

NATUREZA E LIBERDADE OU DAS IMPLICAÇÕES  
ÉTICAS DA BIOTECNOLOGIA:  
OS ARGUMENTOS DE HABERMAS CONTRA DWORKIN

Delamar José Volpato Dutra  
UFSC/CNPq<sup>1</sup>

**Resumo:** o texto apresenta as considerações de Habermas e Dworkin a propósito da eugenia liberal. O argumento liberal de Dworkin para o tratamento da eugenia parte do pressuposto da falta de acordo moral sobre a matéria, devendo, em consequência, este fator, determinar a neutralidade do Estado no regramento da questão, remetendo, conseqüentemente, a decisão para a liberdade privada dos cidadãos. Será apresentada a posição de Habermas com relação ao assunto que aceita o argumento liberal, mas com reservas, quais sejam, não interferência na liberdade de escolha das pessoas e salvaguarda do princípio da igualdade nas relações interpessoais.

**Palavras-chave:** Habermas - Dworkin - bioética - eugenia - liberalismo

**Abstract:** the paper reviews Habermas and Dworkin's approaches to liberal eugenics. Dworkin's approach to eugenics presupposes the lack of moral agreement on the issue. Consequently, this factor should lead to the neutrality of the State on that matter, leaving the decision to the choice making of private citizens. Habermas' view concerning the issue will also be presented.

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com o apoio do CNPq, através de uma bolsa de pós-doutorado na Columbia University, para o projeto *A racionalidade da jurisdição na teoria do direito de Dworkin e sua recepção crítica na filosofia do direito de Habermas*.

Although this author accepts the liberal argument, he does so with some reservations, allowing no interference with the freedom of choice of individuals and safeguarding the principle of equality as far as interpersonal relationships are concerned.

Key-words: **Habermas - Dworkin - bioethics - eugenics - liberalism**

“O domínio da Filosofia neste sentido cosmopolita deixa-se reduzir às seguintes questões: 1) *O que posso saber?* 2) *O que devo fazer?* 3) *O que me é lícito esperar?* 4) *O que é o homem?* À primeira questão responde a *Metafísica*; à segunda, a *Moral*; à terceira, a *Religião*; e à quarta, a *Antropologia*, porque as três primeiras questões remetem à última”<sup>2</sup>.

## ***Natureza humana e normatividade***

Segundo o *Aurélio*, eugenia é a “ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento da raça humana”. Nesse particular, está em questão a base biológica do ser humano, ou seja, seu corpo, sua genética e, em decorrência, suas habilidades e propensões.

A consideração desse estofo biológico pode ser encontrada em diversas épocas, mediante formulações eugênicas, condicionadas à tecnologia de manipulação disponível no tempo. Assim, já Platão, na *República*, levou em consideração elementos de eugenia. Segundo ele, os seres humanos têm naturezas distintas, que devem ser levadas em conta na organização da pólis. No entanto, por não dispor, na época, de uma tecnologia capaz de manipular a natureza biológica do homem, Platão usou do que podia em seu tempo, a saber, da educação, a fim de descobrir tais diferenças para serem utilizadas da melhor forma possível na pólis, ou seja, para dar a cada um a função que melhor poderá exercer: “cada um deve ocupar-se de uma função na cidade, aquela para a qual a sua natureza é mais adequada”<sup>3</sup>, isto porque “o deus que vos modelou, àqueles dentre vós que eram aptos para governar, misturou-lhes ouro na sua composição, motivo por que são mais preciosos; aos auxiliares, prata; ferro e bronze aos lavradores e demais artífices”<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> KANT, I. *Lógica*. (Trad. G.A. de Almeida: Immanuel Kants Logik ein Handbuch zu Vorlesungen). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992 [Ak IX, 23]. Na citação da edição da academia usar-se-á **Ak** como abreviatura de KANT, I. *Kant's gesammelte Schriften/ Kant's Werke*. (28 vs.), Preussische Akademie der Wissenschaften, Berlin: Reimer, 1911. Os algarismos romanos indicam o volume e os arábicos a página.

<sup>3</sup> PLATÃO. *A república*. [Ma. H. da Rocha Pereira: Platonis Opera, T. IV]. 8. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 433a.

<sup>4</sup> *Ibidem* 415a.

Não seria um despropósito dizer que Hitler se utilizou das técnicas disponíveis em seu tempo para tratar da questão. Ele também acreditava, como Platão, na interconexão entre política e fundamentos biológicos do ser humano. Assim, ele queria interferir nesses processos, v. g., pela proibição de casamentos e relações sexuais entre certas raças<sup>5</sup>.

Passados os anos e disponível a tecnologia de manipulação da base biológica do homem, *Admirável mundo novo*, de Aldous Huxley, pode ser considerado, *mutatis mutandis*, como a *República* de Platão para a era da tecnologia genética. Se Platão usou da educação e da moral para fazer com que o estofamento biológico do homem fosse usado da melhor forma possível numa comunidade política, Huxley pôde dispensar tal uso, visto que a intervenção tecnológica sobre os fundamentos biológicos do homem estava se tornando capaz de suplantar a educação em termos de eugenia.

Não sabemos até que ponto a dimensão biológica do homem determina o seu comportamento, nem é nosso objetivo aqui discutir a questão se o homem é livre ou não, mas discernir até que ponto a biologia pode influenciar no comportamento e na existência humana. Que essa tese pareça ao menos plausível se pode conjecturar, seja pelo que acontece com abelhas, onde o tipo de alimentação determina se uma abelha vai ser operária ou rainha, seja pela própria psiquiatria que vem descobrindo que muitas doenças psíquicas têm uma base biológica, podendo ser curadas ou atenuadas com medicamentos.

Refletir sobre essas questões, em particular, sobre as imbricações entre o estofamento biológico do homem e determinações políticas, éticas e morais, parece ser o objetivo de Habermas. Tal perspectiva se traduz na preocupação com o que as mudanças genéticas possam trazer, a respeito seja de nossa própria autocompreensão, como seres que buscam a felicidade, seja das nossas relações políticas e sociais, baseadas no noção de iguais direitos. De plano, ele recusa um tratamento dessas questões a partir da biologia. Exemplo desse tipo de visão biológica do problema pode ser o que escreveu Jacques Monod, prêmio Nobel de fisiologia e medicina, em 1965:

“em nossas sociedades, e à medida que ainda se exerce uma seleção, ela não favorece a ‘sobrevivência do mais apto’, isto é, em termos mais modernos, a sobrevivência *genética* desse ‘mais apto’, por uma expansão maior de sua descendência. A inteligência, a ambição, a coragem, a imaginação, de certo sempre são fatores de sucesso nas sociedades modernas. Mas de sucesso *pessoal*, e não *genético*, o único que conta para a evolução [...] Há mais: numa época ainda recente, mesmo nas sociedades relativamente avançadas, a eliminação dos menos aptos, física e intelectualmente, era automática e cruel. A maioria não atingia a puberdade. Hoje, muitos desses enfermos genéticos sobrevivem o bastante para se reproduzir. Graças ao progresso do conhecimento e da ética social, o mecanismo que defendia a espécie

---

<sup>5</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, 438.

contra a degradação, inevitável quando a seleção natural é abolida, só funciona para as taras mais graves [...]. (P)oderemos atenuar certas taras genéticas, *mas somente para o indivíduo atingido*, não em sua descendência [...]. (É) certo o perigo, para a espécie, da condição de não-seleção, ou de seleção às avessas, que reinam nas sociedades avançadas”<sup>6</sup>.

Se dessa exposição pudesse ser deduzido algum dever, ele seria no sentido da proibição da interferência indireta na genética humana, resultante dos progressos da medicina, pois, nos termos do texto, tais interferências abolem a seleção natural, determinando, com isso, a degradação da espécie que Monod caracteriza, ademais, como um perigo. Argumentos biológicos desse tipo não são aceitos por Habermas. Mesmo assim, ele se pergunta pelo futuro da natureza humana sob o ponto de vista de uma possível base biológica da moral e se o caminho da eugenia liberal, defendido por exemplo por Dworkin, é correto.

