

RESPONSABILIDADE CIVIL, PÓS-HUMANISMO, TRANSMANISMO E BIOHACKING: BREVE REFLEXÃO JURÍDICA

CIVIL LIABILITY, POST-HUMANISM, TRANSHUMANISM, AND BIOHACKING: A BRIEF LEGAL ANALYSIS

Mafalda Miranda Barbosa *

RESUMO: No artigo se discute o tema do *biohacking* e suas implicações jurídicas em matéria de responsabilidade civil e de seus entrelaçamentos com o pós-humanismo e o transumanismo. O *biohacking* é uma prática que abrange uma ampla gama de atividades, desde a modificação de hábitos de vida até a manipulação genética. Alguns exemplos incluem o uso de suplementos alimentares, jejum intermitente, controle preciso da alimentação, utilização de dispositivos de monitoramento corporal, restrição alimentar, consumo de medicamentos anti-envelhecimento e *smart drugs*, entre outros. Essas práticas têm em comum a intenção de melhorar a eficiência física e mental ou até mesmo prolongar a vida, indo além da prevenção e cura de doenças. O *biohacking* se cruza com o transhumanismo, que é a busca da superação da humanidade por meio da evolução tecnológica com vistas a um futuro distópico em que a tecnologia terá impactos profundos no ser humano. O artigo reflete sobre a aceitabilidade dessas práticas e os dilemas éticos e jurídicos que surgem com o avanço do *biohacking*.

Palavras-chave: responsabilidade civil; pós-humanismo; transumanismo; *biohacking*.

ABSTRACT: In the article the theme of *biohacking* and its legal implications in terms of civil liability and its connections with posthumanism and transhumanism is discussed. *Biohacking* is a practice that encompasses a wide range of activities, from modifying lifestyle habits to genetic manipulation. Some examples include the use of dietary supplements, intermittent fasting, precise dietary control, the use of body monitoring devices, dietary restrictions, consumption of anti-aging medications and smart drugs, among others. These practices share the common intention of improving physical and mental efficiency or even prolonging life, going beyond the prevention and cure of diseases. *Biohacking* intersects with transhumanism, which is the pursuit of transcending humanity through technological evolution, envisioning a dystopian future where technology will have profound impacts on human beings. The article reflects on the acceptability of these practices and the ethical and legal dilemmas that arise with the advancement of *biohacking*.

Keywords: civil liability; posthumanism; transhumanism; *biohacking*.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. *Biohacking*: noção, intencionalidade e potencialidades; 3. *Biohacking*: risco e responsabilidade; 4. O sentido da autonomia e a (i)licitude do *biohacking*; 5. O direito como alternativa humana: a resposta em face do *biohacking*.

1. INTRODUÇÃO

No famoso romance *O admirável mundo novo*, publicado no ano de 1932, do escritor britânico Aldous Huxley, uma das personagens John, O Selvagem, – que havia permanecido a salvo das curiosas tecnologias pro-felicidade e anti-liberdade instauradas pela autoridade –

* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do IBERC. E-mail: mcnmb@fd.uc.pt / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0578-4249>

reclama o direito a ser miserável, o que o seu interlocutor concretiza no direito a envelhecer, a tornar-se feio e impotente, a ter sífilis e cancro, no direito a passar fome, e a ter piolhos¹.

Longe do ambiente distópico em que mergulhamos através da narrativa, a invocação do direito a manter-se não saudável suscita-nos uma dupla reflexão: de um prisma negativo, pergunta-se se pode o direito amparar opções vitais pouco promissoras para o homem, que o impedem de superar as suas limitações, como verdadeiros direitos, ou seja, se o direito a permanecer doente ou mesmo a morrer cabem dentro da autonomia humana, entendida no sentido pessoal (e não individual)²; de um prisma positivo, indaga-se até que ponto pode o ser humano procurar superar-se a si mesmo, ultrapassando os limites da sua humanidade, ainda que com isso tenha de comprometer a verdade, a beleza do ser humano e a sua própria liberdade.

Se a primeira questão se afigura fundamental, num tempo de invocação de direitos que, em rigor, não o são (pense-se no tão propalado direito a morrer), a segunda torna-se incontornável a partir do momento em que voluntariamente (ou não) se abrem as portas a técnicas de alteração da biologia e da mente do ser humano, de forma a atingir um homem perfeito, pós-humano ou transumano.

Nas páginas que se seguem, não procuraremos abordar – por tal missão ser irrealizável no espaço de que dispomos – a questão em termos acabados; mas, tão-só, refletir sobre uma prática que, transversalmente, tem vindo a ganhar adeptos. Falamos do *biohacking*, enquanto tentativa de manipulação biológica do homem, por forma a tornar o corpo mais produtivo e a mente mais aguçada. Assim, depois de explicitarmos os contornos, nem sempre precisos e nem sempre estanques, do *biohacking*, procuraremos refletir sobre os problemas jurídicos que lhe andam associados, para, *in fine*, ousarmos responder à derradeira inquietação: em que medida pode ser aceitável, em geral, tal prática?

2. BIOHACKING: NOÇÃO, INTENCIONALIDADE E POTENCIALIDADES

Como referido anteriormente, o *biohacking* não se reconduz a um conceito monolítico. Ao invés, a designação pode abranger uma gama de atividades muito vasta, que vai desde a alteração de hábitos de vida (com imposição de regimes alimentares e de sono muito particulares e monitorização constante de funções vitais) até formas de manipulação que parecem, efetivamente, retiradas das páginas da literatura distópica.

Entre as práticas mais usuais – de que se tem conhecimento pelo testemunho dos próprios *biohacker*, alguns dos quais famosos – contam-se: utilização de suplementos alimentares para estimular o sistema imunitário e/ou melhorar as funções cognitivas; prática de

¹ A. HUXLEY, *Un mundo feliz*, Plaza y Janés, Barcelona, 1969, 189.

² Sobre o ponto, com a formulação desta mesma questão, cf. Mafalda Miranda BARBOSA/Tomás Prieto ÁLVAREZ, *O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sentido e limites*, Gestlegal, 2020, 5 s. Para uma resposta (negativa) conexcionada com o sentido da autonomia humana, v. Mafalda Miranda BARBOSA, “Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida”, *O Direito*, ano 148º, tomo II, 2016, 233-283

jejum intermitente; controlo milimétrico da alimentação; utilização de relógios inteligentes e de sensores de monitorização da sono, da temperatura corporal, do fluxo de sangue nas artérias; restrição alimentar, com permissão para consumo de alimentos apenas uma vez por dia durante a semana e sem permissão para consumo durante os fins-de-semana; consumo de medicamentos anti-envelhecimento e *smart drugs* (havendo quem chegue a consumir cerca de sessenta comprimidos diários); prática de banhos frios ou mesmo utilização de crioterapia, que consiste em tornar a pessoa fria; treino para se autorregular as ondas cerebrais (*neurofeedback*); frequência de saunas de infravermelhos, que ajudam a afastar o stress das transmissões eletromagnéticas a que as pessoas estão sujeitas (*near-infrared saunas*); indução de um estado meditativo, através da privação sensorial (*virtual float tanks*); implantação de sensores subcutâneos (chips), que medem constantemente a temperatura corporal ou os níveis de glicose; colocação de implantes com íman, para se conseguirem abrir portas sem utilização de chaves; sujeição a transfusões de sangue, transferindo-se sangue de pessoas jovens para o próprio corpo, de modo a lutar contra o envelhecimento (*young blood transfusion*); transplantes fecais (transferência de fezes de um dador saudável para o trato gastrointestinal de um dador não saudável); injeções de ADN, usando a tecnologia de edição de genes CRISPR (modificação genética).

As situações que se podem reconduzir ao *biohacking* são, como se percebe, muito variadas. Se algumas podem ainda ser compreendidas como formas de vivência saudável, outras implicam, verdadeiramente, hipóteses de manipulação genética e de mutação biológica. O denominador comum de todas elas é a intencionalidade que subjaz à sua utilização.

A atuação sobre o corpo humano não é, agora, determinada por um estado de doença. Ao invés, superando-se a dicotomia saúde-doença, interfere-se com a biologia humana não para prevenir, minorar ou curar uma patologia, mas para se obter uma maior eficiência corporal e mental ou mesmo para se perpetuar a vida.

Nesta medida, o *biohacking* cruza-se com o transumanismo, enquanto expressão da possibilidade que a espécie humana tem de, querendo, transcender-se a si próprio como humanidade³. Trata-se esta de uma ideia antiga, de uma aspiração secular do homem que, contudo, hodiernamente, tem vindo a ser procurada por via da evolução tecnológica⁴, tal como o *fenómeno do biohacking* conhece novos desenvolvimentos fruto da sua ligação à inteligência artificial.

Os grandes nomes ligados à inteligência artificial têm prognosticado uma linha de evolução que culminará com o que vem já conhecido por pós-humanismo. A este propósito, Ray Kurzweil fala de *singularity*, um período futuro durante o qual a tecnologia evoluirá de forma tão

³ Cf. Nick BOSTROM, "A history of transhumanist thought", *Journal of Evolution and Technology*, vol. 14, issue 1, 2005 (<https://nickbostrom.com/papers/history.pdf>), 10 s.

⁴ Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, "Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspetivas", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, nº6, 2017, 1475 s. (= "Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspetivas", *Estudos de Direito do Consumidor*, 16 (número especial Direito e Robótica), 2020, 57 s.)

rápida e com um impacto tão profundo que o ser humano ficará irremediavelmente transformado⁵.

No momento em que se atingir um nível de inteligência artificial forte – como o autor o designa –, existirá uma nova forma de o homem se alimentar, o sistema digestivo será redesenhado, o sangue será reprogramado, dispensar-se-á o coração, pela utilização de nano partículas que o tornam despiciendo na sua função de bombear o sangue, poderá ser redesenhado o cérebro humano, designadamente através da introdução de implantes para substituir retinas danificadas, para resolver problemas cerebrais, ou de sensores que garantam a mobilidade de pessoas paralisadas, *chips* que viabilizem a leitura de pensamentos entre humanos⁶.

