ética ambiental, estando associado seu surgimento a três acontecimentos que marcaram o início de uma reflexão acentuada sobre o ambiente, quais sejam: a publicação do livro de Rachel Carson em 1962, intitulado “A primavera silenciosa”; assim como a comemoração do dia da Terra em 1970; e, por fim, a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente Humano realizada em Estocolmo em 1972.

Logo, deve-se romper com a ética ambiental antropocêntrica, que aponta como seu sujeito o ser humano, evoluindo-se no sentido de perceber que o serhumano não é o centro da natureza, mas parte integrante dela, e resgatar a noção de sua sacralidade, respeitada e celebradapor diversas culturas tradicionais antigas e contemporâneas.

Corroborando o sustentado, ainda, o argumento de que o bem estar do homem, o qual compreende sua saúde e a sua qualidade de vida, dependem larga medida de um ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive estando tal direito tutelado e garantido pela Constituição Federal de 1988, em capítulo específico: Capítulo VI do Título VIII, dispõe ser o meio ambiente um bem fundamental à vida ao lado de outros bens indisponíveis à sobrevivência. Traduzido que está no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 *in verbis*:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (CF/RB, 1988, Art. 225)

Oportuno ressaltar que algumas das formulações basilares para a estruturação do conhecimento, notadamente a partir da Idade Moderna, desvinculam-no de ideais ético-filosóficos, uma vez que ciência adquiriu o poder inigualável de fundamentação de decisões políticas, sob a justificativa de que a objetividade científica é independente e almejam unicamente um bem universal. Com isso, a natureza fica reduzida à matéria e perde qualquer carácter místico que ainda tivesse resistido. A ideia de progresso é fundamental nesta época caracterizada por uma relação crescente de controle, domínio, manipulação e, sobretudo, na concepção de que o meio ambiente existia apenas para servir o ser humano. Os fins utilitários e materiais justificavam esta relação.

A par dos avanços indiscutíveis na qualidade de vida das pessoas a nível social, político, económico e pessoal, começaram também a surgir alguns problemas de ordem ambiental. A poluição, a diminuição de biodiversidade com a destruição de diversos ecossistemas despontam como, provavelmente, os primeiros sintomas desta relação perniciosa entre o homem e a natureza.

Nessa perspectiva, a ética ambiental passou a questionar o positivismo e o tecnocentrismo, os quais, agregados à ideia de supremacia científica e técnica, foram por longo período alçados ao patamar de meio máximo de resolução dos problemas.

Dessa forma, não obstante o fato de o principal objetivo da ciência e da técnica ter se focado na necessidade do domínio da natureza, a emergência da ética ambiental ventilou a necessidade de se repensar o caminho traçado pela modernidade.

Destarte, tendo em conta as limitações e impasses da referida concepção instrumental, tem-se que inegável a complexidade da natureza e da interação entre sociedade e natureza, demandando a análise holística e a correlação entre os diversos componentes. Na verdade, até a estrutura e o sentido de ser desses componentes parecem ser diferentes, quando estudados sob a ótica dessas interações. É preciso que, na proteção à natureza, imponha limites à subtração excessiva e determine a redução das emissões nocivas, trabalhando, concomitantemente, para restauração do equilíbrio ambiental e para salvaguardar os interesses humanos (OST, 1997, p. 310).

Portanto, considerando os impasses concretos e materiais deste nosso final de século se impõem à humanidade, compete à ética ambiental trabalhar com os aspectos subjetivos das interações individuais e coletivas. Nesse ponto, salienta-se que a problemática ambiental exige mudanças de comportamentos, de discussão e construção de formas de pensar e agir na relação com a natureza. Isso torna fundamental uma reflexão mais abrangente sobre o processo de reflexão sobre os valores morais.

Na esteira da lição de Nalini, certifica que:

Somente a ética pode resgatar a natureza, refém da arrogância humana. Ela é a ferramenta para substituir o deformado antropocentrismo num saudável biocentrismo. Visão biocêntrica fundada sobre quatro alicerces/convicções: “a) a convicção de que os humanos são membros da comunidade de vida da Terra da mesma forma e nos mesmos termos que qualquer outra coisa viva é membro de tal comunidade; b) a convicção de que a espécie humana, assim como todas as outras espécies, são elementos integrados em um sistema de interdependência e, assim sendo, a sobrevivência de cada coisa viva bem como suas chances de viver bem ou não são determinadas não somente pelas condições físicas de seu meio ambiente, mas também por suas relações com os outros seres vivos; c) a convicção de que todos os organismos são centros teleológicos de vida no sentido de que cada um é um indivíduo único, possuindo seus próprios bens em seu próprio caminho; d) a convicção de que o ser humano não é essencialmente superior às outras coisas vivas. Esse o verdadeiro sentido de um “existir em comunidade” (NALINI, 2010, pp. 2-3).

Depreende-se, portanto, que a ética ambiental se fundamenta na existência de valores ecológicos, ou seja, sem os quais arduamente poderia ser legitimada como conduta racional. Utilizando-se da noção abrangente de natureza, como um todo, agrega ainda a noção de uma comunidade ciente da relevância do equilíbrio do meio ambiente como fundamento, isto é, o meio ambiente enquanto parte do todo e ao mesmo tempo alicerce da ética essencial da sociedade. A ética ambiental admite e reconhece aos seres vivos um valor intrínseco de dignidade, de respeito aos bens da natureza, tendo em consideração que tais valores existiriam independentemente da necessidade e do interesse da espécie humana (CALLICOTT, 1979).

Assim, a questão ambiental impõe às sociedades a busca de novas formas de pensar e agir, individual e coletivamente, de novos caminhos e modelos de produção de bens, para suprir necessidades humanas, e relações sociais que não perpetuem tantas desigualdades e exclusão social, e, ao mesmo tempo, que garantam a sustentabilidade ecológica. Isso implica um novo universo de valores, no qual ganham destaque o direito ambiental e a educação ambiental, tendo em conta o papel desempenhado por ambos.

Ao cabo e considerando todas as evidências elencadas, as quais cunham indubitavelmente que a degradação ambiental decorre do crescimento desordenado e da globalização da economia, a crise que se vivencia hoje é uma questão de ética, se trata de uma crise de civilização, do que emerge o questionamento sobre a racionalidade dos sistemas sociais, os modos de produção, os valores e os conhecimentos que o sustenta. Urge-se uma reflexão e uma premente alteração na conduta social e em seus valores éticos e morais.

Os desafios à ética ambiental propostos por José Renato Nalini

Consciente da degradação ambiental, que no Brasil assume tons catastróficos, o desembargador paulista José Renato Nalini publicou no ano de 2001 uma das obras pioneiras em seu campo, chamada *Ética ambiental*, na qual o autor, utilizando-se de sua vasta experiência profissional de atuação na área ambiental, cuja principal aspiração centrava-se na contribuição com o enfoque ético da proteção do ambiente brasileiro, servindo de instrumento de reflexão e destinando-se para o jovem de espírito, para “meus filhos e seus amigos, alguns alunos e poucos interessados” (2010, p. XXIII; IX).

Nessa seara, *Ética Ambiental* constituiu-se em referência para aqueles os que pretendem iniciar-se no estudo do Direito Ambiental e também serve como eficaz instrumento de conscientização e, quiçá, educação dos problemas ambientais da atualidade, os quais demandam uma compreensão do processo interativo entre homem e natureza e exigem uma mudança de atitude no comportamento individual e social, a fim de se garantir a continuidade da existência sobre o planeta.

Ao longo da obra, Nalini apresenta uma série de situações notoriamente hodiernas e sem precedentes, que enfaticamente traduzem o maltrato da natureza alcançou estágio alarmante, e demonstram um grito de alarde para a crise ecológica que se vive. Todavia, tem-se que o desmatamento persiste impune, a poluição em todos os níveis, o desaparecimento da biodiversidade, o esgotamento das reservas de água doce no planeta, o efeito estufa, as montanhas de lixo produzidas diariamente, continuam a ser a postura humana.

Assim, ciente de que a questão ambiental não é singela e que permeia dois polos extremados da ignorância total ao da cupidez irrefreável, perpassando as diversas tonalidades de descaso para com a natureza, entende o autor que somente através da adoção de uma postura eticamente comprometida com a questão ambiental que se poderá refrear os danos provocados ao meio ambiente. Nessa ótica, sugere que ética ambiental advém de uma profunda reflexão, visando produzir na consciência sensível uma preocupação maior com a proteção do ambiental, se atingirá uma ética ambiental.

A ética ambiental, afirma o escritor paulista, pode ser definida como a aplicação da ética social a questões de comportamento em relação ao ambiente. E, ainda, afirma que a crise não é do ambiente. Mas uma crise de valores humanos, da ética em todas as dimensões, que traz à tona novos pensamentos, novos conflitos, novas possibilidades, novas soluções e novos comportamentos diante do planeta (2010, p. XXVII).

Nessa busca pela ética ambiental, Nalini descreve alguns passos rumo a uma Ética Ambiental, que inverta a pretenciosa concepção humana de que a natureza se mostra um meio para seu objetivo fim. Por conseguinte, apenas uma nova cultura ambiental, com a revitalização dos valores éticos e morais, que inclua a natureza como detentora de direitos, especialmente considerando que a mera existência de leis ambientais não é suficiente para estagnar a ação do homem.

Destarte, sob tais circunstâncias, a reflexão acerca dos ditames da relação entre homem e natureza se mostra emergencial. O homem, nessa nova concepção, surge como produto e condição da natureza, deixando esta de ser concebida como objeto de domínio humano.

Portanto, o primeiro desafio de definição de uma nova ética ambiental traz à baila a necessidade de uma adequada *educação ambiental*, a qual desempenha função fundamental no processo de conhecimento, nas modificações de valores e conduta pró-ambientalista e, principalmente, no moroso processo de conscientização social, ao alardear para uma consciência das consequências dos atos praticados. Nesse aspecto, o próprio autor reconhece, na nota à terceira edição, que “a esperança é que as crianças e jovens sejam o freio à insensatez e sirvam de consciência para seus avós.” (2010, p. VII).

Compartilha mesmo entendimento Boff, que destaca que a importância da alfabetização ecológica e da revisão dos hábitos de consumo, culminando na ética do cuidado (2004, p. 134).

Ainda neste prisma, Junges afirma que

A alfabetização ecológica significa uma mudança do paradigma cultural que regeu as relações entre os seres humanos e a natureza nos últimos quinhentos anos. Esse câmbio cultural só é possível pela conversão moral das atitudes de consumo e convivência vigentes. Isso mostra que a questão de fundo do problema ecológico é Ética. A alfabetização ecológica necessita de um novo *ethos* cultural, inspirado numa Ética Ambiental consistente. (2004, p. 109)

Observa, ainda, Nalini que a educação ambiental deve estar pautada no princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, uma vez que o efetivo conhecimento das facetas do ambiente predisporá o ser humano a exercer de forma correta e adequada tutela a esse patrimônio recebido e usufruído sem qualquer ônus.

Portanto, é através da educação ambiental que se confere mais ciência a consciência, ou seja, neste sistema a ciência fomenta o conhecimento e assim aprimora a consciência, a qual, por sua vez, cumpre o papel designado de prevenir males futuros, especialmente considerando que a sustentabilidade depende também de parâmetros pessoais.

O segundo passo proposto por Nalini visando a ética ambiental, se refere à necessidade *participação em movimentos ecológicos*. Isso porque, a mera simpatia à causa ou preocupação desacompanhada de atitudes prática não tem sido capazes de inibir a ação destrutiva da natureza.

Urge que faça necessária a consciência da escalada do impacto humano no meio ambiente, a fim de que atitudes efetivas sejam tomadas em prol da natureza.

Apenas quando se tiver uma real consciência de que é através da Ética Ambiental que pode brotar, ainda tempestivamente, uma sistematização mundial com a finalidade de proteção e manutenção da multiplicidade de biomas existentes na Terra.

Cumprir à ética buscar os princípios que dirigem a consciência na eleição do bem.

O terceiro desafio que aponta Nalini se refere à vivência e disseminação da ética ambiental. Nesse contexto, a cadeia causal estabelecida com a finalidade de proteção aos recursos naturais, que conduz ao estudo e, assim, à participação, é nutrida pela consciência ética. A ética, portanto, constitui-se nos pontos iniciais e finais de toda a problemática ambiental.

Sem dúvida, a mudança no paradigma social, econômico e ético se faz imprescindível, sob pena de se afetar a sobrevivência humana na Terra. Há que se efetivar uma profunda alteração sobre os tradicionais processos de produção e trabalho na economia hodierna, preterindo-os em favor do uso de tecnologias e equipamentos mais apropriados e que se mostrem capazes de conter, reverter e conservar mais os recursos naturais, além de beneficiar também de alguma forma a espécie humana.

Nessa seara, o compromisso de uma nova ética de conservação e gestão dos já combalidos recursos naturais postos à disposição da humanidade, deve primar de igual sorte pelo direito das gerações futuras a possuírem um meio ambiente equilibrado. Para tanto, a ética dos problemas ambientais precisa ser assimétrica, assumindo a causa em favor das partes fracas ou ainda inexistentes, como é o caso das gerações futuras.

A Terra apresenta sintomas de sua vulnerabilidade, dando sinais de saturação. À humanidade, cumpre buscar imediata e radicalmente uma mudança em seus paradigmas, sob pena de ver ameaçada a continuidade da vida humana.

Diante das advertências anunciadas e experimentadas pelo homem hoje, apenas uma compartilhada vivência ética ambiental se apresenta como resposta à indagação sobre como deve-se viver na Terra.

Todavia, como adverte Peter Singer sobre o desenvolvimento de uma ética ambiental, “os princípios éticos mudam lentamente, e o tempo que temos para desenvolver uma nova ética ambiental é curto” (1998, p. 300).

Considerações finais

Ao se refletir sobre o vínculos entre meio ambiente e homem, deve-se considerar a possibilidade de se construir um discurso e um exercício ético que sustentem e/ou renovem tal relação. Isso porque, a crise ambiental gera críticas ao modelo desenvolvimentismo e seus limites. Fato é que o sistema vigente de determinação dos processos de produção e trabalho na economia moderna necessita ser sopesado de forma crítica, a partir de valores superiores ao mero consumismo.

De qualquer forma, não se trata de retrocesso, e sim de progresso necessário na racionalização da sociedade. As práticas científicas não podem ser constituídas sem que estejam incluídas numa lógica ética. Neste aspecto, tem-se que essencial a sociedade impor regras ao crescimento, à exploração e à distribuição dos recursos de modo a garantir a qualidade de vida daqueles que deles dependam e dos que vivem no espaço do entorno em que são extraídos ou processados.

Percebe-se uma urgência em uma consciência ambiental para então se atingir a ética ambiental. Sem dúvida, palavras e ideias não tem a virtude de por si só produzirem a realidade almejada; mas, pelo menos, contribuem sobremaneira para tal, na medida em que as práticas acabem por se inspirar nas palavras e ideias. Se é a emergência de uma ética ambiental que se persegue, a primeira etapa desta busca consiste na evocação de uma consciência através da educação ambiental.

Note-se, ainda, que a ética ambiental se propõe é alertar que uma visão acrítica da crise ecológica pode ser irreversível. A ética permite que se avalie criticamente o meio em que se vive e a forma como as decisões são tomadas.

Paralelamente à necessidade da ética ambiental, verifica-se que igualmente imperativo o desenvolvimento de um novo sistema econômico, que inclua os capitais naturais e humano. Necessita-se uma *economia ecológica*, que domine o potencial produtivo da natureza a fim de aumentar

a biocapacidade da planeta, e dessa maneira assegurar um maior bem-estar humano e sua distribuição equitativa. É mister que se reconheça que o capital natural não se confunde com uma classe de bens de caráter subordinado, mas, em contrapartida, constitui-se em uma complexa e valiosa *infraestrutura ecológica* que proporciona à toda humanidade simultaneamente bens, serviços, e ideias.

Para tanto, é preciso contar com um comprometimento geral de todas esferas – social, empresarial, normativo, jurídico, entre outros – em reverter, conter e conservar o capital natural, de maneira que suas contribuições ao bem-estar, saúde e qualidade de vida das pessoas, possam seguir beneficiando não apenas a geração atual, como também as próximas gerações.

Por derradeiro e sem prejuízo do exposto, gize-se que a questão hoje não se apresenta mais na necessidade ou não de uma nova ética, mas de como colocar em prática a ética ambiental e a forma de como ela pode ser assimilada a fim de direcionar novos rumos para a política e a economia. Se o futuro é fruto das ações praticadas no presente, hoje ele se mostra preocupante.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

_____. *Manual de direito ambiental: para cursos universitários com provas de concursos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BAPTISTA, Isabel. *Dar rosto ao futuro: a educação como compromisso ético*. Porto: Profedições, 2005.

-BOFF, Leonardo. *Ecologia; Grito da Terra, grito dos pobres*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1996.

_____. *Ética da vida*. Brasília: Letraviva, 2000.

_____. *Saber cuidar: Ética do Humano – compaixão pela terra*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias. *Agenda 21*. Brasília: 1995.

_____. *Constituição da República Federativa Brasileira*, promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1º ago. 2011.

_____. Secretaria de Educação Fundamental. *Parâmetros curriculares nacionais: meio ambiente, saúde*. Brasília: Ministério da Educação e Cultura/Secretaria de Educação Fundamental, 1997.

BUARQUE, C. *A desordem do progresso: o fim da era dos economistas e a construção do futuro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CALLICOTT, J. B. Elements of an Environmental Ethic: Moral Considerability and the Biotic Community. *Environmental Ethics*, v. 1, p. 71-81, 1979.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. 6. ed. São Paulo: Cultrix, 2001.

CHAME, Marcia. “Dois séculos de crítica ambiental no Brasil” e pouco mudou. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza; MIRANDA, Ary Carvalho de. *Saúde e ambiente sustentável: estreitando nós*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002. p. 55-61.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. *Council conclusions on combination effects of chemicals*. 2988º encontro do Conselho do Meio Ambiente. 22 dez. 2009. Bruxelas: 2009.

DIREÇÃO GERAL DO AMBIENTE DA COMISSÃO EUROPEIA. Utilização eficiente dos recursos naturais. In: *Ambiente para os europeus*. N.º 43. Bruxelas: maio de 2011. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/environment/news/efe/index.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

EEA. *O Ambiente na Europa – Situação e Perspectivas 2010: Síntese*. Copenhagem: Agência Europeia do Ambiente, 2010.

GONDOLO, G. C. F. Bacia do Guarapiranga, Região Metropolitana de São Paulo; Desafios de um sistema complexo à gestão ambiental. In: VEIGA, J. E. da (Org.). *Ciência ambiental: primeiros mestrados*. São Paulo: Annablume / Fundação de Apoio a Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp), 1998. p. 321-344.

HUTCHISON, D. *Educação ecológica: idéias sobre consciência ambiental*. Porto Alegre: Artmed, 2000.

IMBERT, Francis. *A questão da ética no campo educativo*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

JUNGES, José Roque. *Ética ambiental*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental*. Petrópolis: Vozes, 2001.

MEADOWS, D. H. et al. *Limites do crescimento*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILARÉ, Edis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de direito ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, out./dez. 2004.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 6. ed. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice S. Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. *O Método II, a vida da vida*. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América Ltda, s/d.

NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2010.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1997.

PRIGOGINE, I.; STENGERS, I. *A nova aliança*. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.

SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. de Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SEGRE, Marcio; COHEN, Claudio. Definições de valores, moral, eticidade e ética. In: SEGRE, Marcio; COHEN, Claudio (Org.). *Bioética*. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002. p. 17-26.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 3. ed. Rio de Janeiro: 1978.

ÉTICA AMBIENTAL E O CAPITALISMO: ESPERANÇA OU REALIDADE

Ângelo Antônio Vieira da Silva*
Carla Jordanna Samuel da Silva**

Introdução

Os valores da sociedade se alteram constantemente impulsionados pela cobiça e pelo querer, colocando o homem na condição de predador da natureza em desprezo aos valores éticos. Impera a necessidade de se buscar uma visão ética sobre o ambiente na tentativa de reverter à tendência destruidora.

O pujante crescimento econômico derivado do progresso científico e acentuado pelo desenvolvimento tecnológico constitui grande diferencial da era moderna, no tocante a ética ambiental. Adicionando-se a tal crescimento o modelo de economia industrial os fatores acentuam a deterioração do equilíbrio ecológico com relevantes prejuízos para a vida.

A larga escala de industrialização ocorrida no século XIX somada ao crescimento vertiginoso da população humana e da expansão econômica, principalmente do regime capitalista, ecoa na elevação do consumo e acentua o impacto da população humana sobre as demais populações.

No entanto, a partir dos anos 70 a busca por um meio ambiente sadio ganhou notoriedade mundial, e sobressaíram-se as preocupações com o equilíbrio dos ecossistemas naturais, que dão sustentáculo à vida na terra. O uso incontrolável dos recursos naturais torna-se um tema que, por parte dos seres humanos, afeta a ética ambiental, que ganha contornos tristes diante do descaso desferido pela espécie humana.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós-graduação pela Escola Superior do Ministério Público/RS. Mestre pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), na área de concentração “Direito Ambiental e Sociedade” e na linha de pesquisa: “Direito Ambiental e Novos Direitos”.

** Acadêmica de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter).

A potencialidade lesiva do homem para com o meio ambiente, ganha relevância no século XXI. Neste período, o homem alterou a composição atmosférica através da emissão de poluentes, mudou o curso dos rios, modificou a composição dos solos, desmatou florestas, extinguiu espécies, criou novos seres em laboratórios, provocou chuvas, e incontáveis outros atos prejudiciais. Enfim, interferiu no ambiente natural conforme seus interesses e necessidades, sem se preocupar com a real disponibilidade de recursos, utilizando cada vez mais valores relativos entre os direitos e deveres para justificar suas ações.

A obra em comento, voltada para ética, mais especificamente o capítulo primeiro, aborda a interação do homem com o ambiente e o desgaste de tal relação somando-se a negação do livre arbítrio, através da subordinação da vontade humana ao controle social. Adiante, pelo conhecimento obtido do sistema Terra aponta-se a importância sistêmica do planeta, que pode chegar ao limiar da destruição por seu desequilíbrio e credita o meio ambiente como permanente e intocável.

No segundo Capítulo o Autor traz a abordagem sobre o Ambiente e a Constituição declinando a quem incumbe interpretá-la, os princípios ambientais nela contidos e a posição do juiz constitucional frente à legislação infraconstitucional.

Interação homem / ambiente

Por meio desta relação do homem com a natureza, existem centenas de evidências e registros irrefutáveis de que, principalmente nos últimos tempos, a terra está sendo acometida de graves problemas ambientais, com severa malignidade. Nesta escala tendente ao aumento, decorrente da ação humana desenfreada, oriunda da ambição, da estupidez, da falta de sensibilidade, do descontrole e principalmente da falta de educação, nalini (2001, p.1) relata:

A invasão da terra por habitantes espaciais era tema recorrente na ficção científica. No limiar do século XXI, da destruição do planeta cuida o próprio homem. É ele que vem alterando o planeta, acidental e intencionalmente, às vezes em escala impressionante. Se antigamente os fatores climáticos eram invocados para explicar os padrões da atividade humana, como seus fatores condicionantes, hoje o pólo se inverteu. É o ser humano que vem procurando, em ritmo acelerado, modificar o ambiente para se contenta a si mesmo, em vez de mudar seus hábitos para melhor se adaptar ao ambiente.

A intervenção do homem na natureza, de forma predatória, deliberada e interesseira atingiu níveis hediondos. A ideia de preservação com progresso tem dado guarida e autorizado à sequência das ações deliberadas ou furtivas ao ambiente.

Houve um tempo em que a natureza conseguia apaziguar as ações do ser humano contra ela, pois tinha tempo para rejuvenescer novamente e ficar ao dispor de seu senhor, o homem, numa visão antropocentrista. Contudo, atualmente, com acelerados exércitos de destruição, não há tempo para se reerguer, e a reversão torna-se praticamente impossível. Anuncia-se assim uma catástrofe, que aos poucos, os delicados graus no termômetro, as minúsculas gotas da chuva, a então suave brisa dos ventos, vão enraivecendo e assolando cidades como se fossem desertos. Tsunamis substituem as inofensivas ondas da praia, suaves brisas tornam-se vendavais que arrasam metrópoles. É a resposta da natureza por tanta insensatez humana.

Nesse caminho manifesta-se Nalini (2001, p. 3): “Somente a ética poderia resgatar a natureza, refém da arrogância humana. Ela é a ferramenta para substituir o deformado antropocentrismo num saudável biocentrismo.”

Para o autor, a relação do homem com o ambiente está deteriorada e somente uma visão e ações da ética humana, voltada à proteção do ambiente, poderão fazer revés à tão catastrófica e caótica situação. Ainda, relembra que outrora o homem chegou a criar figuras excêntricas de ficção científica que teriam a capacidade de invadir a terra e destruí-la; os seres espaciais, todavia, o que se vê em pleno século XXI é que tais figuras daninhas, hoje foram substituídas pela própria espécie humana, que se tornou a senhora da terra, aquela que dispõe dela da forma como delibera e ao seu belo prazer, uma espécie terricida (NALINI, 2001, p. 1).

O homem, criado à imagem e semelhança de Deus, segue o modelo divino no momento em que extirpa a natureza, pois segundo Aristóteles, citado pelo autor, as plantas e os animais foram criados para satisfazerem as necessidades do homem, numa concepção totalmente antropocêntrica. Entretanto, modernamente a ética cristã não mantém essa concepção, mas afirma que a ideia de natureza na condição de adversária, devendo ser combatida e enfrentada, é integrante do pensamento econômico. (NALINI, 2001, p. 2).

Ensina Nalini (2002, p. 2), que o materialismo Marxista comunga dessa ideia de natureza, “Para Marx, em uma economia socialista

planificada, o curso dos processos naturais diverge progressivamente do natural e sofre transformações direcionadas”.

Noutra direção, há culturas que entendem de maneira diversa, vislumbram que pela ação do homem, as agressões perpetradas causam alterações que podem se tornar irreversíveis, como a cultura indígena no dizer do próprio autor: “Interessante observar que, em outras culturas – as indígenas, por exemplo, a noção de ambiente era diversa”. (NALINI, 2001, p. 2).

Isso pode ser facilmente comprovado no Brasil, onde sobressaltam as pretensões capitalistas, queimando matas, extirpando a fauna, matando espécies em extinção e desrespeitando culturas.

Nalini (2001, p. 2-3) acentua ainda, no tocante a relação homem ambiente: “Quando se tornar capaz de fabricar ou sintetizar alimentos de matérias inorgânicas – perspectiva que não é improvável –, um vínculo basilar, o do homem com a terra viva, estará rompido”, deixando claro a deterioração da relação, pois a busca do homem pela sintetização de alimentos já é uma realidade notória, ressaltando que somente a ética pode resgatar a natureza, refém da arrogância humana.

Com uma visão voltada para a vida, sob todas as formas, numa proteção global, entende o autor que a ética é a alternativa capaz de inserir o biocentrismo em substituição ao antropocentrismo tão maléfico. Este, enaltece a destruição do planeta, na medida em que valoriza o homem como o centro de tudo, tornando somente o homem proeminente ante os demais seres.

De forma similar considera Santos:

Para entender melhor o que será exposto, é necessário ter uma visão de caráter geral, que podemos chamar de holística, deixando-se de lado a visão estreita antropocêntrica. Pois, partindo-se desta última visão e preconceitos em relação à natureza e sua importância como um complexo homogêneo, o homem estaria acima dela, observando-a como um ser superior e a natureza existiria apenas para servi-lo. Já partindo-se de uma visão global, o homem passa a ser um ente integrante da natureza, como todos os outros (independentemente de se questionar sua origem), facilitando assim o entendimento das regras e princípios gerais que regem o universo. Então o ser humano estará inserido no contexto global, fazendo parte da natureza. (2006, p. 295).

Assim, Nalini (2001, p.3-4 apud Baracho Jr, 2000, p.194) sustenta a tutela da visão biocêntrica, na medida em que estabelece que os humanos e qualquer coisa viva são membros da comunidade de vida na terra. Em uma clara alusão à igualdade dos seres, insinuando que devem comungar do mesmo ambiente, onde nenhum deve ter supremacia sobre o outro, mas relação.

Todas as coisas orgânicas ou inorgânicas do planeta têm uma história. A história humana seria uma fração da história da Terra. Disso decorre que a nossa vida como seres humanos é uma vida em comunidade, o que se evidencia à medida que constatamos um profundo vínculo com as coisas orgânicas e inorgânicas. A existência em comunidade significa que cada parte é essencial para o bem-estar de todos. Assim sendo, cada elemento tem valor para si mesmo e para os outros. O dualismo intrínseco / extrínseco perde então o seu significado, pois só se pode falar em valores quando tais valores são valores em comunidade.

A espécie humana e todas as outras estão em interdependência e sua sobrevivência depende dessas relações. Assim, todos os organismos são centros de vida, e que o ser humano não é superior às outras coisas vivas. Logo, estão numa relação de interdependência, onde o homem depende dos animais, que dependem das plantas, que dependem da água, numa cadeia que se inter-relaciona justamente para dar sustentação a vida.

Nalini (2001, p. 4) relata que do determinismo ao controle social tem-se a ideia pós-darwiniana da criatura humana, enquanto produto da seleção natural subordinada a inexoráveis leis biológicas. Na mesma linha, refere o possibilismo onde a criatura humana é apta a atuar sobre o meio e transformá-lo. Porém, adeptos do controle social desconsideram a influência do meio sobre o homem e propõem dominá-lo a qualquer custo, inclusive o da subsistência.

Ainda, no tocante ao domínio do homem sobre o meio, afirma que ele não está dividido igualmente sobre a terra, e classifica o grau de colonização da terra em incontrolado; parcialmente controlado e áreas de alto grau de dominância humana. Logicamente numa direta proporção à deterioração e ao subjugo da natureza pelo homem.

Nalini (2001, p. 5-6) ao tratar do sistema terra, traz a tona que a prepotência e a desmesurada ambição da criatura humana pelo poder é motivada pelo poder, tanto econômico, político ou até mesmo pela a força. Acredita e faz acreditar ser o homem o centro da terra, com capacidade

e autoridade para amear bens, servir-se deles com exclusividade e traçar fronteiras onde não existem.

Já Capra entende que:

A nova visão da realidade, de que vimos falando, baseia-se na consciência do estado de inter-relação e interdependência essencial de todos os fenômenos – físicos, biológicos, psicológicos, sociais e culturais. Essa visão transcende as atuais fronteiras disciplinares e conceituais e será explorada no âmbito de novas instituições. Não existe, no presente momento, uma estrutura bem estabelecida, conceitual ou institucional, que acomode a formulação do novo paradigma, mas as linhas mestras de tal estrutura já estão sendo formuladas por muitos indivíduos, comunidades e organizações que estão desenvolvendo novas formas de pensamentos e que se estabelecem de acordo com novos princípios. (1982, p. 244).

É importante sensibilizar cada integrante da Terra na condição de ser humano e de guardião, zelador dos bens derivados da natureza. A concepção de um novo paradigma visando não aniquilá-los, mas, conviver harmoniosamente utilizando-os na medida extrema da necessidade, e buscando repor o quanto possível, apesar da omissão do poder público.

Assim, o homem, segundo o autor, apresenta provas que desconhece uma das mais relevantes características da Terra que se baseia na íntima interdependência das partes que formam o conjunto. Lembrando que o planeta terra é um sistema harmônico onde tudo está conectado, e o desrespeito implica em ruptura de um ciclo natural.

De modo a ilustrar tal interdependência, temos os recentes terremotos no Haiti, os deslizamentos de terras no Rio de Janeiro e em Santa Catarina, a erupção de vulcões numa forte reação do planeta.

Nesse contexto Nalini cita como exemplo:

A construção de uma casa altera o meio pelo fato de substituir um trecho de grama ou de floresta por um bloco de concreto, madeira e vidro. Mas a mudança não se resume a isso. A construção irá alterar parcialmente o clima circundante, o clima modificado alterará o caráter do solo e da vegetação vizinha e, por sua vez, a

mutação do solo e da vegetação redundará em alterações posteriores do clima local. O telhado conduzirá as águas da chuva diferentemente do que faria a vegetação preexistente, a assim por diante. (2001, p. 6).

E segue, o Planeta é um grande sistema e divide-se em inúmeros subsistemas. Três são óbvios: o atmosférico, o continental e o aquático. A existência da vida – biosfera – depende da interação desses três subsistemas. Agindo com acentuado amor por si e desprezo pelos demais, alguns subsistemas são sacrificados; principalmente o que envolve seres vivos, os ecossistemas. A vida é frágil, por isso os sistemas biológicos reagem imediatamente à tensão e oferecem menor resistência do que os sistemas inorgânicos.

Quando o autor (2001, p.8) trata do limiar da destruição, numa alusão de que o homem estaria prestes a destruir o planeta, chama atenção que cada sistema possui um grau de tolerância às mudanças impostas, sem alterações profundas no conjunto do sistema. A noção limiar deve estar na consciência dos que vitimam a natureza, pois ultrapassado este limite, poderá haver conversão em dano irreversível ao sistema. É, exemplificando, o caso do vazamento incontido de petróleo no Golfo do México, onde os danos ao ambiente são de monta irreparáveis.

De modo simples Nalini exemplifica o que vem a ser limiar:

Uma trilha de pedestres sobre qualquer gramado ilustra com clareza a noção de limiar. O constante pisar compacta o solo, diminui o teor de infiltração e leva ao predomínio de plantas horizontais rentes ao terreno. Quando a compactação atinge certo nível e o solo já bastante nu, a chuva começa o trabalho de erosão. Antes desse estágio, se a passagem de gente diminuísse, a vegetação original voltaria a se refazer ao fim de algum tempo, mas depois dele a erosão retira a camada superficial do solo e os nutrientes vegetais, de modo que ainda menos plantas sobrevivem, o que permite maior erosão. (2001, p. 8 apud Drew 1998, p. 28).

O autor (2001, p. 9) entende que a abordagem sistêmica, em referência à inter-relação entre sistemas que atuam na Terra, representa uma forma de compreensão do mundo natural. Logo, torna-se impositivo conhecer cada sistema para uma reversão de comportamento; só assim se pode prever

mudanças, avaliar e determinar pontos de interferência, alterando os limiares de sistemas que precisam ser modificados, pois o planeta injuriado, está no limite de sua degradação e fornecendo inúmeros sintomas de esgotamento.

Na abordagem que o autor (2001, p. 10 apud Reale, 2000, p.105) faz ao meio ambiente como invariante axiológica, traz a compreensão da natureza como nicho vital e impulsiona a consciência humana a ser protetora e vigilante:

Denomina invariantes axiológicas aqueles valores que, por significarem a máxima expressão e salvaguarda da existência e da dignidade do homem, deixam de ser considerados bens transitórios e permutáveis, para assinalarem algo de permanente e intocável.

E conclui afirmando que “O homem não agride a natureza sem se auto-agredir. E se a destrói, inconscientemente está a se autodestruir.” (NALINI, 2001. p. 10).

A tutela constitucional

A Carta Constitucional como reflexo dos auspícios sociais que ocorriam no mundo em defesa do meio ambiente e, ainda, como reflexo de um pacto que deve perdurar por diversas gerações, contemplou no art. 225 o meio ambiente e trouxe grandes inovações na esfera ambiental. Diferentemente da forma trazida pelas constituições anteriores, o constituinte de 1988, na Carta Verde, procurou dar efetiva tutela ao meio ambiente, trazendo mecanismos para sua proteção e controle.

