

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

BIOÉTICA E BIODIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
À LUZ DA TEORIA DISCURSIVA

LÍVIA ROSA FRANCO

Belo Horizonte
2011

LÍVIA ROSA FRANCO

**BIOÉTICA E BIODIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
À LUZ DA TEORIA DISCURSIVA**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes

Belo Horizonte

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F825b Franco, Livia Rosa
Bioética e biodireito no estado democrático de direito à luz da teoria discursiva / Livia Rosa Franco. Belo Horizonte, 2011.
94f.

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Bioética. 2. Direito e biologia. 3. Moral e ética. 4. Direito – Filosofia. I. Gomes, Alexandre Travessoni. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 614.253

LÍVIA ROSA FRANCO

**BIOÉTICA E BIODIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À LUZ DA
TEORIA DISCURSIVA**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Alexandre Travessoni Gomes – PUC Minas

Júlio Aguiar de Oliveira – PUC Minas

Fernando José Armando – PUC Minas

Gualter de Souza Andrade Júnior – PUC Serro

Belo Horizonte, ___ de _____ de 2011.

*A Jorgete Rosa e
Hilton de Almeida Franco,
meus pais, e às minhas avós,
Dilma e Madalena.*

Agradecimentos

O presente trabalho só foi possível com o estímulo e o amor das pessoas que compartilham o dia a dia comigo, seja em presença física, seja por telefone, *e-mail*, *skype*, ponte área ou até mesmo em lembrança.

Ao meu orientador, Professor Doutor Alexandre Travessoni Gomes, pela dedicação, cordialidade e carinho para comigo e, acima de tudo, pelo exemplo de pesquisador incansável, atencioso com todos que buscam com ele aprender.

Ao meu eterno Mestre, Professor Doutor Gualter de Souza Andrade Júnior, por ter acreditado na minha dedicação durante a graduação, nos grupos de estudos, monitoria e na iniciação científica.

Ao Professor Doutor, Júlio Aguiar de Oliveira, e à equipe da Puc virtual por terem mantido sempre as portas abertas à investigação, ao aprendizado e conhecimento.

À minha irmã, Luísa, às minhas irmãs escolhidas, Ana Carolina, Camila, Mariana, pelo apoio e amor incondicional, e às minhas queridas amigas, KK, Nat e Fé, que alegam a minha vida.

Ao meu amor, Fabiano Simões Ferreiras, que me ensinou que o mundo dá voltas e que juntos somos mais felizes.

Por fim, agradeço a Deus que me possibilita escrever a minha própria história.

*“Eis o meu segredo. É muito simples: só se vê
bem com o coração. O essencial é invisível
para os olhos [...]*

*Foi o tempo que perdi com a minha rosa que a
fez tão importante. Eu sou responsável pela
minha rosa [...]*

***Tu te tornas eternamente responsável por
aquilo que cativas.***

*Os homens [...] cultivam cinco mil rosas num
mesmo jardim... E não sabem o que
procuram... o que eles buscam poderia ser
achado numa só rosa...”*

(grifos nossos)

O Pequeno Príncipe

Antoine de Saint-Exupéry

RESUMO

Esta dissertação trata do contexto do surgimento da Bioética, sobretudo de sua preocupação com a vida humana, relacionando-a com a globalização e seus desdobramentos, dando ênfase à atual situação brasileira. São realizados apontamentos sobre o objeto formal e o objeto material da Bioética, a fim de se estabelecer algumas de suas características gerais, de modo a torná-la adequada ao Estado Democrático de Direito. Esses apontamentos tornam possível a conceituação do Biodireito e a pesquisa da legislação brasileira referente à vida humana. O objetivo da dissertação é aplicar a Teoria do Discurso à Bioética e ao Biodireito. Após verificar que a relação entre Direito e Moral em Habermas possui dois momentos, a pesquisa parte da posição mais recente da Teoria do Discurso em relação à fundamentação do Direito, ou seja, da relação de cooriginalidade entre Direito e Moral (princípios da Moral e da Democracia) e sua fundamentação em um princípio do discurso moralmente neutro. Relaciona, então, a Bioética ao princípio moral; e o Biodireito, ao princípio jurídico. Em síntese, a segunda concepção foi aplicada às questões que envolvem a vida humana, tanto no plano da Bioética quanto no plano do Biodireito. A partir dessa aplicação, a pesquisa pretende apresentar uma contribuição a uma conceituação de Bioética (e de Biodireito) que seja compatível com o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Bioética. Biodireito. Teoria do Discurso. Princípio Moral. Princípio do Direito.

ABSTRACT

This research deals with the context of the emergence of Bioethics, especially its concern for human life, linking it to globalization and its consequences, emphasizing the current situation in Brazil. Some notes of the formal object and the material object of Bioethics were made, in order to establish some of their general characteristics, in order to make it suitable for democratic rule of law. These notes also made possible the conceptualization of the Biolaw and the research of the Brazilian legislation about the human life. The objective of this dissertation is to apply the Theory of Speech to Biolaw and Bioethics. After verifying that the relationship between Law and Morality in Habermas has two moments, the research part of the latest position of Discourse Theory in relation to the grounds of law, namely the relationship of co-originality between Law and Ethics (Principles of Morals and Democracy) and its reasoning on a principle of discourse morally neutral. Then relates bioethics to moral principle and Biolaw to legal principle. In summary, the second moment of Habermas theory was applied to issues involving human life, both in terms of Bioethics and the Biolaw. This research pretend present a contribution to a conceptualization of Bioethics (and Biolaw) that is compatible with the democratic rule of law.

Keywords: Bioethics. Biolaw. Bioright. Discourse Theory. Moral Principle. Legal Principle.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.: Artigo
CC: Código Civil Brasileiro (Lei n.10.406/2002)
CEM: Código de Ética Médica
CEP: Comitê de Ética em Pesquisa
CF/98: Constituição Brasileira de 1988
CP: Código Penal
CFM: Conselho Federal de Medicina
CMAC: Consciência Moral e Agir Comunicativo
CNBS: Conselho Nacional de Biossegurança
CNCDO: Centrais de Notificação, Captação e Doação de Órgãos
CNNCDO: Central Nacional de Notificação, Captação e Doação de Órgãos
CNS: Conselho Nacional de Saúde
CONEP/MS: Comissão Nacional de Ética em Pesquisa do Ministério da Saúde
CRP: 2ª edição (B) Crítica da Razão Pura
CRPRA: Crítica da Razão Prática
DD: Doutrina do Direito (Parte 1 de A Metafísica dos Costumes)
DF: Direitos Fundamentais
DH: Direitos Humanos
DV: Doutrina da Virtude (Parte 2 de A Metafísica dos Costumes)
ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente
ED: Ética do Discurso
F e V: Direito e Democracia entre Facticidade e Validade
FMC: Fundamentação da Metafísica dos Costumes
IC: Imperativo Categórico
MC: A Metafísica dos Costumes
Min. S.: Ministério da Saúde
OGM: Organismos Geneticamente Modificados
PEM: Para o uso Pragmático, Ético e Moral da Razão Prática
PD: Princípio do Discurso

PDEM: Princípio da Democracia

PGR: Procurador Geral da República

PL: Projeto de Lei

PM: Princípio Moral

STF: Supremo Tribunal Federal

SUS: Sistema Único de Saúde

TAC: Teoria da Ação Comunicativa

TCV: Teoria Consensual da Verdade

TD: Teoria do Discurso

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 BIOÉTICA: CONCEITOS EXISTENTES..... | 14 |
| 2.1 Origem da Bioética..... | 15 |
| 2.1.1 Origem do Neologismo Bioética | 20 |
| 2.1.2 <i>O objeto formal da Bioética: modelos explicativos em Bioética</i> | 26 |
| 2.2 Apontamentos sobre o conceito de Bioética..... | 31 |
| 2.2.1 <i>Problema da Bioética: seu objeto material</i> | 33 |
| 2.3 Da Bioética ao Biodireito | 38 |
| 2.3.1 <i>As questões referentes à vida na legislação brasileira</i> | 39 |
| 2.3.1.1 <u>Os atos de disposição do corpo humano</u> | 40 |
| 2.3.1.1.1 A doação de órgãos | 40 |
| 2.3.1.1.2 O transexualismo..... | 42 |
| 2.3.1.1.3 O aborto | 44 |
| 2.3.1.1.4 A eutanásia | 45 |
| 2.3.1.2 <u>A experimentação científica em seres humanos</u> | 46 |
| 2.3.1.2.1 As técnicas de reprodução assistida | 47 |
| 2.3.1.2.2 As pesquisas com células-tronco | 49 |
| 2.3.1.3 <u>A relação médico/paciente</u> | 51 |
| 2.3.1.4 <u>Limites da legislação brasileira</u> | 52 |
| 3 DA ÉTICA À BIOÉTICA..... | 54 |
| 3.1 Ética..... | 54 |
| 3.1.1 <i>Ética empírica</i> | 57 |
| 3.1.2 <i>Ética dos bens</i> | 58 |
| 3.1.3 <i>Ética formal</i> | 58 |
| 3.1.4 <i>Ética dos valores</i> | 59 |
| 3.2 A Bioética e a Ética do Discurso..... | 59 |

| | |
|---|-----------|
| 4 A TEORIA DO DISCURSO | 63 |
| 4.1 Ética do Discurso | 63 |
| 4.2 A Teoria de Habermas..... | 65 |
| 4.2.1 <i>Direito Fundamentado na Moral</i>..... | 67 |
| 4.2.2 <i>O Direito e a Moral como cooriginários</i>..... | 68 |
| 4.2.3 <i>Diferenças fundamentais entre Kant e Habermas</i>..... | 72 |
| 4.3 Princípio do Discurso, Princípio Moral e Princípio do Direito..... | 74 |
| 4.4 Bioética e Princípio Moral..... | 81 |
| 4.5 Biodireito e Princípio do Direito..... | 83 |
| | |
| 5 CONCLUSÃO | 85 |
| | |
| REFERÊNCIAS..... | 87 |

1 INTRODUÇÃO

No último século, um avanço sem precedentes na História ocorreu na ciência, devido, principalmente, às descobertas e invenções no campo da Tecnologia em geral, e especificamente na Biologia, Medicina e Química. Novas áreas como a Biomedicina, a Biotecnologia, a Bioquímica e a Engenharia Genética surgiram, interligando o conhecimento dos campos que antes eram independentes. Muitas descobertas científico-tecnológicas trouxeram benefícios à vida e à saúde humana. As novas possibilidades de intervenção no organismo humano propiciaram benefícios, tais como: o salto da expectativa e da qualidade de vida humana; a descoberta de novos medicamentos, tratamentos, aparelhos e procedimentos médicos; o mapeamento do genoma humano e as descobertas a ele relacionadas; a prevenção e o alívio da dor ou até mesmo a cura de algumas doenças que até pouco tempo faziam inúmeras vítimas; a análise genética de doenças; a terapia gênica; a medicina regenerativa a partir das células-tronco.

Por outro lado, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, surgiu a preocupação ética com as possíveis aplicações das pesquisas e o medo da sua prática desenfreada. A população mundial ficou espantada com as atrocidades cometidas quando da realização, por parte dos Nazistas, de pesquisas em seres humanos, sem qualquer fim terapêutico, feitas pelos nazistas. A Bioética surgiu nesse cenário, provocando reflexões sobre o agir humano, sobretudo na atualidade, nas sociedades modernas e complexas, que lidam, de forma distinta, com os avanços tecnológicos e científicos, rompendo assim com os limites do imaginável. Os avanços provenientes das pesquisas científicas ocorrem contínua e interruptamente, modificam-se muito rápido, ampliando, assim, seu âmbito de incidência. A discussão sobre questões da Bioética, hoje mais do que nunca, é necessária a todos. Os seus problemas não atingem apenas um ou outro indivíduo, mas, sim, a todas as pessoas, inclusive as futuras gerações.

O presente trabalho parte da preocupação Bioética, dirigida principalmente ao homem, com ênfase na atual situação brasileira. Inicialmente, contextualizo o surgimento da Bioética, enfatizando que o seu conceito ainda está em construção. Apresento apontamentos sobre os seus objetos formais e materiais, sem a pretensão de esgotar o tema, pois procuro somente estabelecer algumas

características gerais que a Bioética deve ter a fim de que seu conceito se adéque àquilo que entendemos por Estado Democrático de Direito. A meu ver, a partir dessa base, poderá no futuro, ser feita uma delimitação mais precisa tanto do objeto material quanto do objeto formal da Bioética. Se, por um lado, esses apontamentos não são suficientes para a fixação definitiva do objeto da Bioética, por outro ajudam a apresentar elementos que podem contribuir para uma conceituação de Biodireito.

A partir do momento que estas questões passam a ser regulamentadas, tornando-se questões jurídicas, sob a égide do Estado Democrático de Direito, o debate sobre essas questões deverá ser implementado, uma vez que os interessados não são só destinatários das leis, mas seus co-autores. São necessárias referências coletivas para determinar quais os valores a serem protegidos, principalmente quando se trata de avanços biotecnológicos que, da mesma forma que trazem benefícios como os que encontramos na área da Medicina, podem trazer resultados imprevisíveis, impactos de alcance brutal, incontroláveis para a humanidade. Esses avanços conduzem a um discurso público sobre qual seria a correta compreensão da forma de vida cultural e a responsabilidade para com as gerações futuras.

A relação entre Direito e a Moral em Habermas é exposta em dois momentos. No primeiro deles, o Direito é fundamentado na moral. Já no segundo, o Direito e a Moral são fundamentados em um princípio do Discurso moralmente neutro. Por fim, a pesquisa relaciona a Bioética e o Biodireito com o princípio moral e o princípio jurídico. O trabalho pretende verificar o que a aplicação da Teoria do Discurso gera no campo “Bio”, isto é, nas questões que envolvem o homem, seja no plano da Moral (Bioética) ou no plano do Direito (Biodireito).

2 BIOÉTICA: CONCEITOS EXISTENTES

"Juro [...] aplicar os tratamentos para ajudar os doentes conforme minha habilidade e minha capacidade, e jamais usá-los para causar dano ou malefício. Não dar veneno a ninguém, embora solicitado a assim fazer, nem aconselhar tal procedimento [...] Nas casas em que ingressar apenas socorrer o doente, resguardando-me de fazer qualquer mal intencional, especialmente ato sexual com mulher ou homem, escravo ou livre. Não relatar o que no exercício do meu mister ou fora dele no convívio social eu veja ou ouça e que não deva ser divulgado, mas considerar tais coisas como segredos sagrados. Então, se eu mantiver este juramento e não o quebrar, possa desfrutar honrarias na minha vida e na minha arte, entre todos os homens e por todo o tempo; porém, se transigir e cair em perjúrio, aconteça-me o contrário".

Juramento de Hipócrates

(tradução de Bernardes de Oliveira)

Neste primeiro capítulo, procuro contextualizar o surgimento da Bioética, relacionando-a com a globalização e seus desdobramentos, dando ênfase à atual situação brasileira. Apresento, ainda, um breve histórico da preocupação bioética no sentido de mostrar que ela se dirige principalmente à vida humana. Em seguida, abordo algumas das mais influentes tentativas de conceituá-la, levando em conta suas características e finalidade. Por fim, apresento apontamentos sobre o objeto

formal e o objeto material da Bioética, bem como sobre o Biodireito e a parte da legislação brasileira sobre temas que envolvem a vida humana.

2.1 Origem da Bioética

O termo Bioética é uma terminologia nova que surgiu há menos de quatro décadas e desde então vem sendo empregado frequentemente nas mais diversas áreas, com vários sentidos. É difícil explicar o histórico da preocupação bioética, pois não há um marco único para seu surgimento, que se deu no contexto das descobertas científicas e tecnológicas que influenciaram a vida humana e o meio ambiente.

A preocupação Bioética incide sobre as questões em torno da vida, tais como: o seu início e fim, proteção, qualidade e saúde. A Bioética enfrenta a dificuldade ética de se estabelecer limites à conduta não só dos pesquisadores e profissionais que trabalham com essas questões, mas também de todos os seres humanos. Ela assumiu grande importância tanto no meio acadêmico quanto na prática das mais diversas áreas como, por exemplo, Medicina, Enfermagem, Filosofia, Direito, Sociologia e Biologia.

Hoje o seu âmbito de incidência se amplia cada vez mais. Há várias publicações periódicas, livros e doutrinas explicativas. Foram criadas sociedades e comitês para seu estudo. A Bioética foi inserida como disciplina nas cátedras das universidades de quase todo o mundo, nas quais são promovidos eventos acadêmicos que tratam dos seus mais variados enfoques, dirigidos às mais diferentes especialidades.

Embora sua emergência e constituição como um saber autônomo sejam recentes, pode-se dizer ser antiga a preocupação em torno de uma ética referente aos problemas da vida, sobretudo no âmbito da Medicina. Veja, por exemplo, a preocupação de Hipócrates (460-370 a.C.). De acordo com o juramento hipocrático, o exercício da Medicina deveria assegurar a vida e beneficiar o paciente, devendo o médico ser responsável e ter consciência dos problemas éticos. Este juramento influenciou, e continua influenciando, a prática médica, sendo muito importante para o surgimento da deontologia médica.