Atingir-se-á o homem versão 3.0, com a possibilidade de mudarmos o nosso próprio corpo, pela introdução de *MNT-based fabrications*, que viabilizarão a alteração rápida da manifestação física pela vontade. No fundo, o homem mergulhará numa realidade virtual, não ficando restringido por uma única personalidade, mas antes podendo projetar a sua mente em ambientes 3D e podendo escolher diversos corpos ao mesmo tempo. A expansão da mente torna-se, também, viável. O atual ser humano poderá deixar de ser um ser biológico, ao mesmo tempo que os sistemas não biológicos passarão a estar aptos para sentir emoções⁷.

A evolução culminaria com a possibilidade de se transferir a mente humana para um computador. Para tanto, seria necessário fazer um *scan* detalhado de um particular cérebro humano, reconstruindo a partir daí o *network neuronal* que o cérebro implementou e combinando isso com os modelos computacionais de diferentes tipos de neurónios, o que seria potenciado pela computação quântica. A mente humana, com a memória e a personalidade intactas, poderia ser transferida para um computador, no qual passaria a existir como um *software*, podendo habitar o corpo de um robot, ou no qual existiria como um *avatar*⁸.

⁵ Ray KURZWEIL, *Singularity is near*, Viking, 2005. O autor fala de 6 períodos ou épocas de evolução: física e química; biologia e DNA; evolução cerebral; evolução tecnológica; combinação entre a tecnologia humana com a inteligência artificial. Num último período, segundo Kurzweil, “the universe wakes up”.

Sobre a singularidade tecnológica, cf. Vernon VINCE, “The coming technological singularity”, *Vision-21: interdisciplinary science and engineering in the era of cyberspace*, www.rohan.sdsu.edu/faculty/vinge/misc/singularity.html (considerando que o estatuto do homem se modificará); Nick BOSTROM, *Superintelligence: paths, damages, strategies*, Oxford University Press, 2014, afirmando que existirá uma nova forma de humanidade; Hans MORAVEC, *Homens e robots: o futuro da inteligência humana e robótica*, Gradiva, 1988

Numa perspetiva crítica, Jean-Gabriel GANASCIA, *O mito da singularidade. Devemos temer a inteligência artificial?*, Círculo de Leitores, 2018, 21

⁶ Ray KURZWEIL, *Singularity is near*.

⁷ A este propósito, embora com uma intencionalidade discursiva diversa, cf. Devin PROCTOR, *On Being non-human: otherkin identification and virtual spaces*, Proquest LLC, 2019, analisando a identidade digitalmente mediada e a sua construção através da lente dos chamados otherkin (grupos de pessoas que se identificam com outra coisa que não o ser humano. Embora se reconheçam na sua humanidade biológica, experimentam memórias, necessidades e sensações não humanas, fazendo-se acompanhar por uma identificação abeta, que é notória pela quantidade de pessoas que se identificam como trans, não binárias, fluídas ou neurodiversas. O autor procura, mais concretamente, analisar as virtualidades do espaço digital e da web como forma de traçar a automediação entre o corpóreo e o digital, alcançando-se um alinhamento entre ambos, e isso leva-o a questionar qual, afinal, o sentido do ser humano, numa época de digitalização.

⁸ Cf. Nick BOSTROM, “A history of transhumanist thought”, 12, que aqui temos vindo a acompanhar muito de perto.

Se a realidade, atualmente, nos encaminha para a existência de máquinas que desempenham funções levadas a cabo, até então, por pessoas, a complexificação dos computadores (com o surgimento de computadores moleculares 3D, nanotubos, computadores com DNA, computadores com moléculas), aptos a sentir emoções, combinada com os avanços da engenharia do cérebro viabilizarão em breve o surgimento de supercomputadores através dos quais a pessoa poderá manter-se viva para além da própria vida. O mundo tal como o conhecemos desapareceria, para que o homem vivesse como um e convivesse com avatares⁹.

Não se estranha, por isso, que a prática do *biohacking* surja tão intimamente ligada aos arautos da inteligência artificial. Na base da adesão à prática por parte destes sujeitos está a tentativa de sobrevivência até ao momento em que a imortalidade, compreendida nestes termos, se possa alcançar.

Para outros cultores do *biohacking* o propósito afigura-se mais modesto, traduzindo-se num mero desejo de se sentir melhor, de superar handicaps, de se tornar mais belo, mais inteligente, mais forte.

A consciência da multiplicidade de finalidades associadas ao *biohacking* impede-nos de tratar, do ponto de vista ético-jurídico, o fenómeno em termos unitários. De facto, se em determinados casos parecem tornar-se mais evidentes os problemas éticos envolvidos, em situações de fronteira, a questão que se coloca é a de saber o que é que diferencia verdadeiramente estes casos da medicina convencional. Muitas são as vozes que ecoam no sentido de perguntar: qual a diferença entre usar uma prótese biónica ou colocar um chip que permite a manipulação de objetos, sem contacto, auxiliando com isso pessoas amputadas?; qual a diferença entre consumir determinados compostos químicos aptos a melhorar as potencialidades do corpo e da mente ou ingerir medicamentos que servem para garantir o bem-estar dos pacientes?

Mais complexamente, é admissível a criação de quimeras sob a forma embrionária de híbridos meio porcos, meio humanos, através da manipulação genética CRISPR-Cas 9, com o objetivo de criar órgãos para transplantes¹⁰? O que separa a esta prática da transplantação de órgãos de animais para humanos, procurando salvar uma vida?

⁹ Estão aqui em causa duas perspetivas diversas, que convergem no otimismo em relação ao futuro da inteligência artificial. Uma primeira perspetiva coloca o acento tónico na ideia de que surgiria um novo homem, resultado da miscigenação entre homem e máquina, ou pela introdução de componentes humanas na máquina ou pela implantação de componentes tecnológicas nos corpos humanos; uma segunda perspetiva que afirma a existência futura de dispositivos super inteligentes que, adquirindo consciência, passariam a agir por si mesmos e para si mesmos e, subsequentemente, disseminar-se-iam, dotando-se de meios mais poderosos que levariam à destruição do homem, sucedendo-lhe na grande cadeia de evolução. Apresentando-nos estas duas perspetivas, cf. Jean-Gabriel GANASCIA, *O mito da singularidade*, 26 s., que, nesta nota, acompanhamos de muito perto.

¹⁰ Yvonne CRIPPS, "The global person: pig-human embryos, personhood, and precision medicine", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 25, 2, 2018, 701 s. A técnica dos xenotransplantes tem vindo a ser problematizada há longo tempo. A *European Medicines Agency* define a *xenogeneic cell therapy medical* como "the use of viable animal somatic cell preparations suitably adapted for: (a) the transplantation/implantation/ infusion into a human recipient or (b) extracorporeal treatment through bringing (non-human) animal cells into contact with human body fluids, tissues or organs" – *Specific Guidelines on Xenopharma*, 2008. Mais concretamente, estamos diante de novo método terapêutico que combina a utilização de animais com a implementação de materiais genéticos deles retirados em seres humanos. Os primeiros

Acresce que a prática do *biohacking* pode configurar-se como uma auto-prática ou como uma hétéro-prática. Isto é, enquanto alguns indivíduos experimentam estes métodos nos seus próprios corpos, outros ou influenciam terceiros a experimentarem ou fornecem-lhes, contra remuneração, *kits* para as experiências alheias. E se, em qualquer das hipóteses, estamos diante do que, na gíria científica, se cunhou por DIY (*do it yourself*) *biology*, ou seja, se, em qualquer dos casos, se atua com base em poucas ou nenhuma evidências científicas, fazendo-se experiências que também têm como objetivo contornar os morosos processos de aprovação de medicamentos, alguns dos quais se estendem por mais de dez anos, e democratizar o acesso à ciência, a intervenção de um terceiro como indutor ou autor do comportamento não pode deixar de ter repercussões jurídicas evidentes.

3. BIOHACKING: RISCO E RESPONSABILIDADE

Os riscos associados ao *biohacking* são múltiplos e de variada ordem. Desde logo, se as experiências genéticas são levadas a cabo fora de laboratórios institucionais, com pouco ou nenhum treino científico¹¹, colocam-se evidentes problemas de segurança. A potencialidade de se virem a gerar, pela manipulação laboratorial de genes, pandemias – como aquela que o mundo atualmente enfrenta – não é negligenciável. Do mesmo modo, os sujeitos que se submetem a experiências deste jaez correm o risco de sofrer lesões. Ora, a partir do momento em que ocorre uma lesão cuja génese pode ser reconduzida à esfera de um sujeito diverso do lesado, coloca-se necessariamente um problema atinente à responsabilidade civil.

Esta não pode, de facto, deixar de ser equacionada no contexto do *biohacking*. Não sendo nosso propósito analisar pormenorizadamente os requisitos de procedência de uma pretensão indemnizatória neste horizonte discursivo, parece-nos, não obstante, importante sublinhar alguns aspetos.