O ambientalismo passou a ser tema de elevada importância nas Constituições mais recentes. Sendo inserido em seu bojo, deliberadamente, como direito fundamental da pessoa humana, não como simples aspecto da atribuição de órgãos ou de entidades públicas, como ocorria em Constituições mais antigas (SILVA, 2003, p. 43).

E ainda, salienta Silva (2003, p. 46), que a “Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista.”.

Destarte, o grande marco e impulso na mudança de concepção constitucional foram sem dúvida as disposições da Carta Magna de 1988, que trouxeram um arcabouço legislativo superior ao das legislações do primeiro mundo.

Nossa Constituição emoldura as questões ambientais como fundamentais para continuidade da vida em nosso planeta, e tal preocupação tem ganhado notabilidade de cunho global. Contudo, deve haver além de um bom aparato jurídico sobre o assunto, um envolvimento de toda sociedade, pois meramente um amontoado de leis não é o bastante para a solução dos problemas, muito embora a solução esteja contida nelas.

Não basta, entretanto, apenas legislar. É fundamental que todas as pessoas e autoridades responsáveis se lancem ao trabalho de tirar essas regras do limbo da teoria para a existência efetiva da vida real. Pois, na verdade, o maior dos problemas ambientais brasileiros é o desrespeito generalizado, impunido ou impunível, à legislação vigente.

Para Milaré (2001, p. 232) é preciso, numa palavra, ultrapassar-se ineficaz retórica ecológica – tão inócua, quanto aborrecida – por ações concretas em favor do ambiente e da vida. Do contrário, em breve, nova modalidade de poluição – a “poluição regulamentar” – ocupará o centro de nossas atenções.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito indisponível e tem a natureza de direito público subjetivo, ou seja, pode ser exercitável em face do próprio poder público, eis que a ele também incumbe à tarefa de protegê-lo. No dizer de Milaré (2001, p. 235) “cria-se para o poder público um dever constitucional, geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer, vale dizer, de zelar pela defesa (defender) e preservação (preservar) do meio ambiente.”.

Não se pode olvidar ainda, que esse mesmo dever imposto ao poder público se estende também a todos os cidadãos. São titulares deste direito a geração atual e ainda as futuras gerações.

Assim, o homem, na condição de cidadão, torna-se detentor do direito a um meio ambiente saudável e equilibrado, também sujeito ativo do dever fundamental de proteção do meio ambiente. De modo que propomos a possibilidade de se instituir, no espaço participativo e na ética, uma caminhada rumo a um ordenamento jurídico fraterno e solidário.

Aponta-se a análise da preservação ambiental como um direito fundamental, constitucionalmente reconhecido. Porém, esta não é a única questão suscitada: a proteção ambiental constitui-se em responsabilidade tanto do indivíduo quanto da sociedade, admitindo suas posições no processo de preservação, reparação e promoção, assim, reveladas como um dever fundamental. Como inerente do direito, pressupomos a exploração

dos conceitos de eficácia e de efetividade da norma em relação à aplicação de princípios jurídicos à proteção do meio ambiente (SANTOS, 2006. p. 21).

Quando se trabalha Ambiente e Constituição, busca-se o artigo 225 da Constituição Federal: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Mesmo sendo uma proposta ética, impõe Nalini (2001, p.13) uma reflexão sobre o tema. É relevante, para a cidadania, haver o constituinte reservado um lugar de destaque para a proteção do meio ambiente?

Afirma Nalini (2001, p. 14) que o Brasil não tem primado pelo respeito à Constituição, asseverando que a Constituição dos EUA tem mais de dois séculos. Lembra Ferdinand Lassale na importante obra: O que é uma Constituição Política, que apontava que a Constituição era apenas um pedaço de papel (fatores reais de poder), e ressalva que para alguns governantes ela não passava de um livrinho. Mas, para o autor a Constituição tem força própria se houver consciência cidadã.

Para Konrad Hesse (1991, p.9 apud Nanini, 2001, p. 15), a Constituição revela-se força ativa que orienta a conduta, se presente a consciência geral, notadamente infere que a condição elementar para que uma Constituição seja basilar é a aquiescência geral que se baseia na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, protegendo o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme.

Acredita ainda, que a ordem constitucional não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, ou seja, a ordem mantém a vigência por atos de vontade. A vida do Estado, assim como a vida humana, não se subordina ao fatalismo. Nalini (2001, p.17) acentua que os pressupostos necessários a que a Constituição desenvolva sua força normativa dizem com seu conteúdo e sua *práxis*, e citando Burckhardt (1931, p. VIII) emenda:

Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito a Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito

mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não será mais recuperado.

O Brasil, para Nalini (2001, p. 17) tem registrado frequentes agressões contra a força normativa da Constituição ao submetê-la à revisões e emendas. Afirmando que a estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição, entende que a interpretação dos fatos pode ou deve também alterar a interpretação da Constituição, todavia há um limite que é a interpretação construtiva.

Diante da modernidade e dinâmica dos tempos atuais, o Autor pergunta a quem incumbe interpretar a Constituição? No dizer de Peter Haberle (1997, apud Nanini, 2001, p. 19-20) todo aquele que vive da Constituição é um seu legítimo intérprete, contudo para o autor, cidadãos, grupos, órgãos estatais, ONGS e opinião pública são forças produtivas de interpretação. A sociedade sendo pluralista e aberta, cada cidadão pode interferir no sistema de defesa do meio ambiente, o que consiste em um direito de todos.

Assim, dita que todos são chamados a extrair da Constituição os efeitos concretos de seus comandos. Porém, na sociedade fechada, a interpretação é protagonizada pelos interpretes jurídicos vinculados às corporações; na sociedade aberta esse rol precisa ser ampliado acreditando ser impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas. (NALINI, 2001, p. 21).

Para Haberle, aponta Nalini, são legítimos no processo interpretativo a opinião pública e o processo político, através da imprensa, rádio, televisão, jornalismo, leitores, cidadãos, associações, partidos políticos, igrejas, teatros, editoras, escolas, pedagogos, associações e as ONGS. A interpretação dissemina-se pela coletividade.

Surge a dúvida para o Autor se haveria uma pulverização interpretativa, donde obtém a resposta na citação de Haberle (1997, p. 33 apud NALINI, p. 23):

[...] uma Constituição que estrutura não apenas o Estado, em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.

Haberle (1997, p.36 apud NALINI, p. 24) vai além, pois entende que a participação não pode se resumir ao sufrágio, mas também ao processo público, do pluralismo da política, da práxis e dos direitos fundamentais.

Em abordagem aos princípios ambientais na Constituição de 1988, Nalini (2001, p. 25) relata que o constituinte, pós-autoritarismo, refletiu a preocupação ambiental e produziu um texto dos mais avançados para a defesa do ambiente. Abordando os princípios do desenvolvimento sustentável, do poluidor-pagador, da responsabilidade civil objetiva, da reparação do dano.

No tocante ao ponto onde aborda a questão invoque o juiz constitucional, Nalini (2001, p. 30) declara que: “A Constituição continua a ser aquilo que os juízes dizem que ela é.”. Assim, infere que o juiz enquanto solucionador dos conflitos possui um texto constitucional muito pródigo em proteger o ambiente, muito embora só haja quando provocado. Isso, num texto constitucional reconhecido em todo o mundo com um dos mais apropriados à proteção ambiental, ganha relevo de “retórica e ineficácia desprovido de força coativa”.

Quando o Autor (2001, p. 32-35) trabalha a legislação infraconstitucional, após citar 33 Leis Federais, aponta que há inúmeros Decretos-Leis, Decretos Legislativos, Atos Internacionais, Decretos Federais, Medidas Provisórias e Resoluções do CONAMA, no que denomina de “cipoal normativo”, pois julga que é bem mais intrincado do que a floresta além de que “esta tem sido destruída e desbastada, enquanto a proliferação normativa cresce e sobrevive”.

Antunes diz que:

[...] a complexidade da matéria ambiental faz com que a legislação seja uma resposta ineficiente e, quase sempre, tardia e distante das situações de fato [...] a construção judicial do direito ambiental não se faz sem contradições e dificuldades. o papel desempenhado pelo poder judiciário na elaboração do direito ambiental é, como nos demais setores do direito, contraditório. (2000, p. 18).

Já em Nalini (2001, p. XXIII), pode-se ler que: “[...] a lei ambiental não tem sido freio suficiente. A proliferação normativa desativa a força intimidatória do ordenamento. Outras vezes, a sanção é irrisória e vale a pena suportá-la, pois a relação custo/benefício estimula a vulneração da norma”.

Indubitavelmente é necessária e fundamental a participação da comunidade, não se podendo excluí-la posto que muitas vezes ela é quem constata a ocorrência de dano ambiental.

O direito ambiental abriu amplamente as portas para a participação da comunidade e de outros aparelhos do poder estatal na proteção da nossa grande casa. O cidadão e o poder judiciário entram com força decisiva nesse magno combate do milênio: salvar o planeta (CARVALHO, 2003, p. 152).

Considerações finais

A ética impõe a fundamental participação da comunidade, não se podendo excluí-la posto que depende diretamente de seu comportamento a mudança de paradigma, quer pelo modelo, quer pela norma.

A urgência, em alertar as pessoas, de que o consumo nos padrões atuais se torna inviável para o planeta, aponta para nossa responsabilidade, aos adultos, que além de modificar comportamentos e condutas, precisam legar aos mais jovens uma nova educação ética, voltada para a proteção da terra. Considerando esta como parte de um sistema onde todos devemos e podemos viver em harmonia, onde efetivamente não se pode comprar tudo que se quer, sendo imperiosa a conscientização dos cidadãos.

A contribuição do homem, com uma simples visão voltada para a ética na proteção ao ambiente, provocará reflexões no sentido de alterar comportamentos extremamente lesivos ao ambiente como sistema. Ao contrário, levaria o planeta a destruição pela incompreensão, tornando-o impróprio para as futuras gerações.

Importante um novo paradigma, uma visão ecocêntrica, e não mais antropocêntrica, onde o homem se insere em condições de igualdade em relação à natureza, passando a entender melhor sua atuação e responsabilidade para com os demais seres vivos, daí a necessidade de uma ética para toda a humanidade.

A ética ambiental deve ser almejada com intuito da manutenção de condições de vida salutaras na terra, uma ética comprometida com a existência de todas as formas de vida, cabendo às sociedades, de modo harmônico, desenvolver melhor a relação do homem com o ambiente visando erradicar as lesividades e não o futuro da própria espécie.

O maior sentido é buscar conscientizar as pessoas que há possibilidades de reverter a tendência de destruição, bastante aceitar uma nova forma de

conviver, sem precisar fazer revoluções na sua vida. Contudo, impõem-se modificar pequenos hábitos que podem alterar significativamente a qualidade de vida de todos, inclusive do planeta, uma esperança diante da complexa realidade.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é Direito Ambiental: dos descaminhos da casa à harmonia da nave*. Florianópolis: Habitus, 2003.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática e jurisprudência, glossário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. Direito ambiental: surgimento, importância e situação atual. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *História do Direito Brasileiro: leituras de ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Segunda Parte

BIOÉTICA E SAÚDE HUMANA

A BIOÉTICA FRENTE A PÓS-MODERNIDADE E A DIVERSIDADE MORAL: UMA VISÃO SECULAR

Cristina Dias Montipó *

Introdução

Tanto a Revolução Industrial iniciada na Inglaterra no século XVIII, marcada pelo tripé natureza, capital e trabalho, quanto a Revolução Francesa, iniciada em 1789, evidenciaram o processo mecanicista consolidando o capitalismo, que começou na Europa expandindo-se nos demais países. Surge à modernidade pensada a partir da sociedade industrial, o ideal desta época evidenciava-se pela palavra desenvolvimento.

Todo o desenvolvimento que se consolidou através do capitalismo, trouxe consigo diversos problemas sociais que perduram até hoje, assim, tornou-se imperioso o resgate da ordem social na busca por um “novo” equilíbrio na sociedade, refletindo na possível minoração do consumo excessivo de bens e da destruição do ambiente natural no qual todos estamos inseridos.

A pós-modernidade emerge com o reflexo do desenvolvimento e das crises que se instalaram (social, ambiental, econômica, etc.), estas, marcadas também pela relação homem *versus* natureza. Este período atual de transição mostra-se marcado pelo ideal de desenvolvimento sustentável, porém, trazendo a inconstância dos conceitos e a instabilidade nas relações.

A maneira como pensamos e nos comportamos ainda não nos permite um profundo entendimento das coisas e dos fenômenos, não oferecendo também soluções para defrontar os problemas atuais. A ciência não mais se apresenta como detentora do saber supremo, que tudo conhece e é

* Bacharela em Direito (UCS/Carvi). Pós-graduada em Direito Processual (UCS/Carvi). Mestranda em Direito (UCS) área de concentração em Direito Ambiental e Sociedade. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. *E-mail:* cristinadmontipo@yahoo.com.br

capaz de solucionar, relativizando, assim, as verdades absolutas; o homem já não mais aparece como centro do universo.

Neste contexto e perante tais fatos, torna-se urgente a valorização de estratégias que aproximem e inter-relacionem o homem com o seu hábitat, trazendo consigo valores de solidariedade, de respeito às diferenças e a diversidade de visões, enfocando a ideia de tolerância e liberdade.

Partindo de tais premissas, este ensaio visa propiciar-nos o estudo de alguns temas relevantes, sob uma nova abordagem dos problemas tidos na pós-modernidade, como o enfoque de uma bioética secular, bem como, algumas questões inseridas no relacionamento entre moralidade e ecologia, num questionamento de como podemos desfrutar de modo adequado o nosso ambiente.

Utilizando a pesquisa bibliográfica descritiva, através do método hermenêutico, crítico e reflexivo, procurar-se-á respostas a dilemas éticos, frente às responsabilidades que regem nossa vida em sociedade, buscando maneiras mais condizentes e também sustentáveis de ser e estar no mundo, estas não mais individualistas, tampouco fragmentadas, mas sim, voltadas para o todo, numa perspectiva sistêmica e holística.

Pós-modernidade, pluralismo moral e bioética secular

Tem-se a bioética como o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais. A bioética abrange a ética médica, todavia, não se limita a ela, constituindo um conceito mais amplo, compreendendo os problemas relacionados com valores que emergem em todas as profissões de saúde, incluindo as profissões afins; aplica-se às investigações biomédicas e às do comportamento; aborda ampla gama de questões sociais, as quais se relacionam com a saúde ocupacional e internacional e com a ética do controle de natalidade, etc.; vai além da vida e da saúde humanas, compreendendo questões relativas à vida dos animais e das plantas, como por exemplo, no que tange às experimentações com animais e a demandas ambientais conflitivas.¹

¹ Encyclopedia of bioethics, v. 1, introdução, W. T. Reich, editor responsável, 1978 apud BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo. *Problemas atuais de Bioética*. 6. ed. revista e ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola, 2002. p. 32. “O termo “bioética” foi, primeiramente, utilizado pelo médico norte-americano V. R. Potter no início da década de 1970. Em seu livro *Bioethics: a bridge to the future*, potter defendeu

Ao tratarmos dos diferentes paradigmas da bioética (modelos de análise teórica hoje mais utilizados na bioética, sobretudo nos Estados Unidos), tem-se o paradigma principialista, o “libertário”, o das virtudes, o “casuístico”, o fenomenológico e hermenêutico, o narrativo, o paradigma do cuidado, do direito natural, o contratualista, o antropológico, e por fim, o paradigma antropológico personalista.²

Ao abordarmos em especial o segundo paradigma – “libertário”, pode-se dizer que neste modelo se funda no valor central da autonomia e do indivíduo. Tristram Engelhardt (*The foundation of biotthics*), inspirado na tradição político-filosófica do liberalismo norte-americano baseia-se na defesa dos direitos e da propriedade dos indivíduos, justifica não só as ações decorrentes da expressão da vontade do paciente, mas até outras bem mais polêmicas, como as que assumem o corpo como propriedade do próprio, como a venda de sangue ou de órgãos³. A noção de pessoa, da qual se excluem os embriões e fetos por não possuírem consciência de si, é controversa, porém, ao colocar a ética numa ótica secular para análise “mais neutra”, Engelhardt recebeu boa apreciação.⁴

uma nova abordagem, menos científico-tecnista e mais humanista, de alguns problemas vitais para o ser humano incluindo uma visão global de temas relacionados com a vida humana, por exemplo, o meio ambiente. Esses problemas eram tão sérios que estariam colocando em risco a própria sobrevivência da vida humana e queriam uma nova ética. Procurou, então, superar a dicotomia entre, de um lado, *atos* explicáveis pela ciência, e, de outro lado, *valores* estudáveis pela ética. Essa dicotomia (*is-ought gap*) tinha predominado na reflexão filosófico-científica moderna e seria a principal causa dos perigos atuais pelos quais estaria passando a existência humana de modo geral. Por isso, a bioética, como é evidente no uso do prefixo “bio”, nasceu como uma preocupação ética pela vida em seus aspectos mais gerais. DALL’AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicação*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 13.

² BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo. *Problemas atuais de Bioética*. 6. ed. revista e ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola, 2002. p. 34-38.

³ O art. 199 da Constituição Federal dispõe: A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º – É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º – É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º – A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2011.

Autores como Engelhardt, difundem a ideia de uma bioética secular, não religiosa, uma bioética quase laica, ou seja, desvinculada de dogmas religiosos. O secularismo, por sua vez, é a política de separação entre a religião e Estado.

A seara da bioética está em constante questionamento, atualmente enfrenta-se visões morais, obrigações, direitos e valores muito diferentes entre si, cada um defendendo a sua prioridade. A diversidade de visões morais desafia a premissa de que existe uma bioética secular.⁵

É importante que observemos o campo da bioética diante do pluralismo moral; a fé no Ocidente se fragmentou, mas as convicções permaneceram enraizadas. As questões bioéticas contemporâneas emergem perante uma fragmentação da perspectiva moral e da visão relacionada a perdas de fé e mudanças na ética e também na convicção ontológica. É de se recordar que já não se podia esperar a vida em uma sociedade que poderia desejar a um ponto de vista moral único, embasado na fé e governado por somente uma autoridade moral religiosa suprema; o homem também deixava de ser o centro do universo.⁶

A bioética contemporânea é colocada perante um fundo de ceticismo, de perdas de fé, pluralidade de visões morais e desafio das políticas públicas. As sociedades ocidentais contemporâneas são seculares e pluralistas, abrangendo as comunidades com uma diversidade de crenças morais, é bom lembrar que está diversidade sempre esteve presente, embora oculta. Desse modo, o moderno projeto filosófico está em descobrir uma moralidade secular essencial (os fundamentos da bioética) que pudesse abranger várias comunidades de crenças religiosas e ideológicas.⁷

Neste contexto, surge a figura dos estranhos morais, conceituados por Engelhardt, como aqueles que têm visões e posturas morais diferentes e não utilizam a argumentação racional, pois não tem um compromisso comum com os indivíduos ou instituições datadas de autoridade para resolvê-las. Por sua vez, os amigos morais são aqueles que compartilham

⁴ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo. *Problemas atuais de Bioética*. 6. ed. revista e ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola, 2002. p. 35.

⁵ JR., Hugo Tristram Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1996. p. 12.

⁶ JR., Hugo Tristram Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1996. p. 25-29.

⁷ *Ibidem*, p. 31.

uma moralidade essencial (orientação do que é certo/errado, bom/mau, além da exigência de que não se usem pessoas sem sua autorização), buscando resolver as controvérsias morais por meio de um argumento moral sadio recorrendo a uma autoridade com jurisdição. É de se observar que um escalonamento diferente dos valores morais transformará as pessoas em estranhos morais, mas não incompreensíveis uns aos outros. Esta diferenciação entre amigos morais e estranhos morais pode ser encontrada na distinção entre comunidades e sociedades.⁸

O fracasso do moderno projeto filosófico em descobrir uma moralidade canônica essencial enquadra o contexto da bioética atualmente. O debate em torno do aborto, o limite do acesso às intervenções médicas de alto custo, a experimentação com fetos e a venda de órgãos são somente algumas das questões das quais existem pouco acordo. Entretanto, durante a última década tem ocorrido uma crescente aceitação de muitas pessoas no que tange a práticas que seriam impensáveis por muitos há apenas meio século. De acordo com Engelhardt desenvolveu-se uma coalizão generalizada e bem articulada de várias bioéticas permissivas, mas mesmo assim, essa aparente coincidência mostra desentendimentos profundos quando levantam questões como a prática comercial da maternidade e os serviços de eutanásia.⁹

Desse modo, é de se verificar que existem desentendimentos embaralhados aos entendimentos. Existe uma tensão entre alcançar o bem das pessoas e respeitá-las como agentes morais responsáveis e livres. Existem também desentendimentos no que tange a quem deveria definir o bem das pessoas, como e com respeito a quais padrões. Atenta-se ainda que, as questões de bioética são tidas como importantes, embora continuem causando divisões.¹⁰

A obra *Fundamentos da Bioética* de T. Engelhardt procura levar a sério a diversidade e o pluralismo moral real, oferecendo meios seculares para entrar em acordo com o caos e a diversidade de nosso tempo. Assim,

O autor reconhece no panorama da bioética secular uma diversidade muitas vezes perversa, mas que o Estado secular não pode encontrar justificativa para pôr de lado. Este livro não celebra o caos, não comemora

⁸ Ibidem, p. 32.

⁹ Ibidem, p. 34-35.

¹⁰ JR., Hugo Tristram Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1996. p. 35.

a perversidade moral e o vazio desse panorama. Ao contrário, oferece meios seculares para entrar em acordo com o caos e a diversidade da pós-modernidade.¹¹

Compreende-se, as bioéticas continuam no plural. Existe uma diversidade de visões morais e bioéticas essenciais que não se submeterá a somente uma interpretação essencial e este é o preço da pós-modernidade e da visão multicultural/multiperspectivista por ela atribuída.¹²

Como podemos observar, nós vivemos em meio de sobras fragmentadas de visões morais que antes eram integradas e o resíduo dessas interpretações fragmentadas proporciona visões morais opostas uma da outra, não justificáveis em termos seculares gerais. Assim, as instituições morais, desunidas das visões morais que as mantinham, persistem como preconceitos, sentimentos de insegurança, tabus e instituições morais segregadas.¹³

A diversidade não é atraente podendo ofender, pois, possui crenças particulares contra outras pessoas é o mesmo que atrair o julgamento. Nesta ceara, é de se dizer, que a bioética secular não pode desenvolver argumentos seculares que sejam conclusivos para obstar ações que as sociedades cristãs considerem desordenadas sob a ótica moral. É bom lembrar que uma bioética secular não justificará a realização coercitiva de visões igualitárias do que é politicamente correto.¹⁴

Para Engelhardt, “precisamos aprender a ser tolerantes, mesmo a respeito de questões menos importantes que a salvação. Precisamos evitar as versões seculares contemporâneas do *writ de haeretico comburendo*.” Vai mais além, ao dizer que a “tolerância não significa que precisamos deixar de lado a condenação moral dos atos que achamos repreensíveis”.¹⁵

O autor mencionado defende a tese de que a pressuposição politeísta em questões de moralidade secular e bioética é inevitável, pois, o politeísmo da pos-modernidade é o reconhecimento da pluralidade das visões morais e também metafísicas.¹⁶ Constata-se que os conflitos ocorrerão quando

¹¹ Ibidem, p. 39.

¹² Idem.

¹³ Ibidem, p. 43.

¹⁴ Ibidem, p. 45.

¹⁵ JR., Hugo Tristram Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1996. p. 47.

¹⁶ Ibidem, p. 58.

houver o encontro de pessoas que defendem ideologias diferentes. Porém, o problema reside em como essas controvérsias poderão ser resolvidas através do sadio argumento racional.¹⁷ Isto ainda perdura como desafio.

É bom lembrar que, o recurso à força não resolverá as questões éticas. A autoridade moral secular é a autoridade daqueles que aceitam em colaborar. Não invocando uma autoridade moral derivada de Deus, da razão ou de uma tradição ou mesmo ideologia particular. O universo moral secular pode existir por meio do livre-arbítrio.¹⁸

O princípio do consentimento (princípio da autonomia) serve de base para a moralidade do respeito mútuo, assim, exige que os outros sejam usados apenas quando dão o seu consentimento (ideia de comunidade pacífica). Já o princípio da beneficência reflete o interesse na busca comum da vida boa e da solidariedade humana (fazer o bem). Portanto, é base de bem-estar e solidariedade sociais (bem comum).¹⁹

Pode-se dizer que a bioética não é e nem pode ser monolítica. Engelhardt defende o pluralismo moral como uma das bases de seu pensamento. A moralidade de uma bioética secular não serve como orientação para viver a vida, mas sim, uma moralidade que seja capaz de ligar pessoas que sejam estranhos morais (que tenham visões e posturas morais diferentes) para que se encontrem e colaborem de forma pacífica. A verificação de que o mundo é pluralista traz a afirmação de que a coexistência de pluralidade leva a divergência. Nenhum encontro de diferenças é pacífico, entretanto, o conflito é condição indispensável para a existência da humanidade. Assim, preservam-se as diferenças para que as identidades sejam mantidas. Emerge como solução para o conflito a possibilidade de manutenção da diferença por meio da tolerância e a liberdade.²⁰

Portanto, a mensagem que nos traz o autor é que em comunidades morais concretas, é possível que exista uma pessoa com autoridade para solucionar a ausência de clareza, caso contrário, só nos restaria a ideia de que alguns problemas morais muito importantes possam resultar sem solução.²¹

¹⁷ Ibidem, p. 69.

¹⁸ Ibidem, p. 105.

¹⁹ Ibidem, p. 140-141.

²⁰ JR., Hugo Tristram Engelhardt. (GARRAFA, Volnei – Apresentação à edição brasileira). *Fundamentos da bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 7-09.

²¹JR., Hugo Tristram Engelhardt. (GARRAFA, Volnei – Apresentação à edição brasileira). *Fundamentos da bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 10.

Bioética e ecologia

As controvérsias morais muitas vezes parecem não ter fim; elas podem ser resolvidas por informação e análise conceitual, ou mesmo pelo fornecimento de explicações mais precisas.²² Questões antigas ainda perduram como novas discussões parecendo eternas, todavia, quiçá, “repaginadas”. Questão típica contemporânea são os alimentos transgênicos, que até hoje, não se sabe ao certo quais são e se existem malefícios de tais organismos. A ausência de informação, seja ela técnica ou não, deixa os cidadãos em estado ambíguo, não podendo estas sequer avaliar o que verdadeiramente querem consumir. A falta de informações mais precisas e de publicização em muitas questões, fazem com que estes, por vezes, não consigam adotar certas posições “corretas” ou ainda, coerentes com o bom senso.

De todo modo, se tem avançado muito, a exemplo disso é o disposto no artigo 5º da Lei de Biossegurança, onde o Supremo Tribunal Federal, apreciando pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da referida Lei, julgou, por maioria dos votos (6 x 5), improcedente a demanda (ADI 3.510 – DF, rel. Carlos Britto, 29.05.2008).²³ A abertura para a discussão e a utilização de informações técnicas das questões envolvendo a utilização de células-tronco embrionárias e a consequente declaração de constitucionalidade do artigo 5º, sem dúvida marca um grande avanço no contexto brasileiro. Nesta linha de ideias, expõe Brauner:

A posição legislativa adotada pelo Brasil no que tange às pesquisas com células-tronco embrionárias parece identificar um compromisso claro pela transparência da ciência e por um maior controle social das técnicas e resultados obtidos nas pesquisas científicas. Demonstra que é possível construir uma política de compromisso que afasta as posições proibitivas e conservadoras que levam às práticas clandestinas, mas contornam a posição

²² *Ibidem*, p. 51.

²³ Artigo 5º, da Lei 11.105, de 24 de março de 2005 dispõe ser “permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. Observar ainda artigos 6º e seus parágrafos e artigo 24 da referida Lei. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 119-120.

liberal que relega ao interesse privado e às grandes empresas de biotecnologia, centradas no interesse econômico e na liberdade completa para atuar. Quebra-se a política do *laissez-faire* e instaura-se no País uma política comprometida com os interesses sociais, suscitada pelas possibilidades terapêuticas das novas biotecnologias.²⁴

A autora ainda complementa, ao dizer:

O Brasil vive um momento importante no âmbito legislativo promovendo o debate sobre diversas questões de grande relevância para toda a sociedade. A profusão de projetos de lei destinados a regulamentar diversos temas, notadamente a prática da reprodução humana assistida, o acesso e utilização de dados genéticos, o patrimônio genético e a pesquisa em seres humanos, demonstra que há interesse e a necessidade de legislar. Vários outros projetos de lei enfrentam temas de grande interesse social e sanitário, entre eles propostas que visem dar uma nova configuração jurídica ao aborto, à utilização dos exames de DNA e à proteção dos direitos do transexual. Não é de se surpreender que a dificuldade na aprovação destes projetos se situa nos embates de ordem política ou religiosa que, invariavelmente, dificultam a aprovação dos projetos que poderiam melhor responder aos interesses da maioria da sociedade.²⁵

Abordada algumas questões que fazem parte ainda de um contexto controverso, é de se dizer, de fato, a esperança mora na possibilidade de encontrar uma textura moral, interpretação ou visão que possa ser compartilhada por estranhos morais (visões e posturas morais diversas), por pessoas racionais enquanto tais.²⁶

²⁴ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Biotecnologia e produção do Direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 191.

²⁵ Ibidem, p. 191-192.

²⁶ JR., Hugo Tristram Engelhardt. Fundamentos da Bioética. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 56.

A preocupação com a saúde e a qualidade de vida do ser humano envolve também a ceara ecológica e o meio ambiente, pois a proteção dos recursos ecológicos está diretamente ligada à sobrevivência do ser humano e também à efetivação dos direitos humanos. O avanço da ciência não pode ser barrado por simples tabus ou preconceitos, sendo assim, comprometeriam importantes interesses sociais, entretanto, deve-se sempre atentar para critérios de prudência e de responsabilidade para a aceitação das novas intervenções sobre o ser humano e também sua descendência.²⁷

Toda a base de sustentação que poderá oferecer condições para que o Estado intervenha nas pesquisas e descobertas científicas é a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), fundamentando o debate filosófico e tendo sido agregado pelo discurso jurídico e presente nas variadas legislações.²⁸

Ingo Sarlet ao abordar a necessária secularização e universalização da dignidade num contexto multicultural – por uma concepção não “fundamentalista” da dignidade, faz uma conclusão importante, merecendo destaque ao expor que:

[...] não se poderá olvidar – também nesta perspectiva – que a dignidade da pessoa humana (assim como os direitos fundamentais que lhe são inerentes) aponta – de acordo com a lapidar lição de Gomes Canotilho – para a ideia de uma comunidade constitucional (republicana) inclusiva, necessariamente pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico e, portanto, contrária a qualquer tipo de “fixismo” nesta seara, e, para além disso, incompatível com uma compreensão reducionista

²⁷ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Biotecnologia e produção do Direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 180.

Ressalta-se que o artigo 225, da Constituição Federal, em seu §1º, inciso II, dispõe: preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2011.

²⁸ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Biotecnologia e produção do Direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 180.

e até mesmo “parouquial” da dignidade. Certamente um dos papéis centrais do direito e da filosofia do direito é assegurar, por intermédio de uma adequada construção e compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, a superação de qualquer visão unilateral e reducionista e a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares.²⁹

O autor continua seu pensamento, ao dizer:

[...] notadamente pelos conflitos de alto impacto com os outros bens constitucionais e a própria dignidade dos envolvidos no caso concreto, assim como em virtude do intenso embate entre concepções morais e religiosas altamente divergentes – há que levar a sério cada uma das dimensões da dignidade e, acima de tudo, há que repudiar toda e qualquer forma de sectarismo e fundamentalismo que resulta evidente. Precisamente o debate em torno de temas sensíveis e complexos, como é o caso da interrupção da gravidez, da eutanásia e das questões suscitadas pela biotecnologia, revela o quanto é importante evitar o que já se designou de uma “tirania da dignidade”.³⁰

George Salomão Leite, ao abordar a bioética sob o paradigma principiológico, tratando a dignidade humana como fundamento e fim da Bioética e da Constituição, expõe que se estamos partindo da ideia de que a *dignidade* é algo pertencente ao ser humano, advindo de sua própria condição existencial, na bioética ela se torna um valor fundamental, tendo em vista que aquela visa os avanços da ciência em função do ser humano.³¹

Desse modo, sob a perspectiva de promoção da dignidade humana, o debate sobre a biomedicina e os limites jurídicos das pesquisas genéticas deve ser observado sob a ótica dos princípios constitucionais que garantem

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 40.

³⁰ *Ibidem*, p. 40-41.

³¹ LEITE, George Salomão. Ensaio sobre Bioética Constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 55.

proteção ao ser humano, bem como para a biodiversidade e que vedam a comercialização de órgãos e funções do corpo humano, almejando garantir a proteção à vida e à liberdade de cada cidadão. A preocupação com o direito ao meio ambiente equilibrado justificou a inserção do direito à biodiversidade e à integridade do patrimônio genético da humanidade (artigo 225, CF/88), oferecendo um conjunto de princípios que devem nortear as ações governamentais.³²

Engelhardt observa que os problemas da pos-modernidade e a diversidade moral também dizem respeito no que concerne às questões no relacionamento entre a moralidade e ecologia. No caso, em especial, das espécies ameaçadas e de áreas selvagens, há o problema de saber como desfrutá-las adequadamente e protegê-las, ou seja, como usufruir apropriadamente o nosso ambiente. Ademais, o autor pergunta como poderemos equilibrar o interesse por várias espécies ameaçadas com as preocupações com a vida humana e a realização de outros bens humanos. Com o passar dos anos e em lugares diversos temos tido um entendimento muito diferente da maneira adequada de considerar a natureza e os artefatos.³³

Uma sugestão extraordinária de Hans-Martin Sass é útil quando salienta “nosso domínio sobre essas áreas e objetos deveria ser considerado mais ou menos como nossa atitude em relação aos jardins”.³⁴ O que ocorre é que a diversidade é instrutiva, se levarmos em consideração as diferenças existentes entre os jardins franceses, ingleses e japoneses e os parques nacionais americanos, como se pode constatar, cada um reflete uma visão particular de atitude adequada em relação à natureza e cada visão representa importantes ações.³⁵

³² BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Biotecnologia e produção do Direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 181-182.

³³ JR., Hugo Tristram Engelhardt. *Fundamentos da Bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1996. p. 206-207.

³⁴ SASS, Hans-Martin. “Mensch um Landschaft: der anthropologische Ansatz einer Umweltphilosophie”, em *Landschaft und Mensch*, Ed. Humboldt-Gesellschaft (Humboldt-Gesellschaft, Mannheim, 1981), p. 293-322 apud JR., Hugo Tristram Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1996. p. 207.

³⁵ JR., Hugo Tristram Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1996. p. 207.

Engelhardt afirma ainda, que como não há uma resposta universal e tampouco um meio para descobrir as respostas corretas a respeito de como tratar a natureza e os lugares importantes (em termos morais seculares gerais), o melhor a ser efetuado é empregar a provisão lockeana e deixar que várias forças acionadas pelo mercado e também pela democracia atribuam preços para oportunidades e perdas. A título exemplificativo, se não é possível ter soluções uniformes a respeito de como as espécies ameaçadas e as áreas selvagens deveriam ser geridas, seria coerente atribuir um taxa sobre aqueles que exploram (se essa exploração representar uma violação contra a provisão lockeana).³⁶

No atual contexto, estas questões parecem não estar tão distantes de serem adotadas, como já vem ocorrendo com a implementação dos pagamentos por serviços ambientais e também pela cobrança do uso da água, incluindo possíveis incentivos fiscais na adoção de tecnologias limpas.