## ***Pluralismo e justiça: a caminho de uma eugenia liberal***

A ética é definida para os propósitos do presente trabalho como o estudo da vida correta, significando isto a proposta de um modelo de vida a ser imitado<sup>7</sup>. Habermas parte do pressuposto que um tal empreendimento teórico se tornou muito difícil para a filosofia, tendo em vista o fato do pluralismo cultural e das cosmovisões diferentes. Nesse sentido, a teoria da justiça de Rawls extrai as conseqüências do fracasso filosófico em definir como modelos exemplares determinadas formas de vida<sup>8</sup>. De fato, tal formulação determina a retirada da filosofia para um domínio mais abstrato que diz respeito a regras de justiça necessárias para o convívio entre as pessoas, empreendimento bem representado pela gramática dos direitos e deveres. Nesse particular, Habermas diz que as teorias da justiça se situam num metaplano, sem tomar posição com relação a conteúdos<sup>9</sup>. Segundo tal formulação — deixando à parte a discussão concernente a se as teorias da justiça são processuais ou substantivas, v. g., se o liberalismo já seria ele próprio uma moral substantiva<sup>10</sup> — as teorias da justiça não podem es-

<sup>6</sup> MONOD, Jacques. *O acaso e a necessidade: ensaio sobre a filosofia natural da biologia moderna*. [trad. de B. Palma e P. de S. Madureira]. 4. ed., Petrópolis: Vozes, 1989. 181-183 [orig: *Le hasard e la nécessité* (1970)].

<sup>7</sup> Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2001, 12. Essa obra será abreviada por ZmN.

<sup>8</sup> A esse respeito ver RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

<sup>9</sup> Cfr. ZmN 15.

<sup>10</sup> Ver MacINTYRE, Alasdair. *Whose justice? Which rationality?* London: Duckworth, 1988.

tabelecer uma forma de vida que possa ser imposta aos demais. O máximo que podem estabelecer são regras negativas no sentido daquilo que não pode ser desrespeitado por nenhum sistema de convivência justo, como por exemplo, a tolerância em questões religiosas. Assim, a questão ética concerne fundamentalmente à identidade: quem somos? O que queremos ser<sup>11</sup>?

Cabe, ademais, distinguir eugenia negativa, como intervenção terapêutica para evitar doenças, de eugenia positiva, ou seja a intervenção para melhorar características da espécie ou da raça. O perturbador, nesse tipo de fato, é que a biotecnologia permite que se possa mexer na linha divisória entre a natureza que nós somos e aquilo que podemos apenas cultivar, mas não alterar. É a linha divisória entre ser corpo e ter corpo. O ser corpo é determinante causalmente; o ter um corpo não opera pela causalidade. Ademais, Habermas não tem em mente, em suas análises, uma eugenia perversa, como a de Huxley ou Hitler, praticadas por algum governo perverso, mas aquela com boa intenção, normalmente promovida por pais com bons propósitos a respeito de seus rebentos futuros.

O problema é saber se com a transposição da atual fronteira entre *dado pela natureza* e *disponível ao homem* está sendo afetada a autocompreensão moral atual de uma forma qualitativamente diferenciada daquela que até agora ocorreu. Se isso for verdade, apresentam-se duas possibilidades disjuntivas: ou se deve regular normativamente tal ação ou se deve deixá-la ao arbítrio das preferências individuais<sup>12</sup>? Habermas acredita ser ao menos provável que a biotecnologia, senão atualmente, pelo menos no futuro, possa atentar contra a autocompreensão normativa, natural, essencial, não tematizada, que nos define como uma mesma espécie. O ponto reside em que até o momento as condições biológicas dos caracteres individuais não estavam disponíveis num sentido qualitativamente significativo. Essa indisponibilidade da base biológica é, para Habermas, um pressuposto necessário da autodeterminação e das relações igualitárias<sup>13</sup>. Portanto, a disponibilidade desse substrato opera no nível da busca da felicidade pessoal e altera a simetria das relações interpessoais. Não que não se conheçam responsabilidades assimétricas em nossa sociedade, como aquela dos pais em relação aos filhos, mas a estes é dada a possibilidade de poder negar ou assumir o que os pais tentaram programar em suas vidas por intermédio da educação. A irreversibilidade da dotação biológica uma vez estabelecida, agora tornada disponível pela biotecnologia, torna essa possibilidade de revisão autocrítica da própria história de vida num momento dado — na adolescência normalmente — impossível<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. ZmN 14.

<sup>12</sup> Cfr. ZmN 28.

<sup>13</sup> Cfr. ZmN 29

<sup>14</sup> Cfr. ZmN 30-31.

Até o momento a argumentação pode ser resumida nos seguintes passos:

1. a natureza biológica condiciona a liberdade;
2. até o tempo presente os elementos naturais foram indisponíveis;
3. a biotecnologia está tornando disponível a interferência em tais elementos;
4. essa interferência influencia a busca da felicidade por cada um e altera as relações sociais;
5. dados os desentendimentos na matéria, as respostas caem sob o domínio da ética, como acima definida, fazendo com que a doutrina da vida correta se renove num sentido antropológico.

Considerando que, segundo Rawls, a matéria pertence àquele domínio que chama de concepções de bem e não ao domínio da justiça, abre-se a possibilidade de uma eugenia liberal. Ou seja, se a questão não puder ser resolvida como uma questão de justiça, deve ser deixada ao arbítrio de cada um, de tal forma que não haja corte entre eugenia terapêutica e de aperfeiçoamento<sup>15</sup>. Até porque, de um ponto de vista liberal, a engenharia genética poderia servir para incrementar a autonomia individual, por exemplo, com a criação de órgãos para substituir outros doentes. Ou seja, a manipulação, nessa perspectiva, comporia a nossa identidade formada a partir da idéia de liberdade. A dificuldade da questão reside na importância do que está em jogo, de tal forma que cabe a pergunta se a resposta deve ser deixada ao capricho narcisístico das preferências ou se os fundamentos naturais e normativos da vida humana merecem um outro tratamento.

Trata-se de saber quanto esse fato interfere na visão de nós mesmos, naquilo que nos define como espécie, ou seja, na presunção de que somos autores de nossa própria vida e nos reconhecemos uns aos outros como pessoas iguais. Nesse sentido, a discussão da biotecnologia não leva a um novo enfeitiçamento da modernidade, mas a uma reflexão da modernidade sobre seus limites. Não se trata de compensar o desenfeitiçamento da natureza exterior com um novo enfeitiçamento da natureza interior. Trata-se de resistir à secularização num domínio onde ainda não estão disponíveis argumentos seculares normativos, ou seja, a partir da própria discursividade, ainda incapaz de oferecer fundamentos normativos próprios a conteúdos antes adstritos às formas de vida religiosas<sup>16</sup>.

A questão é se a proteção jurídica da integridade de uma hereditariedade não manipulada pode ser justificada pela referência à noção de nossa própria identidade, a qual parece conter a idéia de que os fundamentos biológicos sejam algo indisponível. Isso estaria traduzido no direito a uma

<sup>15</sup> Cfr. ZmN 38-39.

<sup>16</sup> Cfr. ZmN 49-50.

herança genética isenta de manipulação, como aquela estatuída pelo parlamento europeu, não permitindo que se disponha da base biológica do que nós somos por natureza. Sendo possível a manipulação desse domínio, o reino da necessidade de Kant converter-se-ia em reino da contingência<sup>17</sup>. A linha entre acaso e escolha seria alterada, mudando a base, a estrutura que estaria subjacente a nossa experiência moral a propósito de nossa existência.

Dworkin: conseqüências do fracasso da filosofia frente à doutrina da felicidade “Brincar de Deus é realmente brincar com fogo. Mas, isso é o que nós mortais temos feito desde Prometeu, o santo padroeiro das descobertas perigosas”<sup>18</sup>.

O tratamento moral da questão da eugenia distingue-se, por um lado, da discussão sobre o aborto, visto que é possível tratar este último a partir da perspectiva de uma colisão entre o direito de autodeterminação da mãe e o direito à vida do feto. Já no caso da eugenia se trata da proteção da vida do embrião ou do seu patrimônio genético em concorrência com a ponderação de bens ou preferências dos pais, onde há uma seleção a partir de interesses. No fundo há uma ponderação entre a vida de alguém e os valores de terceiras pessoas, no caso, dos pais.

Por outro lado, há uma semelhança. O ponto reside em que não se dispõe de um critério neutro para a descrição de atributos ontológicos que permitam conferir o conceito de pessoa ao feto ou embrião. Nesse particular Dworkin<sup>19</sup> tira conseqüências relativas à moralidade política a partir do fracasso na determinação do momento em que o feto ou embrião começa a ser uma pessoa. Dworkin justifica a decisão constitucional da Suprema Corte americana sobre o aborto em 1973 a partir da liberdade religiosa. Para ele, o aborto envolve a questão do valor intrínseco da vida humana, uma questão com coloração especificamente religiosa por tocar nas dimensões mais fundamentais da existência humana, ou seja, em conteúdos normalmente tratados pelas religiões. Razão pela qual o aborto tem que ser tratado sob o enfoque da liberdade religiosa, tornando correta a decisão da Suprema Corte de permitir o aborto.