Em primeiro lugar, a eventual emergência de uma pretensão indemnizatória não surge exclusivamente nas hipóteses de lesão imediata de um sujeito; ao invés, avulta, igualmente, no

ensaios clínicos com xenotransplantes datam dos anos 60 do século XX. Contudo, e contra o que sucede com o xenotransplante de células, não se pode considerar terem tido êxito os esforços da comunidade científica na matéria. Até ao momento, a implantação de produtos genéticos de origem animal no homem encontra-se numa fase embrionária. Regista-se com sucesso a utilização de válvulas suínas em transplantes humanos. Todos os casos de xenotransplantes que envolveram órgãos completos foram, porém, temporários: transplantação do coração de um babuíno para um recém-nascido e de fígado de um animal da mesma espécie para um humano adulto, que sobreviveu 70 dias. Para outros desenvolvimentos, cf. Helena MONIZ/Mafalda Miranda BARBOSA, *Xenotransplantes. Poderão vir a ser criados laboratorialmente animais geneticamente modificados com vista à sua utilização em xenotransplantes? Relatório jurídico (tendo por base a legislação europeia de proteção dos animais)*, elaborado no âmbito do programa *Xenome – Engineering Of Laboratory Animals And Xenotransplantation*, da Universidade do País Basco, em 2008, cuja coordenação portuguesa esteve a cargo da Senhora Professora Doutora Helena Moniz. São vários os riscos associados aos xenotransplantes. Designadamente e para o que nos interessa: a) riscos médico-sanitários (risco de rejeição; risco de elementos patogénicos; risco de infeção; risco de aparecimento de tumores; risco de transmissão viral eficaz); b) riscos éticos (risco de ultrapassagem dos limites eticamente defensáveis, abrindo-se as portas à eugénia).

¹¹ Cf. Patricia ZETTER/Christi GUERRINI/Jabobs SHERKOW, “Regulating genetic biohacking”, *Science*, 365 (6448), 2019, 34 s.

quadro de eclosão de uma pandemia, cuja gênese se possa reconduzir a uma experiência laboratorial mal-sucedida. Os problemas imputacionais, a esse nível, complexificam-se, embora não se afastem da necessidade de desvelação dos pressupostos delituais¹².

Em segundo lugar, ocorrendo uma lesão na sequência de uma prática de *biohacking*, somos, *ab initio*, confrontados com questões atinentes à ilicitude. Se é certo que esta se traduz na lesão da integridade física, temos de questionar o papel que o consentimento pode desempenhar a esse ensejo. Este só é válido, entre outros requisitos, se não violar os bons costumes e a ordem pública, o que se vem a concretizar na ideia de não violação da dignidade pessoal que alicerça a autonomia em que se consubstancia o ato autorizativo, do mesmo modo que exige – em domínios de complexidade técnica como este em que mergulhámos – um prévio esclarecimento acerca do risco que a intervenção envolve.

Em hipóteses deste tipo, não raras são as vezes em que o dever de informação que deve preceder ou acompanhar o consentimento não é cumprido ou não é suficientemente cumprido. Por outro lado, algumas das práticas que se integram no *biohacking* violam claramente o sentido da dignidade da pessoa, tornando nulo o consentimento¹³, pelo que, mesmo que não escondessem muitas vezes uma inexistente ponderação entre risco e benefício, pelo desconhecimento das consequências a curto, médio e longo prazo das práticas adotadas, não poderiam deixar de ser consideradas ilícitas.

Acresce que, porque a pessoa pode, sem o devido esclarecimento, sempre que *biohacking* surja associado a uma tentativa (quantas vezes desesperada) de superação de um estado de doença (quicá grave), abandonar tratamentos convencionais, vendo o seu quadro clínico agravar-se (v.g., o recurso a tratamentos experimentais, não suficientemente testados e não suficientemente comprovados na sua eficácia, com o concomitante abandono dos necessários tratamentos em matéria oncológica), aventar-se a eventual desvelação da ilicitude também por esta via.

A pretensão indemnizatória pode emergir, também, por força da violação do direito à proteção de dados. Estamos a pensar, designadamente, das situações em que o sujeito utiliza equipamentos inteligentes (v.g. relógios, *chips* com conexão a *clouds*, etc) para monitorizar sinais vitais e temperatura, tornando acessíveis dados pessoais a terceiros, que os podem tratar com violação das regras específicas do tratamento de dados e com isso causar danos, tornando mobilizáveis as regras do regulamento geral de proteção de dados, necessariamente articuladas com o regime ressarcitórios delitual geral.

Em terceiro lugar, são evidentes os problemas imputacionais que se colocam a este ensejo. Basta, para tanto, pensar que o sujeito lesado pode ter sido diretamente o autor da própria lesão, embora tenha sido a isso induzido por um terceiro, que ou fomenta informação

¹² Para algumas considerações acerca dos problemas da responsabilidade civil no contexto de uma pandemia, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Direito (civil) em tempos de pandemia*, Gestlegal, 2021; ID., “Covid-19 e responsabilidade civil: vista panorâmica”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, II, 2020, 250 s.; ID., “Covid-19 e responsabilidade civil: e quando os danos são gerados pelas medidas de contenção?”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, II, 2020, 543 s.

¹³ Este ponto será, *infra*, desenvolvido.

(quantas vezes enganadora) sobre as práticas, promovendo-as, ou lhe fornece os compostos necessários para realizar a intervenção no seu próprio corpo. Nestas hipóteses transparece com maior rigor a falência dos critérios tradicionais em matéria de causalidade, já constatada em geral, razão pela qual se terá de superar uma perspectiva assente na relação causa-efeito e alicerçada na descoberta da *conditio sine qua non* e da *causalidade adequada*, substituindo-a por uma perspectiva que faça apelo à edificação de uma esfera de risco (resultado da transformação de uma esfera de responsabilidade pelo outro – *role responsibility* – numa esfera de responsabilidade perante o outro – *liability* – pela preterição de deveres no tráfego) e ao seu posterior confronto com outras esferas de risco (esfera de risco geral da vida, esfera de risco do lesado e esfera de risco de terceiros)¹⁴. A este nível – podendo-nos confrontar com o que na literatura vem conhecido por causalidade psicológica – torna-se particularmente importante a convocação do critério da provocação.

4. O SENTIDO DA AUTONOMIA E A (I)LICITUDE DO *BIOHACKING*

Mesmo nos casos em que não há intervenção (indutora ou autora) de um terceiro, não se colocando, por isso, o problema de uma eventual responsabilização, não é líquido afastar a ilicitude do comportamento que atenta contra a própria integridade física, não sendo possível reconhecer-se um direito ao *biohacking*. De facto, embora esteja em causa um ato pretensamente autónomo do sujeito, que apenas o afeta a si mesmo, há que recordar que a autonomia privada tem limites.

Esta é, contudo, uma posição que requer esclarecimentos, já que, conforme salienta Le Pourhiet, as sociedades pós-modernas favorecem a pretensão de «transformar *a priori* em “direito” qualquer reivindicação, aspiração, desejo ou pulsão das pessoas»¹⁵. Na mesma senda, Puppink¹⁶ sublinha que a redução da pessoa à vontade conduz à reivindicação e afirmação de novos direitos – ao aborto, à eutanásia, à homossexualidade, ao eugenismo –, o que se alia à defesa do respeito pela vida privada, entendida no sentido da *privacy* e, portanto, da privacidade decisional e não apenas informacional, na melhor tradição anglo-saxónica. Com isto, a vida privada perde os seus limites e a família dilui-se, sendo reduzida à sua essência sentimental. A sociedade torna-se liquefeita e apenas o indivíduo avulta como fator consistente. Por seu turno, a autonomia afirma-se como mera ausência de constrição heterónoma, tornando-se «indistinguível da vontade que a move», e surge unicamente associada aos desejos. Estes passam a ser fonte de direitos subjetivos: o desejo passa a ser «um nomos» e a autonomia

¹⁴ Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípa, 2013, cap. 8; Id., “Causalidade, imputação e responsabilidade por informações”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano II, 2020, 971-1006

¹⁵ A. M. POURHET, «Droit à la différence et revendication égalitaire: les paradoxes du postmodernisme», *Le droit à la différence*, PUAM, Paris, 2002, 251.

¹⁶ Grégor PUPPINK, *Os direitos do homem desnaturado*, Cascais: Princípa, 2019, 71 s., cujo trabalho aqui acompanhamos de muito perto.

transforma-se «na capacidade para ser [o próprio homem] a determinar a lei à qual se submete», o que se compagina com o alargamento da *privacy* – a esfera pessoal de cada indivíduo é expressão da sua autonomia. A consequência é certa: «a moralidade dos atos que a [vida privada] recobre com o seu público véu vai deixando de poder ser avaliada de forma objetiva». Despenalizam-se diversos atos outrora proibidos, adere-se ao relativismo, e os direitos humanos passam a variar de acordo com a opinião pública, numa posição que é sufragada ao nível do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Os novos direitos não servem para proteger as pessoas do Estado, mas para «libertar as pessoas, a fim de lhes expandir os poderes»: direito a dispor do corpo; direito a morrer voluntariamente; direito a abortar; direito a eutanasiar terceiros; direito à liberdade sexual; direito a ter filhos; direito à procriação medicamente assistida; direito à maternidade de substituição; direito à homoparentalidade. Trata-se, portanto, de direitos que, na expressão de Puppínck, «proporcionam ao indivíduo a liberdade de negar a natureza, a vida, o corpo, a família, a religião, a moral e as tradições», direitos «niilistas», «narcísicos» e «violentos»¹⁷.

Radicados num entendimento da autonomia/liberdade compreendida em moldes meramente negativos e/ou formais, estes direitos, longe de elevar o homem ao seu estatuto de ser digno, aprisionam-no no domínio das vontades arbitrárias, ao ponto de o coisificarem, nuns casos, ou de o degradarem noutros. Impõe-se, por isso, para que o homem não se transforme num escravo de si mesmo, compreender adequadamente a autonomia que alicerça o ordenamento jurídico (civilístico).

A autonomia humana não pode, de facto, ser compreendida nos termos negativos e meramente formais com que era captada outrora. Tivemos já oportunidade de o salientar em mais do que um estudo¹⁸ e reprintamos agora algumas das conclusões a que chegámos.