Se as empresas particulares fizerem melhor que os governos a preservação das florestas e das espécies, ocorrerá importante incentivo para os governos venderem suas propriedades a indivíduos ou grupos privados. Talvez, no fim, precisaremos anuir com ma vasta gama de bioéticas ecológicas.³⁷

Há de se fazer algumas ressalvas quanto ao parágrafo antecedente, às questões que envolvem possíveis privatizações ainda são muito controversas, ademais, muitos recursos ambientais, como a água são considerados bens de uso comum, publicizando, nosso ordenamento a propriedade da água, pois esta é direito fundamental e elemento essencial para a dignidade humana, sendo que, as consequências desta publicização são variadas, destacando-se a inalienabilidade da mesma.

Nesse sentido, é de se ressaltar ainda, que nossa legislação pátria determina que todostêm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (artigo 225, CF³⁸) considerando-se este direito como difuso. Devemos exercer o dever de cidadão, bem como observar o do Poder Público defendendo e preservando o meio em que se vive, tanto para as presentes como para futuras gerações.

³⁶ JR., Hugo Tristram Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1996. p. 208.

³⁷ Ibidem, ibidem.

³⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2011.

Ao fazer um excursão a respeito dos animais, Engelhardt ao citar Kant diz que temos responsabilidade para com as pessoas e para com estas em relação a coisas, inclusive animais. Segue citando Kant “os sentimentos de ternura em relação aos animais que não pensam desenvolvem os sentimentos humanos em relação à humanidade”.³⁹ Determinadas regras ou práticas de ternura e consideração com os animais podem, de maneira geral, ser vantajosas para as práticas morais estabelecidas com o objetivo de garantir o respeito pelas pessoas. Porém, é necessário ir mais longe da perspectiva Kantiana, pois além de admitir as responsabilidades para outras pessoas com respeito aos animais, devemos também admitir uma responsabilidade de considerar a dor e o sofrimento dos mesmos. Assim, temos obrigações de beneficência (fazer o bem) para com os outros animais, mesmo se seja tão somente uma obrigação negativa de beneficência (responsabilidade de não-maleficência).⁴⁰

Nas palavras de Engelhardt,

Os animais são protegidos por meio de uma teia de preocupações morais relacionadas com o bem-estar e a solidariedade, que também protege as pessoas. O respeito às pessoas nasce da preocupação de agir de maneira que possam ser justificadas como merecedoras de acusação ou de elogio. Em contraste, em moralidade secular geral, o cuidado dos animais nasce da preocupação de ter um mundo que maximiza o bem-estar e sustenta uma teia de solidariedade.⁴¹

Desse modo, em resumo, os animais são amparados pela moralidade da beneficência. Assim, quanto mais os animais podem sentir, sofrer ou ter afeição por outros, mais será o peso das preocupações de beneficência para com eles, ou seja, as considerações de beneficência protegem os animais (que não são considerados pessoas) contra a possibilidade de serem machucados sem necessidade.⁴²

³⁹ KANT, Immanuel, *Lectures on ethics*, trad. De Louis Infield (Hackett, Indianápolis 1979), p. 240 apud JR., Hugo Tristram Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1996. p. 183.

⁴⁰ JR., Hugo Tristram Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 184.

⁴¹ Idem.

⁴² Ibidem, p. 185-186.

Atualmente há uma grande preocupação com as questões ambientais, e conseqüentemente com uma ética ambiental⁴³ o que nesta ceara, como expõe Medeiros: “a problemática existente entre as relações da ética e da ecologia é relativamente recente e complexa”.⁴⁴ A Revolução Industrial caracteriza-se pelo modo mecanicista e o chamado capitalismo que sem sombra de dúvidas trouxe consigo grandes avanços científicos e tecnológicos, todavia, conseqüências adversas apareceram no atual “mundo globalizado” constatando-se o fato de que, a natureza não sabe mais como enfrentar o consumo desenfreado e as ações invasivas do homem.

A idade média trouxe o teocentrismo, colocando Deus como o centro do Universo; com passar do tempo o poder da igreja perde força e autoridade, emergindo, a contestação de seus dogmas. O antropocentrismo surge e o homem passa a ser o centro do Universo e não há dúvidas de que ainda a proteção do meio ambiente trabalhe com a visão antropocêntrica, onde os seres humanos continuam no centro das preocupações e das leis protetivas do ambiente, entretanto, atualmente já se fala em um biocentrismo ou ecocentrismo, onde o homem faz parte do Universo, bem como os demais seres vivos, sob uma ótica de ecologia profunda, holística⁴⁵ e sistêmica,⁴⁶

⁴³ “Ética ambiental é claramente a ética denominada por Aldo Leopold em sua famosa *Ética da terra*: uma ética que lida com a relação da humanidade com a terra, as plantas, os animais que crescem nela”. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo. *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. revista e ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2002. p. 346.

⁴⁴ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 177.

⁴⁵ “A ecologia rasa é antropocêntrica, ou centralizada no ser humano. Ela vê os seres humanos como situados acima ou fora da natureza, como a fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor instrumental, ou de ‘uso’, à natureza. A ecologia profunda não separa seres humanos – ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida”. CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad. de Newton Roberval Eicheemberg. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 25.

⁴⁶ Sobre o pensamento sistêmico Capra assinala: “As idéias anunciadas pelos biólogos organizmicos durante a primeira metade do século ajudaram a dar à luz um novo modelo de pensar – o ‘pensamento sistêmico’ – em termos de conexidade, de relações, de contexto. De acordo com a visão sistêmica, as propriedades existenciais de um organismo, ou sistema vivo, são propriedades do todo, que nenhuma das partes possui. Essas propriedades são destruídas quando o sistema é dissecado, física ou teoricamente, em elementos isolados. Embora possamos discernir partes individuais em qualquer sistema, essas partes não são isoladas, e a natureza do todo é sempre diferente da mera soma de suas partes”. Idem, p. 40-41. Importa salientar

numa recíproca solidariedade universal, já que a preocupação e os problemas ambientais não têm fronteiras e envolve o Planeta. A sociedade sente a necessidade de novas normas protetivas e mais efetividade nas já existentes, assim, faz-se imperioso a reflexão das questões homem e natureza, bem como, uma reflexão ética.

Como bem nos lembra Capra, toda a questão dos valores é fundamental para a ecologia profunda. Esta é uma visão de mundo que reconhece o valor inerente da vida não-humana. Assim, todos os seres vivos fazem parte de comunidades ecológicas unidas umas às outras numa rede de interdependências. Quando essa compreensão ecológica profunda faz parte de nossa consciência do dia-a-dia, surge um sistema de ética radicalmente nova. Parece-nos também de extrema urgência introduzir padrões “ecoéticos” na ciência. Os cientistas são responsáveis por suas pesquisas, não somente intelectual, mas também moralmente.⁴⁷

Por fim, como podemos constatar, os problemas ambientais tornaram-se sólidos; onde antes somente havia ameaças de uma crise ambiental séria, hoje se consolida como uma crise real entre o homem e a natureza rumo ao esgotamento de recursos que são indispensáveis à sobrevivência do Planeta. Este anseia por mudanças, nada mais existe a nos vender os olhos, resta-nos então, reformar a base civilizacional, resgatando valores educacionais,⁴⁸ de humanidade e solidariedade entre os seres.

ainda que: “o pensamento sistêmico é ‘contextual’, o que é o oposto do pensamento analítico. A análise significa isolar alguma coisa a fim de entendê-la; o pensamento sistêmico significa colocá-la no contexto de um todo mais amplo”. Idem, p. 41.

⁴⁷ Ibidem, p. 28. Capra ainda assinala: “Geralmente, não se reconhece que os valores são periféricos à ciência e à tecnologia, mas constituem sua própria base e força motriz. Durante a revolução científica no século XVII, os valores eram separados dos fatos, e desde essa época tendemos a acreditar que os fatos científicos são independentes daquilo que fazemos, e são, portanto, independentes dos nossos valores. Na realidade, os fatos científicos emergem de toda constelação de percepções, valores e ações humanos (sic) – em uma palavra, emergem de um paradigma – dos quais não podem ser separados. Embora grande parte das pesquisas detalhadas possa não depender explicitamente do sistema de valores do cientista, o paradigma mais amplo, em cujo âmbito essa pesquisa é desenvolvida, nunca será livre de valores. Idem, p. 28.

⁴⁸ Como bem nos lembra Morin: “A reforma do espírito pela educação é uma necessidade absoluta para a reforma ética (‘trabalhar pelo pensar bem’, de Pascal) e permitiria compreender a necessidade de reforma de sociedade e de civilização. [...] A reforma ética deve ser conjugada com a reforma educativa e com a reforma da vida. Reforma ética, reforma da vida, reforma educativa e reforma social são interdependentes e alimentam-se umas das outras”. MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Trad. de Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 176.

Considerações finais

Como podemos perceber, a seara da bioética está em questionamento constante. Há visões morais, direitos, obrigações e valores que são diversos entre si e cada um advoga a sua prioridade. De fato, a fragmentação moral caracteriza a pós-modernidade; várias são as visões morais, mas estas podem encontrar sua base moral pacífica em uma bioética secular, que possa unir os estranhos morais, ou seja, aqueles que tenham visões e posturas morais diferentes e assim, resolver as controvérsias através do argumento sadio (linguagem da comunicação pacífica), buscando uma autoridade moral com jurisdição.

Tanto a moralidade secular quanto a bioética secular, estão fundamentadas nos limites da razão e da autoridade, entretanto, esta não justificará a realização coercitiva de visões e interpretações igualitárias do que é politicamente correto. Assim, a mensagem de acordo com Engelhardt, é de que precisamos aprender a ser tolerantes, mesmo no que tange a questões menos importantes que a salvação. As controvérsias morais muitas vezes parecem estar em estado de permanente de não resolução, porém elas podem ser solucionadas por meio do esclarecimento e análise conceitual ou pelo fornecimento de informações mais precisas.

Uma ética secular é uma ética que deseja proporcionar uma lógica para se comunicar através de uma pluralidade de ideologias, crenças e bioéticas (unir os estranhos morais; unir as pessoas numa mesma textura comum), desse modo, teremos uma moralidade que deixa espaço para existência de muitas outras, possibilitando assim, que também tenham o seu lugar.

É bom lembrar que a moralidade de uma bioética secular não serve comodireção para viver a vida, mas sim, uma moralidade que seja capaz de ligar as pessoas que tenham visões morais diversas para que juntas colaborem pacificamente. É de se ratificar, então, que a pluralidade deve ser mantida, tendo uma pessoa com autoridade para resolver a falta de clareza.

Os campos da bioética se alargaram e com a preocupação com a ética da vida, emerge também as preocupações em seus aspectos mais gerais, tais como as questões de uma ética que lida com a relação da humanidade com o seu ambiente, ou seja, incluindo as plantas, a terra e também com os animais.

A visão antropocêntrica, a passos lentos, parece estar se despedindo e novos paradigmas vêm norteando a relação entre homem e natureza, voltados para um ecocentrismo, onde o homem aparece como parte integrante do Universo (teia da vida), bem como os demais seres vivos, sob uma ótica de ecologia profunda, holística e sistêmica, numa recíproca solidariedade universal.

Referências

BARCHFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo. *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. revista e ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2011.

DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicação*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad. de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

JR., Hugo Tristram Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1996.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Trad. de Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.

NANOTECNOLOGIE E DIRITTI UMANI: SUL RUOLO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO*

Daniele Ruggiu**

Introduzione

Il tema dei diritti umani nel quadro delle tecnologie convergenti, e delle nanotecnologie¹ in particolare, appare nel dibattito odierno alquanto sacrificato essendo per lo più assorbito dal dibattito etico sull'impatto delle nanotecnologie e delle *emerging technologies*.² Non è improbabile che tale difficoltà nell'impostare un tema così complesso sia da imputare anche a una certa indeterminatezza che caratterizza contenutisticamente i diritti umani. Inoltre il loro essere spesso trattati nell'ambito della filosofia del diritto come diritti morali, come diritti naturali o come mere aspirazioni dell'essere umano, non ne ha certo agevolato l'affermazione nel dibattito giuridico sulle nanotecnologie. Forse anche per questa ragione i temi della sicurezza, quelli ambientali e sanitari implicati dalle nanotecnologie, oltre

135

* Questo saggio è la versione riveduta e corretta di Ruggiu D., 2011, *Diritti umani e nanotecnologie in Europa: sul ruolo della corte di Strasburgo*, in G. Guerra, M. Muratorio, E. Pariotti, M. Piccinni, D. Ruggiu (a cura di), *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Bologna, Il Mulino, p. 647-676.

** Daniele Ruggiu è dottore di ricerca in "Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti" (Università di Palermo, 2008). È attualmente collaboratore di ricercapresso il "Centro Interdipartimentale di Ricerca e Servizi per le Decisioni Giuridico Ambientali e la Certificazione Etica di Impresa" (CIGA) dell'Università di Padova per il quale si occupa di studiare i rapporto tra diritti umani e tecnologie emergenti.

¹ Le nanotecnologie consistono nella manipolazione della materia alla scala atomico-molecolare compresa, cioè, tra 1 e 100 nanometri. Un nanometro equivale a un miliardesimo di metro. Le nanoparticelle differiscono notevolmente da quelle della materia allo stato grezzo, dato che le loro caratteristiche così come la loro potenziale tossicità e ecotossicità, sono strettamente legate alla grandezza, area di superficie, strati e legami chimici tra i diversi elementi che la compongono. Le nanoscienze e le nanotecnologie, dunque, studiano e trasformano la materia a livello nanometrico al fine di far acquisire ai materiali proprietà e funzioni del tutto nuove. Cfr. Ege [2007, 13].

² Una fortunata eccezione può rinvenirsi ad es. in Brownsword [2008; 2009b].

a quello del loro difficile bilanciamento con le esigenze dell'innovazione, hanno trovato nel principio di precauzione una prima parziale e immediata risposta.

In un contesto di incertezza della regolamentazione dovuta anche ai repentini sviluppi della scienza e della tecnica in questo campo, il vantaggio di avere alcune linee guida già in parte sviluppate e strutturate gerarchicamente, come sono appunto i diritti umani, permetterebbe di rispondere con maggiore efficienza alle richieste di tutela che emergono dall'area delle nanotecnologie. In altri termini i diritti umani³ gradano già le nostre preferenze ed esistendo trattati internazionali come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu da ora in poi), hanno una dimensione perfettamente giuridica (almeno nei paesi che vi hanno aderito) e sono quindi suscettibili di essere applicati anche in settori del tutto inediti.

La nascita di continue applicazioni nel campo delle nanotecnologie (ingegneria tissutale, biologia sintetica,⁴ *neuromorphicengineering*,⁵ la nanobio-elettronica,⁶ ecc.) mostra poi come sia estremamente difficile regolamentare settori emergenti in cui le nanotecnologie rappresentano

³ Per quanto i diritti dell'uomo presentino una doppia dimensione, morale e giuridica (Pariotti [2008, 3]; Viola, Zaccaria [2001, 218]), ai fini di questo libro si intenderà per diritti umani quei diritti, e solo quelli, riconosciuti da norme internazionali espresse in dichiarazioni, trattati, protocolli (come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo [d'ora innanzi Dudu], i Patti internazionali del '66, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo [d'ora innanzi Cedu]) cui siano titolari individui, gruppi e associazioni verso lo Stato e fatti valere, laddove istituite, davanti a corti soprannazionali a carattere giurisdizionale o quasi-giurisdizionale come la Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora innanzi Corte Edu), la Corte interamericana, la Corte africana, i Comitati dell'Onu sui diritti umani etc. (v. A. Bultrini [2004] s1ed. 11-34niamo.o tra Corte Suprema e Corti nazionali possa aver senso qui sul modello della C). Cfr. Ruggiu [2012b,].

⁴ La biologia sintetica è uno sviluppo dell'ingegneria genetica che combina biologia, genomica, chimica, matematica, informatica, nanotecnologie etc. al fine di modificare gli organismi esistenti attraverso la sintesi e il design di geni artificiali o proteine, o raggiungendo nuove e utili funzioni biologiche (Ege [2009,11]. Un esempio può essere lo sviluppo di biosensori e biocomputer (piccolissimi computer ricavati da materiale biologico come molecole di Dna) in grado di reagire in termini computazionali (sulla base di una specifica sequenza di basi azotate) in presenza di biomarcatori al fine di individuare e curare specifiche malattie (Elbaz Johann *et al.* [2010]). Sulle connessioni tra nanotecnologie e biologia sintetica cfr. anche Ball [2005]. Per un'analisi del rapporto diritti umani e biologia sintetica, in relazione a salute e ambiente cfr. Ruggiu [2012 a].

⁵ Si tratta di una nuova disciplina che include le nanotecnologie e il cui scopo è quello di elaborare dei sistemi neuronali artificiali con un'architettura fisica simile ai sistemi neuronali. Cfr. ad es. Sung et al. [2010].

un aspetto indispensabile, seppure parziale e non del tutto caratterizzante dell'intero processo. In altri termini il tema della regolamentazione delle nanotecnologie non è già di per sé in grado di comprendere tutte le possibili applicazioni delle nanotecnologie. In questi casi più che una precisa regolamentazione di settore, a cui la continua evoluzione tecnologica non potrebbe che sfuggire, sarebbe meglio disporre di alcuni chiari principi guida in grado di inserirsi nel quadro di una normazione *soft*.⁷ Inoltre, sempre a favore di un'introduzione dei diritti umani nel dibattito sulle nanotecnologie, essendo già istituiti in appositi documenti aventi efficacia vincolante per gli Stati e potendosi determinare una vera e propria responsabilità a loro carico in caso di violazione, sarebbe ben strano che vi fossero degli ambiti, per quanto specifici, in cui essi non si applicassero o in cui si applicassero principi differenti ed eventualmente con loro in conflitto. È chiaro però che la loro applicabilità al settore delle nanotecnologie richiederebbe in ogni caso uno sforzo teorico ulteriore a cui l'apertura di un dibattito sul tema ha la normale pretesa di contribuire.

Il dibattito etico sulle nanotecnologie. Ladifficile traduzione del linguaggio della nanoetica nel linguaggio dei diritti

La riflessione etica nel campo delle nanotecnologie è stata contrassegnata da una certa mescolanza di umori e sentimenti spesso contrastanti e a tratti esasperati.⁸ Il dibattito inizialmente polarizzato sulle visionarie affermazioni di Drexler⁹ si è ben presto concentrato sul ruolo delle etiche di settore nel campo della nanotecnologia,¹⁰ sui problemi

⁶ La nano-bioelettronica rappresenta un nuovo settore emergente nato dalla convergenza di microelettronica, biochimica, biologia, nanotecnologie al fine di sviluppare nuove applicazioni mediche che uniscano biomateriali e le proprietà uniche dei nanomateriali sia nel campo diagnostico che terapeutico portando a definizione, ad esempio, nuove forme di biosensori con funzioni diagnostiche per il *drug screening* e l'individuazione di tossine. Cfr. ad es. Laocharoensuket *al.*[2007].

⁷ Ruggiu [2012b].

⁸ Gordijn [2005].

⁹ Drexler [1986]. In questo caso si va dal dibattito tra Drexler e Smalley sulla possibilità di dar vita a delle nanomacchine, col secondo che obietta al primo l'impossibilità fisica di costruire dei nanorobots con mani di dimensione nanometrica in grado di maneggiare atomi di analoghe dimensioni, che poi a loro volta non vi rimangono "appiccicati" (cfr. Bueno [2004]; Ferrari [2010]), alla nota questione del cd. "gray-goo scenario" in cui l'eventuale fabbricazione di nanorobots in grado di autoreplicarsi potrebbe portare alla distruzione dell'intera biosfera terrestre (cfr. Freistas [2001]).

¹⁰ Cfr. Ferrari [2010].

definitori connessi alle nanotecnologie,¹¹ sulla diversa prospettiva offerta dalla nascita delle *cd.convergingtechnologies*,¹² sul carattere o meno interdisciplinare degli studi sulle nanotecnologie,¹³ sull'ineliminabile incertezza che contrassegna questo campo,¹⁴ sulle potenziali implicazioni dello *human enhancement*,¹⁵ ecc.

Come già si nota il tema dell'implicazione dei diritti umani di fronte all'emergere di nuovi fronti disciplinari nello sviluppo delle *emergingtechnologies* tende ad andare in secondo piano. Il compito di tradurre le ansie e le preoccupazioni generate dall'insorgere e dalla diffusione delle nanotecnologie tanto nel mercato quanto nei diversi settori della ricerca scientifica è lasciato quasi esclusivamente ad un'etica che tende a non assumere il linguaggio dei diritti nel novero delle sue risorse.¹⁶

Innanzitutto l'emergere di alcuni studi che evidenziano diversi problemi tossicologici connessi all'impiego di certe nanoparticelle (ad esempio, circa i nanotubi di carbonio, Ntc, a parete singola o multipla, di ampia diffusione sul mercato,¹⁷ circa l'ossido o diossido di titanio impiegati nelle creme solari,¹⁸ circa le nanosfere d'argento d'impiego tanto nella cosmetica quanto nell'industria tessile e in alcuni prodotti per bambini,¹⁹ ecc.) hanno evidenziato subito le enormi implicazioni sia per quanto riguarda la salute (e la sicurezza dei processi di produzione) sia per quanto riguarda l'ambiente. Apparve subito evidente, infatti, che le ragioni che rendevano particolarmente interessanti le nanotecnologie potevano costituire anche un fattore di rischio non trascurabile per la salute umana e per l'ambiente in cui possono disperdersi.²⁰ Le preoccupazioni del resto divennero pressanti quando si diffuse la notizia del primo decesso dovuto

¹¹ Schummer [2007].

¹² Coenen [2007].

¹³ Schummer 2004.

¹⁴ Dupuy, Grinbaum [2004]; Brownsword [2009a].

¹⁵ Bostrom, Roache [2007]; Brownsword [2009b].

¹⁶ Plomer [2008, 845-846].

¹⁷ Cfr. Lam et al. [2004]; Poland et al. [2008]. Sui Nt va segnalato che esistono anche degli studi che avrebbero identificato un enzima umano (il myeloperossidase) contenuto nei globuli bianchi in grado di biodegradare *in vitro* i nanotubi di carbonio a parete singola (Swntc), scomponendoli in molecole di acqua e diossido di carbonio ed evitando così la formazione delle ormai note infiammazioni polmonari (Kaganet al. [2010]). Il secondo passo della ricerca consisterà nel riprodurre il processo di biodegradazione dei Swntc dentro un organismo vivente, cioè *in vivo*.

¹⁸ Zhang et al. [2007].

¹⁹ Hussain, Schlager [2009], Wise et al. [2010].

²⁰ Daloso, Spagnolo [2009]; Ruggiu [2011].

all'impiego di nanomateriali in una fabbrica di vernici cinese.²¹ Il contesto di generale incertezza scientifica circa i rischi, la metrologia la classificazione e le definizioni disponibili ecc.²² non ha fatto altro che aumentare poi le inquietudini.

Come si vede il dibattito etico è stato finora in grado di assorbire(parzialmente) e trattare autonomamente gran parte dei temi che coinvolgevano i diritti umani. I diritti umani sono però in grado di fornire un loro contributo alla regolamentazione delle tecnologie emergenti perché consentono sia la flessibilità della *soft law* che l'inderogabilità delle norme di *hard law*. I diritti umani sono, infatti, oggetto di trattati internazionali che, soprattutto a livello regionale come in Europa, obbligano in senso pienamente giuridico gli Stati aderenti al loro rispetto. Se visti poi nel quadro europeo, i diritti umani mostrano anche una capacità evolutiva in grado plasmare il loro contenuto semantico sulla base dei mutamenti della società, tra i quali possiamo includere anche quelli imposti dal progresso tecnologico e scientifico. Facendo leva sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora innanzi Corte Edu) i diritti umani sono in grado di modellare il loro contenuto normativo, trovando nel *case law* delle corti i criteri interpretativi, i paradigmi decisionali, i modelli di argomentazione che possono integrare le inevitabili deficienze cui una testualità vaga e indeterminata li condanna. In questo senso i diritti umani possono candidarsi ad assumere un ruolo di principi guida anche in settori apparentemente distanti come quello delle tecnologie emergenti senza peccare né di ineffettività per essere eccessivamente esigenti, né di un eccesso di indeterminatezza.

Innanzitutto, le questioni dello *human enhancement* e del miglioramento umano, che possono avvenire appunto anche grazie alle nanotecnologie, chiamano in causa la dignità dell'uomo. In gioco in questo caso vi sono poi anche l'autonomia del soggetto e la possibilità di poter

²¹ Tra il gennaio 2007 e l'aprile 2008 sette lavoratrici cinesi di età compresa tra i 18 e i 47 anni vennero ricoverate con difficoltà respiratorie e gravi problemi polmonari. Delle sette che avevano lavorato presso una fabbrica di vernici cinese senza alcuna protezione specifica, in un ambiente privo di finestre e senza adeguata ventilazione, due decedettero 21 mesi dopo il ricovero, in seguito a sopravvenuta insufficienza respiratoria. Lo studio del caso rivelò non specifiche effusioni pleuriche, la formazione di granulomi, fibrosi dovuta alla presenza di nanomateriali di vario tipo in una emulsione di poliacrilate (ossido di zinco, diossido di titanio, nanoparticelle d'argenti ecc. di grandezza di circa 30 nm.) Cfr. Young et al. [2009].

²² Brownsword [2009 a].

disporre liberamente del proprio corpo, che implica poi anche la libertà sessuale (ad esempio, nel caso si rivendichi la libertà di potersi modificare geneticamente), la stessa libertà di pensiero e di espressione, quando si tratti di miglioramento delle proprie capacità mentali, o infine l'eguaglianza, quando i processi migliorativi tendano a rimuovere gli ostacoli (come la disabilità) che impediscono una concreta eguaglianza sociale, oppure a creare di converso inedite situazioni di diseguaglianza. In tal senso potrebbe non essere del tutto inappropriato richiamare qui anche i diritti delle generazioni future che qualunque alterazione genetica verrebbe sacrificare. Quindi, anche il diritto di proprietà che trova nella Cedu un suo riconoscimento entra in gioco con gli aspetti della *IntellectualProperty*(Ip) che la generale brevettabilità, tanto di prodotti contenenti nanotecnologie, quanto di materiali biologici e sequenze genetiche, se non di veri e propri organismi viventi, pone.²³ Così come in gioco è la proprietà ogni qualvolta una scelta strategica di politica economica nazionale (per esempio investimenti pubblici e privati nel settore delle nanotecnologie) venga a sacrificare alcuni specifici interessi individuali. Poi le questioni relative alla *privacy* che non solo lo sviluppo nanosensori, nanomicrofoni, nanocamere, ma anche la possibilità di inserire chip o altri dispositivi nel corpo umano sia per scopi terapeutici, sia per scopi diagnostici, sia per fini meramente migliorativi, per forza di cose sollevano. In tal senso la gestione di informazioni personalissime oltre a porre problemi in termini di possibili discriminazioni, rischia di dar vita a forme di controllo del tutto inedite nelle odierne società liberal-democratiche.²⁴ Come accennato, tutte le applicazioni delle nanotecnologie

²³ Appaiono qui connesse anche altre questioni. I brevetti in particolare possono costituire un limite per lo sviluppo della stessa ricerca scientifica perché i gruppi di ricerca sono costretti a pagare le alte *royalties* per l'utilizzo di alcuni strumenti già coperti da diritti. La possibilità di brevettare materiale biologico a fronte degli sviluppi nel campo della nanomedicina aprono problemi in questo senso ancora lontani dalla soluzione. Il Global Forum HealthResearch del 1999 (un'organizzazione internazionale indipendente che ha lo scopo di dimostrare il ruolo essenziale della ricerca e dell'innovazione per la salute e l'equità sanitaria) ha osservato che solo il 10% degli investimenti in ricerca pubblica e privata sono destinati alle malattie tipiche dei paesi in via di sviluppo. In questo contesto il rischio che le ricerche nel campo nanotecnologico si collochino più sul versante del 90% destinato ai paesi più industrializzati che nel restante 10% è assai alto. Vi è dunque il pericolo che il divario tecnologico, economico e scientifico tra paesi ricchi e Terzo mondo si aggravi ulteriormente specie a fronte delle attuali regole internazionali sui brevetti e sul *copyright* che rendono più difficile per i paesi più svantaggiati e privi di adeguati mezzi finanziari ottenere tanto i brevetti quanto le licenze Cfr. Errico [2007].

²⁴ Sulla questione della *privacy* in generale si veda Rodotà [1995].

in ambito medicale possono prospettare possibili violazioni del diritto alla salute, dell'integrità personale o della vita. La produzione e lo smaltimento dei prodotti e degli scarti contenenti nanomateriali possono poi rappresentare una lesione del diritto all'ambiente. Il diritto all'informazione entra quindi in gioco ogni qualvolta si procede ad un protocollo di sperimentazione o si hanno delle applicazioni diagnostiche o terapeutiche delle nanotecnologie, ma anche quando nella commercializzazione si concentra la propria attenzione sui processi di *labelling advertising* dei prodotti.²⁵ Questi aspetti chiamano in causa ovviamente anche uno dei principi cardine dei diritti umani, quello di autonomia che rappresenta una delle architravi della Cedue che nella tutela delle figure del consumatore e del paziente può trovare un nuovo contesto di applicazione.²⁶

Intesi in questo modo, i diritti umani appaiono così in grado di tradurre giuridicamente alcuni temi classici del dibattito etico senza pretendere d'altro canto di monopolizzare il campo della riflessione morale.

Lo sviluppo tecno-scientifico e diritti umani nei documenti internazionali

Il contesto internazionale ha iniziato ad interessarsi del possibile impatto della ricerca scientifica sui diritti umani abbastanza presto, subito dopo la fine della seconda guerra mondiale. L'esperienza di Hiroshima e Nagasaki e la scoperta dei crimini nazisti nei campi di concentramento dove si portavano avanti progetti di sperimentazione genetica hanno reso manifeste le possibili implicazioni della ricerca scientifica sull'uomo. A quel tempo la fissazione di un nucleo stabile di valori cui richiamarsi apparve necessario anche in considerazione delle possibili minacce poste dal progresso scientifico. Il fenomeno della mondializzazione dei risultati della scienza convinse così gli Stati della necessità di preservare alcuni valori fondamentali come il mantenimento della pace, della sicurezza internazionali e i diritti inviolabili dell'uomo.²⁷

²⁵ Throne-Host, Rip [2011]; Throne-Host H., Strandbakken [2009].

²⁶ Per evitare gli errori commessi con le biotecnologie sarebbe essenziale coinvolgere le associazioni dei consumatori nei processi decisionali che coinvolgono le nanotecnologie. Su questo oltre a Throne-Host, Strandbakken [2009] cfr. anche Mehta [2004].

²⁷ Beghé Loreti [2006]; Andorno [2002].

A questo riguardo va ricordato il Preambolo della Carta delle Nazioni Unite²⁸ in cui gli Stati affermano la loro fede nei diritti umani e nella dignità e nel valore della persona umana connettendo il godimento dei diritti dell'uomo alle idee fondamentali di eguaglianza e di non discriminazione. Non a caso il concetto di dignità della persona umana e l'idea di eguaglianza di tutti gli uomini rappresentano le due linee guida in questo ambito, che troveranno poi espressione nel Preambolo della Dichiarazione universale del '48.²⁹ Si tratta, quest'ultimo, di un testo, giuridicamente non vincolante, che afferma per la prima volta il carattere universale, inviolabile e indivisibile dei diritti umani.

Nella Dichiarazione universale, che rappresenta il punto d'inizio del processo di cooperazione internazionale sui diritti umani, il principio di autonomia viene intrecciato a doppio filo con l'integrità e la corporeità della persona. Col principio di autonomia siamo al cuore della ricerca biomedica. Il Patto internazionale dei diritti civili e politici³⁰, che carattere vincolante possiede, sancisce d'altro canto l'obbligatorietà del consenso libero e informato. Parallelamente in ambito biomedico il Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali³¹ afferma il diritto a godere dei benefici del progresso scientifico, da non confondersi con la libertà di ricerca affermata nel solo ambito comunitario.³² A questo proposito la Dichiarazione di Helsinki dell'Associazione Medica Mondiale³³ stabilisce alcuni principi fondamentali tra cui il principio del consenso libero e informato, per cui si richiede un'informazione completa sui rischi connessi, scopi, metodi della ricerca, benefici, tutela dell'integrità del paziente ecc.

²⁸ Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), *Carta delle Nazioni Unite* adottata a S. Francisco 26 giugno 1945 (entrata in vigore il 24 ottobre 1945).

²⁹ Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* adottata a New York il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

³⁰ Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), *Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici* adottato a New York il 6 dicembre, 1966 (entrato in vigore il 23 marzo 1976).

³¹ Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), *Patto Internazionale dei Diritti Economici, Sociali e Culturali* adottato a New York il 6 dicembre, 1966 (entrato in vigore il 3 gennaio 1976).

³² Cfr. Ruggiu [2012b, 36].

³³ Associazione Medica Mondiale (Amm), *Dichiarazione di Helsinki, Principi etici per la ricerca medica che coinvolge soggetti umani*, adottata a Seoul nell'ottobre 2008.

Lo stretto legame tra diritti e ricerca scientifica è stato ricordato diverse volte dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite. In tal senso il 1968 rappresenta una data spartiacque, quando con la Conferenza di Teheran gli Stati riconobbero che tutte le possibili implicazioni del progresso scientifico potevano impattare negativamente i diritti dell'uomo. Con la Dichiarazione di Teheran³⁴, infatti, si affermò che il progresso della scienza e della tecnica può sì ampliare le possibilità per la società, l'economia, la cultura e la conoscenza umana, ma può anche mettere in pericolo gli stessi diritti umani. Per questo apparve necessario avviare subito studi interdisciplinari e porre la massima attenzione ai seguenti aspetti: la protezione della *privacy*, la tutela della persona umana e della sua integrità psico-fisica, l'eventualità di stabilire limitazioni d'uso per quanto riguarda l'elettronica nei paesi democratici, un rapporto più equilibrato tra progresso tecno-scientifico e avanzamento intellettuale, spirituale, culturale e morale dell'umanità.³⁵

Dopo una breve parentesi avutasi con la Risoluzione 3384 (XXX) del '75 in cui l'attenzione si spostò dagli individui che possono subire gli esiti negativi della R&S agli Stati quali garanti della pace, della sicurezza internazionali e particolarmente obbligati al rispetto delle altrui autonomie e sovranità, il 1983 segna un'ulteriore svolta nel panorama internazionale. Con le Risoluzioni 38/112 e 113 su "I diritti umani e il progresso della scienza e della tecnica" e la successiva Risoluzione 1999/63 su "I diritti umani e la bioetica" del '99 si stabilì che il progresso tecno-scientifico dovesse aumentare il rispetto per i fondamentali diritti dell'uomo sviluppando nuove norme per le scienze della vita, codici etici, dando vita ad organi specializzati dell'Onu, invitando parimenti le altre organizzazioni internazionali non-governative a collaborare col Segretario generale in relazione alle possibili misure necessarie per il rispetto dei diritti umani etc. Col crescere della sensibilità internazionale sulle questioni della salute e dell'ambiente, nel 1986 aumentò la consapevolezza che le implicazioni negative e positive dello sviluppo scientifico non sono altro che due facce della stessa medaglia (Risoluzione 1986/9), per questa ragione si iniziò a pretendere la massima vigilanza sulle sue possibili conseguenze negative.

³⁴ Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), *Dichiarazione di Teheran, Atto finale della Conferenza Internazionale sui Diritti Umani*, 22 aprile 13 maggio 1968.

³⁵ Ogata 1990.