Para entender tal posição é necessário apresentar a teoria de Dworkin que distingue as responsabilidades dos governos concernentes a valores como decorrentes: a) de valores derivados que são parasitários de interesses dos indivíduos; b) de valores separados ou independentes que são valores não decorrentes de interesses, mas são intrínsecos ao objeto ou evento<sup>20</sup>. Em

<sup>17</sup> Cfr. ZmN 51 e 53.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald, op. cit. 446.

<sup>19</sup> Ver DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Vintage Books, 1994.

<sup>20</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, 428.

muitas ações do Estado ambos coincidem. Assim, no caso brasileiro, o art. 121 do Código Penal, ao proteger a vida, fá-lo num sentido separado e derivado, pois a vida, nesse caso, tem valor intrínseco e, ao mesmo tempo, o direito a ela pode ser deduzido do interesse da pessoa em continuar viva. Mas, às vezes não coincidem. Por exemplo, na proibição da eutanásia — que no caso brasileiro pode ser deduzida do art. 121, § 1o., em conjunção com o art. 122, ambos do Código Penal<sup>21</sup> — os dois aspectos não coincidem, pois se pode pensar que, por um lado, morrer é no melhor interesse da pessoa, devido ao intenso sofrimento, mas, por outro lado, ofende o valor intrínseco da vida. O ponto de Dworkin na análise do aborto é que o feto não tem interesses e direitos do tipo que o governo tenha responsabilidade de proteger, nem valor intrínseco a respeito do qual o governo possa pretender uma responsabilidade independente de o guardar<sup>22</sup>. O critério para dizer que o feto não tem interesse é que ele não tem vida mental, consciência, por ex., capacidade de sentir dor<sup>23</sup>.

Respondida a pergunta pelo tipo de valor que a vida é, Dworkin parte para as conseqüências relativas à moralidade política a serem tiradas: pode o Estado proibir o aborto? Para ele o Estado tem um legítimo interesse em proteger a vida, como ficou estabelecido também em *Roe v. Wade*. No entanto, o que significa esse interesse do Estado? Ele pode significar: a] responsabilidade: o Estado pode pretender que as pessoas sejam responsáveis ao decidir o aborto porque tratam de uma questão muito importante, com valor intrínseco; b] conformidade: o Estado pode querer decidir o aborto segundo o que a maioria pensa que respeita o valor intrínseco, ou seja, nos casos em que a maioria pensa que o aborto seja legítimo<sup>24</sup>. Porém, considerando que o feto tem valor intrínseco e não tem interesses, o Estado não pode intervir quando: aa] isso implicar num impacto sobre pessoas em particular, como, no caso, as mulheres; bb] houver profundo desacordo sobre tal valor, como é o caso da aborto<sup>25</sup>. Há um terceiro ponto a ser considerado. As nossas convicções sobre COMO e POR QUE a vida humana tem valor intrínseco são muito mais fundamentais para nossa personalidade moral do que as convicções sobre outros valores intrínsecos, como a arte ou a proteção de espécies vivas ameaçadas de extinção, de tal forma que a crença sobre o valor intrínseco da vida humana pode ser descrita como “essencialmente uma crença religiosa”, visto que “a religião respon-

---

<sup>21</sup> O § 1o. do art. 121 estabelece o homicídio privilegiado que é o ato de matar “impelido por motivo de relevante valor social ou moral”. Ora, a eutanásia praticada por terceiro parece se adequar a essa formulação. Já, se ela for praticada como suicídio assistido, é coibida pelo art. 122 “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”.

<sup>22</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, 85.

<sup>23</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 91.

<sup>24</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 95.

<sup>25</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 98.

de aos aspectos mais terríveis da vida humana”<sup>26</sup>. As decisões sobre procriação têm conotação religiosa, pois tocam nas questões mais importantes da vida humana. No entanto, o problema com relação às religiões é que as opiniões sobre valor intrínseco são variadas e díspares, pela razão mesma de estarem coladas com formulações religiosas.

Portanto, se a questão for entendida sob esse viés, não há como não se concluir que a decisão sobre o aborto fique sob o abrigo da liberdade religiosa. Para convencer da plausibilidade de sua argumentação, Dworkin propõe o seguinte experimento: suponha que uma maioria decida que seja um desrespeito à santidade da vida continuar a gravidez quando o feto for deformado. Se a maioria tivesse o poder de implantar suas convicções sobre a santidade da vida, então, o Estado poderia exigir o aborto eugênico, mesmo contra as crenças religiosas ou éticas das pessoas, assim como pode requerer vacinação hoje em dia<sup>27</sup>. A implausibilidade de tal experimento, a *contrario sensu*, estabelece que o Estado não possa ditar como se deva respeitar o valor intrínseco da vida<sup>28</sup>.

Dworkin distingue a questão se o aborto é eticamente errado da questão quando e se o Estado pode proibi-lo. Para Dworkin, o aborto é quase sempre errado e só mostra respeito pela vida humana quando motivado: a) pela possível frustração da criança que não terá uma vida realizada; b) pelo impacto catastrófico na vida de outras pessoas, por exemplo, a vida da mãe, quando, então, haveria um balanceamento com o valor intrínseco de outras vidas que seriam envolvidas<sup>29</sup>.

Apesar da argumentação de Dworkin, é razoável perguntar por que a própria vida não pode ser um interesse? Por que o feto, mesmo não tendo sensação de dor, não pode ter um interesse em que sua vida seja protegida? No fundo Dworkin parte do fato do desacordo moral ou fracasso sobre a matéria para a conclusão de que não é possível resolvê-la como questão de justiça.

No mesmo diapasão, Dworkin considera que as questões biotecnológicas também se compõem de valores separados<sup>30</sup>. Logo, as intervenções desta natureza não podem ser proibidas pelo Estado. Nesse sentido, Dworkin classifica a reação do parlamento europeu que toma por referência os direitos humanos, de tola e grotesca<sup>31</sup>. Ele não vê diferença entre o uso da penicilina e a engenharia de clonagem de órgãos, entre fazer exercícios para perder peso e mudar os genes que determinam tal característica física<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald, *ibidem* 100.

<sup>27</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 104.

<sup>28</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 112.

<sup>29</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. 431.

<sup>30</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 429.

<sup>31</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 439.

<sup>32</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 443.

Como Habermas, ele estatui que a estrutura de nossa experiência ética e moral depende crucialmente de uma distinção fundamental entre o que nós somos responsáveis por fazer ou decidir e o que nos é dado como fundamento de nossas decisões e que dificilmente podemos mudar<sup>33</sup>. Segundo ele, essa distinção é a espinha dorsal de nossa ética ou moral. Os exemplos<sup>34</sup> que colaciona são muito interessantes na explicação da distinção:

- felicidade. O senso de nosso viver bem depende da expectativa de vida que se tem. Se de repente pudéssemos viver dez vezes mais, teríamos que recriar o conjunto das nossas opiniões sobre o que tornaria uma vida atrativa;
- a bomba atômica tornou insustentável o que permitiam as convicções estabelecidas sobre a responsabilidade dos Estados em proteger seus soldados;
- o crescimento do poder da medicina em manter os pacientes vivos para além do limite que poderia ter um sentido para o paciente, alterou convicções estabelecidas sobre eutanásia e suicídio.

Dessa forma, Dworkin apela a uma espécie de teoria do progresso moral similar àquela de Kuhn para as ciências naturais. Para ele, um período de estabilidade moral é seguido de um de insegurança, visto que a biotecnologia muda a fronteira entre acaso/escolha que estrutura nossos valores como um todo. Tal mudança não questiona isoladamente qualquer valor derivado ou independente; ela ameaça tornar obsoletos repentinamente boa parte desses valores<sup>35</sup>. De fato, nós temos a convicção de que o que mais basicamente somos é uma questão de acaso. Prova disso é que aceitamos as condições de nosso nascimento como um parâmetro de nossa responsabilidade, não como uma questão de culpa, mas de fato, a não ser, recentemente, em problemas decorrentes do uso de drogas ou cigarro durante a gestação<sup>36</sup>. Ele arremata: “o terror que muitos de nós sentimos com o pensamento da engenharia genética não é um medo do que é errado; antes, é o medo de perder nossa segurança sobre o que é errado”<sup>37</sup>. Apesar dessa formulação, ao contrário de Habermas, Dworkin não é apocalíptico, pois para ele seria errado pensar que a mudança da fronteira acaso/escolha mude a própria moral, de tal forma que não haveria mais certo ou errado. O que nos aflige, na verdade, é que nossas convicções morais são minadas quando essa fronteira muda, o que nos leva a uma espécie de *moral free-fall state*, onde seremos forçados a repensar nossos valores contra um novo fundamento de não disponibilidade. Portanto, há

<sup>33</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 443.