Herdeiros que somos do pensamento moderno, a liberdade surge muitas vezes pensada num sentido empobrecedor, como uma mera ausência de constrição heterónoma¹⁹. O homem, tido por autossuficiente, é compreendido, nesse quadro, como um ente que se situa antes de qualquer contacto social, um indivíduo, em confronto com os demais – tidos como obstáculos à realização das suas aspirações – e com o Estado. A grande preocupação que avulta é, portanto, a da limitação do poder daquele – forjado com base no mecanismo do contrato, através do qual o indivíduo lhe transfere parte dos seus direitos, de modo a garantir a ordem e sair do estado de natureza – e qualquer imposição ou proibição surge como anómala,

¹⁷ Grégor PUPPINCK, *Os direitos do homem desnaturado*, 87 s.

¹⁸ Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. 5; ID., “Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida”, 233 s.; ID., “Autonomia privada e responsabilidade civil: repercussões da materialização da autonomia em sede de responsabilidade civil”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, nº3, 2017 (= “Autonomia privada e responsabilidade civil: repercussões da materialização da autonomia em sede de responsabilidade civil”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, 423-461); ID., *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípiã, 2017, 27 s.; Mafalda Miranda BARBOSA/Tomás Prieto ÁLVAREZ, *O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sentido e limites*, 73 s.

¹⁹ Diogo Leite CAMPOS, *As relações de associação, – o direito sem direitos*, Coimbra: Almedina, 2011, 104 s.

como uma limitação da vontade do indivíduo²⁰. A liberdade seria, então, a mera liberdade negativa, como ausência de constrição.

A ela associar-se-ia uma ideia de liberdade positiva, entendida como autonomia ou poder de autodeterminação. Sem que, contudo, essa liberdade positiva seja, também ela, sempre adequadamente compreendida. Em Kant, a liberdade é posta na dependência do cumprimento do imperativo categórico. O homem é livre não quando, à deriva, vai agindo instintivamente, mas quando, guiado pela razão prática, faz da sua vontade a instância que dita as regras de conduta²¹. Acontece que a vontade a que se alude está sujeita, para que essa liberdade seja alcançada, à moralidade, ou dito de outro modo, deve agir segundo a sua máxima de tal modo que ela possa ser convertida em lei universal²². Nem só em Kant, porém, se alicerça a dimensão positiva da liberdade²³. Se, na divisão entre o fenoménico e o numénico, ela fica reservada para o segundo e se realiza na prossecução de máximas que se transformem em leis universais, com a dialética hegeliana, a liberdade – positivamente entendida – encontra a sua expressão nas instituições culturais – família, sociedade civil, Estado – em que se efetiva. Conforme salienta Schapp, na explicitação da categoria ética no pensamento do autor, “à pessoa oferece-se, nas instituições, uma multiplicidade de possibilidades de escolha, de tal maneira que a orientação valorativa das ações nas instituições é acompanhada pela liberdade de eleição”²⁴.

A estrutura dialética do pensamento hegeliano parece afastar-nos da negatividade do agir livre, para nos encaminhar para a afirmação da liberdade como indissociável de uma

²⁰ Para o pensamento moderno, arauto do liberalismo, a liberdade – estribada no indivíduo – era vista de um prisma meramente negativo (cf., a este propósito, Lucien JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris: Fayard, 1997 e *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris: Fayard, 2000). Mas a visão libertária da liberdade não se confina ao passado, apresentando, atualmente, um peso específico grande. Pense-se em Rawls, Nozick e Hayek. Veja-se, ainda, Stuart MILL, *Sobre a liberdade*, Edições 70, Lisboa, 2006, 106.

²¹ Criticando a tradição alemã de polarização da liberdade na vontade do homem, cf. António Braz TEIXEIRA, *Sentido e valor do direito. Introdução à filosofia jurídica*, 3ª edição, revista e aumentada, Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2006, 132 s.

²² Cf. E. KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Textos Filosóficos, Edições 70, 1992, tradução de Paulo Quintela. Interpretando o pensamento kantiano no sentido de dele extrair o suporte da afirmação de uma liberdade positiva, isto é, positivamente fundada na razão prática, “ou seja, como condição da moralidade da intenção prática”, cf. A. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, (tradução de António Ulisses Cortês), 2ª edição, 2007, 361. Refira-se, aliás, que, na exposição da sua conceção de liberdade, o autor afirma expressamente não ser a liberdade aquilo que os modernos pensaram.

²³ Para uma análise da influência da conceção de liberdade kantiana na modelação do Estado moderno e na juridificação do direito à liberdade, cf. WRIGHT, “Right, Justice and Tort Law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon Press, 1996, 159 a 182, 164-165. Cf., a este ensejo, também, G.C. MACCALLUM, “Negative and Positive Freedom”, *Philosophical Review*, 76, 1967, 314 s.

²⁴ Cf. Jan SCHAPP, *Derecho Civil y Filosofía del Derecho: la libertad en el derecho*, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, nº8, Universidad Externado de Colombia (tradução de Luís Villar Borda), 40. Cf., também, do autor, “Die Grenzen der Freiheit”, *Juristenzeitung*, 12, 61. Jahrgang, 2006, 581 e s. A controvérsia entre Kant e Hegel acaba por resvalar na atual oposição entre liberalismo e comunitarismo, sendo importante, segundo a visão de Schapp, procurar compreender outros contributos, designadamente o modelo platónico de limitação da liberdade e a doutrina cristã. Aquele modelo platónico implica que seja dada atenção à limitação do desejo e da razão. Segundo Platão, o desejo e a paixão tendem para o excesso, dominados que são pela vontade de se ter sempre mais, competindo à razão a missão de prevenir e combater tais consequências, para o que chama a depor a virtude da prudência, que só se atinge com a sabedoria. Este modelo acaba por se dissolver noutros. Com o Cristianismo, a Pessoa é transformada pela Fé, passando o homem a ser livre em Deus e por meio de Deus.

conduta orientada valorativamente. E é esta nota de orientação valorativa da conduta que não podemos deixar de sublinhar, exatamente porque é ela que nos permitirá afastar decisivamente da conceção de liberdade tal como vinha pensada pelos modernos²⁵.

Na verdade, quer se colime na vontade, quer se imbrique no espírito, a liberdade positiva concretiza-se, não pelo afastamento dos demais relativamente à nossa esfera de domínio, mas pela possibilidade de autodeterminação, isto é, de, optando entre diversas alternativas de ação, elevarmo-nos ao estatuto de definidores do rumo que seguimos. Dito de um modo mais direto, damos a nós mesmos as nossas regras, que, em última instância, mobilizamos diante do dilema ou mais amplamente da necessidade de escolha. Esta liberdade positiva ainda não será suficiente para afirmar a eticidade que funda a normatividade.

Simplesmente, não há de ser qualquer critério optativo que pode ascender ao estatuto de móbil orientador de condutas a ser cancelado pelo direito. Ao admitir-se tal impositação do mundo, facilmente resvalaríamos na afirmação do direito como uma pura forma, desnudada que qualquer intenção material subjacente, e bem assim na afirmação do seu modo-de-ser totalmente dependente da prescrição legislativa. Ou seja, a afirmação de uma liberdade positiva desarreigada de um sentido ético subjacente que a vivifique só poderia ser logicamente aceite se, *a priori*, aderíssemos a duas teses redutivistas. A primeira a sustentar um arquétipo jurídico meramente formal, dado que a tutela da liberdade como mera possibilidade de escolha pessoal – independentemente da materialidade que subjaza ao critério mobilizado pelo agente – só é configurável se e na medida em que o direito se contentasse com a mera ordenação de condutas que aparentemente cairiam sob a chancela da liberdade. Onde, uma segunda tese redutivista teria de necessariamente ser abençoada: aquela que reduzisse a juridicidade a um

²⁵ Advirta-se, porém, que no período moderno a liberdade não vinha pensada em termos de puro arbítrio. Como alerta Castanheira Neves (cf. “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº6, 1996, 9 a 43, 20), ela “assimilaria a razão e se especificaria em direitos naturais”, sendo, portanto, vista como “categoria nova que à autonomia identificava o livre arbítrio, a autodeterminação em último termo da *res cogitans*”. A entrada em cena do sujeito transcendental kantiano – com a consequente desvinculação dos condicionamentos do mundo físico – não depõe, portanto, por si só no sentido da matização eticamente conformada da liberdade a que o autor alude, tudo dependendo, como se perceberá, da interpretação que se derrame sobre o seu pensamento. Pessoa ou indivíduo serão, pois, os polos de dilucidação do modo como olhamos para o ser livre. E a verdade é que, tal como aduz Castanheira Neves (cf. “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, cit., p. 33), Kant não distingue o sujeito da pessoa e “o primeiro é uma entidade antropológica, o segundo é uma aquisição axiológica”.

A este propósito, veja-se, ainda, René DESCARTES, *Meditações sobre Filosofia Primeira*, Almedina, Coimbra, 1992, 172. Analisando o pensamento do filósofo a propósito do conceito de liberdade, cf. Isabel BANOND, “Notas acerca da liberdade e o livre-arbítrio no pensamento setecentista oitocentista”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol., XLIX, nº1 e 2, 2008, 13.

Advirta-se, ainda, que com a asserção inscrita em texto não pretendemos anunciar qualquer abertura ao acolhimento globalizante das doutrinas neohegelianas, de que o ordinalismo concreto é expressão, para o qual o direito é perspectivado como uma ordem concreta, expressão sintética e ontológica da normatividade e da realidade. Afirma, simultaneamente, quer a dimensão histórica do direito, quer a sua dimensão axiológica. Consegue-o pela superação hegeliana da dualidade entre ser e dever ser, a permitir a definitória problematização do jurídico como a ideia ética imanente a uma comunidade concreta. No fundo, a própria realidade levava insita uma determinada norma que vincularia o comportamento dos indivíduos.