O autor do termo “ética médica” foi o médico inglês Thomas Percival que, em 1803, ao sistematizar algumas normas éticas para os médicos ingleses, empregou o termo pela primeira vez, ficando, por isso, conhecido como o “Pai da Ética Médica Moderna”. A partir de sua obra, deve-se destacar que, ainda no século XIX, surgiram os primeiros conselhos médicos e códigos deontológicos, que sintetizaram desde valores inspirados na ética hipocrática até questões em torno da vida e da saúde humana na Medicina.

A deontologia (*déon* = necessidade, e *logia* = doutrina) médica é o conjunto de regras que estabelece os direitos e deveres no exercício da Medicina, da relação dos médicos com seus pacientes e com os demais profissionais de saúde, prevendo punições no caso de infrações¹.

Uma vez que a deontologia médica é restrita aos profissionais da Medicina, seu código normativo é particular, ou seja, ele é insuficiente² para solucionar os problemas que surgem em virtude das inovações decorrentes do desenvolvimento das ciências biotecnológicas e biomédicas, que alteraram os fatores socioculturais e históricos de modo geral.

A Bioética não é restrita a determinados profissionais (conforme acontece na deontologia médica), pois visa a promover a argumentação ética para todas as pessoas. Sua história no século XX tem como um dos momentos importantes experiências realizadas durante a Segunda Guerra Mundial (1933 a 1945) pelos nazistas. Palácios, Rego e Schramm (2002) apresentam alguns fatos que as ilustram:

Hitler incluiu políticas públicas “eugenistas” e racistas nas instituições médicas alemãs que chegaram a fazer seres humanos de cobaias para experiências científicas e a pregar a eugenia como forma de assegurar a superioridade da raça ariana. Outro fato relevante foi a publicação da lei alemã de 14 de julho de 1933 sobre a esterilização, conhecida como Lei para a Prevenção contra uma Descendência Hereditariamente Doente (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*), que estabeleceu uma ligação estreita entre médicos e magistrados através do Tribunal de Saúde Hereditária (*Erbgesundheitsgericht*). Essa lei foi

¹ Deve-se lembrar que a deontologia médica brasileira está prescrita no Art. 6º do Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina que entrou em vigor no dia 13 de abril de 2010.

² Nesse sentido, Junges afirma que, hoje, os desafios na área da saúde são tão diversos e complexos que a Ética médica hipocrática não consegue responder a eles. A Bioética, como um saber mais global e interdisciplinar, veio para substituir a Ética médica tradicional (JUNGES, 1999, p. 14).

complementada, em 1935, pelas Leis de Nuremberg: Lei da Cidadania do Reich e Lei para a Proteção do Sangue e da Honra Alemãs, relativas, sobretudo, às populações judias e ciganas e à interdição do casamento entre pessoas de diferentes raças.

Além disso, houve a publicação da circular de outubro de 1939 sobre a eutanásia, estabelecendo que os doentes incuráveis deveriam ser considerados vidas que não valiam a pena serem vividas e criando seis institutos para a prática da eutanásia.

A eutanásia era realizada por injeção de morfina-escopolamina ou, quando ineficaz, por sufocamento em câmaras de gás por meio de monóxido de carbono e inseticida Zyklon B, sendo decidida e controlada por médicos. A partir de 1941, os métodos que eram usados na prática da eutanásia foram empregados em campos de extermínio.

O governo nazista financiou, com recursos públicos, pesquisas específicas em seres humanos com o mero fim de investigação, que chegaram a provocar doenças em indivíduos que antes não eram portadores. Essas pesquisas, bem como os programas de extermínio e a prática de políticas eugenistas, contaram com a participação tanto de médicos quanto de juristas nazistas desde seu planejamento até a execução. Assim, o Estado Totalitário Alemão garantia a legitimidade científica e moral dessas ações.

Esses fatos causaram muito sofrimento às pessoas que foram vítimas dessa prática desenfreada e do mau uso dessas técnicas de pesquisa. Vislumbra-se que não houve qualquer limitação às experimentações contra os seres humanos, os quais foram utilizados como objetos (cobaias).

A partir deles, houve o despertar para o questionamento sobre a legitimidade da prática das experimentações e inovações científicas, principalmente quando interferentes na vida humana. Também ocorreu a ampliação dos espaços sociais para as discussões, principalmente sobre avaliação dos benefícios ou malefícios antes ou depois das pesquisas.

Após o fim da Segunda Guerra, em resposta a essas atrocidades foi realizado, entre 1946 e 1947, o Julgamento de Nuremberg, em que várias autoridades do regime nazista foram julgadas, dentre elas alguns dos médicos que realizaram as já mencionadas pesquisas.

A indignação causada pela crueldade extrema que predominou durante o nazismo levou a própria comunidade científica a estabelecer limites para si mesma. Uma das consequências importantes do pós-guerra foi a criação do Código de Nuremberg, no qual foram estipuladas as primeiras regras para experiências científicas a serem realizadas em seres humanos.

O Código de Nuremberg é considerado o documento *mater* da Bioética. A partir dele, a humanidade passou a preocupar-se com o perigo de se fazer ciência de maneira irresponsável e com a necessidade de assegurar a vida, que não pode ser desrespeitada em detrimento de descobertas científicas ou vantagens tecnológicas. O conteúdo ético nele presente serviu de referência inclusive para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em 1948. O Código de Nuremberg já foi revisto e modificado algumas vezes, tendo sido fixados limites mais detalhados para os experimentos médicos com seres humanos e ampliadas suas garantias. A primeira revisão foi realizada pela Organização Mundial de Saúde, em 1964, durante a 18ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Helsinki. Novas alterações foram realizadas nas reuniões de Tóquio, em 1975; de Veneza, em 1983; de Hong Kong, em 1989; de Somerset West, em 1996; e, por fim, de Edimburgo, em 2000.

Outros fatos importantes exigiram avaliações dos experimentos científicos, da prática médica e da indisponibilidade da vida humana. Apenas os casos mais importantes e de grande repercussão, sobretudo os que ocorreram nos Estados Unidos, na década de 60, por terem contribuído, em grande medida, para o desenvolvimento da Bioética, serão mencionados (RODRIGUES, 2006, p. 87-99).

No início dos anos 60, foi inventado, por Scribner, um aparelho capaz de realizar hemodiálise renal. O número de pessoas que queria ser submetido ao tratamento era superior ao número de aparelhos. Assim, foi criado um comitê em Seattle para decidir os critérios de seleção a serem utilizados na escolha dos que seriam submetidos ao referido tratamento.

Outro fato relevante foi a publicação no *New England Journal of Medicine*, em 1966, pelo professor da Universidade de Harvard, Henry Beecher, de um trabalho que demonstrou que pesquisas médicas eram realizadas com métodos que violavam a ética.

No plano do Direito, chamou-se atenção para a discussão sobre a morte cerebral provocada pelos primeiros transplantes de coração, destacando-se o

conhecido caso Karen Ann Quinley. Nele, a família da jovem Karen Ann Quinley, de 21 anos, que estava internada em estágio de coma profundo, solicitou através de um processo judicial o desligamento dos aparelhos que a mantinham viva, mas o juiz que proferiu a sentença (1975) indeferiu o pedido. Inconformados, os pais recorreram ao Tribunal Supremo de New Jersey, que autorizou o desligamento do respirador artificial que a mantinha viva, após os esclarecimentos do Comitê de Ética do Hospital Saint Claire de New Jersey. Este comitê teve de ser criado para atender às solicitações do Tribunal sobre o quadro da paciente e sua possibilidade de recuperação³.

Casos como os mencionados acima contribuíram para a criação de mecanismos de controle em pesquisas e tratamentos e ensejaram uma discussão sobre os direitos dos enfermos. Um dos primeiros documentos que teve este objetivo foi a Carta dos Direitos dos Enfermos, conhecida por ter introduzido a ideia de consentimento informado, aprovada pelos hospitais dos Estados Unidos em 1970.

Em 1969 foi fundado, por Daniel Callahan, o Hastings Center em Nova York, com intuito de discutir e desenvolver soluções éticas, recomendações e políticas a fim de influenciar o governo americano em suas respostas às controvérsias que emergem com o avanço da Biomedicina e da Biotecnologia, ou seja, nos problemas da Bioética.

A institucionalização de centros e de comitês de ética em vários hospitais nos Estados Unidos impulsionou a formação da Bioética que primeiramente se expandiu para os países europeus, mas atualmente está presente nas variadas partes do mundo. Diante da pluralidade de contextos culturais, a Bioética desenvolveu características próprias em cada um deles.

³ No Brasil é a Resolução nº 196, de 1996, do Conselho Nacional de Saúde Brasileiro que institui a obrigatoriedade de comitês de ética em pesquisa nos institutos bem como nas instituições de ensino e pesquisa que utilizam seres humanos.

2.1.1 Origem do Neologismo Bioética

A preocupação bioética já era veemente, mas o termo Bioética ainda não era utilizado. O neologismo Bioética foi utilizado,⁴ em 1970, pelo biólogo e oncologista, Van Rensselaer Potter, pesquisador e professor no laboratório McArdle da Universidade de Winsconsin nos Estados Unidos, no artigo *Bioética: Ciência da Sobrevivência (Bioethics: the Science of Survival)*.

Entretanto, somente se popularizou em 1971 com a publicação do seu livro: *Bioética: a ponte para o futuro (Bioéthics: Bridge to the Future)*, que apareceu na mídia pela primeira vez em 19 de abril de 1971, no artigo publicado na revista *Time* intitulado *Man into superman: the promise and peril of the new genetics*, no qual o livro de Potter foi citado. A dedicatória foi feita a Aldo Leopold, professor da mesma instituição, pioneiro na pesquisa da ética ecológica, que serviu como base para a Bioética ambiental de Potter.

A proposta de Potter (1971), neste primeiro momento de seu trabalho, era situar a Bioética como a “ciência da sobrevivência humana”. O pesquisador a definiu como “a ponte entre a ciência e as humanidades”, propôs o termo Bioética como forma de enfatizar “os dois componentes mais importantes para se atingir uma nova sabedoria, que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos”.

Para Potter, *bio* representava o conhecimento biológico; enquanto *ética*, o sistema de valores humanos. A Bioética, diante das ameaças à vida humana e ao meio ambiente, seria uma ponte entre o conhecimento científico e a preservação da vida no nosso planeta, entre as ciências biológicas e a ética.

Neste mesmo ano, André Hellegers, obstetra holandês, da Universidade de Georgetown, empregou o termo na fundação de um instituto, então denominado Instituto Joseph e Rose Kennedy para o Estudo da Reprodução Humana e da Bioética (*Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction*

⁴ No artigo intitulado *Bioética: das origens à prospecção de alguns desafios contemporâneos*, Leo Pessini alerta sobre a autoria do neologismo: “é importante registrar que existe um outro pesquisador que reivindica a paternidade do termo bioética. É o obstetra holandês André Hellegers, da Universidade de Georgetown, em Washington, D.C. que, seis meses após a aparição do livro pioneiro de Potter, *Bioethics: Bridge to the future*, utiliza esta expressão no nome de um novo centro de estudos: Joseph and Rose Kennedy Institute of Human reproduction and Bioethics.” (PESSINI, 2005, p. 308).

and Bioethics). Posteriormente, o termo Bioética foi retirado do nome deste instituto, cuja denominação atual é Instituto Kennedy de Ética (*Kennedy Institute of Ethics*) e cuja criação vem sendo considerada de extrema importância para a expansão da Bioética, pois foi o primeiro Centro Nacional de Pesquisa sobre Bioética como também o primeiro programa de pós-graduação em Bioética do mundo.

A abordagem da Bioética proposta por Hellegers foi muito diferente da de Potter. Aquele abandonou o viés ambiental deste, tendo restringido a Bioética à ética aplicada ao âmbito da Medicina e das Ciências Biológicas. Para Hellegers, o termo deveria ser utilizado apenas para se referir à ética da vida humana. Sua principal preocupação diante do avanço das Ciências Biológicas é com o ser humano e ao que ele se relaciona.

Segundo Pessini (2005), a Bioética no momento do seu nascimento tem uma dupla paternidade e um duplo enfoque. De um lado, temos problemas de macrobioética, com inspiração na perspectiva de Potter; de outro, problemas de microbioética ou bioética clínica, baseada na visão de Hellegers⁵.

Ainda no início dos anos 70, foi criada pelo Congresso dos Estados Unidos, numa reação institucional aos abusos cometidos nas pesquisas com os seres humanos acima descritas, a Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Biomédica e Pesquisa Comportamental (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*), que teve como proposta uma pesquisa e um estudo completo que identificassem os princípios éticos básicos que deveriam nortear a experimentação em seres humanos nas Ciências do Comportamento e na Biomedicina.

O Congresso norte-americano também solicitou a elaboração, no prazo de quatro meses, de um relatório sobre a pesquisa envolvendo fetos humanos. Os membros dessa Comissão deram atenção primeiramente a essa solicitação e retomaram a pesquisa dos princípios éticos básicos somente após sua conclusão. (PESSINI, 2002, p.10).

Após quatro anos de discussão, em 1978 os doze membros da comissão publicaram um documento que ficou conhecido como Relatório Belmont (*Belmont Report*), no qual foram estabelecidos como básicos três princípios: o respeito pelas pessoas (autonomia), a beneficência e a justiça.

⁵ Vários autores afirmam que o sentido atribuído por Hellegers é o que tem prevalecido (FABRIZ, 2003, p. 74); (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 9).

A abordagem metodológica dos problemas envolvidos na pesquisa em seres humanos com a publicação do Relatório de Belmont passa a ter um novo estilo ético. As questões éticas são analisadas a partir desses três princípios com os procedimentos práticos deles consequentes, não mais a partir da letra dos códigos e juramentos.

Nesse sentido, Pessini lembra que para os membros da comissão que publicaram o Relatório de Belmont:

Os códigos, não obstante sua utilidade, não eram operativos, pois “suas regras são freqüentemente inadequadas em casos de situações complexas”. Além disso, os códigos apontam para a utilização de normas que em casos concretos podem conflitar, resultando na prática “difíceis de interpretar e de aplicar”. É claro que a comissão dispunha de documentos, tais como o Código de Nuremberg (1947) e a Declaração de Helsinque (1964), entre outros, mas considerou o caminho apontado pelos códigos e declarações de difícil operacionalização. (PESSINI, 2002, p. 10).

Portanto, essa comissão identificou três princípios éticos mais globais, quais sejam a autonomia, a justiça e a beneficência⁶, considerando-os base sobre a qual deveriam ser formuladas, criticadas e interpretadas as demais regras específicas. (PESSINI, 2002, p 10).

A esses três grupos de princípios, Beauchamp e Childress acrescentaram o princípio da não-maleficência, isto é, um grupo de normas para proporcionar benefícios contra riscos e custos. Para esses pesquisadores, o respeito à autonomia seria uma norma sobre o respeito às decisões das pessoas; enquanto a não-maleficência, uma norma que previne que se provoque dano; e por último a justiça, um grupo de normas para distribuição justa. (BEAUCHAMP E CHILDRESS, 2002, p. 56).

Outro marco importante foi a publicação da 1ª edição da Enciclopédia de Bioética, coordenada por Warren Reich⁷. Nesse trabalho, Bioética foi definida como

⁶ O princípio da beneficência visa a promover o bem, em relação ao paciente ou à sociedade, evitando-se o mal. O princípio da autonomia refere-se ao respeito que se impõe à autodeterminação humana, fundamentando a aliança terapêutica entre médico e paciente e o consentimento a diversos tipos de tratamentos colocados a seu serviço. O princípio de justiça relaciona-se à justa distribuição dos benefícios dos serviços de saúde, resumindo-se na obrigação de igualdade de tratamento, respeitadas as diferenças de situações clínicas, evidentemente, bem como proporcionalidade das intervenções (MEIRELLES, 2001, p. 89).

⁷ O teólogo católico Warren Reich foi um dos colaboradores da fundação do *Kennedy Institute of Ethics*, editor das duas primeiras edições da Enciclopédia de Bioética. Até agora foram publicadas três edições da *Encyclopedia of Bioethics* (1978, 1995 e 2004). Mas a última delas teve Stephen Post como editor-chefe.

“o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto esta conduta é examinada à luz de valores e princípios morais” que “abarca a ética médica, porém não se limita a ela. A ética médica, em seu sentido tradicional, trata dos problemas relacionados a valores que surgem da relação entre médico e paciente” (REICH, 1978 *apud* PESSINI, 2005, p. 315). Assim, de acordo com essa definição, a Bioética constituiria um conceito mais amplo que a deontologia profissional médica.

Na segunda edição, a Bioética foi definida por Reich (1995) como o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão moral, decisões, conduta e políticas –, das ciências da vida e atenção à saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar.

Na última das edições publicadas, Stephen Garrard Post, que foi indicado pelo próprio Warren Reich para substituí-lo na chefia da 3ª edição, não altera a definição presente na edição anterior. Para Post, a Bioética é considerada o exame moral interdisciplinar e ético das dimensões da conduta humana nas áreas das ciências da vida e da saúde (POST *apud* PESSINI, 2005, p. 316).

Logo após a primeira publicação da Enciclopédia de Bioética, David Roy (1979), diretor do Centro de Bioética da Universidade de Montreal, definiu Bioética como o estudo interdisciplinar do conjunto “das condições exigidas para uma administração responsável da vida humana, ou da pessoa humana, tendo em vista os progressos rápidos e complexos do saber e das tecnologias biomédicas” (ROY, 1979, p. 59-75).