Anche in quest'ottica va letta la Dichiarazione di Rio del '92³⁶ in cui le idee di sviluppo sostenibile e di approccio precauzionale trovarono una prima formulazione. Col principio 15 si afferma, infatti, che l'approccio precauzionale deve essere ritenuto obbligatorio quando una minaccia all'ambiente appare grave e irreversibile.³⁷ Col susseguente Protocollo di Cartagena³⁸ il principio di precauzione venne esteso poi al campo delle biotecnologie. Nel diritto comunitario il principio di precauzione è espressamente richiamato in materia ambientale tant'è che l'articolo 191 (2), ex articolo 174, del Trattato sull'Unione europea (Teu-L),³⁹ trova applicazione ogni qualvolta esistano sufficienti ragioni di temere potenziali effetti dannosi per l'ambiente, la salute degli esseri umani e pure della popolazione animale e vegetale⁴⁰ ed in questo senso ha potuto estendersi anche in ambito sanitario. Ed è in questa accezione che il principio di precauzione è assunto a grande interprete, soprattutto in Europa, del delicato rapporto uomo-progresso tecno-scientifico.

Dopo questo momento l'interesse per gli sviluppi dell'ingegneria genetica salirono alla ribalta della comunità internazionale. Con la Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani adottata dall'Unesco nel '97,⁴¹ pur non vincolante, si sancì la contrarietà degli interventi sulla linea germinale alla dignità dell'uomo, si proibì la discriminazione degli individui su base genetica e si dichiarò solennemente il genoma umano patrimonio dell'umanità. A questo proposito non risultano parimenti ammesse alcune pratiche contrarie alla dignità della persona come la clonazione degli esseri umani. Tant'è che la successiva Dichiarazione sulla clonazione umana dell'Onu del 2005⁴² venne a proibire le attività di clonazione umana considerandole contrarie alla dignità dell'uomo e al diritto alla vita, invitando conseguentemente gli Stati ad adottare tutte le misure necessarie contro quelle pratiche dell'ingegneria

³⁶ Unced, *Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo*, 3-14 giugno 1992.

³⁷ Marino [2011, 90 nt. 18].

³⁸ Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), *Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza alla Convenzione sulla Diversità Biologica* del 29 gennaio 2000. L'Unione europea e tutti i paesi membri hanno ratificato il protocollo.

³⁹ Manfredi, [2005].

⁴⁰ Botero [2005].

⁴¹ Unesco, *Dichiarazione Universale sul genoma Umano e i Diritti Umani* adottata dalla Conferenza Generale dell'Unesco l'11 novembre 1997 e successivamente recepita dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1998.

⁴² Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), *Dichiarazione sulla Clonazione Umana*, adottata il 24 febbraio 2005 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

genetiche in contrasto proprio con la dignità dell'uomo. A questo proposito la Dichiarazione dell'Unesco sui dati genetici umani del 2003,⁴³ anno in cui lo Human Genome Project venne portato a termine con la decodificazione di tutto il Dna umano, pur riconoscendo che ogni individuo ha delle proprie caratteristiche genetiche, riconobbe che l'identità della persona, venendo a coinvolgere fattori culturali, ambientali ed emotivi, non può essere in alcun modo ridotta al mero insieme delle caratteristiche genetiche. Al termine di questo percorso nel 2005 l'Unesco adottò la Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani⁴⁴ con cui, sulla scorta della Convenzione di Oviedo, si fissarono a livello internazionale alcune linee guida comuni a tutti gli Stati nel campo della medicina e delle scienze della vita.

Il panorama europeo è dominato dai due pilastri della Carta dei diritti fondamentali⁴⁵ e della Convenzione di Oviedo.⁴⁶ Tralasciando per un attimo la Convenzione di Oviedo, la Carta dell'Unione europea si caratterizza per un profilo estremamente al passo coi tempi, con un interesse del tutto nuovo per le applicazioni della scienza e il loro possibile impatto sull'uomo.

Va detto subito che i diritti umani sono da tempo applicati dalla Corte di Lussemburgo quali principi generali del diritto comunitario e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona a fine 2009 che ha dotato di efficacia vincolante la Carta, secondo l'opinione di alcuni,⁴⁷ quegli stessi diritti da tempo riconosciuti in ambito Ue sarebbero diventati ora più visibili. In realtà il Trattato di Lisbona avrebbe introdotto alcune novità significative sia dal punto di vista formale⁴⁸ sia sostanziale.⁴⁹ Dal primo punto di vista,

⁴³ Unesco, *Dichiarazione Universale sui Dati Genetici Umani*, adottata dalla Conferenza Generale dell'Unesco il 16 ottobre 2003.

⁴⁴ Unesco, *Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani*, adottata per acclamazione il 19 Ott. 2005 dalla 33^a sessione della Conferenza generale.

⁴⁵ Unione europea, 2000, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* adottata a Nizza il 7 Dic. 2000 adattata a Strasburgo il 12 Dic. 2007 ed entrata in vigore con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° Dic. 2009.

⁴⁶ Consiglio d'Europa, 1997, *Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina* (Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina) (STCE No. 164) adottata ad Oviedo il 4 Apr. 1997 entrata in vigore il 1° Dic. 1999.

⁴⁷ Pernice [2008].

⁴⁸ Feliziani [2011, 25].

⁴⁹ Ruggiu [2012b]

si sarebbe prodotto un rimodellamento delle fonti comunitarie attribuendo alla Carta la stessa forza dei trattati. I diritti prima richiamati come principi generali delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri, ora sarebbero *direttamente* richiamabili in quanto enucleati dalla Carta.⁵⁰ Questi diritti sarebbero poi implementabili attraverso il previsto processo di accessione delle Ue alla Cedu.⁵¹ Si sarebbe infine verificata una rimodulazione dei rapporti tra la Corte di giustizia dell'Unione Europea (d'ora innanzi Corte Geu) e le diverse corti nazionali che sarebbero ora chiamate a valutare la compatibilità tra le legislazioni nazionali e la Carta, disapplicandole in caso di contrasto o sollevando di fronte alla Corte una questione pregiudiziale. Dal punto di vista sostanziale, le novità coinvolgerebbero contenuto (ci sono alcuni diritti fondamentali, come la libertà di ricerca scientifica che non trovano analoga formulazione nei documenti internazionali sui diritti umani), struttura (i diritti fondamentali vengono affermati nel seno della Carta come equiordinati ad altri interessi pubblici che diritti umani non sono, es. la libera circolazione dei beni) e tratto (la dignità umana è affermata come un autonomo diritto fondamentale, mentre nei documenti sui diritti umani appare come il valore sottostante di tutta l'architettura dei diritti umani).⁵²

Già nel Preambolo la Carta riconosce i valori universali della dignità, della libertà, dell'eguaglianza e della solidarietà ponendo così la persona al centro dell'architettura comunitaria anche rispetto alle possibili applicazioni in campo biomedico. Se l'articolo 1 dichiara la dignità inviolabile facendone un vero e proprio diritto soggettivo e come tale azionabile⁵³, l'articolo 3 difende l'integrità personale specificando che nell'ambito della biomedicina deve essere particolarmente rispettato il consenso libero e informato, vietando di converso le pratiche eugenetiche

⁵⁰ Il primo caso ad aver richiamato direttamente i diritti della Carta è in tal senso judgment of the Court of Justice *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* (Case C-555/07) 19 January 2010 OJ C 63, 13.3.2010, p. 4-4.

⁵¹ Articolo I-6 §2 del Trattato di Lisbona (Teu-L). Conseguentemente il 17 marzo 2010 la Commissione ha proposto una direttiva di negoziazione per l'accessione della Ue alla Cedu che dovrebbe unificare le due giurisdizioni europee sotto un unico organo giurisdizionale (la Corte Edu). Quindi il 3 e 4 giugno il Consiglio dell'Ue ha dato mandato per la summenzionata accessione della Ue.

⁵² In tal senso la Carta Ue segna un momento di discontinuità che porta a distinguere diritti fondamentali e diritti umani. Cfr. Ruggiu [2012b, 91-92]

⁵³ Un caso emblematico dell'applicazione dell'idea di dignità quale autonomo diritto soggettivo in ambito comunitario è il caso *Brüstle*. Cfr. judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) *Oliver Brüstle v Greenpeace e V* (Case C-34/10) 18 October 2011, non ancora pubblicata.

finalizzate in particolare alla selezione delle persone, escludendo poi che il corpo e le sue parti possano essere resi fonte di lucro e vietando infine la clonazione riproduttiva. La modernità della Carta si ritrova anche nella formulazione del principio di eguaglianza che vieta, appunto, ogni discriminazione non solo sulla base del sesso, razza, colore della pelle, classe sociale, lingua, religione, fede, opinione politica e pensiero etc., ma anche sulla base delle caratteristiche genetiche dell'individuo che possono veicolare, grazie allo screening genetico e alle nuove frontiere del *genetic testing*, nuove forme di diseguaglianza tanto nel lavoro quanto da parte delle compagnie assicurative (art. 21,1). In questo senso l'articolo 8 protegge poi i dati di carattere personale che possono sfuggire nella sperimentazione biomedica dalla sfera di controllo dell'individuo. Infine è rimarcabile che la Carta riconosca, al contrario di tutti i documenti del Consiglio d'Europa, la libertà di ricerca scientifica come diritto (art. 13) e in questo senso perfettamente bilanciabile con gli altri diritti umani, introducendo così un elemento di discontinuità rispetto a tutti i documenti sui diritti umani.

Il Consiglio d'Europa e le nanotecnologie

Va subito precisato che l'ambito del Consiglio d'Europa non presenta alcun documento nel campo delle nanotecnologie. Da questo punto di vista l'Unione europea appare di gran lunga più avanti sul piano dell'attenzione riservata ai più recenti sviluppi della tecnologia (biotecnologie, nanotecnologie etc.). La valutazione però cambia una volta che all'atto pratico si consideri la diversa incidenza che i due sistemi possano avere sulle tecnologie emergenti nella protezione dei diritti umani. Da questo punto di vista quello messo in piedi nell'ambito del Consiglio d'Europa è un meccanismo di grande efficienza in grado di dire la sua anche nel caso delle tecnologie emergenti, comprese le nanotecnologie.

In generale va notato che l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha riservato sin dagli anni ottanta un certo interesse al campo dell'ingegneria genetica, cosa che con la convergenza di diversi settori disciplinari, tra cui proprio le nanotecnologie, al fine di dar vita a nuovi ambiti disciplinari come la biologia sintetica, la genomica sintetica etc. porta a guardare con occhi diversi la rilevanza di quanto prodotto nell'ambito anche del Consiglio d'Europa. In tal senso il parallelismo tra biotecnologie e biologia sintetica può servire da ponte anche per le nanotecnologie in questi ambiti ben specifici.

Dopo la Raccomandazione dell'83 *sull'ingegneria genetica*, è intervenuta circa dieci anni dopo una nuova Raccomandazione *sulle biotecnologie e le conseguenze per l'agricoltura* con cui si esprime la preoccupazione che le biotecnologie in campo agricolo possano portare alla creazione di animali e piante che possano avere effetti negativi non voluti sull'ecosistema, per questo si invita l'adozione di una convenzione sugli aspetti bioetici delle biotecnologie in campo agricolo e alimentare. Inoltre s'invitano gli Stati a ratificare la Convenzione di Rio sulla biodiversità e ad implementare il *riskassessment* per quanto riguarda le biotecnologie.

Il rapporto tra proprietà intellettuale e biotecnologie è invece il cuore della Raccomandazione del 20 settembre 1999, dove si invita all'adozione di una normativa sui brevetti in grado di incentivare le invenzioni biotecnologiche, ma si richiede anche agli scienziati di lavorare nel rispetto della Convenzione di Rio de Janeiro garantendo tanto il libero accesso alle informazioni genetiche quanto l'interesse dei paesi in via di sviluppo a fruire del progresso biotecnologico. Inoltre, dopo aver esortato a ratificare in fretta la Convenzione del Consiglio d'Europa per l'unificazione di certi punti delle leggi sul diritto d'invenzione⁵⁴ e a sviluppare un codice etico per chi si occupa di ricerca, si esprime il convincimento che i geni derivati da piante, animali o esseri umani non debbano essere considerati invenzioni, né tanto meno oggetto di monopoli garantiti da brevetto, mostrando come la tutela delle ragioni del mercato debba comunque trovare dei limiti non valicabili.

Nel 2000 l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa venne a chiedere in una nuova raccomandazione (Racc. 1468) un maggiore approfondimento delle questioni etiche implicate dall'uso delle biotecnologie e un maggior coinvolgimento del pubblico esortando di contro i governi ad adottare il principio di precauzione e a dar vita ad una convenzione sulle biotecnologie.

L'anno seguente una nuova raccomandazione (Racc. 1512) dell'Assemblea s'inserì sulla stessa linea della Dichiarazione universale del genoma umano e i diritti umani invitando ad assumere la dignità dell'uomo quale principio guida e ad implementare la Convenzione di Oviedo.

⁵⁴ Consiglio d'Europa, 1963, *Convenzione sull'unificazione di taluni elementi del diritto dei brevetti d'invenzione* (STCE No. 047) adottata a Strasburgo il 27 Nov. 1963 ed entrata in vigore il 1° Ago. 1980.

Il carattere trasversale delle nanotecnologie consente di ritenere rilevanti una serie di documenti internazionali del Consiglio d'Europa che vanno dall'Accordo europeo sullo scambio di sostanze terapeutiche di origine umana del '58,⁵⁵ all'Accordo europeo sullo scambio di tessuti-reagenti del '74,⁵⁶ alla già citata Convenzione per l'unificazione di taluni elementi del diritto sul brevetto d'invenzione del '63,⁵⁷ alla Convenzione sull'elaborazione di una farmacopea europea dell'anno seguente,⁵⁸ alla Convenzione contro il doping,⁵⁹ sino alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del '50 (Cedu)⁶⁰ che rappresenta il vertice di tutta l'elaborazione normativa in questo ambito.

La Convenzione dei diritti umani e la biomedicina e i suoi Protocolli

Come già detto è la Convenzione di Oviedo il più avanzato tentativo del Consiglio d'Europa di raccogliere la sfida lanciata in campo biomedico dal progresso scientifico. In tal senso le diverse applicazioni della nanomedicina rendono questo testo particolarmente interessante. L'idea base che vi sta dietro è la definizione di alcuni principi guida attraverso lo strumento di una convenzione cui avrebbero dovuto seguire alcuni protocolli di carattere maggiormente specifico in grado di integrarne il contenuto. Alcuni di questi sono già entrati in vigore (quello sul divieto di clonazione umana,⁶¹ ad esempio, quello sui trapianti di origine umana⁶² e

⁵⁵ Consiglio d'Europa, 1958, *Accordo europeo concernente lo scambio di sostanze terapeutiche di origine umana* (STCE No. 026) adottato a Parigi il 15 Dic. 1958 ed entrato in vigore il 1° Gen. 1959.

⁵⁶ Consiglio d'Europa, 1974, *Accordo europeo sullo scambio di reattivi per la determinazione dei gruppi tissulari* (STCE No. 084) adottato a Strasburgo il 17 Set. 1974 ed entrato in vigore il 23 Apr. 1977.

⁵⁷ Consiglio d'Europa, 1963, *Convenzione sull'unificazione di taluni elementi del diritto dei brevetti d'invenzione* (STCE No. 047) adottata a Strasburgo il 27 Nov. 1963 ed entrata in vigore il 1° Ago. 1980.

⁵⁸ Consiglio d'Europa, 1964, *Convenzione concernente l'elaborazione di una farmacopea europea* (STCE No. 050) adottata a Strasburgo il 22 Lug. 1964 ed entrata in vigore il 8 Mag. 1974.

⁵⁹ Consiglio d'Europa, 1989, *Convenzione contro il doping* (STCE No. 135) adottata a Strasburgo il 16 Nov. 1989 ed entrata in vigore il 1° Mar. 1990.

⁶⁰ Consiglio d'Europa, 1950, *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (STCE No. 005) adottata a Roma il 4 Nov. 1950 ed entrata in vigore il 3 Set. 1959.

⁶¹ Consiglio d'Europa, 1998, *Protocollo addizionale sul divieto di clonazione di esseri umani* (STCE No. 168) adottato a Parigi il 12 Dic. 1998 ed entrato in vigore il 1° Mar. 2001.

⁶² Consiglio d'Europa, 2002, *Protocollo addizionale relativo al trapianto di organi e tessuti di origine umana* (STCE No. 186) adottato a Strasburgo il 24 Gen. 2002 ed entrato in vigore il 1° Mag. 2006.

quello sulla ricerca biomedica),⁶³ altri sono ancora in attesa del numero di ratifiche necessario (quello sui test genetici per uso sanitario),⁶⁴ altri ancora sono solo in cantiere o hanno trovato un'altra via regolatoria (ad es. quello sugli xenotrapianti).⁶⁵

In essa vengono fissati tre livelli di protezione a seconda che oggetto della tutela sia l'individuo come singolo, come parte del genere umano, o l'individuo come parte della platea del pubblico che deve essere coinvolta maggiormente nelle questioni inerenti il progresso scientifico.⁶⁶ Lo scopo della Convenzione è proteggere la dignità dell'uomo dagli usi distorti della biologia e della medicina. Non a caso si tratta del primo testo in cui (nell'ambito del Consiglio d'Europa) si è esplicitamente fatto riferimento al concetto di dignità quale valore fondante l'intero sistema dei diritti umani.⁶⁷ Non è invece riconosciuta, a differenza della Carta dell'Unione europea, la libertà di ricerca scientifica come diritto, questo perché qui si era consapevoli che gli interessi che si celano dietro il progresso scientifico possono ben collidere con il superiore interesse di protezione dei diritti umani. Non a caso l'art. 2 decreta la priorità dell'interesse e del benessere dell'essere umano sul "solo" interesse della società e della scienza, mentre l'art. 15 assoggetta la libertà di ricerca scientifica nel campo della biologia e della medicina al rispetto delle norme della Convenzione di Oviedo e delle altre norme poste a protezione dell'essere umano. In tal senso si potrebbe anche sostenere che la subordinazione degli interessi della società al benessere dell'essere umano sia assoluta.⁶⁸ In realtà la questione è più complessa. L'indicazione del "solo" interesse della società e della scienza suggerisce che in concorrenza con altri interessi, come la protezione della salute pubblica, alcune restrizioni al godimento dei diritti umani possono essere previste. In questo caso i diritti sanciti dalla Convenzione possono essere posposti solo mediante restrizioni previste dalla legge, che risultino poi necessarie in una società democratica, e che siano stabilite nell'interesse della sicurezza pubblica, per la prevenzione del crimine, per la protezione

⁶³ Consiglio d'Europa, 2005, *Protocollo addizionale relativo alla ricerca biomedica* (STCE No. 195) adottato a Strasburgo il 25 Gen. 2005 ed entrato in vigore il 1° Set. 2007.

⁶⁴ Consiglio d'Europa, 2008, *Protocollo addizionale relativo ai test genetici a scopo medico* (STCE No. 203) adottato a Strasburgo il 27 Nov. 2008 e non ancora entrato in vigore.

⁶⁵ Recommendation RE (97) 15 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on *xenotransplantations* adopted on 1997

⁶⁶ C. de Salvia [2000].

⁶⁷ La Carta dell'Unione europea, come si è visto, invece, ha optato per una soluzione diversa.

⁶⁸ Foà [1998].

della salute pubblica o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui (art. 26).

Mancano tanto una definizione di essere umano quanto quella di persona. In generale si ritiene che nel concetto di essere umano vi rientri anche l'embrione, mentre, anche in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, possano rientrare nel concetto di persona solo le persone già nate.⁶⁹

Si stabilisce che l'accesso alle cure mediche debba essere equo (art. 3), mentre si prevede che ogni intervento di carattere sanitario e a scopo di ricerca debba essere condotto nel rispetto degli obblighi e degli standard professionali, inclusi i codici etici aprendo così a forme di eterointegrazione normativa (art. 4). L'art. 5 sancisce il principio base dell'autonomia e del consenso libero ed informato, che può essere ritirato in qualunque momento.

Una speciale attenzione viene riservata alle questioni dell'ingegneria genetica. Integrando l'art. 14 della Cedu, l'art. 11 della Convenzione di Oviedo vieta ogni discriminazione della persona sulla base del suo patrimonio genetico. Ma va segnalato che, a differenza della Dichiarazione universale sul genoma umano dell'Unesco, qui manca una disposizione che dichiari il genoma patrimonio universale del genere umano. Sempre a questo riguardo il Protocollo addizionale del '98 vieta la creazione di esseri umani geneticamente identici ad un altro essere umano, vivo o morto che sia (art. 1). L'art. 12 della Convenzione di Oviedo vieta poi i test genetici predittivi per scopi diversi da quelli medici o di ricerca e salva consulenza genetica appropriata. Si vieta inoltre, a protezione dell'individuo, che i test genetici possano far parte di un contratto di assicurazione o di lavoro. Il Protocollo addizionale sui test genetici integra infine l'art. 11 della Convenzione proibendo ogni stigmatizzazione fatta in ragione delle differenze genetiche (art. 4). Il medesimo Protocollo difende poi la *privacy* integrando così gli articoli 10 (libertà di espressione) e 8 (vita privata e familiare) della Cedu.

La convenzione di Oviedo dà una speciale considerazione ai diritti delle future generazioni. L'art. 13 prevede, infatti, che gli interventi diretti a modificare il genoma umano siano ammissibili nei soli limiti di quelli fatti a carattere preventivo o eseguiti per scopi diagnostici e terapeutici e,

⁶⁹ C. de Salvia [2000]; Byk [1999].

comunque, non diretti a modificare il genoma dei discendenti.⁷⁰ Sempre a questo proposito le tecniche di procreazione assistita non possono essere ammesse se lo scopo è quello di selezionare il sesso del nascituro. Infine il Protocollo addizionale del 2001 vieta la clonazione umana riproduttiva.

L'art. 21 fa divieto di commercializzazione del corpo umano o parti di esso, il che non proibisce la vendita di prodotti farmaceutici di origine umana (es. sangue e suoi derivati). È vietato invece lo stoccaggio di parti di essere umani rimosse durante un intervento e per scopi diversi da quelli per cui sono state rimosse e salve le procedure a tutela del consenso del paziente.

Il Protocollo addizionale sulla ricerca biomedica garantisce la dignità e l'identità dell'essere umano senza alcuna discriminazione. Il Protocollo, che non si applica alla ricerca su embrioni sia *in vivo* che *in vitro*, ribadisce il primato del benessere della persona che partecipa alla ricerca biomedica sopra il "solo" interesse della società e della scienza (art. 3). Si sancisce il principio del consenso libero e informato (art. 13) e protegge diverse categorie di persone in ragione delle loro vulnerabilità (es. persone incapaci di esprimere il consenso, donne incinte, persone in situazione di emergenza clinica, oppure private della libertà etc.). È degno di nota che il Protocollo protegga anche le persone di Stati terzi (in particolare paesi in via di sviluppo) che partecipino a protocolli di sperimentazione. Il Protocollo sancisce poi il diritto alla riservatezza sui dati personali e all'accessibilità a tutte le informazioni relative alla persona coinvolta nella ricerca biomedica (artt. 25, 26). Viene inoltre affermato il principio di proporzionalità tra rischi e benefici (i rischi non devono essere sproporzionati) e il principio in forza del quale deve esserci un esame multidisciplinare da parte di comitati scientifici e etici sul merito, sugli scopi e le implicazioni etiche della ricerca (artt. 7, 8, 9).

La nota dolente della Convenzione di Oviedo viene però dalle sue limitate capacità di *enforcement*. Gli Stati parte, infatti, devono vegliare sulle questioni fondamentali sollevate dallo sviluppo della biologia e della medicina. Parallelamente il Segretario generale del Consiglio d'Europa

⁷⁰ Si vietano così gli interventi sulla linea germinale che, a differenza di quelli sulle cellule somatiche che possono coinvolgere solo la persona oggetto del trattamento, comportano variazioni in grado di passare alle generazioni successive attraverso modifiche alle cellule germinali (gameti), o su embrioni allo stadio precedente la loro differenziazione (Andorno [2002]).

controlla l'applicazione della Convenzione di Oviedo, mentre la Corte di Strasburgo può fornire solo dei pareri sull'interpretazione delle sue norme. Manca dunque un meccanismo contenzioso tout court.

La questione della tutela dei diritti a carattere economico-sociale da parte della Corte Edu

Il progresso scientifico può coinvolgere vecchi diritti (la *privacy*, il principio di autonomia, il diritto all'invulnerabilità del proprio corpo, la vita etc.), diritti di seconda e terza generazione (il diritto alla salute e il diritto all'ambiente) e diritti di ultima generazione (es. i diritti delle generazioni future etc.). In generale però si può dire che proprio i classici diritti di libertà siano maggiormente sollecitati dal progresso tecnologico acquisendo e sviluppando nuove accezioni, mostrando limiti e momenti di debolezza prima ignorati.⁷¹

Per quanto riguarda la dimensione economico-sociale dei diritti umani soprattutto due diritti possono essere maggiormente coinvolti dallo sviluppo tecno-scientifico: il diritto alla salute e il diritto all'ambiente che non sono diritti civili e politici. Il fatto è che la Cedu, a differenza della Carta dei diritti fondamentali, difende i soli diritti civili e politici, mentre esiste la Carta Sociale Europea (d'ora innanzi Cse)⁷² per i diritti economico-sociali che però non prevede, al contrario della Cedu, alcuna *compulsory jurisdiction*.

Innanzitutto nell'ambito della Cse i diritti possono essere accettati e riconosciuti dagli Stati parte come fini delle loro politiche sociali. In tal senso avrebbero la stessa valenza di mere norme programmatiche. Nella prima parte della CSE gli Stati si obbligano a realizzare le condizioni sociali per l'affermazione dei diritti ivi espressi, mentre nella seconda i diritti vengono elencati. A questo proposito vanno particolarmente tenuti presente per i nostri scopi il diritto alla salute (art. 11), il diritto a sane e sicure condizioni lavorative (art. 3) e il diritto all'assistenza medica (art. 13).

Come accennato la Carta difetta sostanzialmente di efficacia.⁷³ Tant'è che secondo l'art. A della Parte III (della versione rivista della Carta) le

⁷¹ Ruggiu [2012b].

⁷² Consiglio d'Europa, 1961, *Carta Sociale Europea*(STCE No. 35) adottata a Torino il 18 Ott. 1961 ed entrata in vigore il 26 Feb. 1965, riveduta a Strasburgo (STCE No. 163) il 3 Mag. 1996 ed entrata in vigore il 1° Lug. 1999.

⁷³ Foà [1998]; Olivieri [2008].

parti si impegnano ad adottare tutte le appropriate misure per assicurare almeno sei articoli tra una serie di diritti dal cui novero manca proprio il diritto alla salute. Gli Stati devono poi considerarsi vincolati anche verso un numero supplementare di articoli della Parte II della Cse.⁷⁴ Manca come si è detto un meccanismo di *enforcement* in grado di assicurare i diritti della Carta.⁷⁵ Le Parti devono provvedere alla comunicazione periodica di un report sull'applicazione della Carta al Segretario generale. Con il Protocollo addizionale del '95⁷⁶ si è introdotto il sistema dei ricorsi collettivi delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e delle imprese (art. D della Parte III della versione rivista della Carta). Le organizzazioni nazionali e internazionali rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro e le Ong internazionali possono presentare ricorsi a un comitato di esperti lamentando l'insoddisfacente applicazione della Carta. Questo comitato dovrà presentare un report al Comitato dei Ministri sulla cui base questo, a sua volta, adotterà a maggioranza una risoluzione.⁷⁷

La tutela par ricochet nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

La mancanza di un organo con funzione contenziosa tanto per la Convenzione di Oviedo quanto per la Cse impone una riflessione più attenta sul ruolo della Corte Edu all'interno del Consiglio d'Europa. La Corte di Strasburgo, per quanto svolga anche una funzione interpretativa all'interno della Convenzione di Oviedo, non è un organo del Consiglio d'Europa ma della Cedu, rispetto alla quale ha appunto una *compulsory jurisdiction*. In tutte le altre convenzioni la Corte non ha invece nessun ruolo. La Convenzione di Oviedo è, infatti, l'unico esempio di cooperazione di questo tipo all'interno del sistema del Consiglio d'Europa.⁷⁸

⁷⁴ Il numero di articoli cui una Parte si obbliga non deve essere inferiore a sedici oppure a sessantatre paragrafi.

⁷⁵ Foà [1998]; Olivieri [2008].

⁷⁶ Consiglio d'Europa, 1995, *Protocollo addizionale relativo alla CSE su un sistema di reclamo collettivo* (STCE No. 158) adottato a Strasburgo il 9 Nov. 1995 ed entrato in vigore il 1° Lug. 1998. Cfr. Olivieri 2008.

⁷⁷ Olivieri [2008].

⁷⁸ Gitti [1998]. Non va confusa però la funzione consultiva della Corte prevista in ambito convenzionale ex art. 47 Cedu con la funzione interpretativa attribuita alla stessa Corte dalla Convenzione di Oviedo ex art. 29. Si tratta in tal senso di due ruoli diversi previsti in due diversi ambiti del Consiglio d'Europa.

Se le norme della Convenzione di Oviedo non possono essere richiamate direttamente dalla Corte di Strasburgo nell'ambito della sua giurisdizione contenziosa, interpretativamente possono però far valere il loro peso (ad es. applicando il principio di non discriminazione anche ai casi di discriminazione su base genetica). Ciò che non è possibile, è richiamarle in via diretta. In questo modo si verrebbe a scavalcare la volontà degli Stati firmatari della Convenzione di Oviedo attribuendo ad un organo consultivo una funzione contenziosa che non si ritrova né nel testo della Convenzione, né in alcun altro Protocollo. Questo tra l'altro comporterebbe che essendo la Convenzione di Oviedo aperta alla firma di Stati terzi rispetto alla Cedu (es. Usa)⁷⁹, questi verrebbero a trovarsi sotto la giurisdizione di un organo della Cedu senza aver mai sottoscritto alcun accordo internazionale in proposito.⁸⁰

Quanto detto non deve però portare a concludere che le violazioni dei diritti umani nel campo della biomedicina non possano essere sanzionate. Nonostante i suoi limiti *rationemateriae erationepersonae*, la Corte è perfettamente in grado d'intervenire in questo ambito.

Esiste, infatti, una consolidata giurisprudenza della Corte che ritiene che le violazioni dei diritti civili e politici garantiti dalla Cedu possano avere altresì delle implicazioni economico-sociali⁸¹ e per questa via si è giunti ad affermare tanto il diritto alla salute, quanto il diritto all'ambiente, pur non essendo esplicitamente richiamati nel testo della Convenzione europea.⁸² Attraverso la protezione indiretta (*par ricochet*) altre norme di altre convenzioni del Consiglio d'Europa, *in primis* la Convenzione di Oviedo, possono quindi rientrare in gioco. La Cedu è, infatti, uno strumento dinamico che va interpretato alla luce degli sviluppi della società, anche in ambito tecno-scientifico, acquisendo attraverso la giurisprudenza della Corte Edu delimitazioni anche inedite.

In tal senso il contenuto semantico dei diritti nell'ambito della Cedu va visto come il risultato della combinazione di una testualità di per sé scarna e insufficiente e dell'attività di delimitazione e specificazione della

⁷⁹ Nessuno Stato terzo ha comunque ancora sottoscritto la Convenzione di Oviedo.

⁸⁰ Gitti [1998].

⁸¹ *Airey v. Ireland* (Appl. 6289/73), judgment of 9 October 1979, Series A, No. 32, § 26 «Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature».

⁸² Olivieri [2008]; Foà [1998]; Gitti [1998].

Corte Edu. In questo modo, non solo i diritti espressamente affermati nella Cedu possono evolvere contestualmente *alcasé law* della Corte, ma diritti affermati in altri documenti internazionali (come i Patti o la Cse) possono trovare negli articoli della Convenzione un'utile sponda per acquisire una dimensione effettiva anche in ambito convenzionale. È questo appunto il caso del diritto alla salute e del diritto all'ambiente,⁸³ che rappresentano anche il punto di convergenza di molti altri diritti (diritto alla vita, diritto di informazione, diritto di proprietà, libertà personale etc.) nel quadro dello sviluppo tecno-scientifico in Europa.

Due sono i significati prevalenti del diritto alla salute: innanzitutto indica il diritto della persona a resistere contro le indebite compromissioni della propria salute imputabili a pubblici poteri – in questo senso è diritto di libertà –, quindi indica il diritto a pretendere l'erogazione di determinate prestazioni da parte dei pubblici poteri, come l'assistenza medico-sociale, la somministrazione di prestazioni mediche etc. – in questo secondo senso è anche diritto sociale.⁸⁴

La protezione dell'integrità personale è il primo aspetto che emerge nella tutela del diritto alla salute e in questo contesto possono entrare in gioco tanto l'art. 2 Conv. (diritto alla vita), quanto l'art. 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti). La protezione dell'integrità personale non può essere limitata per la salvaguardia di altri diritti (come la tutela del diritto ad avere un figlio da parte dell'altro coniuge, aspetto rilevante sotto il profilo del diritto alla vita privata e familiare garantito dall'art. 8 Conv.) o per la protezione della vita di altri soggetti non ancora dotati di personalità (la vita del concepito, ad es.).⁸⁵ L'intangibilità del proprio corpo può essere garantita anche contro interventi medici a carattere forzoso che possano costituire un'indebita interferenza della vita privata del soggetto,⁸⁶ purché non siano essenziali a salvare la vita dell'individuo.⁸⁷ A tutela dell'integrità della persona la Corte ha da tempo riconosciuto sussistere una obbligazione positiva a carico dello Stato. Lo Stato in tal

⁸³ Una ricostruzione completa del contenuto semantico del diritto alla salute e del diritto all'ambiente si ritrova in Ruggiu [2012b].

⁸⁴ Foà [1998].

⁸⁵ *X v. The United Kingdom* (Appl. 8416/78), decision of the Commission of 13 May 1980, *Decision and Reports*, 19, p. 244-254 (also cited as *Paton v. UK*).

⁸⁶ See *X v. Austria* (Appl. 8278/78), decision of the Commission of 13 December 1979, *Decision and Reports*, 18, p. 157.

⁸⁷ *Herczegfalvy v. Austria*, (Appl. 10533/83), judgment of 24 September 1992, Series A, No. 244-A.

senso può essere tenuto a garantire che nei propri ospedali pubblici siano adottate tutte le misure dirette a proteggere la vita dei pazienti.⁸⁸ Tale obbligo troverebbe però il suo limite nel caso il paziente de quo fosse comunque morto.⁸⁹ Nel punto d'intersezione tra la tutela del diritto alla salute e il diritto d'informazione sussiste anche l'obbligo dello Stato di non impedire o restringere in alcun modo l'accesso alle informazioni essenziali per la tutela della propria salute.⁹⁰ Il diritto d'informazione implica inoltre per lo Stato il dovere di rendere edotti coloro che si espongono a test aventi carattere sperimentale, anche altamente pericoloso (come nel caso di test nucleari), di tutti i rischi cui la loro salute e quella dei loro familiari possa essere esposta nel corso degli stessi.⁹¹ In questi casi il diritto di informazione include anche il diritto di accesso a tutti i dati di carattere personale che attengano alla salute dell'individuo e che siano in possesso delle autorità pubbliche ancorché coperte da segreto militare.⁹² Tale diritto di informazione sussiste a maggior ragione durante le campagne di vaccinazione di massa.⁹³ L'obbligazione positiva a cui lo Stato sarebbe tenuto non copre poi soltanto le attività dei pubblici poteri potenzialmente lesive dei diritti umani, ma anche le attività pericolose di soggetti privati (aziende, industrie etc.).⁹⁴ In questo caso lo Stato in quanto responsabile del rilascio dell'autorizzazioni necessarie, dello svolgimento del lavoro secondo adeguati standard di sicurezza e del controllo complessivo di tutta l'attività industriale (tanto di soggetti pubblici, quanto privati) che possano mettere a repentaglio l'incolumità dei cittadini può essere chiamato a rispondere dell'operato anche di imprese private.⁹⁵ L'autonomia individuale

⁸⁸ Byk [1999].Cfr. *Tysi'c v. Poland* (Appl. 5410/03), judgement of 24 September 2007, selected for publication in *Reports of Judgments and Decisions*; see also *X v. Ireland*(Appl. 6839/74), decision of the Commission of 4 October 1976, *Decision and Reports*, 7, p. 78 ss.