Percebe-se, na enunciação exageradamente simplista que aqui trouxemos, que os termos dialéticos em que se louva a perspetiva outra coisa não podem ditar senão a sua imprestabilidade. Na verdade, a mesma realidade seria objeto e norma de valoração, transformando-se o direito numa metafísica. Para maiores desenvolvimentos, cf. Castanheira Neves, *Questão de Facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. A Crise, Almedina, Coimbra, 1967, 670 s.

acervo de normas postas pelo órgão legitimado politicamente para o fazer. Pois que só assim seria pensável *a posteriori* a eliminação da problematicidade do agir, como se tudo redundasse no binómio: a lei proíbe e há uma restrição à liberdade; a lei não o proíbe pelo que o comportamento é permitido, sendo tutelado pela nota do valor – embora desvalioso – que se assumia como cimeiro. É que, ao pressupormos que a juridicidade é mais ampla que a legalidade, somos instados a estender o nosso raciocínio de forma congruente e levados a pensar que, diante de uma dada situação que, colocando um problema de partilha do mundo, convoque a cobertura do direito, ela só pode ser solucionada com apelo a um mínimo de eticidade que, em primeira instância, nos vai permitir relevar o seu cunho jurídico²⁶. E mesmo que – o que só por facilidade argumentativa aceitamos – admitamos o raciocínio do tipo *o que não é proibido por lei é permitido*, como justificar a opção do legislador de salvaguardar uma dada posição em detrimento de uma antagónica, sem a pressuposição de um valor ético que, transcendendo a situação concreta, a permita ajuizar²⁷? E se tudo isto depõe no sentido da imprestabilidade da compreensão do direito como pura forma, na total dependência da *voluntas* do legislador, sempre tendencialmente arbitrária, implica também a impossibilidade de a liberdade – no direito – ser ancorada na pura vontade subjetiva do agente decisor²⁸, sob pena de se chancelar como valiosa uma conduta materialmente desvaliosa só porque vestida com a capa formal da liberdade e, com isso, se contrariar a intencionalidade do próprio jurídico.

Concita-se, então, uma dúvida: como pensar a liberdade, essa liberdade positiva – compreendida como autodeterminação – preenchendo o seu conteúdo com a nota do valor? O mesmo é – num outro plano – questionar qual o fundamento material da juridicidade se não se quiser ficar preso ao formalismo de que somos herdeiros diretos, e sem que com isso se resvale na impostação jusnaturalista do direito, pouco consentânea, no seu dedutivismo, com a especificidade das exigências que são colocadas ao direito, e arredada da historicidade e complexidade informadoras do mundo tal como o concebemos²⁹.

Encontrada a resposta para esta *vexata quaestio*, dir-se-á que fica respondida a primeira das cogitações, dado que o direito só pode cobrir com o seu manto aquilo que for reconhecido, ao extrapolar-se do sistema positivo, como juridicamente valioso³⁰.

²⁶ Cf. Mariá BROCHADO, *Direito e ética: a eticidade do fenómeno jurídico*, São Paulo: Landy, 2006. Cf., também, Germano Marques da SILVA, « Justiça, liberdade, direito e ética – diferença na unidade », *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XI, tomo I, 1997, 5 a 13.

²⁷ A dúvida não é exclusivamente nossa, tendo sido colocada anteriormente por diversos autores. Nesse sentido, cf. A. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, 27. Veja-se, numa linha procedimentalista diversa, Chaïm PERELMAN, *Ética e Direito*, tradução de João Duarte, Instituto Piaget, 1990, 65.

²⁸ Ligando o modo como concebemos a liberdade a uma dada conceção de juridicidade, cf. A. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, 17

²⁹ Cf., para além de outras referências ao pensamento do autor, A. Castanheira NEVES, “O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outro*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 287 a 310 ; ID., *O problema actual do direito. Um curso de Filosofia do Direito*, Coimbra-Lisboa, 1994

³⁰ Ligando a ideia de direito, à qual é inerente um sentido ou um conteúdo axiológico, à ideia de liberdade, cf. António Braz TEIXEIRA, *Sentido e valor*, 150. Veja-se, também, Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto*

Deixamos, portanto, de postular uma pura forma para eivarmos a normatividade com a nota da eticidade sem a qual o direito não pode ser reconhecido como ordem justa, de direito e do direito. A ação livre não pode, pois, continuar a ser vista na solidão atomizante do homem-vazio que atende à sua vontade no sentido instintivo do seu ser. O posso, quero e mando em que ela se vem a traduzir desvirtua a dimensão em que se polariza e converte um valor num não-valor. A escolha livre deve, então, ser vista como a decisão que, na autodeterminação pessoal, não olvida a essência predicativa do ser pessoa³¹. Ou dito de outro modo, a liberdade só o é verdadeiramente, enquanto dimensão ontológica da pessoa, se ela não se descaracterizar, isto é, se for e enquanto for a manifestação da pessoalidade de quem a reivindica³².

Pelo que é, afinal, na caracterização do modo como o homem se concebe a si, no momento histórico-cultural que nos situa e condiciona, que vamos encontrar a matriz enformadora daquela, a partir da qual devemos pautar a nossa análise judicativa. Importa, então, perceber quem é, afinal, a pessoa³³. De facto, se o homem enquanto tal existe desde sempre, o olhar que, reflexivamente, sobre si derramou nem sempre foi coincidente. Da imersão no cosmos ao tempo hodierno, passando pela individualização iluminista, muitas foram as formas como se

e questão-de-direito. No seu denso diálogo filosófico, fornece pistas incontornáveis de inteligibilidade do direito enquanto tal.

³¹ Cf. Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito do Direito e do Estado*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 38-39.

³² No fundo, o que se pretende salientar é que a liberdade não se reduz a um decidir no vago entre duas possibilidades de ação, porque isso não distinguiria, verdadeiramente, o homem de qualquer outro animal. A decisão livre implica – não sendo possível nunca a redução da complexidade da eleição pelo absoluto conhecimento das consequências da ação – um salto qualitativo que, na sua radicalidade, e com toda a angústia mínima ou máxima que carrega, não pode ser dado no vazio, antes implicando uma referência de sentido: a pressuposição de algo, numa perspectiva empírica do tipo analógico, que, transcendendo a própria vontade arbitrária (ou a dimensão instintiva do desejo), o sustente. É por isso que uma decisão – qualquer que ela seja – pode ser explicada e fundamentada, havendo infundáveis – e quantas vezes insindicações – motivos para cumprir tal desiderato. Só que, do ponto de vista ético e jurídico – já que este faz apelo ao primeiro –, torna-se improcedente o acolhimento da panóplia global de motivações individuais, na medida em que tal implicaria desconsiderar o cerne da pessoalidade em que ambas as ordens normativas se colimam. Donde resultam duas consequências. Do ponto de vista da liberdade, se esta é um atributo essencial da pessoa, o seu uso em contradição com a eticidade que a enforma e informa implica uma degradação da própria liberdade.

Por outro turno, do prisma da fundamentação do jurídico e da judicativa realização em que ele se cumpre, o desvalioso – porque contrário à dignidade da pessoa humana – não pode ser cancelado, num autismo obnubilador da axiologia fundamentante, como valioso por mero apelo a uma carapaça formal.

Cf. Castanheira NEVES, *Questão de facto*, cit., 472 a 474. Afirma o autor que, “no comportamento ético, o ego é pessoa, realidade axiológica, que se constitui pela referência e na vivência de uma ordem de valores, que não são objeto a apreender teoricamente, pois são a constitutiva dimensão axiológica da pessoa a revelar-se no seu próprio comportamento”. E mais à frente sustenta, impressivamente, que “o sujeito pode ter de abster-se de concluir cognitivamente, mas já não pode haver abstenção ética. A abstenção, a suspensão da ação e do juízo, é sempre no domínio ético ou farisaísmo [sendo o fariseu aquele que “se fecha à compreensão, que corta a comunicação da coresponsabilidade, isolando-se do outro, através de um véu de suposta pureza] ou imoral abdicação [própria do desinteresse ou da indiferença ética, que rompe a comunicação e se recusa à humana solidariedade]”. Castanheira Neves sublinha, portanto, a natureza do ser humano como um “ser com os outros numa coresponsabilidade moral”.

³³ Sobre o ponto, cf. o estudo de D. Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, *Estudos de Direito da Bioética*, vol. 2, Coimbra: Almedina, 2008, 125 s. Veja-se, ainda, em resposta à questão “O que é o homem?”, *Pessoa e direitos de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra: Almedina, 2008, 38 s. Em sentido concordante, Oliveira Ascensão, *Prefácio* da obra anteriormente citada, considerando que hoje a autonomia surge desligada da sua finalidade essencial, que é a realização da pessoa, transformando-se a dignidade num conceito vazio.

compreendeu até à afirmação contundente da pessoalidade como categoria ética capaz de captar a essência informadora do ser humano³⁴. E se o mundo de oitocentos foi dominado pela ideia de individualidade, o ficcionismo que imbuía a forma de autocompreensão do *eu* – isolado e solitário no confronto com os demais – acabou por ser ferido de morte pelos contributos de filósofos como Heidegger³⁵, Lévinas³⁶, Max Scheler³⁷ e pelo pensamento cristão. O homem já não é identificado com o dessolidário eu, mas passa a ser compreendido na pressuposição de um tu. Como nos diz Cabral de Moncada, “a ideia de personalidade reclama a de outras personalidades (...). O *Eu* pressupõe e reclama o *Outro*; o *ego*, o *alter*. Ninguém pode sentir-se plenamente eu, pessoa, senão em frente de outros *eus*, outras pessoas ou personalidades”³⁸. Porque o homem encerrado na sua identidade não é capaz de desenvolver a sua personalidade, ele só é pensável no encontro com o seu semelhante – através do qual se reconhece. Ao *Dasein* (ser aí) heideggeriano alia-se sempre o *Mitsein* (o ser com os outros). Simplesmente, o outro a quem me dirijo não pode ser visto numa perspetiva instrumental. Como diria Castanheira Neves, o outro de que aqui se cura não é mera “condição de existência (pense-se na *Lebenswelt* e na linguagem)”, “condição empírica (pense-se na situação de carência e a necessidade da sua superação pela complementaridade e a participação dos outros)” ou “condição ontológica (pense-se no nível cultural e da existência, no nível de possibilidade do ser, que a herança e a integração histórico-comunitárias oferecem)”³⁹. Pois se todas estas dimensões são relevantes na vivência da individualidade, elas por si só não arredam da conformação da ipseidade a recusa ética, pelo que só o respeito e o reconhecimento do outro como um fim em si mesmo podem permitir a plena assunção da dignidade de cada um. Com o que se encontra a dignidade do ser humano, não por derivação de uma qualquer característica ontológica, mas porque as exigências de sentido que lhe são comunicadas inculcam a necessidade do salto para o patamar da axiologia⁴⁰.