A concepção restritiva de autores como Warren Reich e David Roy, vinculados ao Instituto Kennedy de Ética, relaciona a Bioética apenas às questões referentes às ciências da vida e à área da saúde. Essa concepção também foi adotada pela base de dados *Bioethicsline*, serviço de informações bibliográficas vinculado à Biblioteca Nacional de Medicina (*National Library of Medicine*), localizado e mantido pela Universidade Georgetown, de Washington, que definiu Bioética como “um ramo da ética aplicada que estuda as implicações de valor das práticas e desenvolvimentos das ciências da vida e da medicina”. (BIOETHICS TREASURUS *apud* GOLDIN, 2005, p. 97-98)

As definições acima apresentadas foram criadas baseadas muito mais na microbioética de Hellegers que na concepção de Potter. Este pioneiro em Bioética,

em 1998, propôs três estágios na evolução de seu conceito de Bioética, que vão desde a criação do neologismo até a defesa da Bioética como disciplina sistêmica.

O primeiro estágio que se refere ao seu conceito original, proposto em 1970, foi denominado “Bioética Ponte”, devido ao caráter interdisciplinar que englobava os problemas ambientais, o interesse ecológico pelo meio ambiente e a saúde.

No segundo estágio, que ocorre a partir de 1988, denominado “Bioética Global”, Potter atualiza seus primeiros estudos sobre Bioética, concedendo-lhe um caráter mais abrangente. Além disso, estende seu objeto a outras disciplinas e procura englobar todos os aspectos relativos à vida, em busca de uma ética global.

O terceiro estágio, “Bioética Profunda”, iniciou-se em 1998. Potter objetivou com ele resgatar sua reflexão original, a fim de manter a proposta abrangente e humanizá-la na perspectiva intercultural. Essa concepção foi também defendida por André Comte-Sponville (1997), para quem a Bioética surgiria da Ética e não da Biologia, tendo como objeto o comportamento do homem perante seu semelhante, assim como perante toda a humanidade.

Conforme acabo de ressaltar, há dúvidas a respeito da autoria da primeira definição de Bioética, pois há quem defenda o pioneirismo de Potter, enquanto outros defendem o de Hellegers. Não se trata apenas de procurar uma autoria para o neologismo. Cumpre observar que as definições e os enfoques apresentados são muito diferentes uns dos outros, mas mesmo assim foram bastante importantes para o desenvolvimento da Bioética, pois a partir deles outros foram elaborados.

Desde o final dos anos 90, as discussões bioéticas ganham cada vez mais importância no cenário do mundo democrático, globalizado e informatizado, sobretudo por causa do progresso tecnocientífico e biomédico. Vários autores criaram novas definições e enfoques alternativos à Bioética. Hoje as definições são diversas, provindas de várias partes do mundo.

No Brasil, Clotet (1994) afirmou que, partindo do conceito de ética aplicada, como aproximação dos princípios da ética num caso ou problema específico, a Bioética poderia ser definida como a abordagem dos problemas éticos ocasionada pelo avanço extraordinário das Ciências Biológicas, Bioquímicas e Médicas.

A ética aplicada (*lato sensu*) consistiria no estudo dos aspectos éticos de um problema pessoal ou social. A ética aplicada é a deliberação sobre os aspectos éticos com repercussão individual ou coletiva no dia a dia da humanidade. Já a ética aplicada (*stricto sensu*) seria a arte da filosofia prática cujo objetivo é considerar e

avaliar a conduta por meio de regras, princípios, valores, ideais, razões, ocupando-se também da reflexão que visa o agir correto num tema de importância capital para o bem-estar ou sobrevivência da humanidade ou de um grupo social determinado. Marco Segre (1995) afirmou que a Bioética é uma parte da Ética, ramo da Filosofia, que enfoca as questões referentes à vida e à saúde humana.

Por outro lado, para Hubert Lepargneur, é uma disciplina prática, cujo fim é conseguir o consenso máximo, em matéria de duvidosos desafios na área da saúde humana, para elaborar e implementar normas de ação (LEPARGNEUR, 2004, p.19). Maria de Fátima e Bruno Torquato afirmam que é a disciplina que estuda os aspectos éticos dos profissionais de saúde e da Biologia, avaliando suas implicações na sociedade e relações entre os homens e entre esses e outros seres vivos (FREIRE DE SÁ; TORQUATO, 2009, p. 6). Gilberto Goldim defende que a Bioética deve ser compreendida como reflexão complexa, interdisciplinar e compartilhada sobre a vida e o viver (GOLDIM, 2009, p.59).

Da exposição dos vários conceitos apresentados, constato que Bioética é um conceito ainda em construção. No seu processo de formação conceitual vem ocorrendo distorções, o que se evidencia, por exemplo, em seu verbete na Enciclopédia de Bioética (*Encyclopedia of Bioethics*), que contém 16 páginas informando a dificuldade de defini-la. Porém, já é possível perceber alguns de seus contornos ou, pelo menos, dos problemas relacionados à sua delimitação.

A Bioética ora é considerada disciplina e área de conhecimento, ora como processo caracterizado por analisar a implicação dos avanços científicos na vida humana. Entretanto, alguns autores defendem que sua abrangência é ampliada a qualquer forma de vida animal ou vegetal, compreendendo todo o meio ambiente.

Toda disciplina autônoma possui um objeto material e um objeto formal que

normalmente são considerados “objetos do conhecimento” (*objecta scientiac*). O objeto formal (*objecta acceptum*) é aquele que se alcança diretamente e essencialmente (ou naturalmente) pelo “poder” e pelo “ato”. Por meio do objeto formal se alcança o objeto material (*materialiter acceptum*), que é simplesmente o termo para o qual se aponta o “poder” ou “ato” do conhecimento por meio do objeto formal (FERRATER MORA, 2004, p. 2129-2130).

A diferença entre ambos se fundamenta na diferença entre o conhecimento enquanto conhecido e o objeto do conhecimento que, em algumas situações, também pode ser denominado de sujeito. A partir de Kant, o termo “objetivo” passa a

designar o que não reside meramente no sujeito. Assim, o objeto é equiparado à realidade objetiva que pode ser declarada cognoscível, em contraposição ao sujeito, que visto “de fora” é um objeto, mas visto “de dentro” é o que conhece. Desse ponto de vista, na distinção mencionada, o objeto material é o que é conhecido; e o objeto formal, o que se apreende primariamente no objeto formal (FERRATER MORA, 2004, p. 2130).

No caso da Bioética, o objeto material diz respeito a qual conteúdo a preocupação Bioética se dirige; enquanto o segundo, ao modelo explicativo a ser adotado, à tomada de decisão em caso de conflito. A identificação desses objetos é um grande problema. Nesta pesquisa serão expostas apenas as principais possibilidades de objetos.

Por um lado, no que diz respeito ao enfoque, percebem-se também duas tendências: uma mais pragmática, que vê a Bioética como um conjunto de cânones para solução de problemas práticos; enquanto outra, mais teórica, entende-a como ciência. Voltarei a esse tema na próxima seção, quando tratarei dos modelos explicativos.

Por outro lado, no que diz respeito à amplitude do objeto material, há duas tendências: uma que tende a ampliá-lo e outra que tende a restringi-lo. A primeira delas entende que a Bioética deve abordar todas as questões ligadas ao meio ambiente, enquanto a segunda restringe a abordagem às questões ligadas à vida humana, deixando para a Ética ambiental os problemas que não dizem respeito ao homem. Essas duas tendências são incompatíveis, gerando o problema que será examinado na seção *2.2.1 Problema da Bioética: seu objeto material*.

2.1.2 O objeto formal da Bioética: modelos explicativos em Bioética

Os modelos explicativos em Bioética são modelos de justificação que orientam a solução de conflitos bioéticos. A principal diferença entre eles diz respeito à maneira com que os autores, profissionais e pesquisadores buscam as possíveis soluções. Uma das consequências dessa falta de unanimidade foi o desenvolvimento de diferentes concepções de Bioética, decorrentes dos modelos explicativos.

A interpretação da Bioética pode ser feita tanto na perspectiva individualista, isto é, a partir do viés de uma ética do indivíduo considerado em si mesmo, sendo a abordagem de cada caso individualizada a fim de que se encontre uma solução específica, quanto na perspectiva comunitarista, de uma ética solidarística, na qual os casos são tratados a partir de princípios gerais.

Hryniewicz e Sauwen afirmam que os pesquisadores da tradição anglo-saxônica tendem para a primeira interpretação; enquanto pesquisadores da Europa Continental, para a segunda. Para os anglo-saxônicos, de acordo com essa divisão, no Brasil seria adotada a perspectiva comunitarista, pois nosso país é herdeiro cultural da tradição européia (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p.16).

Entretanto, a Bioética não se restringe a uma das duas perspectivas apresentadas. A Bioética tem, ou melhor, deveria ter tanto o viés ético/individualista, abordando os casos, quanto o viés comunitarista, abordando os princípios gerais que regem os casos. Além disso, não é pelo fato de o Brasil possuir uma tradição da Europa Continental que necessariamente a segue em tudo. Assim, a meu ver, não se pode afirmar que a Bioética brasileira é influenciada apenas pelo modelo europeu-continental.

A primeira edição do livro *Princípios de Ética Biomédica (Principles of Biomedical Ethics)*, dos autores Tom Beauchamp e James Childress foi publicada no final de 1977. Eles inauguraram nos Estados Unidos um novo paradigma para se pensar as questões éticas no Campo da Saúde e da Medicina, conhecido como Principlismo. Nesse livro apresentam três modelos de justificação, a saber: o Dedutivismo, o Indutivismo e o Coerentismo. No primeiro deles, os princípios são aplicados de forma dedutiva aos casos. No segundo, são estabelecidos casos paradigmáticos que servem como referenciais indutivos para os novos casos. No último modelo, o explicativo, é proposta a utilização conjunta dos modelos anteriores, conciliando-se, então, os princípios e os casos.

Nessa obra, os três princípios contidos no Relatório de Belmont foram transformados em quatro. Com isso, o princípio da beneficência é distinguido do princípio da não-maleficência (PESSINI, 2002, p.11).

Portanto, o Principlismo traduz a ética contida no Relatório Belmont. Seus defensores consideram que a ação humana deve ser baseada: 1) no princípio do respeito à autonomia que exprime a capacidade do indivíduo de decidir por si próprio, implicando o direito à informação e a ausência de coação e

consequentemente a não aceitação de que influências externas determinem a ação; 2) no princípio da não-maleficência, aplicado principalmente na Medicina a partir da máxima “antes de tudo não prejudicar” (*primum non nocere*), pela qual o médico tem o dever de não infligir o mal aos seus pacientes; 3) no princípio da beneficência, que consiste em fazer o bem para os outros, o que no plano médico requer a avaliação dos benefícios e riscos para os pacientes; 4) no princípio da justiça, que implica o tratamento equitativo para todos (PARIZEAU, 2007, p.168).

Beauchamp e Childress ampliaram a incidência dos princípios éticos gerais, que, além de serem aplicados às questões éticas levantadas pela pesquisa em seres humanos, também passaram a ser aplicados aos problemas das práticas clínico-assistenciais.

Leo Pessini alega que Beauchamp e Childress entendem a ética biomédica como uma “ética prática” no sentido de que o específico dela é aplicar os princípios éticos gerais aos problemas da prática médico-assistencial. Além disso, Pessini aponta a diferença de convicções filosóficas e éticas desses autores: o primeiro é utilitarista, enquanto o segundo é deontologista. Essa diferença traz dificuldade e divergência na justificação (ou fundamentação) dos quatro princípios.

Entretanto, para Beauchamp e Childress, isso é uma vantagem, pois o utilitarismo e o deontologismo acabaram formulando normas similares ou idênticas. Embora possam existir divergências em relação aos aspectos teóricos da ética, em ambos pode-se adotar o sistema de princípios e chegar a decisões idênticas em casos concretos (PESSINI, 2002, p.11-12).

Beauchamp e Childress visam a uma estrutura para o julgamento moral e para a tomada de decisão que acompanhe o desenvolvimento científico, tecnológico e social, ocorridos no meio do século XX, nas Ciências Biológicas e nos cuidados da saúde. Para os autores, a teoria ética pode iluminar os problemas que envolvam questões ligadas à saúde, ajudando a superar as limitações das formulações anteriores da responsabilidade ética. Mas alertam que os leitores de sua obra não devem esperar que uma teoria possa alcançar uma perspectiva universalmente aceita e superar todas as limitações, tanto de espaço como de tempo (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, 17). Em relação à moralidade e à teoria ética, consideram que:

Ética é um termo genérico para várias formas de se entender e analisar a vida moral. Algumas abordagens da ética são normativas (isto é, apresentam padrões de ações boas e más), outras são descritivas (relatando aquilo em que as pessoas acreditam e como elas reagem) e outras, ainda, analisam os conceitos e os métodos da ética (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.18).

A partir dessa classificação, Beauchamp e Childress denominam de ética prática a tentativa de descobrir as implicações de teorias gerais para formas específicas de conduta e julgamento moral. Além disso, salientam que se preocupam principalmente em interpretar princípios e desenvolver diretrizes morais gerais para as áreas biomédicas, isto é, para as Ciências Biológicas, a Medicina e o cuidado com a saúde em geral, mas não deixam de examinar os motivos e o caráter moral. Portanto, procuram buscar soluções para os problemas e as controvérsias éticas das pessoas por meio dos princípios.

O Dedutivismo, o Indutivismo e o Coerentismo foram avaliados por Beauchamp e Childress da seguinte forma:

O primeiro aborda a justificação de uma perspectiva que enfatiza as normas morais e gerais e a teoria ética como base apropriada para chegar a julgamentos morais corretos. O segundo aborda a justificação de uma perspectiva que enfatiza a tradição moral, a experiência e o julgamento como as bases tanto das normas gerais como da teoria. O terceiro modelo rejeita atribuir prioridade tanto a uma estratégia como à outra. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 29).

O modelo do preceito da abrangência (Dedutivismo) sustenta que os julgamentos morais justificados são deduzidos de preceitos normativos que abarcam o julgamento. A justificação ocorre somente se as regras gerais, os princípios gerais e os fatos relevantes da situação apóiam uma inferência do julgamento correto ou justificado. Portanto, esse modelo é uma aplicação “de cima para baixo” de preceitos gerais. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 29-30).

Uma das objeções dirigida a esse modelo é que sua utilização é possível apenas em casos que possam ser submetidos a uma regra ou um princípio, mas não funciona em casos complexos. Outra afirma que ele cria uma regressão potencialmente infinita da justificação, pois cada nível do recurso a um preceito de abrangência requer algum outro nível para justificá-lo. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 31-33).

De acordo com a divisão proposta, há ainda mais dois modelos de justificação: o Indutivismo e o Coerentismo. O primeiro deles, também denominado Modelo Casuístico, é utilizado, principalmente, no Direito Consuetudinário e no Pragmatismo.

O principal elemento deste modelo é a criação de soluções modelos⁸ para os conflitos bioéticos que são aplicados aos casos novos e particulares, a partir das analogias e comparações. Para se entender essa casuística, pode-se fazer uma analogia com o raciocínio utilizado pelas cortes de justiça inglesas (*common law*) e norte-americanas. Neles, os casos precedentes são utilizados como fonte de jurisprudência, servindo de modelo para os julgamentos.

O Indutivismo ressalta a importância da analogia, enfatizando que a história e a filosofia não produzem sistemas estáticos de normas morais; pois, em decisões que implicam ponderação, os problemas podem passar a novas diretrizes de ação, mais refinadas. Nele, os consensos sociais e as práticas existentes são usados como ponto de partida, as normas e os julgamentos particulares são considerados parte da evolução da vida moral. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 33-36).

Por fim, o modelo Coerentista, também denominado Praxístico, tenta integrar os métodos Dedutivos e Indutivos, ou seja, utiliza conjuntamente os princípios e os casos paradigmáticos (provenientes da aplicação prática da Bioética) na justificação e solução dos conflitos.

Beauchamp e Childress defendem uma versão desse modelo, que incorpora partes importantes dos anteriores, pois acreditam que a justificação moral origina-se tanto indutivamente (de baixo para cima) como dedutivamente (de cima para baixo), movendo-se em ambas as direções. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 36). Segundo os autores:

Todos os sistemas morais apresentam algum grau de indeterminabilidade e incoerência, revelando que eles não têm o poder de eliminar vários conflitos contingentes entre princípios e regras. Entendidos dessa forma, a coerência e o equilíbrio reflexivo não são alcançados meramente por uma ausência de incoerências no sistema. A coerência é função do desenvolvimento posterior e do apoio mútuo entre as normas. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 33-36).

⁸ Deve-se ressaltar que a seleção dos casos paradigmáticos pode ter um forte componente ideológico se não for baseada na neutralidade do discurso conforme defendido nessa pesquisa.

Uma decisão a ser tomada com base nesse modelo poderia mudar de acordo com as circunstâncias, podendo prevalecer tanto os princípios quanto os casos precedentes. Com isso, não há prioridade entre uma das duas abordagens, pois elas se integram.

Conforme já mencionei, o objeto formal da Bioética diz respeito ao modelo de justificação a ser adotado na tomada de decisão em caso de conflito. Atualmente, há vários modelos explicativos, que enfocam desde a virtude, a autonomia, a pessoa, o contrato, o cuidado, a complexidade até o direito natural.