⁸⁹ *Hughes c. Royaume-Uni* (requête n° 6040/73) décision du 20 juillet 1973.

⁹⁰ *Open Door case and Dublin Well Woman v. Ireland*(Appl. 14234/88, 14235/88), judgment of 29 October 1992, Series A, No. 246-A.

⁹¹ *L.C.B. v. The United Kingdom*(App. 23413/94), judgment of 9 June 1998, *Reports*, 1998-III.

⁹² *MacGinley and Egan v. The United Kingdom*(App. 21825/93 and 23414/94), judgment of 26 November 1996, *Reports*, 1998-III and *MacGinley and Egan v. The United Kingdom*(App. 21825/93 and 23414/94), judgment (revision) of 28 January 2000, *Reports of Judgments and Decisions*, 2000-I.

⁹³ *Association X v. The United Kingdom*, (Appl. 7154/75), decision of the Commission of 12 July 1978, *Decision and Reports*, 14, p. 35.

⁹⁴ *Öneryıldız v. Turkey*(App. 48939/99), judgment of 30 November 2004, *Reports of Judgment and Decisions*, 2004-XII.

⁹⁵ Xenos [2003].

gode di una particolare attenzione essendo il consenso libero e informato la *condicio sine qua non* di ogni intervento medico, specie se di tipo sperimentale.⁹⁶ L'evoluzione della tecnica in seguito al progresso scientifico può implicare una valutazione più articolata e maggiormente stringente circa il nesso eziologico che sussiste tra la fonte di pericolo e l'insorgenza del danno alla salute.⁹⁷ Tale nesso trova il suo limite invalicabile nell'imprevedibilità del danno che l'ineliminabile incertezza scientifica che caratterizza tutte le tecnologie emergenti, tra cui appunto le nanotecnologie, pone inevitabilmente al centro della nostra attenzione.⁹⁸

Altro punto caldo è la protezione dell'ambiente che lo sviluppo di nuovi materiali e nuovi processi può mettere seriamente in pericolo. In tal senso il diritto all'ambiente non va inteso come un diritto *erga omnes* spettante a ciascuno indifferentemente contro qualsiasi minaccia all'ecosistema o all'ambiente, ma come un diritto individuale da far valere specificatamente ed esclusivamente ogni qualvolta un danno ambientale abbia anche delle ripercussioni individuali di tipo economico-sociale sulla posizione singola del soggetto titolare di un diritto garantito dalla Cedu.⁹⁹ Perché ciò accada, però, è innanzitutto necessario che l'assenza di precauzione alla base del danno ambientale non dia adito ad un processo casuale eccessivamente remoto rispetto al ricorrente, come se ad esempio in occasione di alcuni test nucleari si sollevasse il rischio di frantumazione della crosta terrestre, di perdite di materiale radioattivo nell'atmosfera, contaminazione della catena alimentare e generici rischi per la salute dei cittadini.¹⁰⁰ Quando viene lamentata un'indebita compressione della propria vita privata (art. 8 Conv.) in seguito ad un danno ambientale può essere che esso derivi dall'adozione da parte delle autorità pubbliche di misure che perseguano un interesse legittimo dello Stato (ad es. il benessere economico della nazione, il progresso scientifico e tecnologico etc.). Poiché in questi casi la Corte riconosce allo Stato un ampio margine di libero apprezzamento essa dovrà svolgere un'opera di bilanciamento sugli interessi

⁹⁶ *X v. Denmark* (Appl. 9974/82), decision of the Commission of 2 March 1983, *Decision and Reports*, 32, p. 282.

⁹⁷ *L.C.B. v. The United Kingdom* (App. 23413/94), judgment of 9 June 1998, *Reports*, 1998-III.

⁹⁸ *Osman v. The United Kingdom*, (Appl. 23452/94), judgment of 28 October 1998, *Reports of Judgment and Decisions*, 1998-VIII.

⁹⁹ M. de Salvia [1997].

¹⁰⁰ *Tauira and others v. France* (Appl. 28204/95) decision of the Commission of 4 December 1995, *Decision and Reports*, 83-B, p. 112.

coinvolti.¹⁰¹ Ma questo non significa che il concreto esercizio di questa attività di apprezzamento sfugga allo scrutinio dei giudici di Strasburgo. La Corte Edu, infatti, valuterà se la discrezionalità statale si sia estrinsecata secondo i criteri anche sostanziali stabiliti a livello convenzionale e soprattutto, attraverso il *case law* della Corte, che sussista un interesse legittimo in forza del quale adottare una certa misura, il carattere necessario di questa in una società democratica, la sua proporzionalità in relazione all'interesse legittimo perseguito, un'eventuale indebita compressione della vita privata dell'individuo etc.¹⁰² Anche nel caso della protezione del diritto all'ambiente esiste un'obbligazione positiva a carico dello Stato di fornire tutte le informazioni necessarie ai cittadini. In questo frangente dunque anche l'inattività delle autorità pubbliche che minaccino la salute pubblica può costituire una violazione della vita privata dell'individuo ex art. 8 Conv. quando l'inquinamento atmosferico, acustico, elettromagnetico etc. rappresenti una diminuzione della qualità di vita del ricorrente.¹⁰³ Lo Stato è qui responsabile delle informazioni riguardanti la sicurezza, delle misure preventive da adottare, delle regole che la popolazione deve osservare in caso di emergenza, del carattere dell'attività industriale, della valutazione del rischio tanto per i lavoratori quanto per la popolazione e l'ambiente.¹⁰⁴ L'obbligazione positiva a carico dello Stato può anche includere l'adozione di specifici atti legislativi o di carattere amministrativo diretti a scongiurare le minacce al diritto alla vita dei cittadini (art. 2 Conv.).¹⁰⁵

Anche la proprietà privata trova nel sistema convenzionale un suo riconoscimento e può di fronte al crescente interesse per le questioni ambientali entrare in conflitto con specifici provvedimenti dell'autorità pubblica. In questi casi la Corte riconosce allo Stato un certo margine di discrezionalità, pur conservando su di essa il proprio scrutinio.¹⁰⁶ Sempre

¹⁰¹ *Powell and Rayner v. The United Kingdom* (Appl. 9310/81), judgment of 21 February 1990, Series A, No. 172.

¹⁰² M. de Salvia [1997]. Cfr. *Spire v. France* (Appl. 13728/88), decision of the Commission of 17 May 1990, *Decision and Reports*, 65, p. 258.

¹⁰³ *Guerra and others v. Italy* (App. 14967/89), judgment of 19 February 1998, *Reports*, 1998-I, par. 53.

¹⁰⁴ M. de Salvia [1997].

¹⁰⁵ *Budayeva and others v. Russia* (Appl. 15339/02, 21116/02, 11673/02 and 15343/02), judgment of 2 November 2006, selected for publication in *Reports of Judgments and Decisions*;

¹⁰⁶ *Fredin v. Sweden* (Appl. 12033/86), judgment of 18 February 1991, Series A, No. 192, par. 48.

nell'ambito dell'obbligazione positiva riconosciuta in capo allo Stato rientra anche l'effettività dei mezzi giudiziari messi a disposizione della parte per la tutela del proprio diritto all'ambiente, l'imparzialità del giudizio che ne ha oggetto.¹⁰⁷ Ciò può avvenire quando il mancato rilascio di informazioni essenziali riguardanti il ricorrente renda impossibile o particolarmente ardua la sua tutela dal punto di vista giudiziario.¹⁰⁸

Come si vede scarsi o pressoché nulli sono i riferimenti nella giurisprudenza della Corte alla dignità della persona, concetto che rileverebbe sia nel caso della sperimentazione, che dello *human enhancement*. Come già detto il concetto appare per la prima volta nell'ambito del Consiglio d'Europa nel testo della Convenzione di Oviedo, rappresentandone un principio guida. Non ha invece alcun ruolo nella Cedu. Al di là della questione se possa ritenersi un diritto autonomo o un concetto sottostante l'intera architettura dei diritti della Cedu, vale per la dignità quanto già detto a proposito del principio di non discriminazione su basi genetiche. Va detto subito, però, che essendo estremamente deboli gli appigli testuali e per forza di cose pressoché mancanti i riferimenti in giurisprudenza, il concetto di dignità appare dal punto di vista giuridico difficilmente costruibile. Ciò non toglie che attraverso la tutela prestata per altre situazioni soggettive giuridicamente tutelate in ambito Cedu, come ad esempio il principio di non discriminazione (art.14 Conv.), il divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Conv.), tutela dell'integrità personale etc. non si possa comunque coprire anche ambiti concettuali a cui si sarebbe fatto riferimento attraverso la dignità.¹⁰⁹

Conclusioni

L'analisi del contesto normativo offerto dalla Cedu grazie al *case law* della Corte di Strasburgo mostra un sistema di diritti sufficientemente sviluppato, tale da sopportare l'impatto dello progresso techno-scientifico

¹⁰⁷ M. de Salvia [1997]. Cfr. *Zimmerman and Steirner v. Switzerland* (Appl. 8737/79), judgment of 13 July 1983, Series A, No. 66; *López Ostrav. Spain* (Appl. 16798/90), judgment of 9 December 1994, Series A, No. 303-C.

¹⁰⁸ *Mac Ginley and Egan v. The United Kingdom* (App. 21825/93 and 23414/94), judgment of 26 November 1996, *Reports*, 1998-III.

¹⁰⁹ Diverso il discorso, invece, per quanto riguarda il contesto comunitario dove la dignità, espressamente riconosciuta nella Carta dell'Ue come diritto soggettivo, ha già portato ad una rilevante sentenza con il caso *Brüstle*. Cfr. judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) *Oliver Brüstle v Greenpeace eV* (Case C-34/10) 18 October 2011, non ancora pubblicata.

nel campo delle nanotecnologie. In particolare tanto l'articolazione del diritto alla salute quanto quella del diritto all'ambiente denotano come la Cedu già ora possa disporre di un armamentario di diritti perfettamente operativo e in grado di cogliere le più significative variazioni del corpo sociale anche nel più recente quadro delle tecnologie emergenti. La possibilità della Corte Edu di riferirsi interpretativamente alla Convenzione di Oviedo, e in particolare all'art.4 che prevede in materia sanitaria che si possa fare ricorso alle norme e agli obblighi professionali, alle regole di condotta applicabili al caso sulla base dei codici deontologici e codici etici,¹¹⁰ apre le decisioni della Corte alla eterointegrazione. Del resto, già prima frequenti sono stati i riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.¹¹¹ Questo permetterebbe alla Corte di disporre di un quadro normativo in grado di sopperire alle inevitabili deficienze del sistema. Si pensi alla questione della definizione delle nanotecnologie o ad altre questioni di pari rilevanza come quelle della classificazione e metrologia delle sostanze che nell'ambito delle nanotecnologie, soprattutto, hanno un impatto decisivo. Va ricordato poi che gli aspetti relativi all'incertezza scientifica possono avere un peso considerevole sulle decisioni della Corte e l'attenzione su tali aspetti denota una notevole consapevolezza della questione da parte dei giudici di Strasburgo.¹¹²

In sintesi, almeno per quanto riguarda il contesto europeo, i diritti umani rappresentano un efficace ponte tra *soft* e *hard law*: infatti, indicano già le priorità a cui deve ispirarsi l'azione politica (anche nel campo del *soft law*), ma posseggono pure una dimensione compiutamente giuridica (*hard*) grazie anche all'attività di corti come la Corte europea dei diritti dell'uomo. Questa dimensione giurisprudenziale li rende per tanto perfettamente in grado di rispondere alle sfide delle tecnologie emergenti e delle nanotecnologie in particolare.¹¹³

¹¹⁰ C. de Salvia [2000].

¹¹¹ Spielmann [1999].

¹¹² *MacGinley and Eganv. The United Kingdom*(App. 21825/93 and 23414/94), judgment of 26 November 1996, *Reports*, 1998-III and *MacGinley and Eganv. The United Kingdom*(App. 21825/93 and 23414/94), judgment (revision) of 28 January 2000, *Reports of Judgments and Decisions*, 2000-I.

¹¹³ Una maggiore penetrazione dei diritti umani in Europa potrebbe avvalersi anche dello spontaneo meccanismo di coordinamento tra la Corte Edu e la Corte Geu visto anche il futuro processo di accessione dell'Ue alla Cedu previsto dal trattato di Lisbona (art. 6, 1) che porterà al riconoscimento di un unico organo giurisdizionale in Europa in materia di diritti umani (verosimilmente la Corte Edu). Cfr. Ruggiu 2012b, 155.

Una questione a parte è data, invece, dai limiti soggettivi nella tutela dei diritti umani. L'affermazione della responsabilità dello Stato anche nell'ambito delle attività di carattere industriale condotte da imprese private mostra come il sistema dei diritti umani garantito dalla Corte Edu possa spingersi al fondo dei propri limiti soggettivi. L'apertura degli attori non statali al mercato globalizzato ha ampliato enormemente le necessità di tutela dei diritti umani. Le imprese multinazionali e transnazionali sono, infatti, contemporaneamente protagoniste su più fronti del mercato globalizzato e di conseguenza anche in più arene giuridiche. Lo Stato pur avendo una responsabilità di tutela dei diritti umani anche nei confronti degli attori non statali, così come è emerso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, poco può laddove le violazioni dei diritti umani avvengono oltre il proprio territorio.¹¹⁴ Ciò significa che la Corte Edu in questi casi non è in grado di pretendere il rispetto dei diritti umani. In questi casi forme di *Corporate Social Responsibility* implementate attraverso meccanismi di *soft law*, *self-regulation*, promozione di codici etici etc. possono rappresentare allora l'unico strumento per assicurare il rispetto dei diritti umani anche oltre i confini dello Stato parte della Cedu.¹¹⁵

Riferimenti bibliografici

Andorno R., 2002, *Biomedicine and International Human Rights Law: in Search of Global Consensus*, «Bulletin of the World Health Organization», 80, p. 959-963.

Ball P., 2005, *Synthetic Biology for Nanotechnology*, in «Nanotechnology», 16, p. R1-R8.

BeghéLoreti A., 1998, *Brevi considerazioni sulla protezione giuridica delle informazioni genetiche nel diritto internazionale comunitario*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», v. 11, 1, p. 12-19.

BeghéLoreti A., 2001, *Osservatorio sulla bioetica. Bioetica e diritto comunitario: le prospettive disciuse dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo. Atti del Seminario internazionale

¹¹⁴ Pariotti [2007].

¹¹⁵ Pariotti, Ruggiu [2012]. Per un approccio *rights-oriented* della governance europea delle tecnologie emergenti che implichi la parallela implementazione dei meccanismi di auto-coordinamento tra le due corti europee (Corte Edu e Corte Geu), strumenti di *soft law* e *self regulation*, *ethical advisory bodies* cfr. Ruggiu 2012b, 155-173.

Assistenza umanitaria e diritto internazionale umanitario (Milano, 24, maggio 2000)», v. 14, 1, p. 157-160.

BeghéLoreti A., 2006, *Normativa internazionale e ricerca biomedica. Conquiste attuali e prospettive future*, in J. De DiosVialCarrea, E. Sgreccia (a cura di), *Etica della ricerca biomedica. Per una visione cristiana. Atti della IX Assemblea Generale della Pontificia Accademia Pro Vita (Città del Vaticano, 24-26 Febbraio 2003)*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, Vaticana, consultabile sul sito http://www.academiavita.org/index.php?option=com_content&view=article&id=238%3Aa-loreti-beghe-normativa-internazionale-e-ricerca-biomedica&catid=54%3Aatti-della-ix-assemblea-della-pav-2003&Itemid=66&lang=it [ultimo accesso 12, Maggio, 2012].

BeghéLoreti A., Marin L., 1999, *La tutela della persona umana nella sperimentazione clinica dei farmaci e il ruolo dei comitati etici tra regole internazionali di disciplina e normativa italiana*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo. Atti del Seminario internazionale Diritti dell'uomo e profili etnico-religiosi: una prospettiva globale (Milano, 3-4, dicembre 1998)», v. 12, p. 641-675.

Blasi A., 1999, *La protezione dei dati personali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo. Atti del Seminario internazionale Diritti dell'uomo e profili etnico-religiosi: una prospettiva globale (Milano, 3-4, dicembre 1998)», v. 12, p. 543-559.

Bostrom N., Roache R., 2007, *Ethical Issues in Human-Enhancement*, in J. Ryberg, T.S. Petersen, C. Wolf (a cura di), *New Waves in Applied Ethics*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, Palgrave Macmillan.

Botero M. E., 2005, *Il principio di precauzione e le moderne biotecnologie alla luce degli ultimi sviluppi giurisprudenziali della Corte di giustizia di Lussemburgo e dell'ordinamento della Comunità europea*, A. D'Aloia (a cura di) 2005, *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, Torino, Giappichelli, p. 139-162.

Brownsword R., 2004, *Techno-Regulation, Human Rights and Human Dignity*, in R. Brownsword (a cura di), *Global Governance and the Quest for Justice*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, p. 203-234.

Brownsword R., 2008, *Rights, Regulation and the Technological Revolution*, Oxford, Oxford University Press.

BrownswordR., 2009a, *Regulating Nanotechnologies: A Matter of some Uncertainty*, in «Notizie di POLITEIA», XXV, 94, p. 11-28.

BrownswordR., 2009b, *Regulating Human Enhancement: Things Can Only Get Better?*, in «Law, Innovation, Technology», 1, p. 125-152.

Bueno O., 2004, *The Drexler-Smalley Debate on Nanotechnology: Incommensurability at Work?*, in «Hyle», 10, 2, p. 83-98.

Bultrini A., 2004, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, Giappichelli.

Busby H., Hervey T., Mohr A., 2008, *Ethical EU Law ? The Influence of the European Group on Ethics in Science and Technologies*, in «European Law Review», 33, consultabile sul sito <http://www2.le.ac.uk/departments/health-sciences/research/ships/soc-sci/pdf-resources/ELR%2006%2008%20H%20Busby%20Offprint%20Text1%20pdf.pdf> [ultimo accesso 12, Maggio, 2012];

Byk C., 1999, *Bioéthique et Convention européenne des droits de l'homme*, in L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, p. 101-121.

Colombo R., 2003, *Clonazione umana*, AA.VV., *Il divieto di clonazione umana nel dibattito internazionale. Aspetti scientifici, etici e giuridici*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, consultabile sul sito http://www.academiavita.org/index.php?option=com_content&view=article&id=120%3Ala-clonazione-umana&catid=43%3Ail-divieto-della-clonazione-nel-dibattito-internaz&Itemid=69&lang=it [ultimo accesso 10, 09, 2012].

Coenen C., 2007, *Utopian Aspects of the Debate of the Converging Technologies*, in G. Banse, A. Grunwald, I. Hronszky, G. Nelson (a cura di), *Assessing Societal Implications of Converging Technological Development*, Berlin, Edition sigma, p. 141-171.

Daloiso V., Spagnolo A. G., 2009, *Nanotecnologie: la riflessione etica in alcuni paesi*, in «Medicina e morale», 1, pp. 11-29.

de Salvia C., 2000, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in «I diritti dell'Uomo. Cronache e battaglie», XI, 1-2, gennaio-agosto, p. 99-109.

de Salvia M., 1997, *Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», v. 10, p. 246-257.

Del Vecchio A.M., 2001, *Considerazioni sulla tutela dell'ambiente in dimensione internazionale ed in considerazione con la salute umana*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo Atti del Seminario internazionale Assistenza umanitaria e diritto internazionale umanitario (Milano, 24, maggio 2000)», v. 14, 2, p.339-364.

Drexler K.E., 1986, *Engines of Creation. The Coming Era of Nanotechnology*, New York, Anchor Books.

Dupuy, J.-P., Grinbaum A., 2004, *Living with Uncertainty: Toward the Ongoing Normative. Assessment of Nanotechnology*, in «Techné», 8, 2, p. 4-25.

European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE), 2000, *Citizens Rights and New Technologies: A European Challenge. A Report of the European Group on Ethics in Science and New Technologies on the Charter on Fundamental Rights*

Related to Technological Innovation as Requested by President Prodi on February 3, 2000, Brussels, Publications Office of the European Union.

European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE), 2007, *on the Ethical Aspects of Nanomedicine*, opinion N. 21, Luxemburg, Publications Office of the European Union.

European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE), 2010, *Ethics of Synthetic Biology*, opinion N. 25, Luxemburg, Publications Office of the European Union.

Elbaz Johann, Lioubashevski Oleg, Wang Fuan, Remacle Fraçoise, Levine Raphael D., Willner Itamar, 2010, *DNA Computing Circuits Using Libraries of DNAzyme Subunits*, in «Nature Nanotechnology», vol. 5, may 2010, p. 417-422.

Errico M., 2007, *Diritto alla salute e sperimentazioni sull'uomo: la «reasonable availability» dei farmaci nei paesi in via di sviluppo*, in «Sociologia del diritto», XXXIV, 1, p. 27-49.

Feliziani C., 2011, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. La Corte di giustizia prende atto della natura giuridica vincolante della Carta di Nizza. (Nota a CGCE 19 gennaio 2010, Seda Kucukdeveci c. Swedex, C-555/07)*, in «Rivista AIC», n.1, consultabile sul sito http://www.astrid-online.it/Libert—di/Studi—ric/Feliziani_AIC_1_2011.pdf [ultimo accesso 12, Maggio, 2012].

Ferrari A., 2010, *Il dibattito etico sulle nanotecnologie*, in S. Arnaldi, L. Lorenzet (a cura di), *Innovazioni in corso. Il dibattito sulle nanotecnologie tra diritto, etica e società*, Bologna, Il Mulino, pp. 351-381.

Foà S., 1998, *Il fondamento europeo del diritto alla salute. Competenze istituzionali e profili di tutela*, in C.E. Gallo, B. Pezzini (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, Giuffrè, pp. 57-93.

Gitti A., 1998, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e La Convenzione sulla biomedicina*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», 11, 3, p. 719-735.

Freistas Robert A. jr., 2001, *The Grey Goo Problem*, in «KurzweilAI.net», consultabile sul sito <http://www.kurzweilai.net/meme/frame.html?main=/articles/art0142.html>

Gordijn B., 2005, *Nanoethics: From Utopian Dreams to Apocalyptic Nightmares Towards a More Balanced View*, in «Science and Engineering Ethics», 11, p. 521-533.

Hussain Saber M., Schlager John J., 2009, *Safety Evaluation of Silver Nanoparticles: Inhalation Model for Chronic Exposure*, in «Toxicological Science», 108 (2), p. 223-224.

Kagan Valerian E., Konduru Nararjun V., Feng Weihong, Allen Brett A., Conroy Jennifer, Volkov Yuri, Vlasova Irina I., Belikova Natalia A., Yanamala Naveena, Kapravlov Alexander, Tyurina Yulia Y., Shi Jingwen, Kisin Elena R., Murray Ashley

R., Franks Jonathan, Stolz Donna, Gou Pingping, Klein-Seetharaman Judith, Fadeel Bengt, Star Alexander, Shvedova Anna A., 2010, *Carbon Nanotubes Degraded by Neutrophil Myeloperoxidase Induce Less Pulmonary Inflammation*, in «Nature Nanotechnology», 5, may 2010, p. 354-359.

Lam Chiu-Wing, James J.T., McCluskey R., Hunter R.L., 2004, *Pulmonary Toxicity of Single-Wall Carbon Nanotubes in Mice 7 and 90 Days After Intratracheal Instillation*, in «Toxicological Science», 77, p. 126-134.

Laocharoensuk R., Bulbarello A., Mannino S., Wang J., 2007, *Adaptive Nanowire-Nanotube Bioelectronic System for On-Demand Bioelectrocatalytic Transformations*, in «Chemical Communications», issue 32, p. 3362-3364.

Manfrellotti R., 2005, *Biotechnologie e regolazione tecnica*, in A. D'Aloia (a cura di) 2005, *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, Torino, Giappichelli, p. 371-385.

Mehta M., 2004, *From Biotechnology to Nanotechnology: What Can We Learn From Earlier Technology?*, in «Bulletin of Science, Technology & Society», 24, No. 1, February 2004, p. 34-39.

Mizzon M., 2001, *Principi generali in materia probatoria nei procedimenti dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in «I diritti dell'Uomo. Cronache e battaglie», vol. XII, p. 40-49.

Ogata S., 1990, *Introduction: United Nations Approach to Human Rights and Scientific and Technological Developments*, in C.G. Weeramantry (a cura di), *Human Rights and Scientific and Technological Development*, Tokyo, United Nation University Press, consultabile sul sito <http://archive.unu.edu/unupress/unupbooks/uu06he/uu06he03.htm#introduction>: united nations approaches to human rights and scientific and techn [ultimo accesso 12, Maggio, 2012].

Olivieri F., 2008, *La Carta sociale europea tra enunciazioni dei diritti, meccanismi di controllo e applicazioni delle corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività*, in «RDSS. Rivista del diritto della sicurezza sociale», VIII, n. 3, p. 509-539.

Pariotti E., 2007, *"Effetto orizzontale" dei diritti umani e imprese transnazionali nello spazio europeo*, in I. Trujillo, F. Viola (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, p. 171-201.

Pariotti E., 2008, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Torino, Utet Università.

Pariotti E., Ruggiu D., 2012, *Governing Nanotechnologies in Europe: Human Rights, Soft Law, and Corporate Social Responsibility*, in H. Van Lente, C. Coenen, K. Konrad, L. Krabbenborg, C. Milburn, F. Seifert, F. Thoreau, and T. Zülsdorf (a cura di), *S. Net 2011 Conference Volume*, IOS press/AKA, Heidelberg, pp. (in corso di pubblicazione).

- Pernice I., 2008, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in S. Griller, J. Ziller (a cura di), *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* Wien, New York, Springer, 235-256.
- Plomer A., 2008, *The European Group on Ethics: Law, Politics, and the Limits of Moral Integration in Europe*, in «European Law Journal», v. 14, n. 6, November, p. 839-859.
- Poland C.A., Duffin R., Kinloch I., Mynard A., Wallace W.A.C., Seaton A., Stone V., Brown S., MacNee W., Donaldson K., 2008, *Carbon Nanotubes Introduced Into the Abdominal Cavity of Mice Show Asbestos-Like Pathogenicity in a Pilot Study*, in «Nature Nanotechnology», 17, July 2008, p. 423-428.
- Rodotà S., 1995, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino.
- Ruggiu D., 2011, *Diritti umani e nanotecnologie in Europa: sul ruolo della corte di Strasburgo*, in G. Guerra, M. Muratorio, E. Pariotti, M. Piccinni, D. Ruggiu (a cura di), *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Bologna, Il Mulino, p. 647-676.
- Ruggiu D., 2012a, *Synthetic Biology and Human Rights in the European Context: Health and Environment in Comparison of the EU and the Council of Europe Regulatory Framework*, in *Biotechnology Law Report*, v. 31, issue 4, pp. 337-355, consultabile sul sito <http://online.liebertpub.com/doi/pdfplus/10.1089/blr.2012.9811> [ultimo accesso 29, Settembre, 2012].
- Ruggiu D., 2012b, *Diritti e temporalità. I diritti umani nell'era delle tecnologie emergenti*, Bologna, Il Mulino.
- Schummer J., 2004, *Interdisciplinary Issues at the Nanoscale Research*, in D. Braid, A. Nordmann, J. Schummer (a cura di), *Discovering the Nanoscale*, Amsterdam, IOS Press, p. 9-20.
- Schummer J., 2007, *Identifying Ethical Issues in Nanotechnologies*, in A.M.J. Hanke ten Have (a cura di), *Nanotechnologies, Ethics and Politics*, Paris, Unesco, p. 79-98.
- Spielmann D., 1999, *Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities*, in P. Alston (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, p. 757-780.
- Sung Hyun Jo, Ting Chang, Indogesit Ebong, Bhavitavja Bhadviya, Pinaki Mazumder e Wei Lu, 2010, *Nanoscale Memristor Device in Neuromorphic System*, in «Nano Letters», 10, p. 1297-1301.
- Viola F., Zaccaria G., 2001, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria dell'interpretazione*, III ed., Roma-Bari, Laterza.
- Xenos D., 2003, *Asserting the Right to Life (Article 2 ECHR) in the Context of Industry*, in «German Law Journal», 8, p. 231-254.

YoungSong, XueLi, XuqinDu, 2009, *Exposure to Nanoparticles is Related to Pleural Effusion, Pulmonary Fibrosis and Granuloma*, ERJ Express, august 20, 2009, p. 1-31.

Zhang Xuezhi, Sun Hongwen, Zhang Zhiyan, NiuQian, Chen Yongsheng, Crittenden John C., 2007, *Enhanced Bioaccumulation of Cadmium in Carp in the Presence of Titanium Dioxide Nanoparticles*, in «Chemosphere», 67, p. 160-166.

Wise John Pierse Sr., Goodale Britton C., Wise Sandra C., Craig Gary A., Pongan Adam F., Walter Ronald B., Thomson W. Douglas, Ng Ah-Kau, AboucissaAbouEl-Makarin, Mitani Hiroshi, Spalding Mark J., Mason Micheal D., 2010, *Silver Nanosphere Are Cytotoxic and Genotoxic to Fish Cells*, in «Aquatic Toxicology», 97, p. 34-41.

ADVANCED DIRECTIVES AND “COURT-APPOINTED LIMITED GUARDIANSHIP” (*AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO*) IN ITALY*

Vincenzo Durante*

Limited guardianship and health-care decisions

Among the duties of the “*amministratore di sostegno*” (from now: “limited guardian”),¹ as indicated by art. 404 and following articles, civil code, as modified by law 9th January, 2004, n. 6,² there certainly are health-

169

* The article has already been published in “5th International Meeting – Dialogues on anaesthesia and intensive care. Napoli, 18-19 novembre 2011 (Atti del Convegno)”, in *Translational Medicine @ UniSa* (ISSN 2239-9747), 2011, Special Issues 1(1), p. 1-11, www.translationalmedicine.unisa.it.

* Department of Comparative Law – Università di Padova – Palazzo del Bo/Via VIII Febbraio, 2 35122 Padova (Italy). E-mail: vincenzo.durante@unipd.it

¹ It seems quite difficult to translate into English the Italian expression “*amministratore di sostegno*”. In Germany, a similar (but not identical) role is played by the “*Betreuer*”. In the English language, although the UK Mental Capacity Act of 2005 uses the word “*deputy*”, it seems preferable to use the expression “*court-appointed limited guardian*”.

² S. Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, Nuova giur. civ. comm., 2004, II, 29; U. Roma, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, Nuove leggi civ. comm., 2004, 993; G. Cian, *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, Riv. dir. civ., 2004, II, 481; M. Dossetti, M. Moretti, C. Moretti, *L'amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione: L. 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano [Milanofiori, Assago]: Ipsoa, 2004; E. Calò, *La pianificazione delle vicende personali e patrimoniali: dall'amministrazione di sostegno al testamento biologico: rapporti patrimoniali fra coniugi e successioni del diritto internazionale privato*, Milano, [Milanofiori, Assago]: Ipsoa, 2004; E. Calò, *Amministrazione di sostegno: Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano: Giuffrè, 2004; G. Autorino Stanzone, V. Zambrano (a cura di), *Amministrazione di sostegno: commento alla Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano [Milanofiori, Assago]: Ipsoa, 2004; F. Ruscello, *L'apertura dell'amministrazione di sostegno. I presupposti sostanziali*, Familia, 2004, 730; S. Patti (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano: Giuffrè, 2005 (Familia. Quaderni; v. 4); E. Vito Napoli, (a cura di), *Gli incapaci maggiorenni: dall'interdizione all'amministrazione*

care decisions, as agreed by almost all Italian legal doctrine³ as well as case law. Right from the first appointments of limited guardians, Italian judges have recognized the possibility, for the same, to surrogate the ward regarding not only their assets but also their personal care.

di sostegno: atti di una ricerca, Milano: Giuffrè, 2005; G. Ferrando (a cura di), *L'amministrazione di sostegno: una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano: Giuffrè, 2005; A. Bortoluzzi, *L'amministrazione di sostegno: applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Torino: Utet, 2005; M. Paladini, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale. Profili sistemati e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, Riv. dir. civ., 2005, 585; G. Bonilini, "Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno, in Aa.Vv., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2005, 198; M. Sesta, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate*, in Aa.Vv., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., 163; E. Montserrat Pappalettere, *L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, Nuova giur. civ. comm., 2005, II, 27; M.R. San Giorgio, *L'amministrazione di sostegno: profili problematici e prospettive di riforma*, Milano: Giuffrè, 2006; G. Ferrando, L. Lenti (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione: amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino: Giappichelli; M. Pini, *Amministrazione di sostegno e interdizione: la riforma del sistema di protezione delle persone prive di autonomia* (II ed.; I ed.: 2004), Milano: Il sole-24 ore, 2007; F. Fortini, *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, Torino: G. Giappichelli, 2007; P. Borsellino, D. Feola, L. Forni (a cura di), *Scelte sulle cure e incapacità: dall'amministrazione di sostegno alle direttive anticipate*, Varese: Insubria University Press, 2007; G. Bonilini, A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno* (II ed.; I ed.: 2004), Padova: Cedam, 2007; M. Tesaro, voce «Amministrazione di sostegno», Digesto disc. priv., sez. civ., Agg. I, Torino: Giappichelli, 2007; G. Panico, voce «Amministrazione di sostegno», Il diritto. Enc. giur. del Sole 24 ore, I, 2007, 374; F. Gabrielli, P. Cardinale (a cura di), *L'amministrazione di sostegno nella realtà ospedaliera: teoria e pratica*, Torino: Giappichelli, 2008; G. Cassano, *L'amministrazione di sostegno nella giurisprudenza: presupposti, compiti dell'amministratore, invalidità e pubblicità degli atti, disciplina processuale, formulario (presentazione di Michele Sesta)*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2008; G. Bonilini, F. Tommaseo, *Dell'amministrazione di sostegno (Artt. 404-413)*, nel *Commentario Schlesinger-Busnelli (Codice civile. Commentario, diretto da F.D. Busnelli)*, Milano: Giuffrè, 2008; F. Aimerito, R. Atzei, L. Borgianni et al., *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno: la centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, Torino: Giappichelli, 2008; G. Ferrando, *Diritto di rifiutare le cure, amministratore di sostegno e direttive anticipate*, Famiglia e dir., 2008, 930; A. Lombardi, *Direttive anticipate, testamento biologico ed amministrazione di sostegno*, Giur. merito, 2008, 2518; R. Masoni (a cura di), *Amministrazione di sostegno: orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni (prefazione di P. Cendon)*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2009; P. Cendon, R. Rossi, *Amministrazione di sostegno: motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino: Utet, 2009; R. Masoni, *I Testimoni di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*, Dir. fam. e pers., 2009, 50; C. Tagliaferri, *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza: le pronunce più recenti e significative; il commento operativo; il formulario*, Piacenza: La tribuna, 2010.