<sup>34</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 444.

<sup>35</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 444.

<sup>36</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 445.

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald, *ibidem* 446.

que se absorver as mudanças, não impedi-las com medo do desconhecido. Não podemos voltar atrás se os pressupostos de nossos valores estiverem errados<sup>38</sup>. E ele conclui, portanto, no sentido de uma eugenia liberal: “não há nada em si mesmo errado com a ambição separada de fazer a vida das futuras gerações de seres humanos mais longa e mais cheia de talentos e, conseqüentemente, mais realizada”<sup>39</sup>.

Ao que parece Habermas não quer extrair da constatação do fracasso de se definir antropológicamente o homem, as mesmas conseqüências de moralidade política que Dworkin retirou da constatação do fracasso em se definir o momento em que o feto começa a ser pessoa. Contra Dworkin, Habermas parece querer argüir que seja possível estatuir o conceito de indisponibilidade, independentemente do status de pessoa portadora de direitos fundamentais. Ele quer conceber o conceito de indisponibilidade independentemente do de inviolabilidade, de tal forma que algo possa ser indisponível sem ser inviolável. Isso só parece ser possível se considerarmos a indisponibilidade no nível moral ou ético e a inviolabilidade no nível jurídico. Concorda com essa tese a formulação habermasiana da moral num sentido antropológico, segundo o qual o comportamento moral seria uma resposta à vulnerabilidade corporal do ser humano. As proposições morais seriam uma frágil construção para proteger o corpo de ferimentos físicos e a pessoa moral de injúrias<sup>40</sup>. No entanto, essa formulação não ajuda muito, pois parece ter um efeito contrário, na medida em que os fetos, por serem tão frágeis, não conseguem advogar seu status de membros da comunidade moral protegidos normativamente.

Ely tem um argumento semelhante que pode ser dirigido contra Dworkin. Segundo ele, para o Estado proibir algo não é necessário que esteja implicada a vida ou o direito de uma pessoa. O Estado pode proibir que se matem cachorros, mesmo no exercício do direito de protesto político da 1a. emenda, de tal forma que do julgamento do feto não ser uma pessoa, não se segue que os planos de vida da mãe devam prevalecer absolutamente sobre o desejo do Estado de proteger o feto<sup>41</sup>. A isso Dworkin responde que o Estado pode proteger interesses de não-pessoas, por ex., cachorros, mas o Estado não pode fazer isso com uma significativa redução do direito constitucional de uma pessoa, como o direito da mulher a controlar seu corpo<sup>42</sup>. Portanto, não se pode perceber como o argumento de Ely prevalece contra Dworkin, como não se percebe no que a distinção entre

<sup>38</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 446.

<sup>39</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *ibidem* 452.

<sup>40</sup> Cfr. ZmN 62-63.

<sup>41</sup> Cfr. ELY, John Hart. *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*. *Yale Law Journal*. V. 82, 1973, 926.

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, 90.

indisponibilidade/inviolabilidade proposta por Habermas refuta o argumento de Dworkin.

A possível falha do argumento de Dworkin poderia residir quiçá na fácil aceitação do fracasso filosófico em determinar um argumento para a defesa da atribuição de direitos ao feto e, por consequência, remeter a matéria para o domínio das concepções religiosas, metafísicas ou daquilo que Rawls chamava de concepções de bem. Daí a tese liberal sobre a impossibilidade de o Estado se pronunciar sobre tais conteúdos. Ora, durante muito tempo houve desacordo moral sobre a escravidão — a exemplo da argumentação aristotélica na *Política* — ou mesmo sobre a tortura e nem por isto a história moral caminhou no sentido de um re-enfeitecimento destas questões. Ao contrário, elas adentraram no domínio das regras de justiça. Talvez essa situação com relação à vida pré-natal se deva à vulnerabilidade dos fetos e a sua insuficiência em fazer valer seus direitos na comunidade de comunicação. Como argumentou Ely: “fetos não sentam em nossas legislaturas”<sup>43</sup>. Ou seja, é fácil se exterminar quem não se pode ver e quem não pode fazer revolução. Além disso, o critério para se atribuir direitos a partir da vida consciente como faculdade de sentir dor é um critério utilitarista que não pode pretender um privilégio maior frente a outros critérios, como o nascimento no caso brasileiro<sup>44</sup>, a nidação no caso alemão<sup>45</sup>, a fecundação no caso católico.

Dworkin propugna que não se possa opor ao direito líquido e certo da mãe à privacidade o direito à vida do feto, dado o caráter controverso de seu status como pessoa. A justificação constitucional-moral para o aborto que Dworkin oferta apenas reflete a constatação do fracasso na tentativa de se estabelecer o status do feto como pessoa e, portanto, como ser humano. Como Habermas aceita o diagnóstico de Dworkin<sup>46</sup>, ele tem que argumentar em sua seara. Assim, só resta argüir que Habermas esteja propondo opor a indisponibilidade da vida ao cálculo de preferências. Tal possibili-

<sup>43</sup> ELY, John Hart, op. cit. 933.

<sup>44</sup> Para uma análise do sistema brasileiro sobre o assunto, ver *nota* de análise da legislação, abaixo.

<sup>45</sup> Segundo decisão do Tribunal Constitucional Federal [cfr. ZmN 56, nota].

<sup>46</sup> Cfr. ZmN 58-59.

<sup>47</sup> Cfr. ZmN 67.

<sup>48</sup> Art. 2o, *Lei 10.406*. Concernente à proteção legal do feto, a legislação brasileira estabelece um conjunto de proposições difíceis de serem harmonizadas, principalmente se tivermos em conta as relações entre três diplomas normativos. No nível constitucional - e vale lembrar que a Constituição da República Federativa do Brasil é de 1988 - é estabelecida a inviolabilidade do direito à vida, porém, sem a determinação do momento em que tal direito tem começo. O Código Civil de 2002 estabelece no art. 2o. que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”, embora o art. 20. ponha a salvo os direitos do nascituro desde a concepção e o art. 1.596, IV, ao determinar que os embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, presumem-se concebidos na constância do casamento, estabelece direitos patrimoniais aos embriões. Já o Código Penal, que data de 1940, estabelece o crime de *infanticídio* com pena de dois

dade não se obtém nem pela distinção entre dignidade humana e dignidade da vida humana<sup>47</sup> e nem pela proteção legal já dirigida ao feto, como por exemplo, os direitos patrimoniais<sup>48</sup>. Ainda que se possa descolar o predicado da dignidade de alguma característica ontológica ou fática, como o nascimento, ou a concepção, ou a vida sensitiva, tal formulação não resolve o problema da imputação de dignidade ao ser humano. Com efeito, mesmo que tal conceito seja concebido como conexo com uma simetria relacional, tratando-se de uma inviolabilidade, ou seja, o “não estar à disposição de”, que só tem sentido nas relações interpessoais de respeito mútuo<sup>49</sup>, continua problemático, nesse domínio, quando se deva atribuir dignidade, não ajudando a distinção entre dignidade humana e dignidade da vida humana.

Portanto, mesmo que Habermas pense numa versão destranscendentalizada da liberdade do eu, segundo a qual a individualidade emerge de relações sociais, como amizade, sexualidade e não como uma propriedade do ser inteligível; mesmo que a autonomia seja concebida como uma construção precária, cuja força dependa de atenção à nossa fragilidade física e à nossa dependência social, fica difícil defender que antes de entrar no mundo comunicativo, a vida humana seja protegida, sem que seja sujeito de direitos e obrigações.