³⁴ Cf. V. Duarte de ALMEIDA, “Sobre o valor da dignidade da pessoa humana”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2005, 623-648, aqui 626.

Cf., ainda, D. Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia”, 130 s. e ID., *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra: Almedina, 2008, 23.

³⁵ Cf., para maiores desenvolvimentos, Frederick A. OLAFSON, *Heidegger and the grounds of Ethics. A study of Mitsein*, Cambridge University Press, 1998.

Cf., igualmente, para uma perspetiva generalista, Nicola ABBAGNANO, *História da Filosofia*, vol. XIV, Lisboa: Editorial Presença, 1978, 192 s.

³⁶ Cf. Jonathan CROWE, “Levisian Ethics and Legal Obligation”, *Ratio Juris*, vol. 19, issue 4, 2006, 421-433. Analisando as implicações da ética de Lévinas na conformação legal da noção de obrigação, e centrando-se sobretudo na noção de terceiro de que o filósofo fala, Crowe sustenta a sua incompatibilidade com teorias como as de Hart, na proposta de distinção entre obrigações morais e obrigações legais.

³⁷ Como veremos, entendemos não ser possível fundar a juridicidade – e concretamente o sentido positivo da liberdade tal como ela vem pensado – na pura descoberta fenomenológica do ser humano.

Abona a favor dela, no entanto, o apego ao dado concreto, fugindo do racionalizante modelo de pensamento típico da modernidade.

³⁸ Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito*, vol. I, 39. Cf., para mais desenvolvimentos sobre o ponto, Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 725 e D. Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia”, 155 s.

³⁹ Cf. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, 34.

⁴⁰ Cf. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, 34.

Cf., a este propósito, a interessante perspetiva comunicada por Bento XVI ao Parlamento Federal da Alemanha na sua viagem apostólica, a 22 de Setembro de 2011, referindo-se à dicotomia entre o ser e o dever ser e evidenciando que a fundamentação do jurídico no plano ontológico e da natureza só não é

O homem como pessoa transforma-se, portanto, no centro gravitacional do jurídico. Se, por um lado, já aduzimos argumentos suficientemente seguros no sentido de mostrar a imprestabilidade de um ponto de vista estritamente individualista⁴¹, quer pelo ficcionismo intelectualizante que o mesmo comporta, quer pelo autismo desagregador dos laços comunitários em que verte, por outro lado, cremos não ter ficado ainda suficientemente explicitado por que razão se opera aquele salto do plano ontológico para o plano axiológico⁴².

No fundo, o vetor central do nosso discurso passa pela correta colocação metodológico- filosófica dos dados do problema. E refrate-se em dois níveis.

Por um lado, se partimos exclusivamente do dado onto-antropológico não conseguimos, concludentemente, aceder ao agir ético porque ele, colocando-se no plano do dever ser, não pode ser colhido dedutivamente – à semelhança do que pretendia uma visão dedutiva jusnaturalista – do ser. O que este nos transmite é a impertinência racionalizante dos extremos: a solidão atomizante do individualismo e a sufocante hipertrofia socializante. Mas, se o plano do ser nos permite, logo, afastar determinadas mundividências jus-culturais, ela não logra, só por si, fundar a normatividade. A necessidade do outro não é impreterivelmente, como nos mostrou Castanheira Neves, a necessidade do agir ético, podendo cumprir-se na indiferença da sobreposição adjacente de existências que não se abrem ao outro nem atuam no âmago da sua dignidade humana. Do plano filosófico e metodológico, a conclusão não será diversa. A fundamentação do jurídico no ontológico, do dever ser no ser não pode ser aceite na medida em que o direito não pode cumprir a sua função de validade “com o seu simples ser na realidade e com a realidade, mas mediante o transcender a realidade pressuposta numa intenção de validade que visa justamente realizar”⁴³. Ora, a verdade é que o direito é uma ordem normativa.

possível quando se olhe para esta de uma perspectiva que abandone a pressuposição de uma Razão Criadora que comunique à própria natureza determinadas regras. No fundo, a dimensão axiológica de que falamos continua presente na lição do Santo Padre, não se gerando, para o crente, qualquer contradição entre as duas leituras da juridicidade. Na verdade, o necessário salto axiológico a que nos referimos não implica a negação de uma Entidade Suprema, que dê ao ser os Seus princípios, antes evidenciando que não é possível colher o sentido do direito na realidade de que nos falam os autores que ainda comungam, consciente ou inconscientemente, de uma visão positivista da natureza.

⁴¹ Esta imprestabilidade redundava, afinal, na insusceptibilidade de com base nele se criarem vínculos normativos, quaisquer que eles sejam.

⁴² Não queremos, com isto, inculir no leitor a ideia da autoria do salto axiológico de que se cura. Tempestivamente, tivemos oportunidade de, através da exigível citação, o atribuímos ao seu verdadeiro autor: Castanheira Neves.

Sobre esse salto do patamar ontológico para o plano axiológico importa tecer algumas considerações, a refratarem-se em dois níveis: no exercício da liberdade e na fundamentação da juridicidade.

Dir-se-á, no que ao segundo denominador diz respeito, que o encontro de subjetividades não garante a validade de uma ordem normativa. Só o olhar axiologicamente conformado, pelo reconhecimento do outro como pessoa, portadora de uma ineliminável dignidade ética, a reivindicar o meu análogo estatuto, garante que se alcance tal desiderato. Mais se diga que, a ser assim, a liberdade de que se fala – como valiosa do ponto de vista jurídico – não pode ser a mera autodeterminação ontologicamente predicada, mas há de ser axiologicamente informada. Donde resulta uma matização própria que, em texto, caracterizaremos.

⁴³ Cf. Castanheira Neves, *Questão de facto*, 668.

Aliás, se não resistíssemos à tentação de deduzir a validade a partir da realidade do ser, poderíamos ser condenados a um modelo de juridicidade aparentado com o dedutivismo criticado em outros tempos e ficar enredados num conceptualismo que olvida o caso concreto.

Note-se, porém, que ao lançarmos mão do contributo fenomenológico, acabamos por negar, de todo o modo, uma mera referência cognitiva ao real e o formalismo – cf. *Questão de facto*, 696.

Tem como finalidade ordenar condutas, para o que assume uma determinada intencionalidade, a traduzir uma validade. E, para que essa validade não resvale num sem sentido ordenador do encontro no mundo, ela não pode deixar de convocar – para ser verdadeiramente válida – uma axiologia fundamentante. Que vem a descobrir-se, afinal, naquele sentido de *dignitas* que a ética descobre no encontro – entendido no sentido do reconhecimento e do respeito – do *eu* com o *tu*. Pelo que o reconhecimento da liberdade do homem e, concomitantemente, da sua responsabilidade terá de surgir como um mínimo de sentido com base no qual o jurídico se edifica e cumpre o seu papel no todo social. Esta liberdade, porque a ela recorremos na pressuposição da leitura ético-axiológica do dado ontológico, não é mera definição de uma esfera de não interferência do outro, sequer uma estrita possibilidade de escolha entre possibilidades de ação que olvide o outro – o *tu* – que, com a sua pretensão de respeito, e o convite à abertura de pontes de solidariedade comunicantes entre humanos, permite o reconhecimento da ineliminável dignidade ética do *eu*. É antes uma liberdade eticamente informada e enformada. Dessa liberdade – ainda pensável do ponto de vista atomizante da individualidade – decorre a ilegitimidade de qualquer imposição heterónoma que não tenha por objetivo a garantia da compossibilidade prática de existências paralelas, bem como o desvalor de qualquer comportamento que contenda com a esfera de domínio do sujeito. O acesso ao dado ontológico viabiliza a percepção da insustentabilidade de tal impostação, quando pensada na sua autossuficiência. Ela revela-se, na verdade, ficcional, intelectualizante e contraditória com o dado do ser real. O homem é incapaz de viver no isolamento da sua subjetividade, só se realizando plenamente, no plano material e espiritual, no encontro com o outro. A liberdade deixa de ser pensada de um prisma negativo para reclamar uma compreensão positiva, a traduzir-se na possibilidade de autodeterminação. Uma autodeterminação que coenvolve, na sua projeção efetiva, a possibilidade de escolha entre diversas possibilidades de ação. Nessa atuação optativa, nessa seleção de oportunidades, nesse dar a si mesmo a sua própria norma de conduta, prosseguindo os seus interesses, o ser humano leva a cabo uma tarefa judicativa, porque, no inapagável salto que qualquer decisão implica, ela reclama – na sua radicalidade – um mínimo de fundamentação, isto é, a mobilização de razões que justifiquem a eleição operada. Quantas vezes insindicáveis, elas podem estribar-se em diversas racionalidades. Sem que possam, indistintamente, ser consideradas valiosas do ponto de vista jurídico. Dá-se o salto do plano ontológico para o plano axiológico para, fundadamente, sustentar que uma validade que o queira ser não pode extrair do puro encontro de subjetividades o critério da sua fundamentação, pois que nada garante que o outro seja visto na sua total dignidade⁴⁴. De outro

Cf. Simone GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, tradução de Cláudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2002, 5 s., para a caracterização da tradição jusnaturalista, quer de base onto-teológica, quer de base obsessivamente individualista, mostrando-se, assim, a distância que dessa impostação do jurídico nos separa.