³ For a definition of "legal doctrine" as used here, see <http://drcwww.uvt.nl/dbi/instructie/en/T41.htm>.

When it is necessary to give informed consent for medical procedures, the problem is not whether the limited guardian can or cannot take such decisions but, more specifically, whether they can oppose the ward's desires.

In this matter, Italian case law is divided: some judges think that the limited guardian cannot totally surrogate the ward's health-care decisions, especially when there is a divergence between the ward and the limited guardian (for this purpose it should be necessary to appoint a "complete" guardianship (*interdizione*);⁴⁻⁵ others think that when a person is not capable of understanding their condition and thus they are not able to give free and conscious consent or dissent to medical treatment, the limited guardian can surrogate them, even if the guardian's consent would oppose the ward's wishes.⁶

⁴ Trib. Milano, 21.3.2005 n. 3289, www.altalex.it; Trib. Torino, 22.5.2004, *Il sole 24 ore* - Il merito, 2004, 10, 8, comment by M. Pini, *Consenso informato al trattamento sanitario: limiti del potere di rappresentanza dell'amministratore di sostegno*; www.personaedanno.it. Trib. Torino, 26.2.2007, *Famiglia e dir.*, 2007, 721, comment by U. Roma, *Amministrazione di sostegno, cura personae e consenso al trattamento medico*; *Dir. fam. e pers.*, 2007, 1237. Trib. Bologna, 30.11.2007, *Foro pad.*, 2009, I, 416, comment by E. Gabellini; Trib. Roma, 30.4.2008, www.personaedanno.it; Trib. Varese, 6.10.2009, www.personaedanno.it; Trib. Varese, 17.11.2009, *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 687, comment by M.N. Bugetti, *Stato vegetativo permanente e adeguata protezione della persona: necessaria applicazione dell'interdizione?* Trib. Lamezia Terme, 8.3.2011, www.personaedanno.it; Trib. Venezia, 16.5.2011, www.dejure.it; Trib. Trani-Ruvo di Puglia, 17.5.2011, *Famiglia e dir.*, 2011, 799, comment by V. Amendolagine, *La ricerca del "best interest" del beneficiando nell'amministrazione di sostegno*; www.giurisprudenzabarese.it; www.dejure.it.

⁵ Regarding the relation between limited guardianship (*amministrazione di sostegno*) and guardianship (*interdizione*), see Corte cost., 9.12.2005, n. 440, *ex multis*, *Nuove leggi civ. Comm.*, 2006, 851, comment by U. Roma, *Sunt certi denique fines (?): la Corte costituzionale definisce (parzialmente) i rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*; *Fam., pers. e succ.*, comment by S. Patti, *Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale*; Cass., 23.6.2006, n. 13584, *ex multis*, *Famiglia e dir.*, 2007, 31, comment by M. Sesta, *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?*; *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 275, comment by U. Roma, *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione*. Cass., 29.11.2006, n. 25366, *Giust. civ.* 2006, 12, I, 2685; Guida al dir., 2006, 49, 36; *Riv. notariato* 2007, 2, 486; *Giur. it.*, 2007, 10, 2259; *Dir. famiglia* 2007, 4, 1613; Cass., 22.4.2009, n. 9628, *Giust. civ.*, 2010, 2, I, 395; *Dir. fam. e pers.*, 2010, 3, 1103; Cass., 24.7.2009, n. 17421, *Famiglia e dir.*, 2009, 1085; Cass., 1.3.2010, n. 4866; Cass., 26.10.2011, n. 22332, www.cassazione.net.

⁶ Trib. Roma, 19.3.2004, *Notariato*, 2004, 249, comment by E. Calò, *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici. Totale superamento della volontà della paziente*; Trib. Modena, 28.6.2004, *Riv. It. med. leg.*, 2005, 187, comment by M. Barni, *L'amministratore di sostegno tra opzioni mediche e autonomia del paziente*; Trib. Modena, 15.9.2004, *Famiglia e dir.*, 2005, 85, comment by F. Ruscello, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*; www.altalex.it; Trib. Cosenza, 28.10.2004, www.altalex.it;

All these cases regard appointment processes when there were not advanced decisions and when the petition for appointment was filed by a third party, without the involvement of the (future) ward.

Limited guardianship and advanced directives

Soon, we started having petitions claiming the appointment of a limited guardian for the purpose of taking health-care decisions in the respect of a ward's previous advanced directive.

The first deliberations were taken by Trib. Vibo Valentia-Tropea, 30.11.2005 and Trib. Roma, 1.12.2005.⁷ The judges accepted to appoint a ward's family member (who had filed the petition) as ward's limited guardian in order to communicate to the doctors the wishes the ward had expressed when he was capacitated, in particular refusing any blood transfusion (the ward was a Jehovah's Witness).⁸

Corti calabresi, 2007, 196; Lessico di diritto di famiglia, 2006, 94; Trib. Pinerolo, 4.11.2004 e 9.11.2004, Nuova giur. civ. comm., 2005, I, 1, comment by A. Venchiarutti, *Poteri dell'amministratore di sostegno e situazione del beneficiario* (Trib. Pinerolo, 4.11.2004, also in Giur. it., 2005, 1840, comment by A. Bulgarelli, *La «Procura di sostegno» ovvero l'Amministrazione di sostegno per casi di sola infermità fisica*); Trib. Roma, 28.1.2005, www.personaedanno.it; Trib. Modena, 21.3.2005, www.altalex.it; Trib. Venezia, 30.12.2005, www.personaedanno.it; Trib. Milano, 24.7.2006, Dir. fam. e pers., 2007, 1222; Trib. Reggio Emilia, 13.9.2006, www.personaedanno.it; Trib. Catania, 22.9.2006, www.dejure.it; Trib. Milano, 5.4.2007, www.personaedanno.it; Trib. Trieste, 10.5.2008, www.personaedanno.it; Trib. Trieste, 23.5.2008, www.personaedanno.it; Trib. Trieste, 20.11.2008, www.personaedanno.it; Trib. Roma, 21.11.2008, www.personaedanno.it; Trib. Roma, 18.6.2009, www.personaedanno.it; Trib. Varese, 16.11.2009, www.personaedanno.it; Trib. Palermo, 10.11.2010, www.personaedanno.it. In Trib. Roma, 18.6.2009, cit., the ward wanted to be operated on but there were doubts about her capacity to understand the risks of the operation. The judge appointed a limited guardian with the purpose of obtaining a clear evaluation of the ward's capacity to realize her situation and with the aim of sustaining the ward in order to make the best choice.

⁷ Trib. Vibo Valentia, sez. Tropea, 30.11.2005; Trib. Roma, 21.12.2005, Famiglia e dir., 2006, 523, comment by R. Campione., *Direttive anticipate di trattamento sanitario e amministrazione di sostegno*. Trib. Roma contains an extremely-problematic ruling, where it is stated that the limited guardian can communicate the ward's desires to the doctors but, in case of necessity, doctors can decide whether to respect them or not (the limited guardian has the "incarico di manifestare ai sanitari la volontà a suo tempo espresso, salva ed impregiudicata ogni decisione dei medici che lo hanno in cura in merito alla prevalenza o meno della volontà del paziente sullo stato di necessità"). It seems to me that, this way, there are serious doubts about clear expectation of having our wishes respected, which is exactly the aim of an advanced directive.

⁸ R. Masoni, *I Testimoni di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*, Dir. fam. e pers., 2009, 50.

The most important question raised by these decisions is about the legitimacy of advanced decisions in the Italian legal system. In fact, it is common knowledge that Italy does not have a law about advanced directives. Nevertheless, applying Italian constitutional principles (in particular articles 2, 13 and 32.II Cost.) and European Charters and Conventions, our case law production has recognized the validity of the so-called “living will”.

This was only clearly specified by the Italian Supreme Court in 2007;⁹ therefore, it is significant that the above appointments had given the limited guardian the power to obtain respect of an advanced decision even before the Supreme Court’s decision.¹⁰

Before that deliberation, we had another decision by Trib. Siena, 18.6.2007,¹¹ where, for the first time:

- 1) the petition was filed by the same future ward;¹²
- 2) the petitioner had previously written an advanced directive;
- 3) the petition and the appointment were carried out when the future ward was still capacitated and competent.¹³

⁹ In the renowned Englaro-case, Cass., 16.10.2007, n. 21748, *ex plurimis*, Nuova giur. civ. comm., 2008, I, 83, comment by Venchiarutti; *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*.

¹⁰ The possibility to use the limited guardian in order to have the incapacitated patient’s wishes respected has been recognized also by Cass., 21748/2007, *ivi*, where it is specified that “poteri di cura del disabile spettano altresì alla persona che sia stata nominata amministratore di sostegno (artt. 404 e ss. cod. civ., introdotti dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6), dovendo il decreto di nomina contenere l’indicazione degli atti che questa è legittimata a compiere a tutela degli interessi di natura anche personale del beneficiario” and that “possono ricordarsi le prime applicazioni dei giudici di merito con riguardo al limitrofo istituto dell’amministratore di sostegno, talora utilizzato, in campo medico-sanitario, per assecondare l’esercizio dell’autonomia e consentire la manifestazione di una volontà autentica là dove lo stato di decadimento cognitivo impedisca di esprimere un consenso realmente consapevole”.

¹¹ www.personaedanno.it.

¹² According to art. 406.I civil code. In this case, a mother, before an imminent operation, asked the judge to appoint her daughter as her limited guardian in order to express consent and dissent to medical treatment that she had indicated in a previous advanced directive.

¹³ In reality, the first case where the petition was filed by the future ward is Trib. Parma, 2.4.2004, decr. n. 536/04, decr. n. 537/04, Notariato, 2004, 397, comment by E. Calò, *L’apporto dei ricorsi e dei decreti all’attuazione dell’amministrazione di sostegno*; Giur. it., 2005, 1839, comment by A. Bulgarelli, *La «Procura di sostegno» ovvero l’Amministrazione di sostegno per casi di sola infermità fisica*. However, in this case the petitioner had not left an advanced directive but she would be operated on in the short term and asked to appoint a limited guardian in order to take care of her patrimonial and personal care.

This last element is exactly the greatest “technical” problem in enforcement of the *limited guardianship* law.

Art. 404 Italian civil code says that “when it is impossible for a person, due to the effects of infirmity or physical or psychological disablement, even partial or temporary, to provide for their interests, the person can be assisted by a limited guardian [...]”.¹⁴

There are two opposite interpretations of this article: some think that the use of the Simple Present in the expression “when *it is* impossible for a person” means that the limited guardian can be appointed only when the future ward is already incapacitated; others think that that expression simply means that the limited guardian’s powers will take effect only when the ward is incapacitated but that the incapacitation is not a necessary requirement at the moment of appointment.

There are also different interpretations of art. 408 civil code, where it says that the limited guardian can be designated by the “future ward” with a view to their future incapacity (*L’amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità*). Once again, some interpreters believe that this article expressly plans the possibility of appointing a limited guardian even when the petitioner is still capacitated; others think that the expression “future incapacity” should be interpreted in the meaning that there is a “time difference” between the designation (that can occur even when the interested person is still capacitated) and the appointment by the judge (that can occur only if and when the interested person is incapacitated).

Since 2007, there have been a great number of court decisions, divided on this difference in interpreting the law.

Meanwhile, as already stated, the Italian Supreme Court (Cass., 21748/2007) has definitively admitted the validity of the advanced directives in a ruling which, so far, has not been contradicted by successive Italian case law.

So, currently there should be little doubt that an advanced decision should be respected when a person is no longer competent, with or without the intervention of a limited guardian.

¹⁴ The translation is mine. In Italian: *La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno [...]*.

However, it is also beyond doubt that the uncertainty that there is now in Italy regarding the risk of seeing people's advanced directives not respected moves a considerable number of people to file a petition in order to obtain the appointment of a limited guardian (usually a family member) who will fulfil the wishes they have expressed in their advanced decisions.

As mentioned above, some judges have denied this possibility, refusing to appoint a limited guardian, because the petitioner (who would become the future ward) is still capacitated and/or competent at the time of the petition.¹⁵

Other judges, however, have allowed this possibility, accepting to appoint a limited guardian (who is, in almost all cases, the person indicated by the petitioner and "future ward"), with the task of communicating the ward's advanced decisions to the doctors and of having them respected (obviously, only if and when the interested person falls, one day, into a state of incapacity).¹⁶

¹⁵ Trib. Mantova, 24.7.2008, www.ilcaso.it; Trib. Genova, 6.3.2009, *Famiglia e dir.*, 2010, 187, comment by V. Busi, *L'amministratore di sostegno: il nuntius del paziente*; *Giur. merito*, 2010, 103, comment by R. Masoni, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*; Trib. Firenze, 8.4.2009, *Giur. Merito*, 2010, 102, comment by R. Masoni, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*; Trib. Pistoia, 8.6.2009, *Foro it.*, 2011, I, 608; *Giur. Merito*, 2010, 102, comment by R. Masoni, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*; App. Firenze, 3.7.2009, *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 429, comment by R. Masoni and A. Farolfi, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di «fine vita»*; Trib. Cagliari, 14.12.2009, *Riv. giur. sarda*, 2010, 637, comment by G. Carta, *La nomina condizionata dell'amministratore di sostegno: tre provvedimenti dei giudici cagliaritari a confronto*; App. Cagliari, 30.4.2010, *ibidem*; Trib. Varese, 25.8.2010, www.dejure.it; Trib. Verona, 4.1.2011, www.personaedanno.it. Among them, Trib. Genova, 6.3.2009 says something more: a limited guardian can express consent but not dissent to lifesaving treatments (even when the dissent was previously expressed by the ward in an advanced directive) because, doing so, they would not represent the current ward's wishes and there would be a risk of attributing to a third party the exercise of a personal right. (*Non è possibile conferire all'amministratore di sostegno il potere di esprimere, a nome e per conto del beneficiario e sulla base di precedenti direttive dello stesso, il dissenso a cure salva vita (quali le emotrasfusioni) poiché, in tal modo, si rischierebbe di rappresentare una volontà dell'amministrato non più attuale e si rimetterebbe ad un terzo la disponibilità di un diritto personalissimo*). This decision, in my opinion, is totally unacceptable because: 1) it seems to respect consent (any consent) to medical procedures more than dissent (any dissent); 2) it deprives people's advanced decisions of all meaning and effectiveness.

¹⁶ On the contrary, when the ward is already incapacitated, there is no doubt regarding the legitimacy of an appointment of a limited guardian whose purpose is to make the ward's

In these cases, we can distinguish three different situations:

- 1) the petitioner will be operated on in the short term with general anaesthetic;¹⁷
- 2) it is quite probable (or even certain) that the petitioner will soon fall into a state of incapacity, because of their current health conditions;¹⁸
- 3) the petitioner is perfectly healthy and competent, and there is no expectation of whether they could be incapacitated in the future, and when this could occur.¹⁹ In this case, Italian legal doctrine and case law sometimes use the expression “*now for then*”, referring to this kind of appointment.

advanced directive respected. See Trib. Vibo Valentia, sez. Tropea, 30.11.2005; Trib. Roma, 21.12.2005, cit.; Trib. Ravenna, sez. Faenza, 21.8.2007, www.personaedanno.it; Trib. Tivoli, sez. Palestrina, 10.10.2007, www.personaedanno.it; Trib. Modena, 16.9.2008, Dir. fam. e pers., 2009, 261; www.personaedanno.it; Trib. Mantova, sez. Castiglione delle Stiviere, 12.1.2011, www.personaedanno.it: “*prestazione del consenso a trattamenti sanitari di routine (l'eventuale consenso alle eventuali attività di sospensione del trattamento medico-chirurgico [...] dovrà essere fornito congiuntamente da entrambi gli amministratori nel rispetto della volontà del beneficiario e previa autorizzazione del giudice tutelare)*”.

¹⁷ Trib. Siena, 18.6.2007, cit.; Trib. Bologna, sez. Imola, 4.6.2008, Dir. fam. e pers., 2009, 245; App. Cagliari, 21.1.2009, Nuova giur. civ. comm., 2009, I, 630, comment by G. Cricenti, *Il rifiuto delle trasfusioni e l'autonomia del paziente*; Guida. al dir., 2009, 55; www.personaedanno.it.

¹⁸ Trib. Modena, 13.5.2008, Nuova giur. civ. comm., 2008, I, 1296, comment by M. Piccinni, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*; Dir. fam. e pers., 2009, 1395; Trib. Modena, 23.12.2008, Dir. fam. e pers., 2009, 699; www.personaedanno.it. App. Cagliari, 21.1.2009, cit.; Trib. Modena, 14.5.2009, www.dejure.com; www.personaedanno.it; Trib. Trieste, 3.7.2009, www.personaedanno.it; Trib. Roma, 31.5.2010, www.personaedanno.it; Trib. Treviso, 14.1.2011, and Trib. Treviso, 7.6.2011, www.personaedanno.it.

¹⁹ Trib. Modena, 5.11.2008, Dir. fam. e pers., 2009, 277, comment by F. Gazzoni, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. “morte dignitosa”*; Foro it., 2009, I, 37, comment by G. Casaburi, *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari «salvavita Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari «salvavita»*; Giur. Merito, 2010, 102, comment by R. Masoni, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*; Famiglia e dir., 2009, 277, comment by G. Ferrando, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*; Guida al dir., 2009, 11, 35, comment by P. Cendon and R. Rossi, *Individuato un neo-segno operativo che l'istituto può sostenere a pieno titolo*; Giur. it., 2009, 1397; Famiglia, persone e successioni, 2009, 798; Famiglia e minori, 2008, 11, 76; Trib. Prato, 8.4.2009, Giur. Merito, 2010, 102, comment by R. Masoni, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*; www.personaedanno.it; Trib. Cagliari, 22.10.2009, Nuova giur. civ. comm., 2010, I, 429, comment by R. Masoni and A. Farolfi, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di «fine*

In the first two situations (even admitting that art. 404 civil code claims, at the moment of appointment, a state of current incapacity of the ward), it seems that there are few obstacles to considering that art. 404 civil code can be extensively interpreted, so permitting the appointment of a limited guardian: in fact, in these cases the petitioner's condition will certainly (or highly probably) soon fall into a state of incapacity.²⁰

The third situation is more difficult, considering that in these cases the petitioner simply asks the judge to appoint a potential and future limited guardian for when he or she might fall into a state of incapacity. Both judges who accept this perspective and judges who refuse it (because of the supposed necessary of "incapacity" at the time of appointment) use a wide range of grounds, some of them strictly pertaining to the correct interpretation of the law, others more indicative of reasons of appropriateness.

It seems to me that it is first necessary to verify if the law clearly indicates an univocal interpretation. In my opinion, the response is negative. Article 404 civil code appears to be compatible with both

vita»; Riv. Giur. Sarda, 2010, 637, comment by G. Carta, *La nomina condizionata dell'amministratore di sostegno*, cit.; Trib. Firenze, 22.12.2010, Foro it., 2011, I, 608; Nuova giur. civ. comm., 2011, I, 483, comment by D. Infantino, *Direttive anticipate e amministrazione di sostegno*; Foro tosc., 2011, fasc. 1, 27. See also G. Bonilini, «*Testamento per la vita*» e *amministrazione di sostegno*, cit., 189; M. Sesta, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate*, cit., 163 ss.; G. Ferrando, *Amministratore di sostegno e rifiuto di cure*, cit., 280; E. Calò, *L'amministrazione di sostegno al debutto tra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, cit., 250; P. Cendon, *Si può chiedere l'amministrazione di sostegno anche se si sta bene?*, www.personaedanno.it; M. Piccinni, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto «incapace»: dalla sostituzione al sostegno*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris; P. Zatti (eds.), *I diritti in medicina*, Trattato di Biodiritto, directed by S. Rodotà, P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, 404.

²⁰ In the same sense M. Piccinni, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto «incapace»: dalla sostituzione al sostegno*, cit., 407; G. Ferrando, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, cit., 285. See also Trib. Modena, 13.5.2008, cit.: the Court appointed a limited guardian to a woman who had amyotrophic lateral sclerosis. At the time of appointment the woman was competent and expressly declared her dissent to invasive medical procedures (tracheostomy) when her illness would inevitably prevent her from breathing normally. It can be noticed that, in this case, the initial "competency" of the woman, seriously ill, would certainly change into a state of complete incapacity with a risk that, due to the "state of necessity", she would receive an invasive medical procedure that she had firmly refused. Trib. Trieste, 3.7.2009, cit., is extremely clear: the judge agrees with the necessity of current incapacity in order to proceed with the appointment but recognizes that, in this case (patient with serious heart disease) the situation can be considered similar to those where a lack of capacity is very probable and/or imminent.

interpretations. Saying that “*when it is impossible for a person, due to the effects of infirmity or physical or psychological disablement, even partial or temporary, to provide for their interests, the person can be assisted by a limited guardian*”, the law surely means that the limited guardian can “assist” the ward “only” when it is impossible for the ward to provide for their interests. However, the law does not expressly say that the incapacity must be present also at the time of appointment of the limited guardian. Certainly it does not deny it, but also it does not specifically claim it. At the same time, it does not expressly say that the appointment can be made even when the “future” ward is still capacitated and competent, but also it does not deny it.

Now, if the letter of the law is compatible with both interpretations, it is necessary to choose the one which is more consistent with Italian constitutional principles. In this sense, it is certainly preferable to adhere to the broadest interpretation, which denies the necessity of a current incapacity in order to proceed with the appointment. Consequently, it seems to me that courts’ decisions which accepted the petition, filed by a capacitated person, to appoint a limited guardian for when they are incapacitated, are legitimate.

The doctor’s position depending on the court’s decision

After examining the possible decisions the Italian courts have taken when they received a petition for appointing a limited guardian, it is now important to see how a doctor should behave when the incapacitated patient has written an advanced directive; has designated a limited guardian, according to art. 408 civil code; and has asked the Court to appoint the limited guardian in order to see their advanced decisions fulfilled.

There is no doubt about how to behave in front of a judge’s appointments. It is the same decision that explicitly authorizes the limited guardian to express consent or dissent²¹ on behalf of the ward, according to the ward’s advanced decision. In this case, doctors can refuse to respect the limited guardian’s consent or dissent only if it is not consistent with the ward’s desire or – but this seems to be a quite rare hypothesis – if

²¹ Not always is an advanced directive written with the purpose of expressing dissent to medical procedures. In Trib. Varese, 25.8.2010, cit., the petitioner’s wishes, in case she became incapacitated, consisted in “to be maintained in life as long as possible, because I am a Catholic” (“*In caso rimango incapace, io voglio rimanere viva finché possibile, perché sono cattolica*”).

between the ward's advanced directive and the moment of medical need, medicine has discovered or invented new and powerful procedures that it is reasonable to admit that the ward would accept, is he or she were capacitated.

What should a doctor do if the judge has refused to appoint the limited guardian? There can be many reasons for this choice but we have seen that the most probable one is due to a strict interpretation of the law.

In other words, what is the difference, for a doctor, between two patients, who are in a similar health situation and have followed the same path (advanced directive; designation of a limited guardian; petition for an appointment) but one of them has seen their petition accepted and the other refused, just because the second judge believed that the appointment can be made only when the interested person is already incapacitated?

If in the first case the doctor *has to* respect the ward's desire (expressed "through" the limited guardian's voice), in the second case there seems to be no reason not to respect the same.

In fact, one of the observations made in criticizing the "*now for then*" appointments is that the appointment, in this case, would be superfluous.²²

In other words, according to current Italian case law production, an advanced directive, never revoked by the patient, should be sufficient for doctors and should persuade them to respect the wishes previously expressed by the patient. This seems to be especially true if the doctor has other elements which agree with the advanced directive's content (short time between the advanced decision and the medical treatment; family members who confirm the content of the advanced decision, etc.).

In case of doubt, it seems that the most correct thing a doctor should do is to address the Court and file a petition for appointing a limited guardian who will express a valid position regarding possible medical treatment. In theory, if the "first" petition had been refused by the judge because at that moment the petitioner was still capacitated, the same judge should now have no grounds to refuse it again, if the patient is currently incapacitated.

²² M. Piccinni, *Chi decide per il paziente incapace?*, cit., 1303; M. Piccinni, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., 408.

However, doctors can file a petition for appointment also without any previous petition made by the patient (and, in general, in any situation they believe that needs to be solved with the intervention of a limited guardian).²³ A recent decision (Trib. Modena, 16.9.2008, cit.) gives us a clear example of that possibility and shows us a correct way to solve a difficult medical case. In that case, there was not agreement between the patient's previous desire (supported by her daughter) and her sons' positions. The doctor filed a petition to the Judge who appointed a limited guardian in a few days who was able to express valid consent or dissent to the suggested medical procedure.²⁴

Conclusions

Italy undoubtedly suffers from the lack of a clear regulation of advanced directives. This uncertainty does not help the patients, who would like to have confidence that their wishes will be respected, nor the doctors, who very often do not know which is the right decision to take, from an ethical and legal point of view.

²³ A. Aprile; P. Benciolini, *Il ruolo della medicina legale clinica nell'amministrazione di sostegno: prime esperienze casistiche*, Riv. it. med. leg., 2005, 89.

²⁴ A woman, who was a Jehovah's Witness, had to be operated on soon, possibly needing a blood transfusion during or after the operation. She was in a delirious state, therefore not competent to express valid consent or dissent. Her daughter showed the doctor a manuscript, written by her mother, where she firmly refused any blood transfusion and where she indicated her daughter as a future limited guardian (but without any petition to the Court), in case of need. The two sons of the patient, on the contrary, asked for their mother to have a transfusion. The doctor immediately filed a petition to the Court, asking to appoint a limited guardian, in order to have valid consent or dissent to the possible blood transfusions. The judge questioned the daughter (who fully complied with her mother's wishes) and the two sons. One of them, though recognizing his mother's desire, maintained his position; the other changed his mind after realizing that his mother would never accept a transfusion. The judge also visited the patient, noticing her incapacity to comprehend her current situation. For all these reasons, the judge appointed the daughter as limited guardian of the patient, giving her the task to dissent to any type of blood transfusion and to ask the doctors (who would have to act) to give the patient the necessary palliative care (*negazione di consenso ai sanitari coinvolti a praticare, prima, nel corso e a seguito dell'intervento chirurgico della frattura, qualsivoglia trasfusione di sangue, ancorché ritenuta indispensabile per la sopravvivenza della beneficiaria; richiesta ai sanitari, che saranno tenuti ad ottemperare, di apprestare, con la maggior tempestività consentita, le cure palliative più efficaci allo scopo di evitare e, comunque, di alleviare ogni sofferenza alla persona e al suo corpo*).

In the current pattern, then, the role of Italian case law is of great importance. On the one hand, it has clarified that self-determination is a fundamental right that must be enforced also when a person is incapacitated; on the other hand, it has shown all the potentialities of the recent legal instrument represented by “limited guardianship” (*amministrazione di sostegno*), in supporting and defending this right.

While waiting for a specific law on advanced directives, limited guardianship, with all its limits and uncertainties, seems to be a quite efficient legal instrument in order to have people’s self-determination enforced.

ETHICAL AND LEGAL THINKING ON CLONING FOR BIOMEDICAL RESEARCH*

Gastón Federico Blasi**

Preliminary considerations

The human research enterprise is an essential part of society, for such research holds the promise of new treatments, and improvements in the quality of life.¹

Physicians and scientists in general, both collectively and individually, have a responsibility towards society. Medicine is a discipline we have designed to our own benefit. It is not aimed at merely prolonging life or pandering to individual wishes. Rather medical science aims to restore and improve quality of life by treating diseases, deformities, and conditions that affect us as well as relieving pain.² Thus, the goal of medicine is to maintain a healthy state of life by compensating and understanding, as *ap Praxis* of solidarity, our underlying vulnerability related to our human

183

* I would like to thank Professor Evert van Leeuwen (Radboud University Nijmegen) for his valuable comments, suggestions and critiques of earlier versions of this article.

** Doctoral candidate, Faculty of Law, University of Buenos Aires. Email: gblasi@derecho.uba.ar

¹ "Research in medicine, in the biomedical sciences, and in science in general is defined as studious inquiry or examination; *esp*: investigation or experimentation aimed at the discovery and interpretation of facts, revision of accepted theories or laws in the light of new facts, or practical application of such new or revised theories or laws." Merriam-Webster, p. 992.

For the purposes of this paper, we will understand the terms *research* and *experimentation* as synonyms, though we know that the former encompasses not only the processes of scientific method, that is, experimentation and thought, but also reading, writing, discussing, and publishing. See ROBERTSON, J. A., *The scientist's right to research. A constitutional analysis*, in 'Southern California Law Review', n. 51, 1978, p. 1203.

² "Until the first half of the twentieth century medicine was basically a diagnostic and palliative practice [...], and it could not lead to profound discrepancies between life and its quality." ZAMPERETTI, N. et al, *Ethical, political, and social aspects of high-technology medicine: Eos and Care*, in 'Intensive Care Medicine', n. 32, 04/2006, p. 830/1.

condition, that is, we are mortal beings. For these reasons, physicians are obliged to use this powerful instrument to improve quality of life if necessary –without considering death as the enemy, but as a natural phenomenon.³ Medical practitioners must thus use their skills to benefit persons without reducing medicine to a value neutral mechanism for the maximization of individual and collective beneficence. In fulfilling their responsibilities, physicians count on scientific experimentation as an important instrument to gain and increase medical knowledge but also to provide the elements that would be useful for ameliorating persons' health.⁴

Scientific investigation is the expression of theoretical thinking. Noting that the act of thinking can never be restricted, then it would be reasonable to affirm that scientific research could not be subject to any limit. This would provide some sort of moral immunity to the researcher. However, in the fields of biomedicine and biotechnology, more precisely *cloning for biomedical research*, the boundaries between theory and practice are blurred and are even indistinguishable, causing the disappearance of such a privilege for the investigator. From this perspective, biomedical research can be seen as a threatening activity from which people require protection. But at the same time, it undeniably has the potential to prevent and even treat diseases if it is done fully respecting the participating individuals.

In recent years, progress in ethical thought has not matched the remarkable scientific advances made in the field of human genetics. As scientific knowledge increases only through experimentation, it is tempting

³ According to the Hippocratic Oath physicians, as members of society, have special obligations to all their fellow human beings, those sound of mind and body as well as the infirm. It is a deontological duty of every medical doctor to apply his/her knowledge for the benefit of the sick and good of the patients, trying to avoid harming them and seeking to ameliorate or alleviate their pain.

⁴ “[...] for the mind is so intimately dependent upon the condition and relation of the organs of the body, that if any means can ever be found to render men wiser and more ingenious than hitherto, I believe that it is in Medicine they must be sought for. It is true that the science of Medicine, as it now exists, contains few things whose utility is very remarkable: but without any wish to depreciate it, I am confident that there is no one, even among those whose profession it is, who does not admit that all at present known in it is almost nothing in comparison of what remains to be discovered; and that we could free ourselves from an infinity of maladies of body as well as mind, and perhaps also even from the debility of age, if we had sufficiently ample knowledge of their causes, and of all the remedies provided for us by Nature. [...] I remarked, moreover, with respect to experiments, that they become always more necessary the more one is advanced in knowledge.” DESCARTES, R., *The discourse on the method*, EDINBURGH, SUTHERLAND AND KNOX, 1850, p. 103/4.

to posit that limits should not be imposed. Such limits could prevent progress in the *non-validated therapies* field because regulations, indeed, cripple research.⁵ From this perspective, investigation on human embryos should not be ethically, much less legally confined. Nevertheless, this might lead to the development of a science without conscience since there would be no identifiable restrictions.⁶

Cloning for biomedical research is a serious issue in the scientific field that requires thoughtful discussion and debate. In particular, the following questions could be posed as a starting point of analysis. Is there a moral duty to progress medical science? Does the prerogative to research include the prerogative to use any method to achieve a certain goal –do the ends justify the means? This, of course, raises a further query, being whether the instruments maintain the burdens on free scientific investigation through which pursues the increase of expertise in the benefit of human persons. Can we set limits on the available methods, not prejudicing scientific development and consequently our own? More precisely, is it morally correct to restrict biomedical investigation when its goals and possible effects could be favourable to our species?

These controversial issues have awakened the urge to think about the problematic aspects incarnated in the freedom of scientific research when it is applied in the field of cloning for the development of *non-validated therapies*. In the following pages, we will legally and ethically reflect on some of the problematic aspects generated by the possibility of cloning humans for therapeutic goals. It is essential when aiming to find new

⁵ “Attaching the favourable term *therapeutic* to research can be dangerous, because it suggests *justified intervention* in the care of particular patients and may create a misconception.” BEUCHAMP, T. & CHILDRESS, J., *Principles of biomedical ethics*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 320.

“Levine suggests that we employ the term *nonvalidated practices* as a more encompassing term for innovative therapies, acknowledging that it is the uncertainty associated with variation in the outcomes of diagnostic and therapeutic manoeuvres that is the principal issue... the narrower term *nonvalidated therapies* is also employed.” *Encyclopedia of Bioethics*, 3rd Edition, p. 2328.

⁶ The Tuskegee Syphilis Study is one of the most notorious examples of a science without conscience. In 1972 it was revealed that for a period of forty years medical research, sponsored by the U.S. Public Health Service, was conducted on 400 African American men with syphilis to evaluate the progression of the untreated disease, despite the possibility of the existence of effective treatment with penicillin. See KING, P. A., *The dangers of difference. Twenty years after: the legacy of the Tuskegee Syphilis study*, in ‘The Hastings Center Report’, v. 22, n. 6, 11/1992, p. 35-38.

avenues to carefully examine and weigh up the main factors involved together with its effects, in this sense we would be able to reach a reasonable and pluralistic conclusion to the problems that the implementation of the techno-scientific advances in human individuals poses to our present and future society.

The analysis, then, will be conducted on a methodological manner based on three axes: the first one will be confined to the language complexities involved in the cloning enterprise; the second one will be committed to the ethical as well as legal codes, succinctly examining the international as well as national spectrums –taking on the one side the Argentine legal system and on the other the United States normative layout respectively-, aspiring to label the foundations of the basal freedom of scientific research as well as the ethical and legal conditions under which it can be conducted; and, the last one will focus on the ethical problems implicated in the scientific investigation performed on living human organisms created through somatic cell nuclear replacement in pursuance of validating therapeutic procedures to treat genetic diseases.

CHAPTER I

TERMINOLOGICAL CLARIFICATIONS

Human cloning

In order to discuss in a constructive manner on human cloning, the ethical and legal issues cannot be dissociated from the technological aspects, otherwise it will not be possible to truly identify and distinguish the problematics that this technique brings to our doorstep. In addressing this very complex topic, it is crucial to delineate the area in which the analysis will be conducted, and for this reason it is essential to enter into some terminological considerations.

The term *clone*, according to the Oxford English Dictionary, derives from the Greek *klon*, meaning twig, an organism produced asexually from one ancestor to which it is genetically identical. Therefore, a clone is the set of genetically identical cells caused by asexual reproduction from a single cell or organism, or even by artificial embryonic division.⁷

⁷ See *clone*, OXFORD ADVANCED LEARNER'S DICTIONARY OF CURRENT ENGLISH, UK, Oxford University Press, 2000, p. 221.