### ***Vida: um bem entre outros bens?***

Em razão do conteúdo envolvido na eugenia, qual seja a vida humana pré-pessoa, Habermas pretende um tratamento privilegiado dele no domínio das tradições que estatuem preferências ou bens no sentido de Rawls, visto concernir à nossa identidade como seres humanos, a qual, segundo ele, é a mesma em todas as partes, independente da cultura, porque visa a definir o homem com relação às demais espécies<sup>50</sup>. Ora, é sabido haver quem defenda que o homem se diga diferentemente<sup>51</sup>, visto serem constatáveis concepções diversas de homem nas formulações éticas, v. g., há quem

---

a seis anos [art. 123]. O crime de *aborto provocado por terceiro* tem pena de três a dez anos, quando não houver consentimento da mãe [art. 125] e entre um a quatro anos quando houver [art. 126]. O crime de *aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento* tem pena de um a três anos [art. 124]. Considerando que o crime de *homicídio simples* tem pena entre 6 e 20 anos [art. 121] dá para perceber uma clara distinção entre a valorização da vida do feto e de alguém após o nascimento. Isso sem levarmos em conta o art. 128 que estabelece dois casos em que não se pune o aborto praticado por médico: quando resultar de estupro e em caso de necessidade.

<sup>49</sup> Cfr. ZmN 62-63.

<sup>50</sup> Cfr. ZmN 72-73.

<sup>51</sup> Cfr. ROSENFELD, Denis. *Filosofia política e natureza humana*. Porto Alegre: L & PM, 1990.

defenda que o homem seja livre, há quem defenda que o homem seja determinado pela causalidade natural. Então, o que Habermas estaria querendo dizer com a formulação de uma mesma identidade dos homens como espécie em todas as culturas? Uma interpretação possível seria que todas as culturas têm que estabelecer uma identidade do humano enquanto espécie, ou seja, como distinta das outras espécies. Habermas advoga que a distinção entre o justo e o bom no sentido de Rawls não pode impedir que se veja a moral apoiada numa autocompreensão ética da espécie compartilhada pela humanidade<sup>52</sup>.

Quando se olha a vida humana pré-pessoa, toca-se na questão da própria identidade enquanto seres humanos, no nosso auto-entendimento como membros da espécie humana. Trata-se da visão sobre o homem, o mesmo em todas as culturas. Isso está pressuposto, inclusive, na noção de seres portadores de direitos constitucionais, pois presume o nosso entendimento como membros da espécie. Dito de outro modo, há necessidade de uma antropologia que seja adequada à moral<sup>53</sup>. Habermas — e também Dworkin, a seu modo — defende haver uma conexão entre autocompreensão moral e considerações éticas concernentes aos homens como espécie: “a autodeterminação implica o direito a uma herança genética isenta de intervenções artificiais [...] Para Habermas, somente se esse direito de humanidade não for ferido, poderemos continuar a nos entender como autores indivisos de nossa história de vida e reciprocamente reconhecidos como agentes naturalmente autônomos”<sup>54</sup>. Ou seja, a autocompreensão como livres e iguais depende, em alguma medida, da compreensão antropológica como membros da espécie<sup>55</sup>. É isso que Habermas entende por moralização da natureza humana, pois a dignidade humana está diretamente relacionada com o modo a partir do qual o homem se concebe como membro da espécie humana, o que determina, por exemplo, se um embrião tem ou não direitos constitucionais assegurados, como pessoa, pois é preciso saber se ele já é membro da espécie e *como* é membro da espécie.

Essa inserção da moral na ética da espécie — é bom que se observe desde logo — não faz depender a validade daquela da cognição desta. O problema é que as alterações de fronteira entre o acaso/liberdade modificam as regras do jogo moral em sua totalidade — com o que concorda também Dworkin — de tal forma que o nível de argumentação não pode ser mais moral, mas ético, uma vez que a própria valorização da moral, ou seja, do querer ser moral, não é um juízo moral ele próprio, mas um juízo de ética da espécie. Trata-se de uma valorização da moral no seu conjunto<sup>56</sup>, a

<sup>52</sup> Cfr. ZmN 74.

<sup>53</sup> Cfr. ZmN 74.

<sup>54</sup> HECK, José N. *Direito subjetivo e dever jurídico interno em Kant*. Texto inédito.

<sup>55</sup> Cfr. ZmN 54.

<sup>56</sup> Cfr. ZmN 124.

saber, como o homem quer se compreender? Se quer se compreender como ser moral e livre? Essa consideração é plausível porque nem toda concepção antropológica é adequada à liberdade e igualdade. Como consequência tal juízo não desafia um juízo categórico. Logo, não é um juízo moral. Em contrapartida, tal juízo utiliza as condições para a manutenção de uma determinada autocompreensão moral como argumento para uma autocompreensão ética da espécie inconciliável com a disponibilidade da vida. A inserção da moral na ética da espécie torna consciente o valor e os pressupostos da moral da liberdade e igualdade.

Mexer na natureza humana altera o auto-entendimento do homem como eticamente livre e moralmente guiado por normas<sup>57</sup>. A engenharia genética, a possibilidade de “ciborgs”, o tomar nas mãos a própria evolução, toca na noção de auto-realização e autodeterminação. Isso muda a linha entre o subjetivo e o objetivo, entre o natural e o artificial, pondo à disposição do homem o que antes não estava à sua mercê. Isso pode alterar o modo como o homem se concebe como autor de sua vida, bem como a noção fundamental de igualdade entre todos, podendo gerar relações assimétricas entre as pessoas<sup>58</sup>.

Na verdade, é como se aquilo que está como pano de fundo da moral, ou seja, o que distingue o homem das outras espécies, fosse uma questão ética e não moral. São as intuições do que torna humano o homem que estabelecem a gramática da moral, determinando os pressupostos naturais da autocompreensão desta. O ponto, como já anunciado, é que nem todas as concepções desses pressupostos se harmonizam com nossa autocompreensão moral, transcendendo mesmo a argumentação moral. No fundo, a biotecnologia é, para um desconfiado herdeiro da Escola de Frankfurt<sup>59</sup>, como Habermas, — que suspeita dos efeitos da ciência e da técnica<sup>60</sup> — uma destruição prática dos fundamentos éticos da moral — prática porque despida de teoria —, ou seja, dos fundamentos naturalistas da moral, no sentido de torná-los disponíveis. Por isso, é preciso introduzir a moral numa ética da espécie.

É nesse contexto que Habermas avalia o que ele chama de intuição relacionada à indisponibilidade da vida humana, de tal forma que não possa ser considerada como um bem entre outros<sup>61</sup>. Uma razão para tal seria, como

---

<sup>57</sup> Cfr. ZmN 74.

<sup>58</sup> Cfr. ZmN 76.

<sup>59</sup> Ver DUTRA, Delamar José Volpato. *Dominação da natureza e dominação do homem: verso e anverso do iluminismo*. In LEIS, Héctor Ricardo, SCHERER-WARREN, Ilse, COSTA, Sérgio [orgs.]. *Modernidade crítica e modernidade acrítica*. Florianópolis: Cidade Futura, 2001, 177-198.

<sup>60</sup> Ver a esse respeito BRÜSEKE, Franz Josef. *A modernidade técnica*. In LEIS, Héctor Ricardo, SCHERER-WARREN, Ilse, COSTA, Sérgio [orgs.]. *Modernidade crítica e modernidade acrítica*. Florianópolis: Cidade Futura, 2001, [adendo].

<sup>61</sup> Cfr. ZmN 78. No caso da eugenia terapêutica, nós tratamos o embrião como uma segunda pessoa e antecipamos seu possível consenso à nossa atitude.

acima visto, a importância da matéria em questão para a autocompreensão moral da modernidade. Uma outra razão que poderia ser argüida para o regramento da matéria e, portanto, para a não neutralidade do Estado, a despeito do pluralismo, é que as práticas eugênicas não são compatíveis com o liberalismo, pois limitam a capacidade da pessoa de levar uma vida autônoma e tocam nas relações de simetria e igualdade entre as pessoas<sup>62</sup>. Seria uma forma de proteção do liberalismo de si mesmo. A liberdade eugênica dos pais não deve tocar a liberdade ética dos filhos, não deve se intrometer na vida ética<sup>63</sup>, pois a liberdade de escolher a própria vida é um dos fundamentos básicos do liberalismo.