Tom Beauchamp e James Childress apresentam os seguintes critérios para a construção e verificação da validade de um modelo explicativo: clareza; coerência; completude; simplicidade; poder explicativo; poder justificativo; poder resolutivo; praticabilidade. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 60-62). Segundo os autores, com base nesses critérios os modelos de justificação podem ser avaliados e utilizados. Entretanto, essa análise exaustiva do objeto formal não será realizada, pois meu objetivo não é oferecer um conceito definitivo de Bioética, esgotando todas as possibilidades; mas, sim, oferecer contribuições para a construção de um conceito de Bioética que seja adequado ao Estado Democrático de Direito.

2.2 Apontamentos sobre o conceito de Bioética

Com o avanço e o desenvolvimento das pesquisas científicas e biomédicas, o termo Bioética, conforme já mencionei, foi redefinido por vários autores. Há uma diversidade de estudos e interpretações dos modelos explicativos e dos conceitos. Cada uma das propostas ressaltou um de seus aspectos, mas ainda hoje não se encontra unanimidade entre os bioeticistas sobre o que é Bioética e sobre quais seriam os seus objetos materiais e formais.

Portanto, há dissenso sobre o que se discute. Se, por um lado, o dissenso motiva o debate e representa a possibilidade de avançar a discussão, por outro é preciso que se estabeleça um consenso mínimo sobre o que faz parte do objeto da Bioética e de que forma esse objeto deva ser abordado, pois o dissenso generalizado pode gerar a esterilidade da discussão, que corre o risco de se perder ante a uma pluralidade ametódica de discussões.

O termo, embora bastante popular, pode ter diversos significados, conforme o contexto em que apareça ou o marco teórico que se adote. Embora existam diversas tentativas de conceituação da Bioética, ainda não há uma que se revele suficiente para um aprofundamento reflexivo, no que se refere à amplitude do termo, às definições e aos conceitos.

José de Souza Fernandes defende que se tenha presente um conceito crítico de Bioética, já que ele se encontra em fase de formação crítica e ainda é muito controverso entre os bioeticistas (FERNANDES, 2004, p.21).

Apesar dos avanços provenientes das pesquisas científicas ocorrerem contínua e interruptamente, modificando e ampliando rapidamente seu âmbito de incidência, a busca por este conceito está em construção.

É difícil encontrar uma conceituação específica para a Bioética, pois as culturas diferentes, de países diversos, têm diferentes concepções éticas, fato que também pode ocorrer entre os indivíduos de um mesmo grupo nas atuais sociedades plurais.

A Bioética trata da interferência na vida humana, caracterizando-se como uma matéria frágil e que demanda intensas discussões entre os diversos ramos da sociedade e da ciência. Também provoca reflexões sobre o agir humano, sobretudo na atualidade, nas sociedades modernas e complexas que lidam, de forma distinta, com os avanços tecnológicos e científicos, que rompem os limites do imaginável.

A Bioética, segundo Marie-Hélène Parizeau, cria um espaço de interação comunicacional no espaço público, aberto e pluralista, no qual as diferentes comunidades de pensamento podem discutir o sentido de suas crenças e valores que são postos em questão pelo desenvolvimento biomédico. (PARIZEAU, 2007, p.167). A Bioética relaciona-se à dificuldade de encontrar um código moral válido:

Apenas o encontro das várias áreas científicas não será capaz de conceber uma identificação precisa entre o *ethos* e *bios*, que venha possibilitar um código moral válido para tudo que se realiza nesse campo.

A bioética pode, então, no contexto contemporâneo, ser encarada como uma possibilidade que se proponha configuradora de um paradigma que possa viabilizar, a partir da comunicação, um novo discurso sobre a vida – compreendida em seus vários aspectos -, que se estabeleça como um novo *ethos*, em resposta à dogmática do discurso científico moderno, em deflação. (FABRIZ, 2003, p. 86).

Mesmo com a expansão de estudos interdisciplinares em busca da consolidação e do esclarecimento desse campo de conhecimento, ainda há a

necessidade de se estabelecer um conceito para a Bioética, ainda que genérico, para abranger a pluralidade de concepções éticas existentes, englobando, a partir do discurso, as mais diversas áreas do conhecimento que a ela se relacionam.

Com o estabelecimento de um conceito, tende-se a evitar as distorções e adjetivações como Microbioética, Macrobioética, Bioética Clínica, Bioética Prática que atualmente estão sendo empregadas. Essas adjetivações surgem principalmente pelo fato, conforme será mostrado na próxima seção, de o objeto da Bioética ser controverso.

2.2.1 Problema da Bioética: seu objeto material

A Bioética como disciplina autônoma, além de possuir um objeto formal, conforme já foi dito, também possui um objeto material. Esse diz respeito ao que a preocupação Bioética se dirige.

Há duas possibilidades de delimitação do objeto da Bioética: uma delas que é mais geral, e outra que é mais restrita. Na primeira delas, é defendido que o objeto da Bioética é amplo, ou seja, engloba todos os seres vivos do meio ambiente, o homem e os animais. Entretanto, essa perspectiva global é negada por quem adota a segunda possibilidade, que exclui o caráter geral, pois restringe o objeto apenas ao ser humano.

Com isso, quem defende a primeira possibilidade acredita que os homens e os animais são regidos por princípios iguais, enquanto para os defensores da segunda possibilidade os homens são regidos por princípios diferentes dos princípios que regem nossas condutas em relação aos animais.

Peter Singer, que trabalha na Universidade de Princeton nos Estados Unidos, em sua *Ética Prática*, considera que os homens e os animais são regidos por princípios iguais. O pesquisador diferencia a Ética deontológica da consequencialista, afirmando que na primeira a fundamentação é feita de um ponto de vista universal, a partir do qual o princípio implícito na conduta ética de colocar-se no lugar do outro, “amar os nossos semelhantes como amamos a nós mesmos” é definido como o imperativo Kantiano, “aja somente segundo a máxima através da qual você possa, ao mesmo tempo, desejar que ela se transforme numa lei

universal” (SINGER, 2009, p. 18). Na segunda delas, a escolha do curso de uma ação leva em conta a melhor consequência possível para todos os afetados, que só seria possível depois do exame de todas as alternativas (SINGER, 2009, p. 21).

Na tentativa de clarificar seu objeto, Peter Singer conceitua a ética de maneira negativa, negando os quatro conceitos a seguir mencionados. Em primeiro lugar, segundo o autor a ética não é uma série de proibições ligadas ao sexo, pois esse não colocaria qualquer questão moral específica e há problemas éticos mais importantes a serem considerados. A ética também não é um sistema ideal de grande nobreza na teoria, mas inapropriável na prática, pois a questão fundamental dos juízos éticos é orientar a prática. A ética não seria algo inteligível somente no contexto da religião, mostrando que basta observarmos os nossos semelhantes para vermos que o comportamento ético não exige a crença no céu e no inferno. Por último, diz que ética não é relativa ou subjetiva, pois há, ou deve haver, uma razoabilidade, um pensamento racional por trás das concepções éticas.

A partir dessas quatro negações, Singer conclui que a ética prática pode ter bases sólidas, devido ao fato de o raciocínio ético ser possível. Para o pesquisador, a ética deve ser um sistema capaz de ser submetido à prova da prática, não se cingindo a um plano ideal, tendo, portanto, os juízos éticos a função de orientar a prática.

Segundo Singer, viver de acordo com padrões éticos é acreditar que está agindo de modo correto, o que implica atribuir função de destaque à razão na decisão ética. Desse modo, é possível justificar e defender o modo como se vive. Ainda que tal justificativa seja criticada ou negada, bastaria a tentativa de justificação para que se pudesse falar em ética:

Todas (as caracterizações do ético) concordam que a justificação de um princípio ético não se pode dar em termos de qualquer grupo parcial ou local. A ética se fundamenta num ponto de vista universal, o que não significa que um juízo ético particular deva ser universalmente aplicável. [...] A ética exige que extrapolemos o “eu” e o “você” e cheguemos à lei universal, ao juízo universalizável, ao ponto de vista do espectador imparcial, ao observador ideal, ou qualquer outro nome que lhe dermos. (SINGER, 2009, p. 19).

Para Singer, a ética se fundamenta num ponto de vista universal, podendo se falar em um juízo universalizável. O papel da universalidade na ética é o ponto-base de entendimento e formação do pensamento, juízo e concepção ética. Pensar

eticamente significaria admitir que os interesses dos demais indivíduos, dos outros, dos próximos, têm o mesmo valor, o mesmo peso que os próprios interesses. Importa, pois, a compreensão e aceitação da igualdade entre os seres humanos para a concretização da ética, em sua plenitude.

Ao se fazer um juízo ético, deve-se ir além de um ponto de vista pessoal ou grupal e levar em consideração os interesses de todos os que forem por ele afetados, o que proporciona um princípio básico de igualdade: o princípio da igual consideração dos interesses. Esse princípio significa que, em nossas deliberações morais, devemos atribuir o mesmo peso aos interesses semelhantes de todos os que são atingidos por nossos atos (SINGER, 2009, p. 30).

A igualdade consistiria, assim, numa aplicação da universalidade, na consideração igual aos interesses de todos, em reconhecer o juízo universalizável, em considerarmos a todos, e seus interesses, na formação de nossas concepções, juízos e ações (SINGER, 2009, p. 32-33).

O princípio da igual consideração de interesses independe das aptidões e características dos seres humanos. O mesmo não ocorre com o princípio da igualdade de oportunidades, que recompensa os que têm sorte, os que herdam aquelas aptidões que lhes permitem desenvolver carreiras interessantes e lucrativas e castiga o desventurado cujos genes fazem com que lhe seja muito difícil alcançar o mesmo sucesso (SINGER, 2009, p. 49).

Assim, o ideal de igualdade fundado na igualdade de oportunidades é impróprio, posto que as oportunidades dependem diretamente de aptidões adquiridas, sexo, raça, escolaridade, ou seja, trata os desiguais de forma igual, o que não acarretará, em última análise, um fim igualitário.

A igual consideração de interesses é considerada por Singer o tipo de igualdade a se considerar no estudo da ética, posto que tal princípio afirma que todos os seres são, de fato, iguais. Esse princípio condena as formas de discriminação racial e sexual que atribuem menos importância aos interesses daqueles que sofrem a discriminação (SINGER, 2009, p. 56).

Ainda que seja o princípio da igual consideração dos interesses um princípio mínimo de igualdade, já que não impõe um tratamento igual, podendo resultar, inclusive, em tratamento não-igualitário, exerce função de destaque na Ética.

Para o autor, até a ética antropocentrista (centrada no homem) poderia fundamentar a defesa dos valores ambientais, porém defende o contrário. Diz que se limitar à ética centrada no homem seria um erro, pois:

as tradições hebraicas e gregas fizeram do homem o centro do universo moral; na verdade, não apenas o centro, mas, quase sempre, a totalidade das características moralmente significativas deste mundo. De acordo com a tradição ocidental dominante, o mundo natural existe para o benefício dos seres humanos. [...] Em si, a natureza não tem nenhum valor intrínseco, e a destruição de plantas e animais não pode configurar um pecado, a menos que, através dessa destruição, façamos mal aos seres humanos. Por mais terrível que seja essa tradição, ela não exclui o cuidado com a preservação da natureza, na medida em que esse cuidado esteja associado ao bem-estar humano (SINGER, 2009, p. 280- 283).

Por isso, numa visão absolutamente antropocentrista, o dano ao meio ambiente em que o ser humano vive pode ser prejudicial ao próprio ser humano. Por isso, é necessária uma preocupação igualmente absoluta com o meio ambiente. (SINGER, 2009, p. 284- 289).

Singer, com a justificativa de preservar os interesses das futuras gerações, defende que todas as coisas vivas sejam respeitadas e, ainda, que seja atribuído a elas o mesmo valor que damos às nossas próprias vidas. A preocupação do ser humano consigo é razão para a guarda e proteção do meio ambiente.

Considera o autor que a Ética de uma sociedade não pode deixar de contar a sobrevivência, sob pena de deixar de existir. Para Singer, a Ética ambiental considera que toda ação prejudicial ao meio ambiente é eticamente duvidosa, sendo, então, necessária a garantia à sobrevivência do próprio homem e a preservação do ambiente.

Assim, Singer propõe uma ética, denominada de Ética ambiental, que abranja todas as coisas vivas. Para o autor:

Um homem só será realmente ético quando obedecer ao dever que lhe é imposto de ajudar toda a vida que for capaz de ajudar e quando se der ao trabalho de impedir que se causem danos a todas as coisas vivas. [...] Para ele, a vida é sagrada enquanto tal. (SCHWEITZER apud SINGER, 2009, p. 295).

A Ética ambiental proposta por Singer possui um objeto material amplo, referindo-se à preocupação com a preservação de todos os seres vivos. Por isso, se diferencia da Bioética, na perspectiva da Microbioética, cujo objeto material restringe-se apenas aos homens.

Os autores que consideram o objeto material restrito defendem a diferenciação entre a Bioética e a Ética ambiental, afirmando que os princípios que regem os homens são diferentes dos que regem os demais seres vivos, sendo necessário separá-las. Com isso, as questões referentes aos demais seres vivos seriam reservadas à Ética ambiental.

Essa separação é controversa. Alguns autores, como os seguidores de Potter, defensores da Macrobioética, consideram que o objeto material é amplo, isto é, inclui todos os seres vivos, compreendendo a preocupação com os ecossistemas e a causa ambiental. Pessini, por exemplo, apresenta um conceito segundo o qual a Bioética:

Não se ocupa somente dos problemas éticos originados do desenvolvimento científico e tecnológico, mas também das condições que tornam o meio ambiente humano ecologicamente equilibrado na biodiversidade natural, e de todos os problemas éticos relacionados ao cuidado da vida e da saúde. Por isso tem como pressuposto básico o conceito de saúde integral entendido na perspectiva biológica, psicológica, social e ambiental, como o desenvolvimento das capacidades humanas essenciais que viabilizem uma vida longa, saudável e alcançável por todos, o quanto possível. (PESSINI, 2005, p. 322-323).

Entretanto, a Enciclopédia de Bioética adota a perspectiva da Microbioética, também conhecida como Bioética Médica Clínica, ignorando a perspectiva global de Potter, voltada à causa ecológica, reservando os temas dessa temática à Ética ambiental, conforme fez Singer.

Na próxima seção, será feita uma análise da Bioética, considerando que o ser humano é seu objeto e reservando-se, então, os demais objetos possíveis à Ética ambiental; pois, assim como não pretendi definir qual dos modelos explicativos é o mais adequado, não pretendo definir a amplitude do objeto material da Bioética. Portanto, considerarei essa uma questão aberta. Vou me concentrar no homem, porque ele é objeto da Bioética nas duas concepções. Entretanto, isso não significa que estou adotando a perspectiva da Microbioética.

2.3 Da Bioética ao Biodireito

Na tentativa de se distinguir a Bioética do Biodireito, é possível destacar algumas características entre eles. A Bioética tem o homem, simultaneamente, como sujeito e objeto de seu estudo. Baseando-se no fato de que o homem sofre as consequências das ações que realiza sobre si mesmo e sobre o meio ambiente, ela propõe uma reflexão sobre o comportamento humano por meio de debates, argumentações e contra-argumentações, abrindo espaço para discussões e críticas construtivas. Um dos seus interesses é acompanhar o progresso biotecnológico de perto, procurando entender seu objetivo e objeto, para refletir a respeito dos riscos e benefícios que este poderá desencadear.

Já o Biodireito é, por um lado, um conjunto de normas positivas e, por outro lado, um ramo da ciência do Direito que estuda não só essas normas e sua adequada interpretação, mas também sua relação com os princípios da Bioética. Portanto, o Biodireito tem uma dimensão teórica, mas que se volta para a prática, como toda disciplina jurídica, porque Ciência do Direito tem uma função decisória, a saber, oferecer subsídios para a solução de casos em que se faz necessária uma intervenção jurídica.

O Biodireito é, pois, um conjunto de normas jurídicas e uma parte da ciência do Direito cuja função é regulamentar as condutas que têm a ver com as questões Bioéticas. É um importante mecanismo de preservação dos direitos fundamentais, no complexo contexto atual no qual é imprescindível o acompanhamento do processo técnico-científico, almejando a proteção e o bem-estar do ser humano.

A respeito dessa diferenciação, Rodrigues (2006) afirma que para seus defensores o Biodireito é um ramo do Direito nascido da preocupação ética, da opinião doutrinária e dos juriconsultos, enquanto a Bioética decorreria da ética em geral. (RODRIGUES, 2006, p. 203).

Portanto, o Biodireito é um ramo do Direito que tem como objetivo mediar e controlar os desenvolvimentos biomédicos e biotecnológicos, ou seja, regulamentar de forma coerente com o ordenamento jurídico as questões vinculadas às pesquisas que se relacionam direta ou indiretamente com a existência humana. Com ele é possível estabelecer uma forma de controle jurídico, capaz de coagir aquele que ultrapassar o limite imposto ao mundo científico, pois:

Apesar de a Bioética possuir princípios próprios que lhe são inerentes, é relevante enfatizar que o Biodireito deve levá-los em conta, mas, também se deve ter em mente os princípios constitucionais reguladores do ordenamento jurídico vigente. Portanto, os princípios constitucionais, juntamente com os princípios da Bioética, constituem o cerne estrutural do Biodireito.o (MOREIRA, 2007, p.123).