In this context, the locution *cloning* comprehends all the techniques and methods frequently developed and exploited by the laboratories to obtain a replica from a given biological material, which in principle does not pose major ethical quandaries. Nonetheless, the word itself also alludes to the procedure destined to asexually create an individual that presents the same genetic information of the cloned substance. We must now proceed to distinguish natural cloning from artificial cloning:

Natural cloning

Natural cloning is a form of spontaneous reproduction produced by the intentionality or vagaries of nature. The zygote, product of the chromosomal combination of the germ cells, before nesting itself in the maternal endometrium to continue its normal growth into adulthood, splits itself without human intervention –process called embryonal fission– forming two embryos with an identical genotype. This is the typical case of monozygotic twins or univiteline.⁸

Artificial cloning

This is a technique performed in a laboratory through which the production of beings that present equal genetic features to others is feasible without the chromosomal combination of the gametes. In this sense, there is no fertilization, but rather the manipulation of the genetic material, without altering the content of the genome, with the aim of creating a new being. We can delineate two different methods:

a) Embryo splitting

A human embryo is divided into two or more cells that are genetically totipotent or undifferentiated, and can, therefore, be developed into a blastocyst capable of generating an individual completely identical to the embryo from which it is originated –this would be the case of monozygotic

⁸ See ASTON, K. I. *et al.*, *Monozygotic twinning associated with assisted reproductive technologies: a review*, in 'Reproduction', n. 136, 2008, p. 377-86; CYRANOSKI, D., *Developmental biology: two by two. Could genes explain the remarkable rate of identical twins born in some remote villages around the world?*, in 'Nature', n. 458, 04/2009, p. 826-29; FRAGA, M. F. *et al.*, *Epigenetic differences arise during the lifetime of monozygotic twins*, in 'Proceedings of the National Academy of Sciences', 07/2005, v. 102, n. 30, p. 10.604-09.

or univiteline twins. However, the number of cloned individuals that may be created through this procedure is limited because the human embryo is not capable of being divided indefinitely.⁹

b) Somatic cell nuclear replacement¹⁰

Through this procedure the nucleus of an egg, which contains the DNA, is removed –enucleated egg–, and in its place the nucleus of a somatic cell from the individual desired to clone is introduced via microinjection or electrofusion. The reconstructed oocyte can then be electrically or chemically stimulated, thus beginning to split up until it turns into a living organism genetically homogeneous to the donor of the said nucleus, providing that she is the one who also contributed the enucleated egg, because its cytoplasm also contains genes.¹¹

c) The appropriate terminology

It is necessary to elucidate whether we can address the entity created by replacing the nucleus of an egg with the nucleus of a somatic cell as a human embryo. There is, indeed, a great deal of discussion about the proper descriptive terminology to be used in this case. Although this discussion appears at first glance to be a matter simply of semantics, these semantically observed distinctions are significant in this context, because language defines legal as well as ethical status limiting our freedom and therefore our conduct. And as terminology in this delicate arena is fundamental, thus for clarity reasons, it would be more adequate to address the somatic (cell nuclear replacement) embryo as *cloned human germ*. We will next proceed to explain the reasons why such a term is being used.

⁹ See BYRNE, J. A. y GURDON, J. B., *Commentary on Human Cloning*, in ‘Differentiation’, n. 69, 2002, p. 154.

¹⁰ Most of the academic literature addresses this technique as *somatic cell nuclear transfer*, whereas we would rather use *somatic cell nuclear replacement* because its main characteristic is to provide a substitute nucleus for the egg from a somatic cell that will assume the equivalent function. Thus, it is not merely a transfer, but an actual replacement.

¹¹ See BYRNE, J. A. *et al.*, *Producing primate embryonic stem cells by somatic cell nuclear transfer*, in ‘Nature’, n. 450, 11/2007, p. 497-502; CAMPBELL, R. A. *et al.*, *Cloning: eight years after Dolly*, in ‘Reproduction in Domestic Animals’, v. 40, n. 4, 08/2005, p. 256-68; JIANYUAN, L. *et al.*, *Cloned embryos of different disease genes by somatic cell nuclear transfer*, in ‘Cell Research’, n. 18, 2008, p. 25ss; XIANGZHONG, Y. *et al.*, *ES cells derived from cloned embryos in monkey – a jump toward human therapeutic cloning*, in ‘Cell Research’, n. 17, 12/2007, p. 969/70.

We can affirm with absolute certainty that once the cloning process is completed, the final result will be an entity holding human nature. Then, in principle, we may infer that the nature of that organism resembles that of any given human embryo produced by fertilization *–in vivo* or *extra corporis*. Unfortunately, by definition, *embryo* –or *zygote*– is the cell produced by the union of two gametes, before it undergoes cleavage. In this context, it is clear enough that the being created through nuclear cell replacement can never be encompassed within the same frame used to identify an embryo.

Whilst every gamete human embryo procreated either by natural means, that is, sexual intercourse, or by artificial reproductive techniques –IVF, ICSI, or IUI–, is the result of the fertilization process, this means the conjugation of male and female gamete nuclei; the somatic cell nuclear replacement procedure does not involve the chromosomal combination of germ cells, but the mere substitution of the nucleus of an unfertilized egg with that of a somatic cell resulting in nothing else than a germ cell with a different nucleus, which by itself is unable to produce any substantial change leading towards the development of a new being. Additionally, the replacing nucleus does not derive from a spermatozoon, so the only gamete is the unfertilized egg, thus in order to create and produce a human entity, chemical or electrical stimulation is needed.¹²

In this line of reasoning, it would then be untenable to make an extensive or elastic interpretation considering the somatic cell nuclear replacement method as fertilization and the resultant being an embryo.

¹² This does not mean that we attribute moral value to the gamete cells over the somatic ones, rather our intention is to argument, based on a study conducted to elucidate how the endometrium responds to cloned versus fertilized embryos, that the former are unable to maintain a normal embryo-maternal communication during the implantation period leading to pregnancy failures in comparison to the latter. This demonstrates that (i) gamete fusion results essential for a successful pregnancy, and (ii) there is a biological-natural connection between the gamete embryo and the mother that is almost impossible to establish in the case of the cloned human germ. See BAUERSACHS, S. *et al*, *The endometrium responds differently to cloned versus fertilized embryos*, in 'Proceedings of the National Academy of Sciences', 03/2009, v. 106, n. 9, p. 5681-86; COLL, M. L., *Cloned embryos can't fool a womb*, in 'Nature Reports Stem Cells', 30/04/2009.

It has been stressed that *the mother provides the molecular signalling directing the differential expression of genes essential for a normal development process*. Hence, the development of the embryo is a *process having functional continuous totality within the entire period*. See ALONSO, C., *An ontological view of the human embryo. A paradigm*, in 'European Journal of Endocrinology', v. 151, suppl. 3, 11/2004, p. U17-U24.

In the first place, there is no intervention of a masculine gamete cell. Likewise, there is no nuclei fusion of germ cells; instead we are in the presence of a nucleus subrogation, which contains an already existing human genome code. Finally, we must also consider that the resultant germ cell is unable to develop and grow on its own.

d) The cloned human germ: a source of stem cells

Once a cloned human germ is begotten by somatic cell nuclear replacement, two could be the possible destinations: either be transferred to the uterus of a woman, searching its implantation in the endometrium and continuance of its gestation and consequent development until the moment of birth of a human being, who, in theory, ought to be an authentic twin of the individual from whom the nucleus of the somatic cell proceeded –procedure known as *cloning to produce children*¹³; or, be destined to scientific research, as a source of embryonic stem cells, for medicinal purposes in the treatment of certain pathologies of genetic origin – usually referred to as *cloning for biomedical research*.¹⁴

Stem cells have the unique capacity to renew themselves and differentiate into specialised cell lines depending on their origin. There are three types of stem cells: embryonic, germ and somatic (or adult). Moreover, these cells have varying degrees of potentiality, in this sense we find totipotent cells which are able to develop and produce a complete individual through the embryo-splitting technique –in this category is located the cells that compose an embryo-; pluripotent cells, which can replicate unlimitedly giving rise to a wide variety of differentiated cells and tissues of a given organism –these are obtainable from the embryo at the blastocyst stage; and finally, there are multipotent cells, that have the capacity to differentiate into a limited number of specialised cell types.¹⁵

¹³ See BAIRD, P. A., *Cloning of animals and humans: What should the policy response be?*, in 'Perspectives in Biology and Medicine', v. 2, n. 2, 1999, p. 179-194; JENSEN, D. A., *Human reproductive cloning and reasons for deprivation*, in 'Journal of Medical Ethics', v. 34, 2008, p. 619-623; ZAVOS, P. M., *Human reproductive cloning: the time is near*, in 'Reproductive BioMedicine Online', v. 6, n. 4, 06/2003, p. 397/8.

¹⁴ See COLMAN, A. and KIND, A., *Therapeutic cloning: concepts and practicalities*, in 'Trends in Biotechnology', v. 18, Issue 5, 05/2000, p.192-196; HOCHEDLINGER, K. and JAENISCH, R., *Nuclear transplantation, embryonic stem cells, and the potential for cell therapy*, in 'New England Journal of Medicine', v. 349, n. 3, 07/2003, p. 275-286; LANZA, R. P., CIBELLI, J. B. and WEST, M. D., *Human therapeutic cloning*, in 'Nature', v. 5, n. 9, 09/1999, p. 975-977.

¹⁵ See JOHNSON, B. V. et al., *Understanding pluripotency – how embryonic stem cells keep their options open*, in 'Molecular Human Reproduction', v. 14, n. 9, 2008, p. 513-520; THOMSON,

Embryonic stem cells can be derived from the inner cell mass when the said entity is at the blastocyst stage before being implanted in the uterus. The extraction of such cells, of course, impossibilitates the embryo to continue its growth into adulthood and, consequently, leads it to its premature decline. But why are these cells of inestimable worth? Basically, because they have a marvellous ability to multiply steadily, giving rise to new stem cells with the same potentiality of differentiating in any specialized cell of a certain organism, including: muscles, nerves, blood, and many other cells.¹⁶

Theoretically speaking, embryonic stem cells might offer a vital source to generate and create sequences of specialized cells and tissues, immunologically compatible with the intended recipient, necessary to treat various pathological conditions associated with cell injury, such as Parkinson's, Alzheimer's, diabetes, multiple sclerosis.¹⁷ Today, the main generators of human embryonic stem cells are the assisted reproductive technologies utilized in the battle to tackle down human subfertility or infertility, *i.e.* the human embryos that have not been used in the process of *in vitro* fertilization –called supernumerary or surplus embryos- and thus, instead of discarding them, the parents to be, in some legal systems, have the prerogative whether to opt to destine them for biomedical research and experimentation.¹⁸

J. A. *et al.*, *Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts*, in 'Science', n. 282, 1998, p. 1145-1147; YU, J. *et al.*, *Pluripotent stem cell lines*, in 'Genes & Development', v. 22, 2008, p. 1987-1997.

¹⁶ See MAYHALL, E. A. *et al.*, *The clinical potential of stem cells*, in 'Cell Biology', v. 16, 2004, p. 713-720; REUBINOFF, B. E. *et al.*, *Embryonic stem cell lines from human blastocysts: somatic differentiation in vitro*, in 'Nature', v. 18, 04/2000, p. 399-404.

¹⁷ LEDFORD, H., *Therapeutic cloning creates perfect match*, in 'Nature', March 21st, 2008.

"If it could be controlled, the potential for differentiation of ES cells *in vitro* would make it possible to establish models for pharmacological cell studies which are lacking today because they are restricted to animal tissues and human cells which are usually different from the normal type; -on the therapeutic front, there are prospects of a branch of regenerative medicine that could generate substitute tissues for degenerative and metabolic diseases and those involving cell necrosis, which are incurable today." Steering Committee on Bioethics (CDBI), *Report on the protection of the human embryo in vitro*, Strasbourg, 19/06/2003, p. 27.

¹⁸ In Belgium, Sweden and the UK embryos can even be created using IVF technique specifically for research purposes. In Denmark, Finland, France, Netherlands, Spain and Switzerland among other countries, research is permitted only on surplus embryos. Information available at the International Society for Stem Cell Research website: <http://www.isscr.org/> Whilst *cloning to produce children* is generally repudiated, much ambivalence

The *non-validated therapeutic* potentiality that these cells enclose generates excitement in the scientific community as well as the general public, due to the fact that the somatic cell nuclear replacement technique might provide us with the necessary means, that is, stem cells extracted from a somatic embryo containing the same genetic make up as a specific donor –guaranteeing no problems related to rejection-, to be possibly destined for scientific experimentation to provide new therapies to treat certain genetic infirmities. Nevertheless, the creation of human tissue and eventually, in a foreseeable future, organs, originates an intricate and passionate discussion, as it raises ethical and also legal controversies.

CHAPTER II

ETHICAL AND LEGAL FRAMEWORKS FOR CONDUCTING BIOMEDICAL RESEARCH

We assume that in natural conditions, apparently, all human persons are free, the law only recognizes this situation by giving it a legal value and creating a system of protection and respect among us, so that each individual would be able to develop and realize her/his own life project, providing that while doing so, (s)he does not affect the private sphere of others. This personal autonomy includes the freedom to seek and master the necessary knowledge according to our personal interests in pursuit of happiness.¹⁹

surrounds *cloning for biomedical research*. We have previously mentioned that many countries allow destining surplus embryos to research. We are aware that in an IVF process we will procure some extra embryos that will not be used to fulfill parenthood desire. In this sense, we find no substantial differences between producing embryos solely for research and producing extra IVF embryos, under the false pretense of parenthood, knowing beforehand that they will be directly destined to the scientific experimentation.

¹⁹ Locke elegantly argued that the quest for happiness is nothing else but to alleviate a person's uneasiness. To this respect he understood happiness as the *utmost pleasure we are capable of; and misery the utmost pain*. Then, he called those things that produce pleasure in us good, and those that produce pain evil. To this extent, he realized that bodily pain is uneasiness, and the presence of pain then implies the absence of good. Thus, what is good must necessarily lead to our happiness. LOCKE, J., *An essay concerning human understanding*, London, 1825, Book II, c. XXI, n. 31, 42, p. 161, 166.

On the basis of what have been outlined before, we could affirm that the *pursuit of happiness* is the common peak aspiration of every human person. However, there is no universal agreement regarding how to accomplish happiness. Indeed, some equate it with pleasure, love, others instead with honour, courage, others even with wealth, power and fame, while others with greater knowledge and understanding. All these terms, moreover, are as vague and ambiguous as the desire for happiness. Despite all this, one thing is certain, each of us

Naturally, human persons crave for knowledge.²⁰ Scientific knowledge is obtained through the process of thinking, and thinking is considered to be an inherent and absolute freedom of every person. However, theoretical thoughts to be validated must be corroborated and confirmed through tests and trials, that is actions, and we know that there is no such a thing as an absolute freedom to act, otherwise life in society would be completely chaotic and unbearable. Bearing this in mind, we realize that there must be ethical standards, translated into legal hallmarks to regulate our unlimited appetite for knowledge to avoid perpetrating dreadful experiments.²¹

In the following sections we will examine and describe first and foremost the limited international legal articulate under which scientific research involving human participants can be performed, and in a second moment the grounds of the regulatory structure for the freedom of medical inquiry and experimentation with human subjects created through somatic cell nuclear replacement in the civil and common law systems, taking as references Argentina and the United States respectively with the intention of distinguishing the underlying basic values and foundations. But before entering into these interesting topics, we will briefly picture and describe

seeks for him/herself his/her own happiness, and thus we may infer that individual happiness is bound up with his/her personal identity. This means that to experience happiness we need to know who we really are and therefore distinguish what is good for each one of us. However, we all agree that some things are good in themselves, for instance, enjoying a healthy life, which might lead to a happy life. Likewise, medicine's end is safeguard health, and to maintain it and improve its quality needs to expand its knowledge through scientific investigation. We could then cogitate that increasing wisdom in this field leads to general happiness.

The U.S. Supreme court, in various opportunities, has understood that the right to *acquire useful knowledge* is a right *long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men*. See 388 U.S. 1, *Loving v. Virginia*, 12/06/1967. In addition, in *Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746) the said tribunal recognized that the right of men and women to pursue their happiness means to pursue any *lawful business or vocation, in any manner not inconsistent with equal rights of others, which may increase their prosperity or develop their faculties, so as to give to them their highest enjoyment*.

²⁰ ARISTOTLE, *The Metaphysics*, London, 1857, Book I, c. I, p. 1.

²¹ After World War II the Japanese physicians directing the infamous 731 Biological Warfare Unit were acquitted for lack of evidence by the Tokyo War Crimes Tribunal in exchange of the scientific results and data obtained from the abominable experiments they had performed on live human subjects for more than a decade. See CHEN, Y. F., *Japanese death factories and the American cover-up*, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, v. 6, 1997, p. 240-242; HARRIS, S., *Factories of death. Japanese biological warfare 1932-1945 and the American cover-up*, New York, Routledge, 1995.

the main international ethical codes containing the accepted ethical principles in relation to biomedical research involving human individuals.

a) International hallmark

Ethical guidelines

It is relevant to scrutinize the ethical standards that have helped to mould the normative structure. To this extent, we will first proceed to examine the Declaration of Helsinki [hereinafter, DoH] last amended in October 2008 by the World Medical Association [hereinafter, WMA],²² and secondly the International Ethical Guidelines for Biomedical Research involving Human Subjects [hereinafter, EgBR] issued by the Council for International Organizations of Medical Sciences [hereinafter, CIOMS].²³

In June 1964 at the 18th WMA General Assembly it was elaborated and adopted the DoH. This is a policy statement with no legal force containing the ethical principles for medical research involving human subjects. It is the most important ethical, not legal, guideline for the physicians and researchers who decide to get engaged in medical investigation on humans with the purpose of better understanding the causes of diseases and developing effective therapeutic procedures and treatments.

According to this Declaration, all medical activity must be conducted in communion with the duty to promote and safeguard the patient's health, that is, in the beneficence of the individual. In addition, it acknowledges that medical progress can only be achieved through scientific inquiry on human subjects to further scientific knowledge and to ameliorate the suffering of humanity. This enterprise must be accomplished protecting the patient's best interests as well as respecting his/her rights. Respect

²² The WMA is an international organization representing physicians. It was founded on 17 September 1947 with the sole purpose of ensuring the independence of medical doctors by delineating the ethical guidelines they should follow at all times. The DoH, like its predecessor the Nuremberg code, was an immediate response prepared by the international medical society conceived with the sole purpose to avoid and prevent the medical atrocities and mistreatments perpetrated on humans by the Japanese and Nazi physicians before and during World War II. Available at: <http://www.wma.net/>

²³ The CIOMS is an international, non-governmental, non-profit organization established jointly by the World Health Organization and the UNESCO in 1949. In 2002 the Council modified the ethical standards for biomedical research involving human subjects first issued in 1982. They have been designed to serve as a guide in the policy-making process regarding this enterprise. Available at: <http://www.cioms.ch/>

means that the individual who is considering enrolling in a study has the sole authority to decide whether to participate or not, and even to withdraw her/his consent at any time.²⁴

Regarding the patient's best interests, we may assume that they are not simply related to the improvement or normalization of his/her health, but to his/her well-being holistically understood –which must take precedence over the interests of science and society- while freely deciding to participate in a medical investigation. Lastly, before participating in a medical experiment involving human subjects, the physicians must carefully assess the predictable risks and burdens to the individuals subjected to the study in comparison with the expected benefits to them and the general population. In other words, if the potential harms derived from the research are overbalanced by the potential benefits, then the protocol can be executed and later implemented.²⁵

The EgBR outlines the ethical principles that justify and validate biomedical research involving human subjects. Likewise, it recognizes that this activity is fundamental to discover new therapies providing that in the process the subjects involved are protected and respected, the risks of the research must be reasonable and equitably distributed in the light of expected benefits, without deliberately inflicting harm.²⁶ The investigator, further is required to obtain the voluntary informed consent of the prospective subject. The informed consent can be waived only under exceptional circumstances, for instance by obtaining an explicit approval from an ethical committee.

²⁴ In the case of an incompetent subject the informed consent must be obtained from the legal representative/tutor. If no such representative is available the study can be performed if (1) the research cannot be delayed, (2) the research protocol outlines the specific reasons for involving incompetent subjects without their (proxy) informed consent, and (3) a research ethics committee has approved the protocol.

According to these ethical standards, if there is no law expressly prohibiting research on embryos, despite the fact that legally it is considered an incompetent natural person, the legal representatives could then provide the necessary informed consent to destine them for biomedical investigation, even at the expense of the embryo's destruction.

²⁵ Medical research is ethically sound if its risks are reasonable in proportion to its potential benefits and the knowledge to be gained. This practice involves "systematic design and analysis of interventions involving human subjects in order to develop generalizable knowledge regarding the prevention and treatment of disease." ACKERMAN, 1994, p. 74.

²⁶ It is stressed the primacy of the human subject's well being over the interests of science and society.

Certain areas, however, have not been considered in these guideline, such as research with human embryos. In spite of this, the EgBR disposes that the selected subjects should be the least vulnerable necessary to accomplish the purposes of the research. In addition, it defines vulnerable persons as *those who are relatively (or absolutely) incapable of protecting their own interests*. The *least vulnerable* are subjects in a vulnerable state of susceptibility going through a process of increased harm.²⁷ Although much uncertainty surrounds the moral standing of the human embryo *in vivo* or *in vitro*, based on the spirit of this ethical instrument, it might be feasible to retain such an entity as a vulnerable individual and therefore it should receive the same accepted criteria of protection granted to developed human persons in case of being involved in biomedical research.²⁸

Codification of the ethical principles

In August 1947, during the Nuremberg Trials, the judges delivered the verdict on medical experimentation on human subjects in the *Doctors' Trial*.²⁹ Although the legal force of the Nuremberg code was not established –in fact it is not an international legal instrument–, the judges understood that the Nazi physicians had conducted atrocious experiments on unconsenting individuals during World War II based on the ten principles that constituted the code setting the grounds towards a responsible (bio)medical research.³⁰

By the end of the 20th century, the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization [hereinafter, Unesco], on the one side, and the Council of Europe [hereinafter, CoE], on the other, drafted, developed and created distinct legal hallmarks in relation to biomedical

²⁷ KOTTOW, M. H., *Vulnerability: What kind of principle is it?*, in 'Medicine, Health Care and Philosophy', n. 7, 2004, p. 283.

²⁸ We consider relevant to state that the decision not to include any guideline ruling about the research involving human embryos was due to the lack of consensus on its moral position.

²⁹ This was the first trial after World War II conducted by the U.S. military courts and not by the International Military Tribunal. See United States Military Tribunal I, Case 1, *United States v. Karl Brand et al.*, Washington DC, US Governmental Printing Office, v. I, p. 1004; v. II, p. 352.

³⁰ See ANNAS, G. J. & GRODIN, M. A. (editors), *The Nazi doctors and the Nuremberg code. Human rights in human experimentation*, New York, Oxford University Press, 1992; KATZ, J., *The Nuremberg code and the Nuremberg trial. A reappraisal*, in 'Journal of the American Medical Association', v. 276, n. 20, 11/1996.

research conducted on human agents. In fact, we are referring to the Unesco's Universal Declaration on bioethics and human rights [hereinafter, DBhR], and the CoE's Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine [hereinafter, Oviedo Convention].³¹ According to these instruments medical research on human beings has been legally determined, and its practice has been restrained to comply with a catalogue of universalized (minimum) legal standards intended to be developed over the years. These minimum legal standards represent the core values that transcend the global cultural differences between the various societies that integrate the international human community.

According to the DBhR, scientific developments has to be done observing the fundamental rights and freedoms supported by the principle of human dignity –article 2 (d). The benefits resulting from any scientific endeavour should be maximized in beneficence of the participants, while seeking to minimize the possible detriments that might flow from the research (article 4). Likewise, the attainable benefits as well as its applications should be shared with the international community (article 15). Additionally, medical research and practice should only be performed in accordance with the best interest of the subject concerned but after (s)he has expressed his/her willingness on the basis of proper information –articles 6.2 and 7 (a).

The Oviedo Convention is the first binding multilateral instrument that includes and outlines a biomedical legal framework. This fact, of course, gives the convention a special and unique character.³² Article 2 affirms the primacy of the interest and welfare of the human being over the sole interest of society or science. It also dedicates chapter V entirely to scientific inquiry. It is recognized that biomedical research shall be carried out freely, but always ensuring the protection of human beings

³¹ Universal declarations are retained as documents of soft law, therefore not binding on signatory states, whereas treaties, covenants or conventions are obliging international instruments to the states parties, that means they are compel to incorporate the proposed rules in their respective legal systems.

³² ABBING, H., *The Convention on Human Rights and biomedicine. An appraisal of the Council of Europe Convention*, in 'European Journal of Health Law', 1998, n. 5, p. 379.

The convention expressly provides in its article 34 the faculty of the CoE to invite any state not party to that organization to adhere the said instrument. See Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Biomedicine, par. 9.

Available at: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/164.htm>

(article 15).³³ Articles 16 and 17 delineate the conditions under which research on persons able or unable to give their consent may be carried out. The general rule is that the perils for the research subject should not be disproportional to the potential benefits derived from the medical study.³⁴ However, biomedical research is permitted, disregarding the fact that it might not produce any direct therapeutic benefit, if entails *only minimal risk and minimal burden* for the individual –article 17.2.³⁵ Despite the fact that no explicit position regarding the moral and legal standing of the human embryo is taken, the Oviedo Convention addresses the controversial issue of embryo research: on the one hand, accentuates the necessity to ensure adequate protection to such entity where experimentation is legal;³⁶ and, on the other, expressly forbids the creation of embryos, without making any distinction on the procedure used to obtain them, to be used solely as research material, constituting, in principle, a major obstacle for *cloning for biomedical research* (article 18).³⁷

³³ The Explanatory Report in relation to article 15 states that if “freedom of scientific research is justified not only by humanity’s right to knowledge, but also by the considerable progress its results may bring in terms of health and well being of patients”, it is “not absolute [...] it is limited by the fundamental rights of individuals [...] which protect the human being.”

³⁴ Would it be disproportionate to utilize –and exterminate– human embryos to develop an effective treatment for Parkinson’s disease? In this particular case, some people would allege that the potential benefits seeking to obtain would outweigh the prejudices that the research subject might have to endure. Others would repudiate such an activity because it would imply treating a human being, which has inviolable value and a right to life, as a means, instead of an end. The question here is related on the one side to the moral status of the embryo –see footnote 68–, and on the other to the extent of sacrifices we are willing to endure to accomplish some beneficial goals for humankind.

³⁵ This, obviously, is one of the most questionable provisions of the whole treaty. The possibility of waiving the direct benefit rule is restricted to the fulfilment of certain supplementary conditions like the fact that the research should provide significant improvement in the understanding of that person’s health condition. See Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Biomedicine, par. 109.

Available at: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/164.htm>

The Additional Protocol to the Oviedo Convention on biomedical research [hereinafter, Additional Protocol], likewise, stresses that the interests and welfare of the human being participating shall prevail over the sole interest of the society or science (article 3). The Explanatory Report to the Additional Protocol recognizes the freedom of biomedical research as humanity’s right to knowledge, entailing thus progress.

³⁶ Neither the Oviedo Convention nor its Explanatory Report clarifies how to ensure the protection of the human embryo when is being submitted to scientific inquiry and experimentation.

³⁷ The Additional Protocol covers the full range of scientific activities involving human beings for experimental purposes (article 1). The protocol does not apply to research on embryos *in vitro* (already covered by the Oviedo Convention), only on foetuses and embryos *in vivo* (article 2).

b) National hallmarks

Civil law system – Argentina

The right to scientific research is recognized as a freedom that enjoys constitutional lineage, since it has been received and incorporated into the Argentine federal constitution. According to the ruling *magna carta*, international treaties related to core human rights, such as the American Convention on Human Rights [hereinafter, ACHR], the International Covenant on Civil and Political Rights [hereinafter, ICCPR] and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [hereinafter, ICESCR] enjoy constitutional status, therefore they have become part of the national normative structure.³⁸ This means that in the juridical pyramid these international instruments find themselves at the same level with the constitution, complementing it without overruling any of the fundamental rights and freedoms recognized in its first part.³⁹

If we ascertain that through thinking we give birth to research queries, then we may reasonably conclude that the right of freedom of thought is the cornerstone that supports biomedical experimentation. In the 1994's constitutional reform, it was reckoned that scientific research was a projection of the right of freedom of thought and, accordingly, it was encompassed as one of the powers the Congress must correspond.⁴⁰ Further, article 13 (1) of the ACHR states that this freedom frames the possibility *to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regardless frontiers*. Similarly, article 15 (3) of the ICESCR enshrines the due and necessary respect that states parties ought to undertake for this freedom, fundamental in the biomedical field.⁴¹

In this context, we could undoubtedly affirm that no limits could be imposed to scientific research because thinking cannot be regulated, conditioned or limited in any possible manner. Article 7 *in fine* of the ICCPR, however, understands that *no one shall be subjected without his free*

³⁸ Argentine federal constitution, article 72 (22).

³⁹ BIDART CAMPOS, G. J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Book I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 412.

⁴⁰ Article 75 (19) of the Argentine federal constitution reads: "The Congress is empowered: [...] To provide everything relevant to [...], the scientific and technological research and development, their overall diffusion and beneficial use." This basically means that the legislative branch is required to develop and promote science and its progress.

⁴¹ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, article 15(3): "The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity."

consent to any scientific inquiry with the purpose of protecting the individual's mental and physical integrity. In other terms, this provision strives to avoid a detrimental effect on the participant's health and life. Thus, the practice and verification of theoretical thinking is subordinated to the respect and welfare of the subjects involved.

In our particular problem, that is, the use of somatic cell nuclear replacement for creating human entities destined to scientific research, the Argentine legal system considers that the beings obtained through cloning and fertilization –*in vivo* or *in vitro*– processes possess the exact same legal value. Indeed, cloning is wrongly considered an artificial fertilization procedure. In this context, on March 7th, 1997 it was enacted a very limited executive decree prohibiting all experiments related to human cloning based upon the national cultural values, the defense of human dignity, the preservation of people's health and also the protection of their life quality.⁴²

Within this narrow legal frame, the use of stem cells derived from cloned human embryos, produced solely for biomedical research to understand and treat genetic chronic diseases by developing novel therapies, has been prohibited. On this account, we might find this is in total accordance with the Argentine normative system. Namely, it is viable to conclude that this legal hallmark is jealously protective of human life since the very beginning, that is, since the moment of conception in the maternal claustrus or in the petri dish in a laboratory.⁴³ Then, according to this line of reasoning, such entity could never be subject to scientific investigation, not even for *non-validated therapeutic* motives, because it

⁴² Decree n. 200/97, article 1. That same year at the UNESCO's 29th General Conference the Universal Declaration on Human Genome and Human Rights unanimously adopted. The said document in its article 11 states that *practices, which are contrary to human dignity, such as reproductive cloning of human beings, shall not be permitted*. Under these circumstances, however, we might consider of relevant interest the fact that Argentina almost eight years later abstained to vote regarding the *United Nations Declaration on Human Cloning* on March 8th, 2005, document that is intended to adopt the necessary measures to *prohibit all forms of human cloning in as much as they are incompatible with human dignity and the protection of human life*.

⁴³ Bearing in mind that the Argentine civil code was enacted 140 years ago, at a time when the techniques for gametic extracorporeal fertilization were not conceivable, then, based on a hermeneutical practice it is possible to infer that the embryo conceived *extra corporis* and not yet implanted in the woman's uterus is an unborn person in the terms of article 63 of the civil code. See CNCiv., sala I, causa n° 49.760, *Rabinovich, Ricardo D. s/ Fecundación in vitro*, 03/12/1999, in 'La Ley', 2001, Book C, p. 827.

would imply its instrumentalization, and therefore a definitive strike on its personal dignity. Hence, the right to develop research does not represent an absolute value and can be overruled by the right to live of the embryos.⁴⁴

Common law system – United States

a) Common law system – United States

The U.S. Supreme court ruled that the Fourteenth Amendment covers not only the freedom from bodily restraint but also the individual's right to acquire useful knowledge, recognized as essential to the pursuit of happiness.⁴⁵ Though acknowledging the existence of a fundamental freedom guaranteed by the federal constitution to enhance wisdom, the court then concluded that the First Amendment does not protect conducts but speech.⁴⁶ Although some have argued that research could qualify as symbolic speech,⁴⁷ the court determined that experimentation cannot be characterized as such for the following reasons: firstly, scientists might not intend to express any particular message through the conduct of research or might not even intend to share the results of such experimentation, and secondly scientific research studies are rarely performed in public places.⁴⁸ Finally, the court asserted that “the right to speak and publish does not carry with it the unrestrained right to gather information.”⁴⁹

If we affirm that scientific research enterprise depends and thereby is related to (scientific) thought, then, we may infer that its exercise would be fully protected by the First Amendment's principles on free thought.

⁴⁴ Instead of talking about right to life, we should talk about right to live. This implies that the right to live must be respected and guaranteed to every human being. See CIFUENTES, S., *Derechos Personalísimos*, Buenos Aires, ASTREA, 1995, p. 232.

⁴⁵ 262 U.S. 390, *Meyer v. State of Nebraska*, 04/06/1923, p. 392.

⁴⁶ 391 U.S. 367, *United States v. O'Brien*, 27/05/1968; 418 U.S. 405, *Spence v. Washington*, 25/06/1974.

⁴⁷ FOLEY, E. P., *The Constitutional implications of human cloning*, in 'Arizona Law Review', v. 42, n. 3, 2000, p. 682-87; FRANCIONE, G. L., *Experimentation and the marketplace theory of the First Amendment*, in 'University of Pennsylvania Law Review', v. 136, 1987, p. 430-60; ROBERTSON, ob. cit., p. 1254

⁴⁸ Conduct qualifies as symbolic speech if it satisfies the *Spence test*, which requires that the conduct in question be (i) intended to communicate a message and (ii) likely to be understood by its intended audience. *Spence ib.*, p. 410/1.

⁴⁹ 381 U.S. 1, *Zemel v. Rusk*, 03/05/1965, p. 17; 417 U.S. 817, *Pell v. Procunier, Corrections Director*, et al., 24/06/1974, p. 833-35; 417 U.S. 843, *Saxbe v. Washington Post Co. et al*, 24/06/1974, p. 849-50.

As a matter of fact, the U.S. highest tribunal understood that the appropriate scheme to protect experimentation would be circumscribed under the free-thought precedent instead of the free-speech precedent.⁵⁰ “The right to produce a thought –or refuse to do so- is as important as the right protected in *Roe v. Wade* to give birth or abort. Implicit in an individual’s right to choose either abortion or birth is an underlying right to think and decide.”⁵¹

To this extent, we need now to distinguish between a norm that absolutely prohibits a research protocol and one that merely regulates how, when and where an experiment should be performed. In the first case, that kind of regulation would be subject to strict scrutiny because it is considered to intrude directly upon the private realm of free thought of an individual, whereas the latter would be subject to intermediate scrutiny because it impacts thought accidentally.⁵² There is certainty that experimentation with cloned human germs might produce indispensable information essential to generate or even validate certain therapies that otherwise could not be done. Thus, any kind of regulation that forecloses this kind of research would likely constitute a direct intrusion on free (scientific) thought. And, if the norm only regulates scientific inquiry, then it should be regarded as an incidental interference with free (scientific) thought.

It is important to succinctly depict the scenario of *cloning for biomedical research* in the United States. The U.S. House of Representatives has voted in several occasions –to be precise in 1998, 2001, 2004 and 2007- whether

⁵⁰ “Freedom of thought, [...] is the matrix, indispensable condition of nearly every other form of freedom.” 302 U.S. 319, *Palko v. Connecticut*, 06/12/1937, p. 326/7.

“The right to think is the beginning of freedom.” 535 U.S. 234, *Ascroft, Attorney General v. Free Speech Coalition*, 16/04/2002, p. 253.

In addition, “the freedom to think is absolute but, in the nature of things, the second (freedom to act) cannot be. The freedom to act must have appropriate definition to preserve the enforcement of that protection. In every case the power to regulate must be so exercised so as not, in attaining a permissible end, unduly to infringe the protected freedom.” 310 U.S. 296, *Cantwell v. Connecticut*, 1940, p. 303/4.