Com isso, Habermas está se colocando numa linha contrária a um tratamento liberal da eugenia, assim como encontramos em Dworkin. Um dos argumentos de Dworkin para uma defesa liberal é o paralelismo da eugenia com a educação. No entanto, é boa essa solução da eugenia liberal de aproximar o que resulta da natureza do que resulta da socialização ou da educação? É bom observar inicialmente que essa formulação de Dworkin anula a distinção entre eugenia negativa e positiva, o que Habermas pensa ser equivocado. De fato, na eugenia negativa nós antecipamos, plausivelmente, o consenso do destinatário, tornando possível o seu acordo no futuro. Na positiva, diferentemente, nós levamos em consideração os objetivos e ponderações dos pais, tão somente. Nesse sentido, para ser aceitável, deve ser demonstrado que não há grande diferença entre educação e eugenia, pois a educação também muda atitudes e expectativas. Para Dworkin não haveria distinção entre intervenções na biologia e no desenvolvimento pela educação, pois não faria diferença para um adolescente que tivesse talento musical ou matemático se estes talentos remetessem à socialização educacional ou à engenharia genética, desde que ele se apropriasse disto como sendo um ato de sua escolha. Se uma intenção de terceiro é apropriada desse modo pela liberdade, então não há alienação. Mas essa apropriação é tão simples?

Além de não se poder usar dos aspectos criticáveis de uma educação castradora para justificar aspectos de um outro processo semelhante, também criticável, há diferenças a serem observadas nos dois sistemas. A educação acontece pela ação comunicativa. Baseia-se em razões. Há uma estrutura interativa. Há o papel da segunda pessoa e a possibilidade de contestação. Mesmo que a relação educacional tenha uma certa assimetria, o adolescente pode compensar isto por um reexame crítico da gênese dessa socialização restritiva. Na eugenia, por sua vez, não há essa possibilidade de reexame. Não há o papel de segunda pessoa, nem comunicação. O programa genético é mudo. Se a pessoa está em desacordo com intenções fixadas geneticamente, não pode desenvolver uma revisão livre com rela-

---

<sup>62</sup> Cfr. ZmN 86-87.

<sup>63</sup> Cfr. ZmN 88.

ção a seus talentos, de tal forma que possa mudar o rumo de sua vida. Ele não teria um futuro aberto. Na eugenia, trata-se de mudar de maneira biológica propriedades [cor dos olhos, altura], disposições [agressividade, calma], habilidades [arte, matemática], comportamento.

A pergunta que inquieta é: o que acontece quando o adolescente passa a saber que alguém interveio em seu corpo, mudando traços, tendo isto sido feito por alguém intencionalmente? Trata-se do conhecimento de que fatores hereditários do seu corpo foram manipulados. Enfim, quando essa instrumentalização é uma transgressão indevida? A resposta de Habermas é que o limite dá-se no respeito à possibilidade do destinatário dizer sim ou não como partícipe comunicativo no futuro. Isso é tratá-lo como fim, com dignidade entendida discursivamente. Portanto, a comparação encontra o seu limite se condena a pessoa a um projeto de vida específico e assim restringe a liberdade de escolha.

Habermas argumenta que intervenções eugênicas visando otimização reduzem a liberdade ética, principalmente se as intenções eugênicas programadas por terceiras pessoas forem irreversíveis. De fato, considerando que a intenção do programador funciona como uma razão motivadora da ação, somente no caso da eugenia negativa poderia haver a antecipação de boas razões para que a pessoa afetada pudesse vir a consentir. Esse dificilmente seria o caso na eugenia positiva.

Certamente, há um dependência entre pais e filhos e os pais são geneticamente anteriores. Isso não pode ser mudado, mas também isso não determina absolutamente o futuro dos filhos. O engenheiro genético dispõe de fatores genéticos em sua criatura com uma intenção paternalista, determinando o futuro das pessoas sob aspectos relevantes. O destinatário pode interpretar isso, mas não revisar ou desfazer. As conseqüências são irreversíveis, já que o processo não é mediado comunicativamente. Ou seja, a intervenção por meio da genética é de uma magnitude incomparável àquela da educação, seja ela entendida de que modo for.

Poder-se-ia argumentar que todos nascem dependentes de seu programa genético. No entanto, no caso da eugenia, trata-se de uma dependência resultante da deliberação de alguém, com quem o destinatário não pode se relacionar, criando, além de um futuro fechado, uma relação assimétrica entre a criatura e o criador. Há uma assimetria porque os dois não podem mudar de posição e isto por uma disposição de vontade de uma das partes. Isso é estranho a relações simétricas e recíprocas de reconhecimento próprias de uma comunidade moral de seres livres e iguais. Trata-se de uma assimetria ontológica que proíbe a reversibilidade de posições. Mesmo no caso de responsabilidades assimétricas atuais, como na relação pai/filho, é possível que o filho venha a influenciar o pai decisivamente, pois se trata de uma propriedade que lhe foi imposta pelo pai num processo de construção. Essa construção, no caso da biotecnologia, é definida biologicamen-

te. *Mutatis mutandis*, é como se a educação fosse do âmbito do *software* do computador e a biotecnologia do *hardware*.

Enfim, poderia, para Habermas, o Estado constitucional democrático aliviar a responsabilidade dos pais, tentando evitar relações assimétricas entre gerações, em nome das gerações futuras? A resposta é difícil, visto que o consenso político exigido para tal poderia ser muito forte ou muito fraco. Muito forte, pois regramentos para além da eugenia negativa poderiam ser inconstitucionais por tocar na liberdade privada dos cidadãos, dado o desacordo moral na matéria. Por outro lado, se muito fraca, tem consequências sobre o futuro aberto das gerações futuras e o engendramento de relações assimétricas. Devido ao fato do pluralismo e à liberdade da própria conduta de vida, a otimização eugênica não pode ser normatizada de modo legítimo unicamente através de um argumento de justiça, porque a seleção de características desejadas não pode ser dissociada a priori de prejuízos de projetos de vida específicos dos genitores. Em suma, é uma ilusão querer resolver o problema por um só argumento. Daí o apelo de Habermas, para além de argumentos morais de justiça — como aqueles que afetam a liberdade e igualdade — a argumentos de ética da espécie.

Por conceber o Estado de direito apenas verticalmente, ou seja, a partir da relação entre o indivíduo e o Estado, Dworkin, fiel à tradição de Locke, exclui a interferência do Estado em relações privadas entre os cidadãos. Na tradição de Locke, a necessidade de regar o poder do Estado suplanta a necessidade de regular os perigos da liberdade entre os cidadãos. Os direitos fundamentais do liberalismo clássico são indiferentes aos efeitos injustos resultantes das relações entre os cidadãos. No entanto, para Habermas, sob o ponto de vista da democracia, a relação do indivíduo com o Estado não tem nenhum privilégio frente à relação do indivíduo com outros indivíduos. No caso, há que se considerar a relação dos pais e programadores genéticos com os fetos.

Com relação ao progresso moral visado por Dworkin, Habermas parece entendê-lo do seguinte modo. O fim das formas de vida religiosas e metafísicas levou a uma tolerância do pluralismo de mundos vividos. No entanto, isso não engendrou o cinismo ou relativismo indiferente, ou seja, um abandono de padrões morais. A moral e a política foram readaptadas e surgiram os direitos humanos como fundamento comum para as diferentes formas de vida<sup>64</sup>, operando uma bem sucedida empresa de laicização de valores religiosos e tradicionais, os quais passaram a se basear em razões que poden ser aceites por todos. Assim, quando se diz que o feto tem direitos fundamentais está se laicizando a idéia da semelhança do homem a Deus, de tal forma que a fronteira entre razões religiosas e razões seculares permanece flutuante, devendo ser fixada democraticamente e não monologicamente. A perspectiva de Dworkin parece perpassar tudo com

---

<sup>64</sup> Cfr. ZmN 124-125.

a linguagem de preferências do mercado. Ao contrário disso, Kant teria sido o primeiro a salvar o imperativo categórico do auto-interesse ilustrado do mercado. Ele converteu o livre-arbítrio em autonomia, desconstruindo secularmente um conceito da fé e salvando seu conteúdo. É assim que o mandamento divino encontra eco na validade incondicional dos deveres. Mesmo que seu conceito de autonomia não necessite mais de Deus, Kant dá espaço em sua filosofia à doutrina da religião, de tal forma que ele volta a separar o que helenismo uniu — religião e filosofia — sem perder qualquer dos pólos. Uma secularização não aniquiladora se realiza por meio da tradução de conteúdos religiosos e não pela sua destruição.

## ***A crítica de Heck a Habermas. Tentativa de resposta***

Heck se posiciona de forma contrária ao que ele chama de *tese do caráter moral do direito* proposta por Habermas:

“a remoralização habermasiana providencia para o direito positivo o *a priori* antropológico material que Kant articula na esfera da virtude [...] A doutrina habermasiana da complementaridade entre moral e direito pratica uma estratégia de terra arrasada frente às diferenciações kantianas entre direito e ética [...] Como alternativa ao encaminhamento jurídico das práticas eugênicas corretivas apresenta-se a *honestas interna* kantiana”<sup>65</sup>.