Existem, porém, correntes⁹ que negam a existência do Biodireito como ramo autônomo, acreditando que esta terminologia é apenas uma convenção para tratar dos aspectos bioéticos. (RODRIGUES, 2006, p. 211-213).

Em meu entendimento, o Biodireito foi considerado como distinto da Bioética, mas a ela relacionado, visando a conciliar os princípios do ordenamento jurídico que garantem aos seres humanos o respeito à sua dignidade e possibilitar que todos tenham acesso aos benefícios oferecidos pelas tecnologias que melhorem as condições de vida e de saúde.

A partir dessa concepção de Biodireito, será apresentada na próxima seção de que forma alguns de seus temas têm sido tratados no Brasil.

2.3.1 As questões referentes à vida na legislação brasileira

As discussões sobre a vida e a saúde humanas geram polêmica, principalmente devido às divergências morais e religiosas. Assim, nesta seção será exposta a forma como a legislação brasileira trata alguns dos temas Bioéticos.

A Constituição Federal de 1988 garante o direito à vida humana. Com isso, os direitos ao próprio corpo e à sua saúde sofrem a incidência de diversas normas, que visam a proteger uma pessoa de si mesma (por exemplo, atos de disposição do próprio corpo, eutanásia, aborto), de outros (por exemplo, lesão corporal, homicídio, indução ao suicídio) e do Estado (por exemplo, o caso da regulamentação de pesquisas e experimentações científicas envolvendo humanos ou tratando de células-tronco, das pesquisas científicas acerca de organismos geneticamente modificados e dos transplantes de órgãos).

⁹ Ver: HOOFT, Pedro Federico. Bioética e Biodireito? Ou Bioética e Biodireito? Biodireito: uma crítica ao neologismo. In: GARRAFA; PESSINI. **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003.

O serviço de saúde, além de ser considerado de relevância pública, é regulamentado, fiscalizado e controlado pelas esferas do governo. Entretanto, em matéria de saúde, vigoram tanto normas de âmbito privado como, por exemplo, as resoluções do Conselho Federal de Medicina, quanto administrativas como, por exemplo, as resoluções do Conselho Nacional de Saúde (órgão do Ministério da Saúde, em nível federal) que estabelecem padrões de conduta geral. Isso poderá ser observado na próxima parte enquanto apresento parte do Biodireito Nacional.

2.3.1.1 Os atos de disposição do corpo humano

2.3.1.1.1 A doação de órgãos

A doação de órgãos, segundo o artigo 14 do Código Civil (CC), é permitida somente após a morte do doador e desde que ele tenha disposto gratuitamente do seu próprio corpo. A condição de doador de órgãos e tecidos para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem* era presumida pelo artigo 4º da Lei Federal nº 9.434/1997. Para afastar essa presunção legal, era preciso que a pessoa se manifestasse contra, gravando a expressão “não doador de órgãos e tecidos” em sua Carteira de Identidade Civil e em sua Carteira Nacional de Habilitação. Com a entrada em vigor da Lei Federal nº 10.211/2001, conferiu-se ao cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral até o segundo grau, a decisão de autorizar ou não a remoção de órgãos e tecidos *post mortem*.

Portanto, as pessoas deixaram de ser doadores presumidos para se tornarem doadores expressos. Apenas a vontade manifestada prevalece sobre a da sua família. Caso não haja manifestação, a doação depende do consentimento da família.

Os requisitos para sua realização são a gratuidade, a possibilidade de aproveitamento de todos os órgãos viáveis e a impossibilidade de escolha do beneficiário.

Para garantir essa imparcialidade, a Lei 9.434/1997 criou uma “fila” a partir do critério da urgência para garantir a universalização da saúde. Com isso, quem precisa mais e estiver nessa fila recebe o órgão.

A retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica segundo o artigo 16 do Decreto 2.268/1997. Mas, de acordo com o artigo 23 desse decreto, a realização de um transplante somente poderá ocorrer nos casos de pacientes com doenças incapacitantes ou progressivas, as quais sejam irreversíveis por outras técnicas terapêuticas.

Somente após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção exigido em normas regulamentares, expedidas pelo Ministério da Saúde, é permitida a doação, conforme a Lei 10.211/2001.

No caso dos indigentes, a doação do corpo pode ser encaminhada para pesquisa, mas não é permitida a retirada de seus órgãos para transplantes.

Em vida, conforme o artigo 13 do CC, a disposição do próprio corpo é permitida somente se não importar em diminuição permanente da integridade física, não contrariar os bons costumes e houver exigência médica. A retirada de órgão só é permitida quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos e de tecidos ou partes do corpo, cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para sua integridade, não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental, não cause mutilação ou deformação inaceitável e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

Para fins de transplantes e tratamento, existe norma específica, a Lei Federal nº 9.434 de 1997, modificada pela Lei Federal nº 10.211, de 23.03.2001 e regulamentada pelo Decreto 2.268 de 1997, que dispõem sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

O transplante só é possível no caso de órgãos dúplices ou regeneráveis, desde que a doação seja gratuita, e o beneficiário recaia sobre pessoa da família. Caso o vínculo não seja familiar, exige-se, ainda, autorização judicial. O Decreto 2268/1997 exige a fiscalização do Ministério Público da comarca do donatário. Por isso, o médico deve realizar essa comunicação, sob pena de falta funcional e criminal.

O processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retirados do corpo humano para finalidades terapêuticas é desenvolvido pelo Sistema Nacional de Transplantes, órgão do Ministério da Saúde criado em 1997 e responsável, no Brasil, pela administração dos transplantes financiados pelo SUS. O Sistema Nacional de Transplantes dispõe de 24 Centrais de Notificação, Captação e

Doação de Órgãos (CNCDO) nos estados da federação e no Distrito Federal e de uma Central Nacional de Notificação Captação e Doação de Órgãos (CNNCDO) localizada em Brasília.

O transplante de órgãos ou enxerto de tecidos só se fará com o consentimento expresso do receptor e, sendo este juridicamente incapaz ou encontrando-se em situação que o impeça de validamente manifestar sua vontade, o consentimento será dado pelo seu responsável legal.

A veiculação, através de qualquer meio de comunicação social, de anúncio que configure apelo público para doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada, é proibida. A captação de órgãos somente é permitida por intermédio do Sistema Único de Saúde, tendo a campanha caráter geral de conscientização e nunca em favor de uma pessoa.

2.3.1.1.2 O transexualismo

O transexualismo é desencadeado pela possível incongruência entre o sexo anatômico e o sentimento de pertencimento ao sexo oposto ao do nascimento.

O Ministério da Saúde Brasileiro, pela Portaria nº 1.707/2008, considera o transexualismo “um desejo de viver e ser aceito na condição de enquanto pessoa do sexo oposto, que em geral vem acompanhado de um mal-estar ou de sentimento de inadequação por referência a seu próprio sexo anatômico”. Para o Ministério, essas são situações que devem ser abordadas dentro da integralidade da atenção à saúde, a ser prestada pelo Sistema Único de Saúde.

O Conselho Federal de Medicina, conforme Resolução nº 1.652/2002, autoriza a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e, experimentalmente, a neofaloplastia e/ou os procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários de ambas.

Porém, o referido Conselho estabelece critérios mínimos para cirurgia de transgenitalismo. A seleção dos pacientes envolve a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento

conjunto. Além disso, o paciente deve ser maior de 21 anos e apresentar ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Neste mesmo sentido, a Portaria do Ministério da Saúde nº. 457/2008, que visou a definir os requisitos para a realização dessa cirurgia, definiu o prazo mínimo de 2 anos de acompanhamento terapêutico como condição para a viabilização de cirurgia bem como a maioridade e o diagnóstico de transexualismo.

Por outro lado, há correntes que defendem a existência de dois limitadores para a realização desse procedimento. O primeiro deles seria o artigo 13 do Código Civil que dispõe sobre a proibição da disposição do próprio corpo, nos casos em que implicar a diminuição permanente da integridade física. Seus defensores afirmam que pelo fato dessa cirurgia ser permanente, estaria vedada por esse artigo.

O segundo limitador seria o Código Penal Brasileiro que, em seu artigo 129, tipifica o crime de lesão corporal. A partir desse dispositivo, algumas pessoas contrárias à intervenção de transgenitalização afirmam que essa prática seria crime, pois ofenderia a integridade corporal do paciente, resultando na debilidade permanente do órgão genital do paciente.

Contudo, no Congresso, o Projeto de Lei nº. 70-B pretende modificar o artigo 129 do Código Penal, a fim de que seja excluída como crime a intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica.

O mesmo dispositivo desse projeto de lei prevê uma alteração do artigo 58 da Lei Federal de Registros Públicos nº. 6015/1973 que dispõe sobre a imutabilidade do nome do prenome. É proposta a permissão da alteração do nome mediante autorização judicial quando o requerente for submetido à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário.

Em relação à união ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, ainda não existe previsão legal. O parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal reconhece apenas a união estável entre homem e mulher como entidade familiar.

Em contrapartida, alguns tribunais, como os do Estado do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, já proferiram decisões reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo. A Procuradoria Geral da República também contribuiu para esta discussão, uma vez que, no dia 02 de julho de 2009 ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com o

intuito de declarar que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher.

2.3.1.1.3 O aborto

Outro ato de disposição do corpo é a prática do aborto que, sob a ótica penal brasileira, é considerada uma das formas de se violar o direito à vida (garantia fundamental descrita no artigo 5º da CR de 1988). Ele é proibido e tipificado como crime no Código Penal nos seguintes casos: *i*) quando a gestante que provoca aborto em si mesma ou consente que alguém o provoque está sujeita a uma pena de detenção de um a três anos (artigo 124); *ii*) quando o terceiro que provoca aborto sem o consentimento da gestante é sujeito a uma pena de reclusão de três a dez anos (artigo 125); *iii*) já no caso de consentimento da gestante, o terceiro é sujeito a uma pena de reclusão de um a quatro anos,

Além disso, se a gestante não é maior de quatorze anos ou é alienada ou débil mental ou se o seu consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, o consentimento obtido não é considerado válido, respondendo o agente pela conduta de provocar aborto sem a anuência da gestante. Nos casos em que a gestante sofre lesão corporal de natureza grave ou morre, o crime é considerado como qualificado.

Nos termos do artigo 128 do CP, o “aborto necessário”, praticado por médico, segundo o critério da necessidade, ou seja, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; e, nos casos em que a gravidez é resultante de estupro, o aborto não é punido.

Houve menção à possível descriminalização do aborto no 3º Plano Nacional de Direitos Humanos, publicado pelo Diário Oficial da União, no dia 22 de dezembro de 2009, que prevê apoiar o projeto de lei que descriminaliza o aborto, considerando a autonomia das mulheres para decidir sobre seus corpos.

Mas houve pressão dos setores da Igreja, principalmente da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, contra esta parte do mencionado Plano. O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva mandou rever o trecho pró-aborto que constava

no que estabelecia o Plano, alegando que nele a proposta não havia traduzido a posição do governo.

Outra discussão que ainda deve ser discutida no Brasil, no plano ético (liberdade), é saber se não haveria o direito da mulher sobre o próprio corpo ou, ainda, uma maior discussão sobre a política relativa ao planejamento familiar, nos termos do parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Brasileira.

Enquanto estas discussões não modificarem o tratamento legal dado ao aborto, ele continua sendo criminalizado; e a sua prática, proibida.

2.3.1.1.4 A eutanásia

A eutanásia, também conhecida como “homicídio piedoso” ou “boa morte”, comporta pelo menos dois tipos penais incriminadores: o homicídio (artigo 121 do CP) e o auxílio a suicídio (artigo 122 do CP), sendo considerado crime em ambos.

Apesar da expressão *eutanásia* não ser empregada pelo CP, há a hipótese de diminuição de pena, no crime de homicídio, quando o ato é praticado por motivo de relevante valor social ou moral, que nos termos da sua exposição de motivos consiste no ato que é aprovado pela ordem moral prática, como a compaixão ou piedade ante o irremediável sofrimento da vítima.

Sua regulamentação legal é questão presente tanto no Legislativo quanto no Conselho Federal de Medicina. No Senado Federal, tramitou, de 1996 a 2002, o Projeto de Lei nº 125 que visava a autorizar a prática da morte sem dor, mas o mesmo foi arquivado sem deliberação e aprovação.

Na Câmara dos Deputados já foram apresentadas várias proposições sobre eutanásia, ortotanásia e distanásia. Mais recentemente, em 11 de março de 2009, foi apresentado o Requerimento nº 251/2009, sugerindo a realização de audiência pública sobre o tema.

O Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº 1.805/2006, cujo conteúdo permite ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal quando se

encontrasse na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis. Entretanto, essa resolução encontra-se suspensa por força de decisão judicial provisória¹⁰.

2.3.1.2 A experimentação científica em seres humanos

A experimentação científica em seres humanos também é tema que apresenta grande relevância. As normas que regulamentam essa prática não se encontram sistematizadas de maneira uniforme e nem disciplinam de modo suficiente todos os reflexos jurídicos que possam daí resultar.

A Resolução nº 196/1996, do Conselho Nacional de Saúde, estabeleceu as exigências éticas e científicas fundamentais nas investigações envolvendo seres humanos, disciplinou a exigência e a forma de se obter o consentimento dos indivíduos e criou o “protocolo de pesquisa”, o Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) e a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa do Ministério da Saúde (CONEP/MS).

Além disso, a Lei Federal nº 11.105 de 2005, conhecida como Lei de Biossegurança, estabeleceu normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados.

O seu artigo 1º menciona que suas diretrizes visam o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Essa lei também menciona as investigações com célula germinal humana, isto é, célula-mãe responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia, da *clonagem*, que é o processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de

¹⁰ Essa decisão judicial foi prolatada em 23.10.2007, na Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal em face do Conselho Federal de Medicina, processo nº. 2007.34.00.014809-3, em curso perante 14ª Vara Federal da 1ª Região no Distrito Federal.

técnicas de engenharia genética; da *clonagem para fins reprodutivos*, quer dizer, com a finalidade de obtenção de um indivíduo; da *clonagem terapêutica*, que é aquela realizada com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica, e de células-tronco embrionárias (células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo).

Por fim, permite a prática de clonagem somente em animais, proibindo expressamente a clonagem humana e contém normas de natureza penal, estabelecendo os crimes e as penas aplicáveis em matéria de biossegurança.

No que se refere aos órgãos públicos envolvidos com a temática, há contradição, pois enquanto a Resolução nº 196/1996 criou a CONEP, instância colegiada de natureza consultiva, deliberativa, normativa, educativa e independente, vinculada ao Conselho Nacional de Saúde; a Lei nº 11.105/2005 criou o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), cuja composição envolve membros dos principais ministérios do governo, dentre os quais o próprio Ministério da Saúde.

A apontada Resolução enuncia preambularmente os quatro referenciais básicos da bioética, quais sejam: autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça, enquanto a Lei nº 11.105/2005 estabelece pautas para a manipulação e comercialização de produtos geneticamente modificados e pautas para as pesquisas com células-tronco.

A polissemia que envolve o termo “Biossegurança” é muito abrangente, o que dificulta a criação de um único texto legislativo, já que seus temas evocam diferentes dimensões ético-morais.

2.3.1.2.1 As técnicas de reprodução assistida

As técnicas de reprodução assistida, também conhecidas pelos termos fertilização, fecundação ou inseminação artificial, ainda não possuem uma regulamentação jurídica suficiente.

A Lei Federal nº 9.263/96 obriga que as instâncias oficiais gestoras do SUS, em todos os seus níveis, garantam em toda sua rede de serviços programa de

atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua como atividades básicas, entre outras, a assistência à concepção e contracepção.

Interessa aqui a *assistência à concepção* que não é de fato oferecida pelo SUS, pois o auxílio ao planejamento familiar é relegado a plano inferior de atenção.

O Código Civil de 2002 reconhece os filhos concebidos com a utilização de qualquer dessas técnicas. Na falta de uma efetiva e democrática regulamentação da matéria, é aplicada a Resolução nº 1.358 de 1992 do CFM, que dispõe sobre normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e também trata da doação de gametas ou pré-embriões para fim de fertilização artificial.

Além disso, a Lei de Biossegurança disciplina a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento. A doação desses embriões não pode ter caráter lucrativo, e os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, sendo obrigatoriamente mantido o sigilo sobre suas identidades, que só podem ser reveladas por motivação médica e, apenas e exclusivamente, entre médicos.

A referida lei prevê ainda a possibilidade de doação e crio-conservação de gametas ou pré-embriões e a doação temporária de útero, também conhecida como “barriga de aluguel” ou “útero de aluguel”.

A Resolução nº. 1.358/92 do CFM trata da “gestação de substituição”, também chamada de doação temporária de útero, atribuindo às clínicas públicas ou privadas, centros ou serviços de reprodução humana a possibilidade de usarem as técnicas de Reprodução Assistida para criarem esta situação desde que exista um problema médico que a impeça ou exista uma contra-indicação para a gestação na doadora genética.