⁴⁴ Por isso, considera-se também inconcludente a perspectiva filosófica de responsabilidade proposta por HABERMAS, decorrente da edificação das condições transcendentais da comunicação. Cf. HABERMAS, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, 2003

modo, dir-se-á, acompanhando o ensinamento dos mestres em que nos estribamos e que oportunamente citámos, que, ao situarmo-nos nessa dimensão do ser, não conseguiremos nunca determinar qual das posições subjetivas – eventualmente em conflito – deve prevalecer, posto que só na pressuposição de uma intencionalidade, colhida numa ordem valorativa também pressuposta, é possível salvaguardar uma em detrimento da outra, sem resvalar no puro arbítrio. O fundamento da normatividade não pode deixar de ser colhido na ética, exceto se – posição que liminarmente rejeitamos – entendermos ver na juridicidade uma mera forma ordenadora de condutas. Não é o encontro do *Eu* com o *Tu* que permite fundar o dever ser. Mas já o será o encontro do *Eu* que olha para o *Tu* no sentido do respeito, o encontro do *Eu* que, reconhecendo-se como pessoa, dotada de uma ineliminável dignidade ética, vê no *Tu* um semelhante igual a si⁴⁵.

Assim sendo, a autonomia assim concebida impede que o sujeito invoque a sua liberdade para levar a cabo atos que atentam diretamente contra a sua liberdade – não estaria em causa o exercício da sua autonomia, mas o abuso da sua autonomia/liberdade.

O mesmo se diga do direito à autodeterminação sobre o próprio corpo, enquanto dimensão do direito geral de personalidade. O conteúdo essencial de tal direito leva-nos a considerar que ninguém é autorizado a interferir no corpo alheio sem a sua autorização (vertente negativa) e que cada um pode fazer com o seu corpo aquilo que entender (vertente positiva). Haverá, contudo, limites.

Desde logo, ela encontrar-se-á limitada pela possibilidade de intervenção não autorizada, sempre que se afigure essencial para salvaguardar a vida do sujeito. Em rigor, porém, não está em causa uma limitação heterónoma da autonomia do sujeito – nessa sua projeção corporal – mas o reconhecimento dos seus contornos essenciais. De facto, como tivemos oportunidade de explicitar, porque a autonomia de que se cura é a autonomia da pessoa e não do sujeito, que, por isso, terá de necessariamente ter em conta o outro, que não pode ser artificialmente amputado da relação de cuidado que o une a cada um, e porque a autonomia é indissociável de uma ideia de dignidade de que não se poderá abdicar, ela não poderá ser invocada quando se ponha em causa o fundamento último do seu reconhecimento.

Por outro lado, no que respeita à vertente positiva, haveremos de considerar que não basta a vontade do sujeito titular do corpo para legitimar uma intervenção que sobre ele verse.

(original: *Faktizität und Geltung. Beitrag zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats*, 4ª edição, Frankfurt, Ed. Suhrkamp, 1994).

Não é a definição das regras que viabilizem a situação discursiva ideal que logram a obtenção do reconhecimento ético entre iguais, no qual se pudesse fundar a responsabilidade.

⁴⁵ Nesse reconhecimento do *tu* interpõe-se a comunidade ética onde ambos se inserem e por meio da qual se responsabilizam eticamente com os outros. Cf., sobre o ponto, Castanheira NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspetiva do futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, 52 s. É que o reconhecimento da pessoalidade do outro implica um referente de sentido – e, portanto, o salto do plano ontológico para o plano axiológico – através do qual a presença dele como um igual se torna visível. A experiência solipsista – a mera consciência do *eu* – não logra garantir tal desiderato, pelas idiossincráticas e por vezes perturbantes percepções individuais. Daí a referência ao terceiro de que nos fala Castanheira Neves.

A ciência vai-nos oferecendo cada vez mais possibilidades de superação de estados de doença, deficiência e outras limitações, congénitas ou adquiridas ao longo dos tempos. E este é, sem dúvida, um dado positivo da evolução do conhecimento. Na medida em que contribuam para minorar a dor, curar, debelar o sofrimento ou superar determinadas limitações, os avanços científicos devem ser aplaudidos e acolhidos. Mais do que isso, recuperando as palavras de Capelo de Sousa, o sujeito tem direito a exigir o cumprimento de deveres de ação curativos, ou seja, de exigir aos outros que obstem “a que um seu defeito de audição, de fala, de visão, ou de locomoção corrigível, total ou parcialmente, mediante intervenção terapêutica ou uso de técnicas próprias, se converta, por negligência dos devedores de auxílio, em deficiência permanente, redutora do desenvolvimento da personalidade” e tem direito a que os outros se abstenham de todo e qualquer comportamento que condicione a possibilidade de receber um tratamento médico. Tem ainda direito, dentro do leque do que seja economicamente viável, de exigir do Estado as prestações de saúde que garantam as suas condições de sobrevivência. Em causa estão, na verdade, condições que garantam que a pessoa possa cumprir o plano existencial e vocacional que para si traçou e que o direito deve tutelar, desde que se enquadre nos limites ético-axiológicos que fundam o ordenamento⁴⁶.

Mas com isto surge uma questão: onde traçar a linha de fronteira entre o que é valioso e o que não é valioso? Como saber até que ponto o sujeito tem direito a uma prótese, a um órgão biónico ou a um determinado tratamento e a partir de que linha deixam de ser lícitas certas intervenções potenciadas pela ciência?

A resposta que se busca para esta questão não é líquida, e tem sido procurada a propósito de outras questões igualmente sensíveis. Pense-se, por exemplo, na colocação de piercings e tatuagens no corpo.

Na verdade, em consonância com o sentido gradativo das soluções a que somos conduzidos pelo artigo 81º CC, haveremos de considerar que é diferente fazer-se uma simples tatuagem – ainda que questionável do ponto de vista estético – ou tatuar integralmente o corpo; do mesmo modo que será diferente fazer um piercing numa orelha, comparável ao uso de um brinco, ou colocar piercings por toda a superfície corporal. O critério judicativo de diferenciação há de ser, portanto, o do limite da desfiguração do ser humano. Sempre que a prática envolva uma perda de características especificamente humanas, ao ponto de o homem poder deixar de ser considerado imagem e semelhança do Seu Criador ou, numa perspetiva que não aponte para a Transcendência, ao ponto de o homem perder a sua similitude com outros homens não intervencionados, então haveremos de considerar que a prática é ilícita.

Do mesmo modo, a ponderação judicativa acerca das intervenções científicas sobre o próprio corpo não pode ser linear.

Em primeiro lugar, faz-se apelo ao *critério do risco-benefício*, para o que se terá de ter exata noção dos perigos potenciais envolvidos em cada uma das práticas em questão. Significa

⁴⁶ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, 354.

isto que, estando no domínio do que é experimental e, portanto, do que se situa fora do consenso científico, a tendência será para considerar o comportamento ilícito.

Em segundo lugar, a fronteira da (i)licitude há de ser encontrada no ponto em que a intervenção serve ou não para superar um estado de doença ou um handicap (*critério da intencionalidade*).

Por último, devemos procurar determinar se, estando em causa o desenvolvimento das potencialidades inerentes ao ser humano, a prática conduz à sua descaracterização como pessoa, pela perda de humanidade que necessariamente lhe está subjacente (*critério da perda de humanidade*).

5. O DIREITO COMO ALTERNATIVA HUMANA: A RESPOSTA EM FACE DO *BIOHACKING*

O critério da perda de humanidade a que nos referimos no ponto antecedente permite lançar a ponte para outro tipo de reflexões. De facto, a relevância jurídica do *biohacking* não se esgota nas concretas relações intersubjetivas que se possam estabelecer. Se até ao momento nos concentrámos nas hipóteses em que um sujeito é lesado com a prática ou em que um sujeito reivindica o acesso a certas práticas que integram o conceito, ou seja, em hipóteses de responsabilidade civil ou de reconhecimento de um direito, importa dar um passo em frente e perspetivar o *biohacking* na sua globalidade à luz da pressuposição de sentido da própria juridicidade.

No fundo, podemos, diante do fenómeno, assumir uma de duas perspetivas: a primeira, correspondendo a uma perspetiva técnico-dogmática, centra-se na busca de soluções, ou no seio dos quadros doutrinários tradicionais ou forjando novos regimes jurídicos, para os problemas de *quid iuris* que vão surgindo. A segunda, pressupondo a intencionalidade última da juridicidade, tenta perceber em que medida algumas das soluções cogitadas ao nível da primeira perspetiva chocam ou não com a dignidade da pessoa e, nessa medida, não podem ser pensadas sem que se abdique do próprio direito. Cada uma destas perspetivas não é estanque, nem anula a outra necessariamente. Na verdade, a procura de uma solução para os problemas de *quid iuris* não pode ser senão iluminada pela intencionalidade predicativa do direito; e é essa intencionalidade jurídica que pode impor o bloqueio de determinadas situações no campo prático. Mas vai-se mais longe e indaga-se se, em geral, o ordenamento jurídico se pode ou não opor ao desenvolvimento dos métodos e práticas de *biohacking*.

A resposta a esta inquietante questão implica um duplo exercício.

Por um lado, haveremos de recordar o sentido do direito e a sua função como alternativa verdadeiramente humana⁴⁷; por outro lado, haveremos de lembrar alguns dados acerca do fenómeno do *biohacking*.

⁴⁷ A expressão é de Castanheira NEVES, "O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito", *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outro*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 287 s.