A acusação de remoralização do direito parece, em algum sentido, procedente. De fato, as obras de Habermas e de Rawls, juntamente com a de Dworkin, determinam uma virada na concepção do direito, deslocando o seu entendimento da vertente positivista de Kelsen, Austin e Hart, bem como da vertente utilitarista de Bentham e Mill para uma concepção que, em última análise, recupera as imbricações entre direito e moral. Para se ter uma idéia do que isso representa, basta ter em conta o que Holmes<sup>66</sup> afirma num texto de 1897: “nada, senão confusão de pensamento pode resultar da assunção que os direitos do homem, num sentido moral, sejam igualmente direitos no sentido da constituição e do direito”<sup>67</sup>. O que não poderia ser mais distante do pensamento que se fixou no final do século

<sup>65</sup> Ver HECK, José N., op. cit.

<sup>66</sup> Holmes propugnava que o direito deveria ser conhecido a partir da perspectiva do homem mau: “se você quiser conhecer o direito e nada mais, você deve olhar para ele como um homem mau [o olharia]” [HOLMES, Oliver Wendel. *The Path of the Law*. *Harvard Law Review*. V. X, n. 8, 1897, 459].

<sup>67</sup> HOLMES, Oliver Wendel, ob. cit. 460. Ele chega a afirmar: “eu freqüentemente fico em dúvida se não seria um ganho se toda palavra com significação moral pudesse ser banida do direito completamente e outras palavras adotadas que pudessem expressar idéias jurídicas não contaminadas por nada exterior ao direito” [p. 464].

XX, principalmente o de Rawls e o de Dworkin. Basta anotar que Dworkin propugna uma fusão entre direito constitucional e teoria moral: “a leitura moral, portanto, leva a moralidade política para dentro do coração do direito constitucional”.<sup>68</sup> A essa virada se convencionou chamar de uma concepção pós-positivista de direito. Nesse particular, Rawls caminha abertamente no âmbito da moral, não só por sua vertente anti-utilitarista, como pelo tratamento direto da questão da justiça, mesmo que tal concepção enfrente precipuamente o fato do pluralismo moral contemporâneo, o que leva ao entendimento da sua teoria da justiça como uma concepção política. Dworkin, por sua vez, reaproxima o direito da moral em termos técnicos, a partir da perspectiva do direito. Tal pode ser vislumbrado nas implicações que a noção de princípios tem, na medida em que se passa a ampliar o entendimento da natureza das normas que compõem o ordenamento jurídico, as quais não são mais definidas a partir de um encurtamento semântico das regras, mas, ao contrário, abrem o flanco de seu âmbito de aplicação à indeterminação principiológica.

Dworkin, na medida em que faz da noção de princípio o seu “cavalo de batalha”, viabiliza a introdução no sistema jurídico de conteúdos morais, oriundos, quase que exclusivamente, do que se convencionou chamar de direitos humanos. Ele tem menos a pretensão de mostrar a correção normativa de tais direitos, e mais, além do tratamento de como operacionalizar a introdução de tais conteúdos no mundo jurídico, o interesse no estudo das consequências de moralidade política que tais princípios determinam.

Heck argumenta a partir de Kant:

“Kant não coloca a independência jurídica a serviço da ética [...]O direito declina honrarias morais, não está a serviço da moralidade e tampouco se faz moralmente útil. A tese do caráter moral-teleológico do direito é pós-kantiana. Ela degrada o direito com as excelências da moral, quer dizer, a suposta inferioridade ética do direito é compensada por uma chancela moral que o destina a avalizar valores éticos. A moralização do direito é de todo antikantiana.”<sup>69</sup>.

Com relação a esse ponto, caberia avaliar se a doutrina do direito kantiana assim interpretada não honraria em demasia o positivismo<sup>70</sup>,

<sup>68</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, 2.

<sup>69</sup> HECK, José N., op. cit.

<sup>70</sup> Positivismo é tomado aqui no sentido como Alexy o define, ou seja, como uma teoria que defende a tese da separação entre moral e direito, de tal forma que o conceito de direito tem que ser definido sem que sejam incluídos elementos morais [cfr. ALEXY, Robert. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. [B. L. Paulson and S. L. Paulson: Begriff und Geltung des Rechts]. Oxford: Clarendon Press, 2002, 3]. É necessário afastar “de antemão um possível mal-entendido, que consiste em inferir da especificidade do direito sua completa separação da moral em geral” [BECKENKAMP, Joãozinho. Direito como exterioridade na legislação prática em Kant. *Ethic@*. V. 2, n. 2, 2003, 157 [http://www.cfh.ufsc.br/ethic@]].

desconsiderando parte da posição kantiana, segundo a qual, “a doutrina do direito e a doutrina da virtude se distinguem, então, bem menos por deveres diferentes que pela diferença de legislação que associa à lei um móbil antes que um outro [...] Evidentemente, a ética tem deveres particulares (por exemplo, aqueles para consigo mesmo)”<sup>71</sup>.

Ademais, Heck fala de uma “vinculação jurídica do homem para consigo mesmo”, uma proposição difícil de conciliar com a afirmação que o direito versa sobre o “conjunto de leis, para as quais é possível uma legislação exterior”<sup>72</sup>. É verdade, mesmo o nosso Código Civil fala em direitos indisponíveis e inalienáveis<sup>73</sup>, mas, dessa formulação àquela da “honradez jurídica” como um conjunto de “condições subjetivas de caráter eminentemente jurídico” que seriam condições da personalidade jurídica, há um grande caminho. Afinal “*persona* é o sujeito, cujas ações são imputáveis”<sup>74</sup>. Assim, as condições externas de imputabilidade podem ser jurídicas, como a idade; mas as internas, como a intenção, podem ser jurídicas? Quiçá, seja possível falar de condições subjetivas exigidas pela ordem jurídica, como aquela que distingue uma pessoa de uma coisa, ou uma pessoa normal de uma enferma ou deficiente mental<sup>75</sup>, mas dizer que estas condições mesmas estruturariam a própria forma jurídica seria uma outra afirmação.

Nesse sentido Kant foi devedor do linguajar do seu tempo — da noção de deveres para consigo — da qual ele não conseguiu se desvencilhar. E ele teve uma boa razão para isso, pois é muito difícil encontrar o sujeito ativo dos direitos da personalidade, caracterizados exemplarmente pelo nosso Código Civil, art. 11, como intransmissíveis e irrenunciáveis, ou seja, indisponíveis [segundo Heck “o dever interno de direito susta toda conduta que leva à perda da personalidade jurídica”]. Afinal quem é o titular do direito no caso de a pessoa querer transmiti-lo ou renunciá-lo, ou seja, dispor deles? A doutrina jurídica diz que a coletividade é a titular do direito. Ou seja, qualquer coisa como o sentimento, a moralidade da coletividade, não tolera determinados comportamentos, como a venda dos próprios órgãos. O ponto é que o direito precisa dessa relação entre direito e dever que Kelsen percebeu muito bem. Afora isso, o vínculo do homem com o direito

---

<sup>71</sup> Ak VI 220. Kersting sustenta que a justificação da filosofia política de Kant depende de sua filosofia moral. Se os conceitos de razão prática pura e liberdade transcendental fossem quimeras conceituais e fantasmas éticos, cairiam por terra as bases de sua filosofia política. Então, restaria o empirismo e a prudência política [cfr. KERSTING, Wolfgang. *Politics, freedom, and order: Kant's political philosophy*. In: GUYER, Paul (ed.). *The Cambridge Companion to Kant*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, 347]. No mesmo sentido se pode argumentar ser necessário afastar “de antemão um possível mal-entendido, que consiste em inferir da especificidade do direito sua completa separação da moral em geral” [BECKENKAMP, Joãozinho, op. cit. 157 [http://www.cfh.ufsc.br/ethic@]].

<sup>72</sup> Ak VI 229.

<sup>73</sup> Cfr. arts. 11 a 21 do Código Civil.

<sup>74</sup> Ak VI 223.

<sup>75</sup> Cfr. Código Civil, art. 30., II.

de humanidade em si mesmo pode ser de qualquer natureza, menos jurídico; então, é melhor que ele seja ético ou moral. Dizer que a humanidade em nossa própria pessoa é uma condição de possibilidade da personalidade jurídica é diferente de dizer que essa condição mesma seja jurídica.