Todavia, as doadoras temporárias de útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau sucessório, sendo os demais casos sujeitos à autorização dos Conselhos Regionais de Medicina nos estados federados, não podendo, portanto, segundo esta Resolução, a doação temporária de útero ter caráter lucrativo ou comercial.

Nos casos de reprodução assistida, o artigo 16, do Projeto de Lei Federal nº. 1.184 de 2003, prevê que será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego da técnica de Reprodução Assistida.

Prevê também que a morte dos beneficiários não restabelecerá o poder parental dos “pais biológicos”, atribuindo a filiação de forma definitiva e garantindo acesso restrito aos registros do serviço de saúde, notadamente quando se fizer necessário transplante de órgãos ou tecidos. De todo modo, o acesso às sigilosas informações só será concedido aos parentes biológicos e jurídicos até o segundo grau sucessório.

Pelo projeto de lei mencionado, o doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo quanto à paternidade ou maternidade em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil brasileira.

2.3.1.2.2 As pesquisas com células-tronco

Em relação às pesquisas com células-tronco, a Lei de Biossegurança permite sua realização. O artigo 5º dispõe que, para fins de pesquisa e terapia, é permitida a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

Para realização desse procedimento, é necessário que os embriões sejam inviáveis, congelados há 3 (três) anos ou mais, a partir de 24 de março de 2005 (data da publicação da Lei de Biossegurança); ou, se congelados nessa data, após completarem 3 (três) anos. Ainda, é necessário o consentimento dos genitores em qualquer dos casos, por meio de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

É expressamente vedada qualquer comercialização de células-tronco obtidas de embriões congelados disponíveis, competindo ao Ministério da Saúde promover o levantamento e o cadastramento de embriões obtidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, a partir de informações prestadas pelas instituições públicas e particulares que exerçam atividades de congelamento e armazenamento de embriões humanos.

Em desacordo com a Lei de Biossegurança, o artigo 24 da Lei 11.105/2005 prevê que constitui crime utilizar embrião humano, bem como praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano ou realizar

clonagem humana. As penas de reclusão variam de um a três anos para o primeiro caso; um a quatro anos, no segundo; e dois a cinco anos, no terceiro.

A permissão legal de realização de investigações científicas e terapias com utilização de células-tronco teve sua constitucionalidade questionada com a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Procurador Geral da República (PGR).

Em síntese, a partir de fundamentos tomados das Ciências Médicas e Biológicas, sustentou a Procuradoria da República que a vida humana acontece na e a partir da fecundação e, por isso, permitir a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, mesmo que produzidos por fertilização *in vitro*, constituiria violação do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente protegidos.

Em abril de 2007, o STF realizou audiência pública em que foram ouvidos mais de vinte profissionais da área de saúde pró e contra a continuidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, a fim de obter o aporte necessário para análise da matéria objeto da ADI. Os debates revelaram a gravidade do confronto entre ciência e religião travados sob argumentos que atingem a sociedade de modo potencialmente igual, vale dizer, a saúde e a fé.

Em maio de 2008, essa ADI foi julgada improcedente, isto é, declarou-se compatível com a Constituição o artigo 5º, da Lei 11.105/2005, continuando permitidas no Brasil as investigações científicas com utilização de células-tronco embrionárias, segundo parâmetros legais interpretados pelo tribunal constitucional.

Mas o debate está longe da solvência. Se atentarmos para o alcance das reflexões que levaram o STF a manter a permissão das pesquisas científicas, por exemplo, os questionamentos submetidos aos cientistas tais como, i) o que é nascituro sob o ponto de vista biológico?; ii) qual a importância médica para a definição do marco dos três anos de congelamento?; iii) o que é embrião inviável? , está-se a verificar a imensa potencialidade de reflexos em outras dimensões jurídicas que trabalham com essas definições, como a temática do aborto a envolver a definição de início da vida humana e a viabilidade da gestação e a temática do transplante de órgãos a envolver a definição do fim da vida humana.

2.3.1.3 A relação médico/paciente

A relação médico/paciente envolve tanto o direito à informação por parte do médico, do paciente ou seu responsável como o respeito à liberdade de consciência, ao sigilo profissional e o dever de preservação da vida.

O artigo 5º, inciso XIV da CF/88, assegura a todos o direito à informação, por isso extensível à relação médico/paciente. Esse preceito também está contido no artigo 30 do novo Código de Ética Médica (CEM), Resolução nº 1.931 de 2009, que prevê ser vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita a seu representante legal.

O paciente deve ser cientificado do seu diagnóstico, dos possíveis tratamentos e de suas consequências, o que lhe assegura sua autonomia da vontade e a posição de partícipe no seu tratamento.

O sigilo da fonte, conforme o inciso XIV do artigo 5º da CF/88, deve ser assegurado quando necessário ao exercício profissional. O segredo médico é um dever ético e jurídico também assegurado no Código de Ética Médica. Neste, a relação médico/paciente é direcionada à garantia de direitos constitucionais, como o direito à informação, à igualdade e à liberdade.

O direito de recusar o tratamento médico confronta-se à garantia constitucional da liberdade de consciência e de crença e ao dever de preservação da vida imputado aos profissionais da saúde.

Com efeito, o Código Civil (CC), Lei nº.10.406/ 2002, no artigo 15, protege os cidadãos de serem constrangidos a se submeter, com risco de morte, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica.

O artigo 31, do Código de Ética Médica, proíbe o médico de desrespeitar o direito do paciente de decidir sobre a execução das práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de morte.

A recusa de tratamento médico mais frequente ocorre por motivos religiosos como, por exemplo, no caso das “Testemunhas de Jeová”, que não admitem a realização de transfusões de sangue.

O crime de constrangimento ilegal, previsto no Código Penal, executa o comando do artigo 5º, II da CF/88: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. No entanto, a aplicabilidade da pena pode ser excluída na intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de morte.

Em relação à situação da pessoa maior de idade que não está em emergência, há duas correntes. A primeira delas é a posição majoritária que foi formada pelos tribunais do Rio Grande do Sul e de São Paulo, segundo a qual o direito à vida prevalece sobre a liberdade e a convicção religiosa. A segunda é defendida por autores como Gustavo Tepedino e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos, os quais afirmam o contrário, justificando que a Constituição de 1988 garantiu a vida digna, que inclui as opções religiosas responsáveis pela autodeterminação das pessoas.

Em contrapartida, para criança ou adolescente, a recusa não é respeitada, em virtude do princípio constitucional do “melhor interesse da criança”, implícito no artigo 227 da CF/88. Já o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/1990, prevê expressamente o direito à liberdade, garantindo-se à criança e ao adolescente a crença e culto religioso. Portanto, conclui-se que tantos os casos que envolvem a objeção de consciência em adultos ou em crianças são problemáticos.

2.3.1.4 Limites da legislação brasileira

Conforme discuti anteriormente, no Brasil a legislação existente, no que concerne à algumas das temáticas relacionadas à Bioética e ao Biodireito, é bastante restrita por diversas razões, o que, conforme afirmam Maria de Fátima e Bruno Torquato, não é um problema, pois não são favoráveis a um catálogo fechado de regras, uma vez que:

A atitude do Direito é construtiva. Os problemas deverão ser analisados nas suas particularidades, por meio da análise do discurso de todos os envolvidos. E o microsistema (*sic*) do Biodireito, com princípios e fundamentos próprios, é o que melhor subsidia respostas que envolvam aspectos biomédicos. (FREIRE DE SÁ; TORQUATO, 2009, p. 19).

O fato de o Biodireito estar em formação abre uma grande vertente de discussões pela jurisprudência, o que acaba acarretando a falta de uniformidade das decisões judiciais, haja vista que alguns julgadores tendem a decidir importando-se mais com uma imaginada “prática social”, outros decidem levando mais em consideração o direito vigente, que regulamenta precariamente esses temas.

3 DA ÉTICA À BIOÉTICA

“Uma teoria ética bem desenvolvida proporciona uma estrutura no interior da qual os agentes podem refletir sobre a aceitabilidade das ações e avaliar os juízos e o caráter morais”.

Tom Beauchamp e James Childress, 2002

Início este capítulo com a apresentação da origem etimológica da palavra Ética, apresentando posteriormente a divisão do pensamento ético proposta por García Máñez sem, contudo, aprofundar-me em cada uma das categorias propostas pelo autor. Após isso, introduzo somente as características gerais da Ética do Discurso, pois reservo ao próximo capítulo o estudo mais detalhado da Teoria do Discurso de Habermas (que se segue à Ética do Discurso).

3.1 Ética

O neologismo Bioética, conforme mostrado ao longo da pesquisa, foi formado a partir da união de *bio* e *ética*, ambos de origem grega. *Bios* significa vida, enquanto *ethos* é o termo grego do qual a ética é derivada.

Conforme salienta Lima Vaz, esse termo pode ser escrito com *eta* inicial ou com *épsilon* inicial. *Ethos* com *eta* inicial significa morada do homem, costumes, valores, normas, ações, que constantemente são construídos e reconstruídos pelo homem na história e que possuem um inacabamento inerente. Enquanto *ethos* com *épsilon* inicial indica hábito, o constante repetir dos atos, o hábito de agir de determinada maneira. Essa disposição habitual tem como forma acabada a *hexis* (LIMA VAZ, 1993, p. 12-14).

Lima Vaz ainda afirma que a *praxis* humana, enquanto ação ética, é atualização imanente (*enérgia*) de um processo estruturado segundo uma circularidade causal de momentos (costume, ação e hábito), que constitui a evidência fundadora da ação ética. O *ethos* como costume é princípio e norma dos atos que irão formar o *ethos* como hábito (LIMA VAZ, 1993, p. 14-15). Portanto, o modo de agir do indivíduo deverá traduzir a articulação do *ethos* tanto como costume quanto como hábito.

Na tradição ocidental, o *ethos* irá constituir-se como ética, linguagem universal codificada e socialmente reconhecida, assumindo a forma de saber demonstrativo (LIMA VAZ, 1993, p. 41). Lima Vaz ressalta que a ética é uma expressão cultural, pelo fato de o saber ser uma das formas de expressão da cultura. Essa mostra toda uma face voltada para o dever-ser do indivíduo e não apenas para a continuação do seu ser: nela, o indivíduo encontra, além do sistema técnico que assegura sua sobrevivência, o sistema normativo que lhe impõe sua auto-realização. Assim, a cultura é inseparável do *ethos* (LIMA VAZ, 1993, p. 41).

Claúdia Toledo e Luiz Moreira afirmam que a ética tem por objeto o *ethos* enquanto realidade normativa histórico-social, que se manifesta na *praxis* social e individual, sempre orientada pelos valores nele presente. A busca de seu elemento universal é necessária para a ciência, pois esta tem como objeto o que é uno, permanente, idêntico na pluralidade. Assim, a ética deve identificar os invariantes ônticos das culturas e organizá-los em um discurso lógico. A tarefa da ética é encontrar no *ethos* o que possui de universal, que é a razão prática estruturada para o Bem. (LIMA VAZ, 2003, p. 11).

A Ética muitas vezes é confundida com a Moral, pois *mos* (*mores*) é o correspondente latino do termo grego *ethos*. Assim, nos países de língua latina os dois termos podem significar tanto costume quanto hábito. García Máynes, por exemplo, afirma que ambas têm etimologicamente o significado¹¹: “teoria dos costumes”. (GÁRCIA MÁYNES, 1990, p. 11).

¹¹ A respeito do mesmo significado semântico da Ética e da Moral, como teoria dos costumes, García Máynes ainda ressalta que no seu idioma, o espanhol, a palavra costumes não possui o mesmo significado contido nos termos mencionados: *ethos* e *mos*, nem de *Sitten*, sua tradução no idioma alemão. Estes termos implicitamente atribuem sentido de obrigatoriedade ou normatividade, que é perdido na tradução para a língua espanhola. (GÁRCIA MÁYNES, 1990, p. 11). Travessoni Gomes entende que na língua portuguesa também há essa perda no sentido da palavra costume, pois ela não carrega consigo a nota de obrigatoriedade típica da moral (ou do direito), podendo se referir a convencionalismos sociais de menor poder vinculante. (TRAVERSSONI GOMES, 2002, p. 12).

A Ética possui um caráter filosófico que, segundo Lima Vaz, necessita de uma metafísica para sua justificação e legitimação:

O reconhecimento explícito da natureza filosófica das categorias que permitem pensar os fundamentos racionais do agir segundo o *ethos* e da sua vinculação com uma concepção filosófica do homem – Antropologia Filosófica – e com uma ciência do ser – uma Metafísica – é estabelecido, pois, como ponto de partida metodológico e epistemológico dessa Introdução à Ética. (LIMA VAZ, 1999, p. 28).

Portanto, se a Ética estuda as normas que regulamentam a ação do sujeito, é preciso conhecê-lo e estabelecer em que sede o ser será estudado. Em relação ao caráter normativo, Travessoni Gomes ensina que dizer que a Ética é uma ciência normativa não significa que seu objeto de estudo seja apenas um conjunto de normas, mas também a ação particular realizada de acordo com essas normas, o hábito (costume) de agir de acordo com essas normas e a possessão estável desse hábito (*héxis*) de agir com essas normas.

Os objetos de estudo da Ética se relacionam ao estudo das normas de conduta, por dependerem do conceito de *ethos* no sentido objetivo, isto é, da lei no seu sentido amplo, norma abstrata, que descreve o mundo como ele deve ser. (GOMES, 2002, p. 26-27).

Para García Máñez, a Ética como um dos ramos da Filosofia geral tem como objeto a moralidade positiva. Ela se propõe a definir e a explicar “o conjunto de regras de comportamento e formas de vida através das quais o homem tende a realizar o valor do bem” (GÁRCIA MÁYNES, 1990, p. 13).

A Ética, para esse autor, não é contemplativa; seu caráter normativo deriva do seu objeto, sendo normativa não por criar normas, mas por explicá-las. O complexo de normas às quais se refere são fundamentados em “valores de bem”. Por conseguinte, a Ética aparece dividida em dois setores: o problema do dever e o do valor. Entre ambos existe uma correspondência já que a pergunta “O que devemos fazer?” depende logicamente da resposta que se dá à interrogação “O que é valioso na vida?”.

Embora o caráter normativo da Ética possa estar apenas no seu objeto, quando estuda e descreve as normas de conduta, Travessoni Gomes adverte que também se pode pensar uma Ética julgando as normas de conduta que são o seu objeto de estudo, conforme foi feito na Ética Kantiana (GOMES, 2002, p. 12).

Na história ocidental, de acordo com a divisão proposta por García Máynez, o pensamento ético possui quatro formas fundamentais, a saber: Ética empirista, Ética de bens, Ética formal e Ética dos valores (GÁRCIA MÁYNES, 1990, p. 13).

Deve-se chamar atenção para o fato de que García Máynez produziu a primeira edição de seu livro em 1944, época em que ainda não havia se desenvolvido a Ética do Discurso, que será então incluída nessa divisão.

As cinco formas (Ética empirista, Ética de bens, Ética formal, Ética dos valores e Ética do Discurso) serão expostas seguindo sua ordem de aparição, de forma breve, devido à delimitação temática deste trabalho, que não tem o objetivo de ser um tratado ético.

3.1.1 Ética empírica

A Ética empírica é baseada na experiência. Seus defensores afirmam que as teorias da conduta devem apoiar-se no exame da vida moral, não indagando como o homem deve conduzir-se, mas sim como costuma fazer. O método utilizado no estudo das questões éticas é o mesmo do utilizado nas ciências da natureza. Seu pressuposto é que a verdade emana do ser das coisas.

Os sofistas, principais representantes da Ética empirista, foram responsáveis pela virada antropocêntrica, ocorrida no século V a.C., inaugurando o período humanista da Filosofia antiga, que passou a refletir sobre os problemas sociais em detrimento da concepção primitiva de mundo em torno da *physis*. A tradição, que era responsável pela transmissão de valores, perdeu lugar no *ethos* sofista; pois, de acordo com ele, o dever-ser poderia ser alterado pelo consenso obtido após a explicitação dos argumentos pelos oradores. Assim, o poder retórico persuasivo dos oradores era fundamental para a formação da opinião das pessoas. (LIMA VAZ, 2003, p. 11).

Com a virada antropocêntrica, há a perda da visão mítica e religiosa do mundo, deixando a sociedade e a natureza de ser explicadas com base na visão dos Deuses. A razão científica é descoberta, e os fenômenos passam a ser explicados por outros fenômenos através da lei de causalidade, ou seja, com a descoberta do *logos* passam a ser explicados pela razão epistêmica, razão que demonstra (ou quer

demonstrar), razão que independe do dogma da vontade do ser transcendente . (GOMES, 2002, p. 21).

Alguns autores entendem que não é possível considerar a Ética empírica como Ética, pois ela implica no subjetivismo e no relativismo, não na universalidade. Nesse sentido, afirmam que a universalidade é o requisito para a formação da ciência do *ethos*, que apenas aparece na Ética dos bens. Travessoni Gomes afirma que a possibilidade de surgimento da Ética filosófica (isto é, não meramente empírica) dá-se quando a essência do homem, que o diferencia dos outros seres, é descoberta. Isso acontece quando Sócrates refuta a concepção sofística através da descoberta socrática da alma.