Quanto a este, para além da possível emergência de lesões individuais e/ou coletivas, às quais podemos fazer face com medidas repressivas que passam pela imposição de uma obrigação ressarcitória, importa não esquecer que, não obstante o homem estar necessariamente sujeito ao devir histórico, sendo um ser em constante mutação, as modificações que se anunciam são de tal modo profundas que se pode correr o risco de, aceitando-as, perda da própria humanidade.

Basta pensarmos na tentativa de superação da mortalidade através do recurso à inteligência artificial. O sentido da dignidade humana é quebrado com a tentativa de criar um super-homem computadorizado que ultrapasse as fronteiras da própria vida. Não raros são os autores que denunciam que o pós-humanismo nos conduz à degradação do ser humano, ao mesmo tempo que configura uma ameaça aos outros humanos comuns⁴⁸. Leon Kass considera que as formas de alteração da natureza humana são degradantes, conduzindo-nos a uma desumanização absoluta⁴⁹. Na verdade, a introdução dos dados neuronais humanos num computador, habilitado desta feita com uma mente concreta, implica uma coisificação do homem, contrariando o plano de desenvolvimento pessoal que culmina na morte. O prolongamento artificial da vida por meio de um elemento computacional atinge o núcleo da personalidade, já que a pessoa, apesar de ser uma categoria ética, não sobrevive na ausência da corporização, porque, ainda que a alma sobreviva à morte do corpo e fique a aguardar a sua ressurreição, estamos aí a falar de uma dimensão que ultrapassa aquela em que o direito intervém. O ser humano não pode deixar de ser encarado na sua unitária complexidade, sendo inviável olhar para ele sem ser na pluralidade corpo, mente, espírito e alma.

De facto, a pessoa não pode ser objetivada de qualquer forma, mas é vivida e assumida na existência relacional com outros seres humanos⁵⁰. Já não é o ser solipsista, encerrado sobre si mesmo, mas o ser que se realiza na relação comunicativa com o seu semelhante e que tem no encontro, que obtém o seu “sentido último no encontro primeiro do homem com a Transcendência, verdadeiramente com Deus”⁵¹, o seu referencial de sentido. Quer isto dizer que a pessoa – de que se parte ao nível do discurso jurídico – não é apenas objetivação de capacidades corporais e mentais, mas um todo complexo vivificado pela sua alma, pelo que a tentativa de sobrevivência computadorizada, ainda que implique a melhoria das condições neuronais de memória e conhecimento e um controlo absoluto da vontade, mais não representa do que a degradação do ser humano.

Acresce que, em rigor, a tentativa de sobrevivência fora da corporeidade não passa de uma miragem, denunciada pelos estudiosos da mente humana.

⁴⁸ Nick BOSTROM, “Em defesa da dignidade pós-humana”.

⁴⁹ Cf. Leon KASS, *Life, Liberty and Defense of Dignity: The Challenge for Bioethics*, São Francisco, Encounter Books, 43. Em comentário ao pensamento do autor, cf. Nick BOSTROM, “Em defesa da dignidade pós-humana”.

⁵⁰ A. Castanheira NEVES, “Uma reflexão filosófica sobre o direito – o deserto está a crescer ou a recuperação da filosofia do direito?”, *Digesta* – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 89 s.

⁵¹ A. Castanheira NEVES, “Uma reflexão filosófica sobre o direito”, 89-90

A base do ideário transumanista está, afinal, ligada a um escopo eugénico de apuramento da espécie. Tal escopo parece, aliás, estar imbuído em todo o fenómeno de *biohacking*. Ao potenciarem-se formas de manipulação genética e ao desenvolverem-se *updates* da biologia humana, sem a garantia da distribuição uniforme por toda a população, abrem-se as portas à seleção não natural da espécie.

No que respeita ao sentido do direito, recorde-se que a formulação de regras de convívio entre humanos e não humanos, a edificação de regimes específicos para lidar com problemas concretos que possam emergir correspondem a uma visão do direito que o chama a atuar para resolver o magno problema do encontro e partilha no e do mundo, agora alargado a não humanos, mas não se pode quedar numa pura forma que olvida a intencionalidade especificamente jurídica, por abandonar o sentido ético do direito e o vetor fundamentador da dignidade humana que o colora.

Castanheira Neves ensina-nos, a propósito das condições de emergência do direito, que, a par da condição mundano-social e da condição humano-existencial, o direito só o é verdadeiramente se der resposta a uma terceira condição, a condição ética⁵². Significa isto que não basta existirem regras que ordenem as relações societárias controvertidas e resolvam a questão da escassez de meios para satisfazer as diversas necessidades humanas. É essencial que as referidas regras sejam alicerçadas num sentido ético-axiológico, o qual se vai a encontrar na ineliminável dignidade ética da pessoa humana, “dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira”⁵³.

Esta dignidade vamos a reconhecê-la nos capitais polos da personalidade de que se cura, a liberdade e a responsabilidade. Continuando a acompanhar Castanheira Neves nesta matéria, podemos afirmar que “o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe (...). Postula ainda a possibilidade da sua realização, quer em si, quer perante os outros. E temos as implicações da liberdade e da igualdade. Implicações decerto correlativas, como se sabe, pois se a igualdade se pode dizer a condição social da liberdade, a liberdade é uma possibilidade pessoal que só será universal se todos nela se reconhecerem iguais ou se nenhum for já privilegiado já diminuído nessa possibilidade. Só que a liberdade significa sobretudo o assumir-se o homem a si próprio, no originário de si mesmo e no irrecusável da sua responsabilidade, vindo a manifestar-se, portanto, em termos de uma autorrealização responsável. (...) A liberdade, como valor, não é a mera condição empírica e negativa de ausência de impedimentos (...), nem a igualdade a mera parificação formal e abstrata do igualitarismo mecanicista”⁵⁴.

⁵² Cf., entre outras referências do autor, Castanheira NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 154

⁵³ A. Castanheira NEVES, *Justiça e Direito*, Coimbra, 1976, 59.

⁵⁴ A. Castanheira NEVES, *Justiça e Direito*, 63

Ou seja, o direito não se pode limitar a resolver *a posteriori* determinados problemas de *quid iuris* que sejam suscitados a partir de certas práticas. Não só as soluções que ofereça para tais casos concretos tem de ser iluminada pelo sentido ético-axiológico a que se faz apelo, como a própria regulamentação do fenómeno não pode deixar de a ter presente. Donde, sem pôr em causa a investigação científica e o acesso a tratamentos, se devem impor regras estritas de atuação ao nível do que vem conhecido por *biohacking*.

Assim, propõem-se algumas regras-princípios a que se deve prestar especial atenção: proibição de todas as práticas eugénicas ou animadas por um ideário eugénico; cumprimento de deveres de informação; respeito pelo princípio da precaução; respeito pela pessoa, evitando-se a imposição, ainda que indireta, de procedimentos que esta não queira aceitar; diferenciação entre as hipóteses em que as inovações biológicas e tecnológicas que servem para diagnosticar, prevenir, tratar ou curar, dos procedimentos que servem para melhorar o desempenho do corpo e da mente, procurando transformar aquele sujeito numa pessoa diversa⁵⁵; respeito absoluto pela dignidade da pessoa, na sua dupla dimensão de autonomia e responsabilidade; proscrição de todas as formas de eugenia⁵⁶.

⁵⁵ Particularmente relevante a este propósito é a ponderação que deve ser feita a propósito da edição/modificação genética com base na tecnologia CRISPR – sobre o ponto, cf. Naomi CAHN, “CRISPR Parents and Informed Consent”, *SMU Science and Technology Law Review*, 23, 2020, 3 s. Considera-se no estudo que a tecnologia é relativamente aceite no contexto em que serve para tratar uma doença que afeta unicamente o indivíduo envolvido, devendo ser incentivada a investigação científica neste ponto, designadamente para se descobrir a cura para doenças como o cancro. Mas torna-se controverso, quando é usado para o desenvolvimento de células somáticas (ao contrário da procura da cura para uma doença genética) ou quando é usado para afetar o material reprodutivo. Neste domínio, aliás, são múltiplos os problemas éticos e legais que se têm levantado. Quanto às objeções éticas, cf., no estudo citado, pág. 8: a) a manipulação genética no quadro reprodutivo envolve uma interferência com a criação da vida, levando ao específico desenho de bebés com as características pretendidas pelos progenitores, o que envolve, em certa medida, uma coisificação do futuro ser; b) criação de diferenciação económica, pela falta de acesso de muitas pessoas às novas técnicas; c) conduz a resultados sociais desastrosos (a chamada objeção apocalíptica); d) possibilidade de destruição dos embriões submetidos às técnicas em questão. Do ponto de vista jurídico, têm de ser necessariamente equacionados os termos da proteção do embrião. Sendo este tutelado nos seus direitos de personalidade, e sendo certo que os pais – detentores das responsabilidades parentais – apenas os podem exercer no interesse do filho, o problema passará, para além da própria legitimidade em geral de recurso à tecnologia, por saber se este critério particular se cumpre ou não. Ponderação diversa (cf. pág. 19) é aquela a que aportamos nas hipóteses em que ainda não houve conceção, mas os futuros pais pretendem tomar decisões em relação ao futuro dos seus gâmetas. No debate jurídico, assume especial importância o consentimento informado, que pode levar a que uma eventual responsabilidade – cujos contornos poderão ser difíceis de estabelecer se a técnica for utilizada antes da conceção – seja imputada aos pais e não aos médicos, sem que se esqueça uma questão pressupponente a que fazemos referência em texto: não é possível abrir as portas a formas de eugenia, atentatórias da dignidade da pessoa humana.

⁵⁶ Alguns destes princípios são afirmados no contexto da edição do genoma humano. Cf. *NAS Report 2017*.

Recebido: autora convidada.

Aprovado: autora convidada.

Como citar: BARBOSA, Mafalda Miranda. Responsabilidade civil, pós-humanismo, transumanismo e *biohacking*: breve reflexão jurídica. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 148-170, maio/ago. 2023.