⁵¹ *Rogers v. Okin*, 478 F. Suppl. 1342 (D. Mass. 1979), 634 F.2d 650 (1st Cir. 1980).

⁵² This is referred to as the *thought-conduct test*: (i) regarding strict scrutiny on free thought see 427 U.S. 347, *Elrod v. Burns*, 28/06/1976, p. 355/6, 361; 430 U.S. 705, *Wooley v. Maynard*, 20/04/1977; 497 U.S. 62, *Rutan v. Republican Party*, 21/06/1990, p. 65; and, (ii) regarding incidental interferences on free thought see 339 U.S. 382, *American Communications Ass’n v. Douds*, 08/05/1950, p. 393, 396; 342 U.S. 485, *Adler v. Board of Education*, 03/03/1952, p. 492.

or not to ban human cloning in all its aspects, without arriving to a definitive solution, due to the fact that the U.S. Senate prevented it for varied reasons that made difficult to arrive to a unified legal frame. Nonetheless there is no federal law that prohibits or regulates human cloning in the United States, some states have outlawed all forms of human cloning, whereas others have only banned reproductive cloning promoting cloning for biomedical inquiry.⁵³

In November 2001, scientists from a biotechnological company, Advanced Cell Technologies, announced that they had cloned the first human embryo with the intention to destine it to therapeutic research.⁵⁴ The former U.S. president, George W. Bush, reacted and by Executive Order n. 13.237 created the President's Council on Bioethics. This committee has been conceived to provide advice on emerging bioethical problems as a consequence of advances in biomedical science and technology. The Council's first report was an ethical inquiry regarding the controversial topic of human cloning. The members unanimously called for prohibiting reproductive cloning, however regarding *cloning for*

⁵³ Many states have enacted legislation prohibiting human cloning by distinguishing between cloning to produce children and cloning for biomedical research. Some states have prohibited both types of cloning, whereas others have opted to ban only reproductive cloning and allow cloning for biomedical research. In this sense, we find that while Illinois and Michigan prohibit research on live embryos, Arkansas, Indiana, Michigan, North and South Dakota prohibit research on cloned embryos. In Virginia the situation is interesting, because the law also may ban research on cloned embryos, however it may leave room for interpretation because human being is not defined. California, Connecticut, Illinois, Iowa, Massachusetts, New Jersey, New York and Rhode Island have statutes that only prohibit reproductive cloning, allowing cloning for research. Several states limit the use of state funds for cloning or stem cell research. Missouri law forbids the use of state funds for reproductive cloning but not for cloning for research, and Maryland's statutes prohibit state-funded stem cell researchers from engaging in reproductive cloning. Arizona law prohibits the use of public monies for reproductive or therapeutic cloning. Nebraska statutes limit the use of state funds for embryonic stem cell research. Restrictions only apply to state healthcare cash funds provided by tobacco settlement dollars. State funding available under Illinois Executive Order 6 (2005) may not be used for reproductive cloning or for research on foetuses from induced abortions. See National Conference of State Legislatures, *State embryonic and fetal research laws*, 01/2008.

Available at: <http://www.ncsl.org/programs/health/Genetics/embfet.htm>

⁵⁴ Advanced Cell Technology, Inc. announced publication of its research on human somatic cell nuclear transfer and parthenogenesis, November 25th, 2001.

Available at: <http://www.advancedcell.com/press-release/advanced-cell-technology-inc-act-today-announced-publication-of-its-research-on-human-somatic-cell-nuclear-transfer-and-parthenogenesis>

biomedical research they could not reach a consensus due to the many divergent opinions on the matter. Thus they presented two options. On the one hand, they opted for a four year moratorium in order to engage in a democratic deliberation that might permit to reach a solution respecting pluralistic values. On the other hand, they recommended preserving and regulating the freedom of cloning for biomedical research under carefully prescribed limits funded in the importance of not foreclosing a promising avenue on therapeutic advances.⁵⁵

Apart from that, the Bush administration, contrary to the letter and spirit of the Dickey Amendment to the Health and Human Services Appropriations Bill,⁵⁶ announced that federal funding would be provided to support human embryonic stem cell research only in relation to *existing stem cell lines* to that date (August 9th, 2001) derived with the informed consent of the donors, from excess embryos created solely for reproductive purposes, and without offering any sort of financial inducements to the donors.⁵⁷ Therefore, the former U.S. administration did not make any reference regarding the legality or illegality of conducting biomedical research on stem cells obtained from cloned human germs.

⁵⁵ President's Council on Bioethics, *Human cloning and human dignity. An ethical inquiry*, Washington D.C., 07/2002, c. 8. Available at: <http://www.bioethics.gov/reports/cloningreport/recommend.html>

⁵⁶ The original version of the text of the Dickey Amendment can be found in § 128 of Balanced Budget Downpayment Act, I, Public Law n. 104-99, 110 Stat. 26, 1996 and in the CRS Report for Congress, *Stem cell research*, 01/11/06, p. 9. The Dickey amendment (1) states that the term *human embryo* includes any *organism that is derived by fertilization, parthenogenesis, cloning, or any other means from one or more human gametes or human diploid cells*, and (2) precludes governmental support for the creation and destruction of human embryos for research purposes, this includes producing embryos through any cloning procedure. Namely, it explicitly forbids using federal funds either for the creation of human embryos for biomedical research in which a human embryo is destroyed, discarded or subject to risk of injury or death.

The U.S. Supreme Court has found on a number of occasions that even activities protected by the federal constitution are not thereby inherently worthy of financial support from the federal government. See, 432 U.S. 464, *Maher v. Roe* (1977); 448 U.S. 297, *Harris v. McRae* (1980); 500 U.S. 173, *Rust v. Sullivan* (1991). See also BERKOWITZ, P., *The meaning of federal funding*, a paper commissioned by the President's Council on Bioethics and included in Appendix F of the 2004 Report on *Monitoring stem cell research*.

⁵⁷ *Remarks by the President on Stem Cell Research*, 08/09/01, later supplemented by Executive Order n. 13.435 of June 20th, 2007. Available at: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/08/20010809-2.html> Regarding the conditions under which federal funding was conceded to develop scientific inquiry, see <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/08/20010809-1.html>

These limitations has already been changed by the Barak Obama's administration, who has revoked the presidential statement of August 9th, 2001 as well as the Executive Order n. 13.435, with the main intention of removing the barriers on scientific inquiry on human embryonic stem cells in the contribution of developing novel therapies for the benefit of humankind.⁵⁸ Obama's executive instrument allows to federally support scientific research involving human embryonic stem cells in consistence to the limitations imposed by law. Likewise, this is being complemented by parliamentary efforts on the amendment of the Public Health Service Act to provide a legal frame that regulates such a research on human embryonic stem cells derived exclusively from surplus human embryos that would inevitably be discarded –regardless of the date on which those cells were isolated from the embryo- donated from *in vitro* fertilization clinics, created only for fertility treatment.⁵⁹ This means that, contrary to common beliefs, *cloning for biomedical research* is not being regulated. Finally, if this Bill is approved stem cell research will be subjected to almost the same constratints fixed by the prior administration with the exception of the date on which those cell lines where obtained.

Under current federal laws in the United States, embryonic stem cell lines extracted from a cloned human germ doomed to scientific research is not prohibited. Although cloning for reproductive purposes has not been federally banned either, there is general consensus repudiating such a procedure and has been outlawed in many states. In order to conduct a scientific inquiry on human subjects, the said protocol has to be in conformity with the norms of the Code of Federal Regulations, Title 45, Part 46. According to Sections 46.102 (f), 46.204 and 46.207 of the said normative, and subsection 498(b) of the Public Health Service Act (42 U.S. Code 289g(b)), human living organisms procured by somatic cell nuclear replacement are not considered human subjects worthy of protection.⁶⁰ We could then infer that the production of a cloned human

⁵⁸ Executive Order, *Removing barriers to responsible scientific research involving human stem cells*, March 9th, 2009, sec. 5. Available at: http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Removing-Barriers-to-Responsible-Scientific-Research-Involving-Human-Stem-Cells/

⁵⁹ See *Stem cell research improvement Act of 2009*, introduced in the House of Representatives, HR 872, February 4th, 2009.

⁶⁰ In *Roe v. Wade* (410 U.S.127/8) the U.S. supreme court, based upon a thorough examination of the federal constitution, the relevant common law principles, and the absence of scientific consensus regarding the precise instant at which a human person starts existing, refused to hold that the embryo possesses independent rights under law and assumed the theory of

germ not intended to be transferred to a human female uterus could be legally employed as a source of stem cells for biomedical research, because it could be considered human tissue. In this line of reasoning, the norms at stake would not constitute a direct intrusion on the realm of free (scientific) thought.

CHAPTER III ETHICAL ANALYSIS

Persons, living in communities, certainly have a moral obligation –or unconditional duty- to try to treat the sick and ease their pain because, as peers, we share the same vulnerability marked by our human characteristic. Likewise, we are bound not only by our human (susceptible) condition, but also by our social interdependence. Indeed, this duty arises from the fact that we become persons in contact with others and thus we experience our inner selves but also those of the others. In the others we perceive our own weaknesses and the value attribute to life, which of course varies from person to person. The human person is the only animal aware of his/her own existence and finitude, which permits him/her to individually value life, in accordance with (s)he might consider appropriate within a specific context of time and space.

This moral obligation is a strong guide for physicians, but more specifically for researchers, who through their investigations and discoveries try to improve *non-validated therapeutic* procedures. The utilization of cloned human germs for scientific experimentation will imply taking another step towards the fulfilment of that end. However, it is also true that by putting this technique into practice major moral debates would propagate through the society. To find answers to the challenges the technoscientific changes pose on us, we must first identify the correct questions, or at least try to do it. In this attempt, the following queries could trigger the analysis: Is there a moral obligation to pursue scientific research? If so, would be

sustainability –namely the ability to survive independently and autonomously - as a basis for the ruling, thereby providing that the life of the conceived individual should be protected from the twenty-fourth and twenty-eighth weeks of pregnancy after conception. This led to the following conclusion: the unborn is not protected by the federal constitution during the first twenty-four weeks of gestation; hence it has no rights. Within these parameters, even if we retain cloning as a fertilization technique, in this legal context it would be feasible to entail biomedical research on cloned human germs, because they can be reckoned as mere live biomaterial.

morally permissible to use cloned human germs for *non-validated therapeutic* goals? Or in other terms, do the ends justify the means?

a) Are we morally obliged to increase knowledge?

Hans Jonas once urged not to forget that biomedical progress is an optional goal and not an unconditional commitment.⁶¹ Thirty years later, however, many Nobel laureates supported embryonic stem-cell research because of its *enormous potential for the effective treatment of human disease*, even alledging *there is a moral imperative to pursue it*.⁶²

We have now arrived to the crossroad, which path should we take? Is there a correct path? Two things are certain, in first instance researchers are persons like you and I, therefore fallible, besides not all of them are noble,⁶³ and in the second place we are responsible to ameliorate persons' health because being part of the same community binds one another and also because we can develop and improve the capacity to do so, then we are obliged to increase knowledge. As we note, the problems are the lack of knowledge itself and further a matter of how to apply it. Nevertheless, without research we can never be sure about the certainty and correctness of medical *non-validated therapies*, thus we will not be able to fulfil our moral obligation of medically helping those in need.⁶⁴

As research has proved to be an invaluable tool to fulfil medicine's goal, then we could say there is a moral obligation to carry out a responsible research aiming to treat and ameliorate human vulnerability. To develop a conscious research implies, however, that under certain circumstances some ethical safeguards cannot be set aside. In the first place we have outlined that the research subject must freely consent to participate, and only if the individual is incapable of doing so, proxy consent would be sufficient.

⁶¹ JONAS, H., *Philosophical reflections on experimenting with human subjects*, in 'Daedalus', n. 98, 1969, p. 219.

⁶² MCGEE, G. & CAPLAN, A., *The ethics and politics of small sacrifices in stem-cell research*, in 'Kennedy Institute of Ethics Journal', n. 9, 1999, p. 152.

⁶³ The most illustrative example of this statement is the experiment performed in 1963 by three physicians at the Jewish Chronic Disease Hospital. They injected 22 chronically ill patients with live cancer cells without informing them of the purpose neither of the experiment nor of the fact that the injections contained cancerous cells. See KATZ, J., *Experimentation with human beings*, New York, Russell Sage Foundation, 1972, p. 9-72.

⁶⁴ "It is not knowledge but ignorance that assures misery. It is not science but its employment for inhuman purposes that threatens our survival." EISENBERG, L., *Issues in human research. The social imperatives of medical research*, in 'Science', n. 16, 12/1977, p. 1110.

Secondly, the burdens of the experimentation should not outbalance the potential benefits. It is important to clarify the framework within which biomedical research could be conducted.

To give one's own consent implies that we weight the advantages and disadvantages of getting involve in such an activity for our personal sake. This, of course, is a way of communicating the others how much we value *ourselves*. Proxy consent, unfortunately, is not a reliable tool because others would be valuing our lives according to their presuppositions and parameters, while being aware that the decision taken might be wrong for the person concerned. Another relevant point is that to acquire scientific wisdom we need to determine in advance the probable costs and effects; this means that sacrifices should be allowed provided that they are done in an equilibrated manner. How to balance the benefits and the risks? The medical investigators will follow already existing guidelines to do so. Nevertheless, the core issue is the participant, who on the basis of the information received and most important the significance (s)he attributes to his/her existence, will decide whether or not to get involved.

b) Do the ends justify the means?

We have finally arrived to the core problem and we note that it is a matter of balancing values. Indeed, moral objections are raised against biomedical research on cloned human germs; accordingly we need to provide a moral explanation justifying it. In every human act it is possible to identify a conflict of values. Living in a pluralistic community implies that no individual has the exclusivity of the religious, political and moral ideas. There are not principles that take absolute precedence over others, making impossible to identify an objective and harmonic hierarchy among them. On that account, we may discern that in a society there are as many moral values as individuals, but there is also a collective morality needed to protect common good. Yet, we might hold problematic to define in absolute moral terms what is good and what is bad. Therefore the most operative rational way to solve conflicts is to analyze the concrete situation without starting from abstract moral principles, due to the fact that there is a high dissent on their respect. However, we recognized that there are some self-evident duties, *e.g.* do not harm others, self-preservation.

As we are always valuating our actions and those of the others, and we also have a direct intuition of some moral duties, achieving the right answer for a given situation would be a matter of preference and would

not depend on its consequences or the maximization of its utility. This is a rational solution to that specific conflict in which the good in the particular case is maximized, disregarding the benefit of its consequences.⁶⁵ Under these circumstances, we may consider that an action could be forbidden only if it has certain characteristics that in absence of other relevant moral features, it becomes wrong. That negative morality may change if the negative factors are compensated with other positive ones. Hence, if the right features preponderate over the wrong ones, an act would be morally permissible. However, not everything that is right it is necessarily good, and vice versa not everything that produces good consequences can be retained right.⁶⁶

Unfortunately this is not that simple. If the moral permissibility of an action depends solely on its morally relevant features and their inequalities in comparison to the features of another action, then the ethical judgment would not be completed. Actually, we ought to contemplate the alternative actions available to that particular matter. This purports the inadequacy of the *simple balancing structure*, and on this basis NOZICK decided to enlarge it and sketched the *complex structure: alternative actions*. Basically, an action would be morally impermissible disregarding that the right features of the act outweigh the wrong ones if there are alternative actions that would allow to achieve the very same right weight at a lesser cost of wrong features. The underlying rationale is that an act is impermissible if, compared to an alternative course of actions, its extra wrongness outweighs its extra rightness.⁶⁷

⁶⁵ NOZICK, R., *Philosophical explanations*, London, Oxford University Press, 1981, p. 447.

⁶⁶ This is what NOZICK called the *simple balancing structure*. See NOZICK, ob. cit., p. 479-82. The following example will help us to understand the difference between good and right. In the case of a *just war*, governments are willing to sacrifice their citizens lives for a *just cause*, e.g. the U.S. has sent thousands and thousands of soldiers to the Middle-East to fight and die, apparently, to protect innocents from a brutal, aggressive and oppressive regime. We know that it is immoral (and illegal) to take someone's life against his/her will, but in the case of a *just war*, the defense of common good has priority over the particular good of each individual. In a *just war* a human life can be sacrifice in order to save the community or even an ideal on which a certain community stands on. This shows that we value some ideals such as freedom and democracy, even at the expense of life, which does not mean that is good, but it might be the right thing to do. Regarding the criteria of the *just war theory*, see Stanford Encyclopaedia of Philosophy, voice *War*, c. 2; WALZER, M., *Just and unjust wars. A moral argument with historical illustrations*, New York, Basic Books, 2000.

⁶⁷ See NOZICK, ob. cit., p. 485-89.

In our problematic endeavor the central question is whether there are values that may be served by the results of the research involving cloned human germs that preponderate the considerations of the well being of those entities.

Biomedical research involving human subjects can be characterized as a right act due to the fact that it could lead to develop novel therapies to treat maladies that affect us. In the case under analysis, we observe that experimenting with cloned human germs could be useful to increase medical wisdom, honoring scientific thought, and thus improving or even developing treatments for certain degenerative infirmities, such as Alzheimer, multiple sclerosis or Parkinson. It is clear then that if researchers are compelled to cease biomedical research involving human participants, then the acquisition of scientific knowledge and biomedical progress will be seriously undermined. Nevertheless, it is also clear that these benefits carry a tremendous burden, that is, we will exclusively and intentionally be creating and exterminating a living human organism unable to freely consent. How to treat this being then?

Though our problem is not focused on the moral standing of such entities, it is essential to briefly address it. In general, much uncertainty surrounds the moral status of the human embryo conceived naturally or through artificial reproductive technologies.⁶⁸ The first case regards the

⁶⁸ The Council of Europe Steering Committee on Bioethics 2003 Report identifies four main moral positions on the status of the embryo, without taking a definitive position whether the cloned human germ enjoys the same moral status of the fertilized embryo – *in vivo* or *in vitro* –, simple depicting the *pro* and *contra* arguments. The first case regards the human embryo as a human being, characteristic that entails it an inviolable value and a right to live. In the opposite position the embryo is considered to have no moral value. In the middle there are two gradualist perspectives: on the one side those who recognize that development is a continuous process, acquiring full protection only when it achieves viability; on the other those who also stress that protection increases progressively through development, but full rights are only accomplished at birth. See Steering Committee on Bioethics (CDBI), *Report on the protection of the human embryo in vitro*, Strasbourg, 19/06/2003. John Locke elaborated a concept of personhood with no clear metaphysical foundation. Indeed, he argued that only a self-conscious being could be considered a person. Since Locke, many authors have outlined a variety of necessary conditions for owing personhood beyond consciousness related, for instance, to the capacity to experience pleasure or pain, or to the psychological connectedness, or to the capacity to communicate by using a specific language – the Laura Bridgman and Hellen Keller’s cases –, or even to the capacity to solve complex mathematical problems. David Hume ascertained that a person is nothing but “a bundle or collection of different perceptions, which succeed each other with an inconceivable rapidity, and are in a perpetual flux and movement.” See HUME, D., *A treatise of human nature*, Oxford, The Clarendon Press, 1978, Book I, Part IV, Sec. VI, p. 534; KUHSE, H.,

human embryo as a human being, characteristic that entails it an inviolable value and a right to live. In the opposite position the embryo is considered to have no moral value. In the middle there are two gradualist perspectives: on the one side those who recognize that development is a continuous process, acquiring full protection only when it achieves viability; on the other those who also stress that protection increases progressively through development, but full rights are only accomplished at birth. See Steering Committee on Bioethics (CDBI), *Report on the protection of the human embryo in vitro*, Strasbourg, 19/06/2003.

But regarding those entities that are begotten through somatic cell nuclear replacement, we could affirm that their existence depends absolutely on the given circumstances within a scientific context. This means that unless implanted in a woman's uterus, they have no chance of achieving viability, and therefore they present no potentiality of developing into a human person.⁶⁹ Additionally, they have no self-direction towards

Some reflections on the problem of advance directives, personhood, and personal identity, in 'Kennedy Institute of Ethics Journal', v 9, n. 4, 1999, p. 354-7; LOCKE, J., *An essay concerning human understanding*, London, 1825, book II, c. 27, p. 225-31; PARFIT, D., *Reasons and persons*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 205-7. Defining whether the embryo is or not a person with no ontological base is extremely dangerous because it can be used arbitrarily as a tactical instrument by enlarging or diminishing the threshold to leave certain group of individuals unprotected according to our conveniences and interests. A possible alternative to this is to adopt a more holistic and pluralistic view of the person, like the *situated embodied agent theory of personhood*, according to which *the person is best thought of as a human agent, a being of this embodied kind who acts and interacts in a cultural and historical context in which he or she is embedded*. This means that the psychological aspects of the person cannot be considered independently of the context in which (s)he is embedded. See HUGHES, J. C., *Views of the person with dementia*, in 'Journal of Medical Ethics', v. 27, 2001, p. 87-9.

I would like to stress that the matter of the moral position of the embryo is a profound question that seems unanswerable because there are so many feasible answers, instigating doubt whenever we have to decide which is the correct one. Although it would imply a gross disrespect to actual persons to grant extended personhood to the gamete embryo, we ought to recognize that there is no universal consensus regarding its stature, and thus in the case of doubt, we should always avoid handling the less advantageous arbitrarily, trying instead to make decisions that will favour them –*in dubio pro vita*. However we are not affirming that life *per se* has value. See ANDORNO, R., *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, TECNOS, 1998, p. 75.

⁶⁹ But even if we agree on the fact that there is a potential human being we encounter two difficulties with this argument: despite something might become something else if certain conditions are met, it is not a good reason to treat it as if it already were; in addition, if we consider that the cloned human germ is a potential human person, then we should also accept that the egg *per se* is a potential human person, and this would be completely unsustainable. See HARRIS, J., *The value of life*, New York, 1985, Routledge, p. 11/2.

the development of a new being. In fact, this hybrid cell must be stimulated in order to activate the mixing process. To this extent we are positive that the gamete embryo conducts its own growth, consequently it controls its own nature; whereas the cloned human germ, on the contrary, is unable to do so because it depends on the willingness of the scientist(s) involved to electrically or chemically incite or induce its development. This entails us to assume that the very existence of such organisms is supeditated to external desire and need.

In this line of reasoning, the moral value of such an entity cannot be assigned solely on the basis of its biological properties, or on the fact that once the technical procedure is completed the resulting product will be similar to a gamete human embryo. On the contrary, we must necessarily ponder the social history of the totality of relevance in which it plays a part. In other terms, the meaningfulness of a cloned human germ will be determined by the goals inherent to the practice in question. For instance, an embryo produced by an assisted reproductive technique, such as *in vitro fertilization* or *intracitoplasmatic insemination*, conceived to fulfil the desire of parenthood comes into being under that specific activity and its meaningfulness depends on the underlying purpose of such practice. In other words the moral value of the being in question will be related to the implicit intention that motivates a certain technique. Therefore, two beings, in principle, similar from the biological point of view, could come to differ in terms of moral status. Under these circumstances, the entity conceived through somatic cell nuclear replacement intended to be used for research with the purpose of validating therapeutic treatments, will only be meaningful by fulfilling its destiny, that is, completing the aim for which it has been designed.⁷⁰

According to this viewpoint, there would not be any ethical problems in using cloned human germs for scientific purposes because they are pondered as live biomaterial. The scientific literature on this matter,

⁷⁰ See SVENAEUS, F. *A Heideggerian defense of therapeutic cloning*, in 'Theoretical Medicine and Bioethics', v. 28, 2007, p. 31-62.

Considering that we come to life –in most cases– to fulfil our parents' desire of having children, thus it would be valid to reckon that we become into life as instruments for their values. In other terms, we could be seen as necessary means for our parents' self-fulfilment. In this sense we could be instrumentalized to their ends until we become aware of being able to establish a subject-subject relationship.

however, is divided, and we are not planning here to embark an ethical debate about this complex argument.⁷¹ Those who support the opposite perspective, affirm that once the cloning process is completed we are in the presence of an entity similar to a gamete embryo, and thus controversy arises whether to put *cloning for biomedical research* into practice or not because if we do it we will be commodifying human life for the benefit of others.⁷²

In the case of doubt we have previously stated to always protect those in a vulnerable state of susceptibility. The issue is that the parties involved are both in such a state. Then, how can we ethically justify using and exterminating a living human organism for biomedical studies to increase our knowledge on the therapeutic field? Evidently this is a question of identifying the features of each value involved. Note that our evolution and progress is partly due to sacrifices, in every aspect of our life we are always making sacrifices to achieve what we reckon to be better for us at individual and communitarian levels.⁷³ In this context, we have to reject the idea of precluding biomedical research because it would imply preventing the acquisition of knowledge that might be beneficial for many actual and future people also in a vulnerable state of susceptibility, namely those suffering from progressive genetic diseases. We discern that precluding medical research would present more wrong features than the ones emerging from the creation and elimination of undeveloped living human organisms. In point of fact, the speculative benefits are not only finding treatments to such infirmities but also solving the histocompatibility problem that tissue and organ transplantation presents until today. Bearing this in mind, we ponder that the virtually outstanding right results of this scientific investigation overrides the wrongness of producing, using and destroying a living human organism.

⁷¹ Steering Committee on Bioethics, ob. cit., p. 8, 29.

⁷² Bertha Manninen deduces that personhood belongs to the intelligible aspect of human beings, that is, the ability to exercise moral agency, thus one has to be a rational being able to comprehend the nature of the universal moral law and act according to it. This indicates that a person is a subject whose actions can be imputed to him, and thus an embryo cannot be seen as a person, which implies it can be instrumentalized for the benefit of actual persons. See MANNINEN, B., *Are human embryos Kantian persons?*, in 'Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine', v. 3, n. 4, 2008.

⁷³ For instance, take the case of a soldier who decides to sacrifice his/her life in the benefit of the rest of his/her comrades; or a parent who deliberately attracts the attention of a grizzle bear in order to allow his/her offspring to escape the deadly animal.

This structure, however, does not encompass this problematic sufficiently. In fact, we need to enlarge the spectrum to fully comprehend it in order to provide a reasonable solution. According to the complex structure of ethical analysis, if the same results could be achieved through different courses of actions with less or even no ethical wrong features, then the research on cloned human germs would not be permissible. We know that pluripotent stem cells can be derived from surplus embryos, cloned human germs, but also from uncontroverted sources such as umbilical cord blood and bone marrow. Still the amounts of stem cells that can be extracted and cultured are insignificant in comparison with an embryo, and thus the research would be restricted and impaired.

Recently, however, it has been developed the feasibility of inducing adult (somatic) stem cells [hereinafter, iPSC] into undifferentiated stem cells with the apparent same potentiality of embryonic stem cells for the purposes of biomedical research without incurring in the moral costs of creating and annihilating cloned human germs (nor *in vitro* embryos).⁷⁴ This procedure presents technical obstacles, not ethical. Indeed, reprogramming somatic cells in order to obtain cells characterized with the typical pluripotency of embryonic stem cells requires genetically manipulating them, which possesses significant risks decreasing their potential use in human diseases. A few months ago, though, it has been proved the possibility of originating such cells without genetically modifying the adult cells generating safer induced pluripotent stem cells.⁷⁵ Under these conditions, we might gladly declare the impermissibility of creating and submitting cloned human germs to biomedical research because we may count to accomplish similar goals with different actions that present uncontroversial ethical features. Hence, we can assert that the ends do not justify the means if we are able to achieve similar consequences by engaging in activities with less wrong features.

⁷⁴ TAKAHASHI, K. *et al.*, *Induction of pluripotent stem cells from adult human fibroblasts by defined factors*, in 'Cell', 11/2007, v. 131, n. 5, p. 861-72; YU, J. *et al.*, *Induced pluripotent stem cell lines derived from human somatic cells*, in 'Science', 11/2007, v. 318, n. 5854, p. 1917-20.

⁷⁵ ZHOU, H. *et al.*, *Generation of induced pluripotent stem cells using recombinant proteins*, in 'Cell Stem Cell', 04/ 2009, v. 4, n. 5, p. 381-84.

c) The value of human life

Alas we cannot accept this conclusion because we have not conducted an exhaustive ethical debate. We have realized that incurring in scientific experimentation with cloned human germs might produce benefits at the expense of insurmountable burdens, *i.e.* consciously producing and eliminating living human organisms, that could be avoided with today's technological and medical advances. The issue here is that we have given for granted that human life is valuable in itself. Hitherto we have established that human life is not appraised equally all over the planet. Indeed, some cultures cherish it as an absolute value; others rather account the surrounded circumstances that comprise that specific life in order to determine its value. Consequently, for the sake of arriving to a rational solution to our problem, it is necessary to divert the study towards the medullar topic, being we need to elucidate the value of human life.

On the one hand the ill human person finds him/herself in a vulnerable state of susceptibility needing the help and assistance of society, on the other the begotten cloned human germ is a vulnerable being, features that call for respect and protection as well. If we consider that some legal systems only consent performing an abortion when the life and health of the mother is in jeopardy, then we may infer that the life and well being of an adult human being have priority over the life of a human being in a rudimentary state.⁷⁶ This means that even in those communities were life is considered sacred and intrinsically valuable, it is prioritized the life of a mature and already existing being to that of the *nasciturus*. In our case we may analogically interpret that it would be morally permissible to conduct biomedical research on cloned human germs for saving people's life.⁷⁷

We are heading towards a right goal, that is, improving people's quality of life, but to concretize it we need purposely to create and later eliminate living human organisms in their most primitive stage of evolution. The main issue in question is to determine the value of human life. Part of the

⁷⁶ See Argentine criminal code, article 86.

⁷⁷ The following reasoning may help to illustrate this argument: in some places abortion is legally and morally permissible, in others, instead, it is restricted to special circumstances. In both situations, however, it is accepted to brutally slaughter an undeveloped human being for reasons such as: the health and life of the mother to be, but also for economic, social or personal issues. All in all, a living human organism that has been conceived consciously or not, can be eliminated even for egoistic reasons. Why, then, should we morally object creating cloned human germs for benefiting humankind as a whole?

doctrine sustains that human life is intrinsically valuable, that is, it is valuable in itself without requiring any external condition.⁷⁸ Within this line of reasoning we encounter that some ascertain this is due to the fact that we are the highest achievement of a divine being; others support it on species membership. In the first place, we have no evidence or proof of the existence of a supreme being creator of life, and secondly belonging to the *Homo sapiens* species it does not imply that human life is intrinsically valuable.⁷⁹

From this viewpoint, we might infer that the value of human life is unequal and depends on individual conditions and capacities. Biologically speaking, human life cannot be considered an absolute good that must be preserved, because the true value of human life resides in the person. We may then conclude that human life *per se* has no value at all; only an individual capable of valuing his/her own existence can determine the significant meaning of his/her life. Accordingly, we might be entailed to think that certain losses could be accepted if we admit that life *per se* has no value at all. In other words, we need to value life according to the value individuals give to it and also treat them in relation to that value. Hence, we will not be doing wrong to those individuals that are unable to value their own existence because their death deprives them of nothing that they can value.⁸⁰

POPPER said that the death of any human being was “a far more important happening than any political or religious or national occurrence, or the sum total of the scientific and artistic and technological advances made through the ages by all the peoples of the world.” He added that those who considered this an exaggeration should “imagine the individual concerned to be himself or his best beloved.” He tried to ascertain that

⁷⁸ “The life of a single human organism commands respect and protection, then, no matter in what form or shape, because of the complex creative investment it represents and because of our wonder at the divine or evolutionary processes that produce new lives from old ones, a human being will come to absorb and continue hundreds of generations of cultures and forms of life and value.” DWORKIN, R., *Life's dominion. An argument about abortion and euthanasia*, London, Harper Colins, 1993, p. 84.

⁷⁹ The fact that we have evolved from the apes proves that we are not a pure species created *ex nihilo* and thus there is nothing distinctive on humankind because our existence and evolution is a matter of accidental mutation. See DARWIN, C. *El origen del hombre*, Madrid: Ed, 1996.

⁸⁰ See HARRIS, ob. cit., p. 14-19.

See EDWARDS, P. (Ed.). *The encyclopedia of philosophy* 6, New York: Macmillan, 1967. p. 403.

human life *per se* is intrinsically valuable, but instead he ended by acknowledging that life is only personally valuable.⁸¹

This demonstrates that disregarding the existence of alternative course of actions –culturing iPSC- to procure the same speculative outcomes by conducting research on cloned human germs, there are some compelling reasons that would allowed us to proceed with it. In the first place, there is a reasonable expectation that such an enterprise could save person's lives, and secondly human life is intrinsically valueless, only the individual determines the value of his/her life and to do it you need to be aware of your own existence as well as finitude. The potential benefits we might obtain through investigation on cloned human germs to acquire generalizable knowledge to validate beneficial therapies for treating genetic infirmities evidently outweigh any other moral objection to it. Then clinical practice on these entities ought to be retained permissible because there are no ethical burdens that could reasonably prohibit it.⁸²

Epilogue

It is time now to draw the final remarks. Along these pages we have stressed how essential research is for medical science. Indeed, research implies progress, which is in the interest and benefit of every human community. We have further established the importance of involving human subjects in the biomedical inquiry enterprise, even recognizing that sacrifices have to be done in order to achieve certain goals that might respond to the general betterment. The question is how to measure the extent of sacrifices.

According to the ethical and legal standards, an accepted research involving human participants ought to present a fair balance of benefits

⁸¹ See EDWARDS, P. (Ed.). *The encyclopedia of philosophy* 6, New York: Macmillan, 1967. p. 403.

⁸² We have already pictured the unfeasibility of living organisms produced by somatic cell nuclear replacement to develop into full subjects in footnote 12. In this sense some may proclaim that newborns and infants might not achieve personhood or that demented people have lost it, therefore they could be subject to clinical experimentation. Medical progress needs the participation and collaboration from all of us. We all in a certain point of our life have or will take advantage of that knowledge that was previously obtained through research on others. If I were to suffer from a certain disease, which could be treated thanks to a specific procedure develop through some practices performed on other human beings previously, then I would be obliged to retribute it if the time comes.

and burdens, providing that its results are useful for increasing our knowledge in a given field. Unfortunately, it is impossible to predict with absolute certainty the outcomes of a scientific inquiry. As a matter of fact, every investigator starts with a particular thought and tries to validate it through trials and tests, which does not mean that (s)he will arrive to the desire conclusion.

This incertitude, however, does not entail to systematically impose impediments and barriers to preclude medical research, otherwise we might be denying a probable important benefit to the community. The controversy arises when development requires to beget, use and destroy a living human organism. We are fully aware that medical research must be conducted in a responsible and conscious manner. We have reckoned that to determine the ethical limits of such advances we must look beyond our initial queasiness and make rational decisions balancing the values at stake.

In order to do that we have noted that in a pluralistic society there is no grading order among the moral values. We have later accepted that not everything that is ethically permissible is good and not everything that is wrong is necessarily immoral. To this extent, we have decided to measure the moral weight of the features of each value involved so as to determine the prevalence in the conflictive situation by using NOZICK's structures of ethical examination. On this basis, we have agreed that creating and eliminating cloned human germs could only be justified if there were no alternative course of actions that allow obtaining similar results with fewer negative implications.

This reasoning drives us to conclude that human life is intrinsically valuable. Still, we have started by accepting that there is no hierarchy among the various moral values in every community. Then, we have demonstrated that human life can only be individually assessed. Consequently, despite we ascertain no biological, moral and legal difference between a gamete embryo and a cloned human germ; biomedical research involving such entity could be esteemed ethically permissible because they would be denied of nothing they can value.