3.1.2 Ética dos bens

A Ética dos bens ou dos fins surgiu na Grécia como refutação ao empirismo dos sofistas. Sócrates foi seu fundador e ficou conhecido como o “pai da ética”, ou seja, da ciência do *ethos*, pois percebeu que o homem, embora pertença ao mundo da natureza, possui uma característica própria: sua alma. A descoberta socrática fará com que a explicação das normas que regulamentem o agir humano seja diferente das que se referem à natureza. (GÁRCIA MÁYNES, 1990, p. 113-121).

A Ética dos bens possui como princípio básico um valor fundamental denominado bem supremo, que é considerado a finalidade mais elevada do homem. Ela também foi denominada como Filosofia do objeto, pois se centra no objeto. Esta visão foi a que prevaleceu até a criação da Filosofia do sujeito por Kant, no século XIX.

3.1.3 Ética formal

Na Ética formal, a lei moral é fundamentada a partir da própria razão. Um exemplo é a ética de Kant, que se fundamenta na autonomia da razão prática. A lei moral decorre da razão pura, em sua função de determinar o agir, isto é, razão

prática; a forma dessa lei moral para os homens é expressa através do imperativo categórico, que pode ser considerado um teste de máximas. O imperativo categórico determina a forma da legislação (universalidade) e seu conteúdo (finalidade). Por isso, a conduta moral precisa ser conforme o dever e pelo dever, devendo a ação ser boa em si mesma, sem qualquer condição. (GÁRCIA MÁYNES, 1990, p. 41-45).

3.1.4 Ética dos valores

A Ética dos valores teve como representantes Brentano, Scheler e Hartmann. Para Scheler, é possível uma ética material *a priori*, na qual as normas decorrem dos valores, pois considera que esses são anteriores àquela. Por isso, uma conduta seria ordenada apenas se houvesse um valor anterior. (GÁRCIA MÁYNES, 1990, p. 45).

O valor nem sempre tem o sentido de algo que é; ele pode ser algo que deva ser. Para se falar em valor, algo que vale, é necessário falar das normas jurídicas. A Teoria dos Valores é uma disciplina recente denominada Axiologia, mas isso não significa que a ideia de valor também seja recente, pelo contrário, na ética grega e medieval havia uma unidade axiológica. Como os valores relacionados às normas eram objetivos, não era preciso perguntar o que eles eram. Isso só passou a ser feito na modernidade, devido ao subjetivismo, que os relativizou. (GOMES, 2002, p. 94-95).

Além da Axiologia, a posição ocupada pelo *médium* comunicativo na virada linguística também merece destaque no século XX. Nesse contexto, surgiu a Ética do Discurso, acrescentada à divisão de García Máynes, que será apresentada na próxima seção.

3.2 A Bioética e a Ética do Discurso

Conforme já disse, a Bioética volta-se para a necessidade do envolvimento da Ética com o progresso da Biomedicina e Biotecnologia. Diante da crise dos

fundamentos, os bioeticistas utilizam diferentes teorias éticas para servir de referência à solução de problemas ligados à vida humana, fornecendo vetores para a Bioética.

Para Rodrigues (2006), a elaboração de teorias e princípios para a Bioética demonstra o interesse do ser humano, como membro atuante que possui consciência de sua responsabilidade como formadora de mundo, não como mero observador dos avanços sob os quais a reflexão bioética se propõe.

Diante das cinco teorias éticas mencionadas, é a Ética do Discurso, à luz do Paradigma do Estado Democrático de Direito, a que mais contribui para o bem-estar do homem, pois respeita os homens em sua totalidade, consagrando a liberdade, a igualdade de todos e o respeito à diferença.

Habermas ressalta que o Estado Democrático de Direito não antecipa mais determinado ideal de sociedade, nem determinada visão de vida boa ou a determinada opção política, pois esse paradigma é formal no sentido de que apenas “formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos de direito podem, enquanto cidadãos entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los”. (HABERMAS, 2003, p.190).

Segundo Carvalho Netto, nesse paradigma os cidadãos são autores e destinatários das normas jurídicas, pois:

Liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediado, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática no novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e de seu direito participativo, pluralista e aberto. (CARVALHO NETTO, 2004, p.37).

Inicialmente, o conteúdo e as características do Estado Democrático de Direito assumem a tensão, já presente na própria linguagem, entre a facticidade e a validade do direito contemporâneo, sendo que:

Por facticidade, e acompanhando Habermas, quero aqui me referir ao caráter histórico e contingente do direito moderno que o liga, indissolavelmente, ao fato de ser um sistema de ação que recorre inclusive à força para sua concretização e, assim, à política. Por validade quero aqui me referir à dimensão de justificativa racional do direito moderno, que o liga, indissolavelmente, à exigência de sua fundamentação, vale dizer, às

questões acerca da sua legitimidade e justiça, e, assim, à moral moderna. (GALUPPO, 2002, p.18-19).

Essa tensão é uma característica inerente do Direito moderno, que exige a solidariedade, pressuposta contrafática e pragmaticamente nos processos de comunicação, como categoria de mediação entre direitos sociais e direitos individuais e entre autonomia pública e autonomia privada. Por sua vez, a justiça e a segurança, que se exigem mutuamente nessa forma de Estado, não podem ser compreendidas adequadamente em termos materiais, o que criaria contradições entre ambas, mas apenas em termos procedimentais. (GALUPPO, 2002, p.19-20).

O Estado Democrático de Direito se distingue dos demais modos de organização estatal moderno por ser uma forma de vida adequada à sobrevivência de uma sociedade pluralista, ao reconhecer como constitutiva da democracia contemporânea o fenômeno do pluralismo e do multiculturalismo. (GALUPPO, 2002, p. 20-21).

Por esse motivo, no Estado Democrático de Direito não se pode eliminar qualquer projeto ou qualquer valor, devendo ser reconhecidos todos os projetos de vida, inclusive os minoritários.

Nesse paradigma, através do resgate discursivo fundamentado na racionalidade comunicativa dos processos decisórios, a Bioética pode ser adequada à afirmação de direitos humanos. Através da Bioética na perspectiva do Discurso, os novos temas que surgem das descobertas da Biomedicina e da Biogenética e os conflitos bioéticos deles provenientes podem ser solucionados.

Para Pessini, a Bioética é aprimorada pelo diálogo com as diferentes tradições de pensamento, refletindo a diversidade da esfera pública. Tal diálogo exige um conjunto de virtudes em relação a um discurso global tais como, o respeito mútuo, civilidade, tolerância e abertura para mudar a partir da clarificação dos fatos empíricos e persuasão dos outros. A visão de que somente uma voz é válida (monismo) elimina o diálogo, inibe a participação e compromete o avanço conceitual. (PESSINI, 2005, p. 317-318).

Assim, a partir de critérios éticos discursivos, a Bioética pode orientar e limitar as pesquisas e práticas relacionadas à saúde e vida humanas, consagrando a liberdade, a igualdade de todos e o respeito à diferença. A sua compreensão no marco do Estado Democrático de Direito assinala a contingência da vida humana, bem como a possibilidade e a necessidade de escolher entre caminhos distintos nas

sociedades plurais modernas. A abertura para uma maior participação da sociedade civil, por via da interação comunicativa na esfera pública, alcança os problemas gerados pelos avanços biotecnológicos e a responsabilidade com as gerações futuras.

A resposta para problemas que envolvam a Bioética pode ser diferente em cada sociedade de acordo com sua concepção de vida boa. O discurso poderá possibilitar o encontro de respostas para os questionamentos bioéticos que podem ser aceitas racionalmente.

Em sociedades modernas e complexas, como as nas quais vivemos, não existe apenas uma concepção de vida boa. A resposta para problemas que envolvem a Bioética pode ser diferente em cada uma delas. Diante da incerteza e do dissenso que pode surgir, o Direito (Biodireito) como integrador social deve regulamentar essas questões, de forma discursiva, seja para, em alguns casos, impor padrões mínimos de conduta, seja para, em outros casos, assegurar a autonomia da vontade.

A Teoria do Discurso de Habermas é adequada ao momento atual, porque é democrática, neutra, baseada na racionalidade comunicativa, consagrando a igualdade de todos. Antes de aplicá-la, é preciso, ainda que resumidamente, tratar de suas principais características.

4 A TEORIA DO DISCURSO

“À luz da teoria do Discurso, o princípio moral ultrapassa os limites históricos casuais diferenciados socialmente, traçados entre domínios vitais públicos e privados; nela se leva a sério o sentido universalista da validade das regras morais, pois se exige que a aceitação ideal de papéis que, de acordo com Kant, todo indivíduo singular realiza privatim (sic.) – seja transportada para uma prática pública, realizada em comum por todos”.

HABERMAS, 2003

Neste capítulo, inicialmente, abordo a Ética do Discurso, introduzida após a virada linguístico-pragmática, contexto no qual Habermas propôs sua Teoria do Discurso, como tentativa de fundamentação de uma Ética Universal. A relação entre Direito e Moral é exposta em dois momentos. No primeiro deles, o Direito é fundamentado na moral. Já no segundo, o Direito e a Moral são fundamentados no Discurso. Também apresento as principais diferenças entre a Ética do Discurso e a Ética Kantiana. Por fim, relaciono a Bioética e o Biodireito com o princípio moral e o princípio jurídico contidos na Teoria Discursiva.

4.1 Ética do Discurso

A Ética do Discurso (ED) foi desenvolvida por Apel, no século XX, após a virada linguística, na qual a linguagem passa a ser considerada *médium* intransponível do pensar, ou seja, imprescindível para o entendimento entre as

peças, pois possibilita a comunicação intersubjetiva ao mediar as relações entre os sujeitos e os objetos.

O marco fundamental dessa teoria ética foi a publicação feita por Apel de *Transformation de Philosophie* em 1972. Essa teoria analisa a linguagem como um problema ético, fundamentando-a na perspectiva pragmático-transcendental. (SISCAR, 2011, p.188).

Com a Ética do Discurso, as descobertas da Filosofia da Linguagem (*linguistic turn*) foram deslocadas para o âmbito da ciência do agir. Os sinais da linguagem apresentam três dimensões: a sintática, a semântica e a pragmática. A primeira delas representa a relação dos sinais entre si; a dimensão semântica representa a remissão da linguagem a algo no mundo; a pragmática representa a relação dos sinais com os sujeitos e com a utilização das proposições feita pelos sujeitos. Travessoni afirma que, para Apel e Habermas, toda proposição é implicitamente pragmática, pois tanto a Filosofia de Apel quanto a de Habermas tentam explicar o Estado Democrático e o Direito, bem como reinterpretar a Filosofia Kantiana a partir da descoberta da linguagem. (GOMES, 2002, p. 96).

A Ética do Discurso, cujo objetivo é alcançar o entendimento, que somente é possível a partir do consenso e da utilização de fundamentos retirados da prática comunicativa cotidiana, é núcleo central deste trabalho, motivo pelo qual será analisada detalhadamente.

Diante da “crise dos fundamentos”, Apel, seguido por Habermas, tentou salvaguardar a razão. Partindo da discussão em torno da linguagem, enfrentaram o ceticismo e o relativismo, na perspectiva da Teoria Crítica¹².

Habermas inicialmente teve grande proximidade com a Teoria de Apel, sobretudo quando desenvolveu sua Teoria do Agir Comunicativo (TAC). Porém, com a publicação de *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade* (F e V) afastou-se da ética apeliana, principalmente no tocante à neutralidade do princípio do Discurso.

Na Teoria Discursiva, a fundamentação do direito é feita através do Princípio do Discurso (PD), e a legitimidade procedimental é neutra. Habermas enfrentou um problema paradoxal no âmbito ético. Por um lado, se faz urgente uma profunda reflexão sobre o curso da ação humana; por outro, a filosofia passa por uma crise. O

¹² Para uma interessante análise da Teoria Crítica, cf. FRANKENBERG, Günter. Teoria Crítica. In: **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

abalo dos fundamentos se agravou pelo fato de a razão ter sido reduzida à razão instrumental. Por isso, Habermas a substituiu, utilizando a razão comunicativa em sua Teoria do Discurso, embora tenha continuado vinculado à Filosofia da Linguagem.

4.2 A Teoria de Habermas

Habermas pode ser considerado o maior sociólogo, filósofo, jurídico e pensador vivo¹³. Ele iniciou seu trabalho no início da década de 60 e, ainda hoje, está em plena atividade.

Habermas em um primeiro momento, década 60, esteve atrelado à linha sociológica da Escola Frankfurt, adotando, pois, a Teoria Crítica. Assim, como intérprete crítico da Teoria da Sociedade, Habermas foi herdeiro dos teóricos Adorno e Horkheimer.

Ao elaborar sua *Teoria da Ação Comunicativa* (TAC), Habermas despertou-se para a preocupação filosófica, defendendo que a filosofia deveria ser “intérprete do mundo” e “guardiã da racionalidade”.

Após a publicação do artigo *O que é a pragmática universal*, Habermas desenvolveu sua *Teoria da Ação Comunicativa* e a publicou em 1981. Nesses textos, podemos encontrar uma teoria original, que colocou em cheque o que desde Aristóteles se entendia como verdade, ou seja, a correspondência entre juízo e algo no mundo, o juízo verdadeiro e o objeto, a adequação do pensamento à realidade. Para Habermas, a verdade não é correspondência, mas é aquilo que uma pessoa que entra numa conversa comigo concorda que é verdade.¹⁴

De acordo com a *Teoria consensual da verdade*, a verdade constitui somente aquilo a que as pessoas puderem acordar consensualmente. Portanto, a verdade em Habermas é intersubjetiva, pois é fruto da ação comunicativa. O autor contrapõe-se à razão monológica, ao propor a razão dialógica. Nesta perspectiva, a razão surge do diálogo e da argumentação entre as pessoas interessadas em determinada

¹³ Ver mais em: MOREIRA, Luiz.; FRANKENBERG, Günter (Orgs.). **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁴ Por exemplo: para que possamos dizer que a parede é branca é necessário um acordo sobre a teoria das cores.

situação. Logo, a razão surge da ação comunicativa, em que a linguagem é utilizada como meio para que possa ser atingido o consenso.

Para o filósofo alemão, o agir comunicativo atribui às forças ilocucionárias da linguagem, orientada ao entendimento, a função importante da coordenação da ação (HABERMAS, 1997, p. 25).

A linguagem pautada pelo entendimento tem uma força ilocucionária, ou seja, contém em si uma força que leva à ação expressa no verbo e orienta conduta. O entendimento não fornece diretamente uma norma obrigatória, pois a normatividade é indireta e extraída do entendimento, que somente é obtido por meio do Discurso.

Habermas estabelece algumas regras para o Discurso alcançar a verdade, propondo inclusive uma situação ideal de Discurso, que está submetida às seguintes condições: todas as pessoas interessadas podem participar, com tempo ilimitado, sem ausência de coação, com conhecimento de causa e comprometimento com a melhor solução. (HABERMAS, 1997, p.138-142).

Há várias críticas dirigidas à situação ideal. Habermas, defendendo-a, afirma que ela não tem necessariamente que acontecer, pois é um ideal que devemos buscar e efetivar na máxima medida possível. Portanto, é possível considerar que a dimensão ideal é intersubjetiva, que através dela o melhor argumento convence as pessoas.

Entretanto, não se pode confundir o consenso fático com o consenso discursivo. Habermas defende que, em uma situação ideal, com liberdade e igualdade, não seriam acordadas decisões arbitrárias, não que tudo com o qual de fato concordamos é legítimo.

Ainda, na *Teoria Consensual da Verdade* (TCV), a razão comunicativa é enfatizada incorporando as reflexões propostas pela Filosofia da Linguagem. A partir da década de 90, Habermas aplica essa teoria ao Direito, deslocando a originalidade daquela também para uma Filosofia do Direito axiologicamente neutra. O Discurso é imparcial, ou seja, a fundamentação do Direito não se dá mais pela Moral, e sua validade é procedimental.

4.2.1 Direito Fundamentado na Moral

Habermas, no período em que desenvolveu a *Teoria da Ação Comunicativa*, baseado em Max Weber, analisou o Direito, ressaltando a necessidade de um conceito procedimental de legitimidade que não se limitasse à legalidade. Para Habermas, no mundo pós-metafísico, pós-religioso, pós-tradicional, a validade do Direito não pode ser explicada através do direito natural ou de fundamentos religiosos ou culturais.

Conforme salienta Travessoni, Habermas adota um conceito procedimental de legitimidade, que é fundada em uma base racional, ligada à ideia de imparcialidade. Para o autor, somente a partir da argumentação moral era possível explicar a formação de uma vontade imparcial. (GOMES, 2002, p. 98).

Habermas entendia que a ideia de uma racionalidade jurídica estava ligada a uma racionalidade em sentido prático-moral, acreditando que só eram legítimas as normas legais que obrigavam, na perspectiva moral, todos os membros de uma comunidade jurídica. Portanto, o critério de validade era dado pela medida moral que perpassa o ordenamento jurídico. (MOREIRA, 2004, p. 149).

Habermas considera que as normas jurídicas poderão ser entendidas como legítimas, pois o Direito é fundamentado na Moral, instância superior que lhe dá conteúdo. Moreira acrescenta que:

O Direito, para ser legítimo, tem de estar circunscrito a uma racionalidade na qual seu procedimento se situa entre processos jurídicos e argumentos morais. Desse modo, a proposta de uma teoria procedimental do Direito fundamenta-se em princípios morais, e a legalidade só é legítima à medida que os discursos jurídicos forem permeados por discursos morais. (MOREIRA, 2004, p. 24).