Com relação à remoralização habermasiana da natureza humana Heck menciona um período em que Kant defendia “limitações que a humanidade em nossa própria pessoa prescreve ao direito que cada homem tem de lidar com seu corpo”<sup>76</sup>. Posição que ele teria abandonado. Um ponto aqui é que os sistemas de direito positivo ainda continuam a proceder desse modo, v.g., o nosso Código Civil que proíbe que se disponha do próprio corpo, exceto por razões médicas ou de transplante, ou pós-morte por razões de altruísmo ou científicas. Acredito que o ponto de Habermas seja que qualquer descrição do conceito de personalidade jurídica adentra no campo da ética. O conceito do direito de humanidade permanece vazio e sua descritibilidade não é possível senão em termos éticos. Nesse sentido vale tratar da noção kantiana de analiticidade<sup>77</sup> aplicada particularmente a esse conceito. Na formulação de Heck:

“embutida na razão pura prática, a noção de um direito inato à liberdade humana unifica, sob o conceito de humanidade, quatro títulos diversos, ou seja, o direito à igualdade, o direito a ser senhor de si mesmo, o direito à inocência presumida e o direito de confrontar o outro com minha vontade sem subverter o seu livre-arbítrio. Para Kant, essas quatro determinações jurídicas estão analiticamente contidas no direito subjetivo próprio a cada homem em razão de sua humanidade: por mais diferente que eu seja materialmente em relação aos demais, estamos todos submetidos, como seres racionais, igualmente à mesma lei”<sup>78</sup>.

Isso já mostra — embutida na pretensa analiticidade — um elemento sintético. Afinal, qual a relação analítica entre o direito de humanidade e a presunção de inocência? Que a presunção de inocência seja um direito humano é correto, mas que ela seja condição do próprio direito, como Kant pretende, é uma outra questão. Ou seja, quando Kant tentou descrever o direito de humanidade — e pela sua própria metodologia só poderia fazê-lo analiticamente — embutiu sob o manto da analiticidade elementos não tão analíticos. Ademais, é questionável mesmo a dedução da igualdade a partir da liberdade, ou melhor, como se percebe, a analiticidade decorre da lei e não da liberdade e caberia discutir se a conexão entre lei e liberdade seria analítica. Há indícios de que não seja. Assim, para conectar a igualdade com a liberdade Kant tem que usar do conceito de lei como correlato ao de liberdade. Enfim, isso mostra a dificuldade de apresentar qualquer

<sup>76</sup> HECK, José N., op. cit.

<sup>77</sup> Sobre o conceito de analítico em Kant ver GUYER, Paul. *Kant's Deduction of the Principles of Right*. In TIMMONS, Mark [ed.]. *Kant's Metaphysics of Morals: interpretative essays*. Oxford: Oxford University Press, 2002, 23-64.

<sup>78</sup> HECK, José N., op. cit.

descrição plausível das condições da personalidade jurídica sem adentrar no campo da ética tal qual Habermas a compreende.

Por fim, com relação à tese da remoralização do direito, o interessante é que Habermas acusa Kant de platonismo no direito, exatamente por não ter dado a autonomia ao direito que ele próprio pretende dar, através da dilatação do escopo de razões que podem tornar uma norma jurídica legítima<sup>79</sup>. Ademais, não se pode perceber como a *honestas juridica* poderia operar para um ser que nem ao menos tem ainda a capacidade de sentir dor e para a qual se discute inclusive se é uma pessoa ou um ser humano<sup>80</sup>.

## Conclusão

1. Habermas e Dworkin concordam que a biotecnologia altera a fronteira entre o que é dado pela natureza e o que está à disposição do homem para ser alterado. O inquietante é essa imprecisão de fronteira.
2. Para Habermas, essa fronteira, sendo imprecisa, é matéria de ética da espécie que determina a identidade do homem com relação ao que é dado e ao que é disponível livremente. Portanto, compõe a identidade da espécie humana uma marca de indisponibilidade do que é dado.
3. Habermas e Dworkin concordam que a autocompreensão moral pressupõe um limite definido dessa fronteira. A moralidade se define pressupondo um limite estabelecido.
4. Habermas e Dworkin argumentam que a mudança dos limites da fronteira tem implicações sobre a normatividade. Habermas é dramático na definição das implicações destas mudanças, a ponto de chegar a visões apocalípticas a respeito da perda da liberdade e igualdade. Dworkin é otimista ao apelar a uma espécie de teoria do progresso moral similar à de Kuhn para as ciências naturais.
5. Não há argumentos morais disponíveis que bastem para interditar a eugenia, pois o discurso dos direitos humanos não consegue resolver a questão, visto que pressupõe a noção de pessoa, cuja aplicação à vida pré-natal é controversa. Razão pela qual a matéria diz respeito àquilo que Rawls chama concepção de bem.

---

<sup>79</sup> Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. cap. III. Ele afirma, ademais, que “enquanto for mantida a *diferença das linguagens*, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização do direito” [TrFG1 256] [FG 253].

<sup>80</sup> A esse respeito ver DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Vintage Books, 1994.

6. Isso implica, para Dworkin, numa visão liberal que exige a neutralidade do Estado no tratamento da questão, remetendo, conseqüentemente, a decisão para a liberdade privada dos cidadãos. O Estado pode, no máximo, regular a matéria, não proibir, visto se tratar, nos termos de sua classificação, de um valor independente ou separado.

7. Considerando que a eugenia determina uma mudança no nosso autoentendimento como membros da espécie humana, visto que altera um dado até agora considerado natural, qual seja, a natureza humana biológica, permitindo interferências nesse domínio, antes deixado ao acaso ou só alterado por meios educativos, Habermas defende, a partir dos fundamentos da racionalidade comunicativa, que tal âmbito de decisões deva encontrar um limite na salvaguarda da liberdade de escolha das pessoas, bem como em relações simétricas ou iguais.

8. A eugenia, por não contar como um bem entre outros bens, dada a sua importância para a liberdade e igualdade, base de nossa moralidade, mesmo sendo do domínio do que Rawls chama de concepções de bem, permite a ingerência do Estado. A justificação — dentre outras — desse antiliberalismo pode residir na proteção substantiva do próprio liberalismo, como sendo uma moral da liberdade e igualdade, da mesma forma como a limitação do exercício da liberdade de propriedade no mercado, ao impedir monopólios, significa uma proteção do próprio mercado através de uma regra contrária ao mercado.

## **Bibliografia**

ALEXY, Robert. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. [B. L. Paulson and S. L. Paulson: Begriff und Geltung des Rechts]. Oxford: Clarendon Press, 2002.

BECKENKAMP, Joãozinho. Direito como exterioridade na legislação prática em Kant. *Ethic@*. V. 2, n. 2, 2003. p. 151-171. [<http://www.cfh.ufsc.br/ethic@>].

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05.10.1988.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*.

BRASIL. *Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de processo civil*.

BRÜSEKE, Franz Josef. A modernidade técnica. In LEIS, Héctor Ricardo, SCHERER-WARREN, Ilse, COSTA, Sérgio [orgs.]. *Modernidade crítica e modernidade acrítica*. Florianópolis: Cidade Futura, 2001. [adendo].

DUTRA, Delamar José Volpato. Dominação da natureza e dominação do homem: verso e anverso do iluminismo. In LEIS, Héctor Ricardo, SCHERER-WARREN, Ilse, COSTA, Sérgio [orgs.]. *Modernidade crítica e modernidade acrítica*. Florianópolis: Cidade Futura, 2001. p. 177-198.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Vintage Books, 1994.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

ELY, John Hart. The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade. *Yale Law Journal*. V. 82, 1973. p. 920-949.

GUYER, Paul. Kant's Deduction of the Principles of Right. In TIMMONS, Mark [ed.]. *Kant's Metaphysics of Morals: interpretative essays*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 23-64.

HABERMAS, Jürgen. *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2001.

HECK, José N. *Direito subjetivo e dever jurídico interno em Kant*. Texto inédito.

HOLMES, Oliver Wendel. The Path of the Law. *Harvard Law Review*. V. X, n. 8, 1897. p. 457-478.

MacINTYRE, Alasdair. *Whose justice? Which rationality?* London: Duckworth, 1988.

MUNZER, Stephen Rawls. Kant and Property Rights in Body Parts. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. V. VI, n. 2, 1993. p. 319-41.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

ROSENFELD, Denis. *Filosofia política e natureza humana*. Porto Alegre: L & PM, 1990.

Endereço do Autor:

Rua João de Deus Machado, 74 / 503  
88036-510 Florianópolis — SC