Por isso, nessa fase o discurso jurídico levava em conta um procedimento com característica moral. Habermas pregava que uma legitimidade procedimental para o Direito, que deveria ter uma base racional ligada à imparcialidade, era possível somente com a argumentação moral.

4.2.2 O Direito e a Moral como cooriginários

A partir de 1992, com a publicação de *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, Habermas alterou sua concepção sobre a relação entre Direito e Moral, passando a considerá-la como cooriginal. Nesse sentido, o Direito não pode ser justificado apenas na política legislativa ou na jurisdição, pois passa a ser fundamentado em um Princípio do Discurso que é neutro e cooriginário em relação ao princípio moral.

No momento de formular uma teoria procedimental da justiça como fundamento para o Direito, permanece ligado à Ética do discurso, ou seja, ao pensamento de Karl-Otto Apel (MOREIRA, 2004, p. 77).

Entretanto, ao alterar essa relação, desvincula-se desse autor. Por causa dessa mudança, Moreira defende que agora devemos falar em Teoria do Discurso (TD), não atribuindo mais a nomenclatura Ética do Discurso à Teoria de Habermas. (MOREIRA, 2004, p.137).

A Teoria do Discurso possui uma racionalidade comunicativa deontologicamente neutra. Habermas retira do Direito a fundamentação moral, pois entende que as sociedades modernas, marcadas pela complexidade e pelo pluralismo, repudiam uma fundamentação última metafísica.

A razão prática kantiana de cunho solipsista, ou seja, centrada no sujeito, é abandonada por Habermas que apresenta a fundamentação procedimental com o agir comunicativo e seu Princípio do Discurso (PD).

Na *Teoria Consensual da Verdade*, o Princípio da Democracia valia tanto para a filosofia teórica (conhecimento) quanto para a filosofia prática (agir). Mas com *Facticidade e Validade*, a Teoria prática de Habermas passa a ter como princípio supremo o Princípio da Democracia (PDem).

No prefácio dessa obra, Habermas alerta que atualmente não fundamenta mais o Direito na Moral, seguindo a linha traçada nas *Tanner Lectures*. (HABERMAS, 1997, p.10). A partir da análise da tensão inerente à linguagem, defende a neutralidade do Direito em relação à Moral. Portanto, o papel do Direito passa a ser o de *médium* de integração social, cuja fundamentação é discursiva. Apesar de o Direito não ser mais fundamentado na Moral, os argumentos morais continuam válidos, admitindo-se, assim, o conteúdo Moral no Direito.

Na Teoria Discursiva, o Direito e a Moral são considerados dois tipos diferentes de normas de ação, que se diferem da eticidade tradicional. Habermas passa a considerá-las cooriginárias, porque ambas passam a ser vistas como derivadas do mesmo princípio, o Princípio do Discurso. Alguns filósofos, como Lilian Simone Godoy Fonseca, denominam essa nova fundamentação do Direito em Habermas de “reconstrução do direito”:

Como se sabe, no contexto habermasiano, a palavra “reconstrução” possui um sentido bastante peculiar. Trata-se do procedimento através do qual é possível explicitar algo conhecido ou sabido apenas implicitamente. Em outras palavras, trata-se de transformar um *know how* em um *know that* (FONSECA, 2000, p. 196).

Segundo Fonseca, para tal “reconstrução”, Habermas apóia-se na articulação entre Direito e Sociologia, História, teorias da Moral e da Sociedade no contexto da sua *Teoria da Ação Comunicativa*, seguindo os seguintes passos: 1) transpõe a dualidade autonomia privada e pública, por meio da articulação dos conceitos de *direitos humanos e soberania popular*; 2) transforma a concepção kantiana da relação entre Moral e Direito, identificando a complementaridade entre a *moral racional* e o *direito positivo*; 3) fundamenta o Direito, a partir do princípio do Discurso, enfatizando a inserção do Direito na esfera da dimensão discursiva como instância mediadora por excelência (FONSECA, 2000, p. 196).

Travessoni Gomes (2008) considera que o fundamento de validade do Direito foi alterado ao longo dos tempos. Em um primeiro momento, durante o jusnaturalismo, cujo caráter era dogmático e absolutista, tinha caráter material. Com isso, a validade do Direito positivo vinha da sua concordância com o Direito natural. Em outras palavras, decorria da concordância do conteúdo dos direitos positivo e natural, cabíveis apenas em sociedades de moral homogênea.

O Direito natural começou a perder sua força após a revolução francesa, dando lugar ao Legalismo do século XIX e, posteriormente, ao Positivismo do século XX.

Segundo a interpretação formalista (legalista) da escola da Exegese, a Lei era cultuada, e a separação dos poderes rígida. Com isso, o legislador fazia a lei, enquanto o juiz a aplicava de maneira mecânica. Portanto, acreditava-se que haveria apenas uma única solução de acordo com o código. A aplicação do Direito

era feita a partir da interpretação lógico-dedutiva através de um silogismo no qual estão pressupostas uma premissa maior e uma premissa menor.

No século XX, o Positivismo jurídico atacou o jusnaturalismo, passando o fundamento de validade a ser formal. Os positivistas constaram que justiça é um valor subjetivo, bem como que moral é relativa. Dizer que a validade do direito é formal implica considerar que não precisaria ser justo para ser direito.

Hart e Kelsen, por exemplo, combateram a ideia de que uma norma aplicada a um caso concreto ofereceria apenas uma solução. Hart propõe a regra de reconhecimento, a partir da qual a textura aberta do Direito não permite a dedução de apenas uma solução para um caso concreto que é julgado à luz de uma norma, enquanto Kelsen propõe a sua norma fundamental. (GOMES, 2008, p. 295-310)

Deve-se chamar atenção para a defesa de Travessoni Gomes, para quem é errado dizer que os positivistas pregavam o legalismo e, ainda, a superioridade da lei frente à constituição, pois quem criou o conceito de controle de constitucionalidade da lei foi Kelsen. Para Travessoni Gomes, os positivistas negaram o legalismo, a ideia da interpretação mecânica, e defenderam que normas gerais aplicadas a casos concretos não geram apenas uma solução deduzida de forma lógico-dedutiva, mas várias soluções possíveis. O problema do Positivismo jurídico, na visão de Travessoni Gomes, constitui não tanto a ausência de princípios; mas, sim, a ausência de teorias da interpretação que indiquem a solução mais adequada que o juiz deve dar a um caso concreto. Os positivistas, apesar de terem constatado a indeterminação da linguagem normativa (textura aberta), permaneceram em um modelo de validade formal. Algumas teorias atuais, como a de Habermas, procuram resolver esse problema, introduzindo o conceito de validade procedimental. (GOMES, 2011, p. 319-323).

As teorias procedimentais tentam resolver o problema do poder discricionário, atribuindo um papel importante aos princípios jurídicos, que estão no centro da teoria da interpretação. Isso não ocorria no Positivismo, pois nele não há uma teoria mais desenvolvida da interpretação do Direito. (GOMES, 2011, p. 323).

Habermas ressalta que, no mundo pós-moderno, a religião, os costumes e o Direito natural não podem servir mais de base para fundamentar o Direito, o que os positivistas, como Hart e Kelsen, já haviam constatado, mas acrescenta que o Direito se funda no Princípio do Discurso.

De acordo com sua Teoria Discursiva, o Direito legítimo é aquele que puder ser acordado racionalmente em um discurso que considere a igualdade dos participantes. Moreira sintetiza a reviravolta provocada pela Teoria Discursiva que se expressa:

através da transição de uma proposta fundada a partir da recusa da normatividade imediata da razão prática para a normatividade mediata da razão comunicativa; pela constituição de uma validade falível, que é sempre passível de problematização; e por uma relação de co-originalidade entre normas jurídicas e normas morais. A partir dessas considerações, vai ser possível elaborar um conceito de Direito, que é fruto da emanção da opinião e da vontade dos cidadãos e, com isso, estabilizar a tensão existente entre direitos humanos e o princípio da soberania do povo. (MOREIRA, 2004, p. 24).

Percebe-se, então, que o Discurso passa a ser o fundamento tanto da Moral quanto do Direito, estando um nível acima de ambos. Habermas ainda, em *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, apresenta seu modelo de Democracia que é fundamentado em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião. Portanto, não se fundamenta mais em valores ou ideais compartilhados e possui uma identidade histórica e valorativa.

Em suma, a Teoria Discursiva pode ser considerada uma teoria adequada à explicação e fundamentação do Direito em um Estado Democrático. Com a fundamentação no Discurso, Habermas permite que sejam consideradas todas as opiniões presentes na sociedade, inclusive as minoritárias, abraçando, pois, o pluralismo democrático. Além disso, a Teoria do Discurso distancia-se de uma ordem valorativa absoluta, o que já causou indelével e tristes estragos na história da humanidade. Por outro lado, afasta o dissenso e permite a integração.

Habermas, na tentativa de superar as deficiências da ética kantiana, formulou a Teoria do Discurso enquanto desdobramento do Princípio do Discurso. Na tentativa de melhor esclarecimento, serão apresentadas duas diferenças fundamentais entre Kant e Habermas.

4.2.3 Diferenças fundamentais entre Kant e Habermas

Habermas reinterpreta o Imperativo Categórico de Kant à luz da *Teoria Consensual da Verdade*, que incluiu o *médium* da linguagem. Nessa perspectiva, em Habermas o conceito de autonomia da vontade passa a ser dialógico, e a razão comunicativa adotada.

Nesse sentido, Travessoni afirma que o conceito monológico da autonomia da vontade da Filosofia do sujeito kantiana foi abandonado, tendo Habermas adotado o dialógico, como enunciado no princípio do Discurso. Com isso, o modelo habermasiano de racionalidade comunicativa, que é mediatamente normativa, ao impor as normas de ação para o indivíduo, não aceita mais o modelo da razão prática, que era imediatamente normativo. (GOMES, 2002, p. 98).

Sobre as diferenças entre Kant e Habermas, deve-se destacar o papel ocupado pelo Direito e pela Moral. (GOMES, 2009, p. 213-218). Para Kant, uma máxima pode se transformar em lei somente se passar sob o crivo do IC. O Princípio do Direito seria derivado da máxima universal da moralidade. Com isso, o Direito é decorrente da Moral, pois aquele se apresenta como uma relação interna entre coerção e liberdade que marcam a razão prática.

Em Habermas, a relação entre a Moral e o Direito é outra. Em um primeiro momento, o Direito foi considerado como fundamentado na Moral; mas, após *Facticidade e Validade*, Direito e Moral passam a ser considerados cooriginários, atuando em níveis distintos: a Moral no plano interno de constituição do jogo de argumentação; e o Direito, no plano externo de institucionalização da vontade extraída do discurso.

A ação livre, na perspectiva kantiana, era em conformidade com o Imperativo Categórico, enquanto em Habermas surge do comportamento conforme as regras emanadas do discurso. Para Habermas, Kant extraiu o “princípio geral do direito” da aplicação do princípio moral às “relações externas”, iniciando sua doutrina do direito com o direito a liberdades subjetivas iguais, equipadas com a permissão de coerção, a qual compete ao homem “graças à sua humanidade”. (HABERMAS, 2003, p. 135).

Em Habermas, a Moral se desloca do indivíduo singular para uma dimensão intersubjetiva. Por conseguinte, o Direito é o produto de um entendimento de todos aqueles que são destinatários das normas.

Para Habermas, uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar os princípios morais. Por isso, com os componentes de legitimidade da validade jurídica, o Direito adquire uma relação com a Moral. (HABERMAS, 2003, p.141). Entretanto, Habermas defende que o Direito não é subordinado à moral, pois

mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma de saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação. (HABERMAS, 2003, p. 141).

Outra diferença no pensamento dos dois filósofos apontada por Travessoni é que, enquanto em Kant o Imperativo Categórico (fundamento tanto da Moral como do Direito) é um princípio Moral, em Habermas há uma passagem da ação livre (em conformidade com o Imperativo Categórico) a um comportamento conforme as regras (que emanam do Discurso), ou seja, as regras fazem do comportamento legal um dever.

Travessoni Gomes defende que, embora Kant já fundamentasse o Direito e a Moral em um princípio de universalização, formulado e fundamentado no seu Imperativo Categórico, seu teste não era discursivo, mas monológico, pois o sujeito deveria fazer o teste sozinho, sobretudo na moral. (GOMES, 2009, p. 213). Em Habermas, isso não acontece, pois o princípio do Discurso, que também um é princípio de universalização, incorpora a discursividade. O princípio Moral assume a forma do princípio do Discurso. Portanto, aquele princípio é obtido intersubjetivamente, de forma discursiva.

Ao adotar a fundamentação autônoma, Habermas resolve melhor o problema de fundamentação do Direito. Apel critica essa posição de Habermas, afirmando que, como o princípio do Discurso não pode ser neutro a ponto de não consagrar a igualdade das partes, então, não é correto dizer que ele é neutro. (GOMES, 2009, p. 216).

Para Travessoni, os dois estão parcialmente certos. Apel tem razão, já que o Princípio do Discurso não pode ser neutro a ponto de não garantir a igualdade. Entretanto, afirma que Habermas não falou isso, pois é o Princípio do Discurso que garante a igualdade, separando o princípio da Moral para evitar o problema que Kant teve. (GOMES, 2009, p. 216).

4.3 Princípio do Discurso, Princípio Moral e Princípio do Direito

Segundo Habermas, o Direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais. (HABERMAS, 2003, p. 114). Ele explica o paradoxo do Direito moderno (surgimento da legitimidade a partir da legalidade) pelos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política. (HABERMAS, 2003, p. 115).

Para Habermas, as regras fazem do comportamento legal um dever, os cidadãos só podem adquirir uma figura positiva através da sua autonomia política (HABERMAS, 2003, p. 127), pois:

Não basta nomear os contextos de tradição para que máximas, estratégias de ação e regras de ação se legitimem. Com a distinção entre ações autônomas e heterônomas revoluciona-se a consciência normativa. Ao mesmo tempo, cresce a necessidade de legitimação, a qual, sob condições do pensamento pós-metafísico, só pode ser satisfeita através de *discursos morais*. Estes estão voltados ao regulamento imparcial de conflitos de ação. (HABERMAS, 2003, p. 131).

A pretensão segundo a qual uma norma é do interesse de todos os possíveis envolvidos tem o sentido de consenso. Segundo Habermas, esse só acontece sob condições pragmáticas de discursos onde prevalece a coerção do melhor argumento. (HABERMAS, 2003, p.137). Por isso Habermas defende que:

Se discursos constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação - necessárias para uma legislação política autônoma - podem ser institucionalizadas juridicamente. [...] A co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica. (HABERMAS, 2003, p. 138).

À luz da Teoria do Discurso, o princípio Moral ultrapassa os limites históricos casuais. Habermas defende o sentido universalista da validade das regras morais, pois exige que a aceitação ideal de papéis seja transportada para a prática pública realizada em comum por todos. (HABERMAS, 2003, p. 145).

Para Habermas, o Direito é o mediador da tensão existente entre a faticidade e a validade, pois pode assegurar a existência de fóruns nos quais se possa discutir, com liberdade e igualdade simétricas, os interesses que devem nortear as futuras ações humanas, assegurando a todos a liberdade e a legalidade de tais interesses.

Com isso, “o poder, que coordena as ações no âmbito do sistema político, e o lucro, que coordena as ações no âmbito da economia de mercado, precisam ser regulados, não moralmente, mas juridicamente”. (FONSECA, 2000, p. 202).

O Direito, mediante a institucionalização jurídica, assume a figura de um princípio da Democracia, que vem da conexão entre o princípio do Discurso e a forma jurídica, que:

Começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. (HABERMAS, 2003, p. 157-158).

O princípio da Democracia indica que a norma jurídica deve ser emanada da vontade democrática dos cidadãos. Para tanto, o procedimento legislativo deve consagrar a autonomia da vontade, que possibilita aos cidadãos a escolha das normas que regularão a convivência social.

Esse princípio resulta da relação da participação dos sujeitos de Direito que contribuem com o melhor argumento, e o Direito garante essa participação. Assim, para que a convivência seja regulada, é preciso que os sujeitos de direito sejam compreendidos, ao mesmo tempo, como destinatários e autores da ordem jurídica.

Na visão discursiva de Habermas, a Democracia faz com que os indivíduos possam ser tanto destinatários quanto autores do Direito. Por isso, defende a abertura do Discurso para Direitos Fundamentais (DF), que resultam do direito às iguais liberdades de ação. Para que a convivência seja legítima, o respeito à igualdade comunicativa é necessário.

Enquanto participantes de discursos racionais, os indivíduos, parceiros do direito, devem poder examinar se uma norma controvertida pode ter a concordância geral de todos os possíveis atingidos.

Segundo Habermas, as regras morais e as regras jurídicas são tipos diferentes de normas de ação, que se complementam (HABERMAS, 2003, p.139). O Direito e a Moral são fundamentados no princípio do Discurso, devido ao nível pós-convencional de fundamentação, no qual a eticidade substancial se desenvolveu em seus componentes. Esse princípio:

tem, certamente, um conteúdo normativo, uma vez que explicita o sentido da imparcialidade de juízos práticos. Porém ele se encontra num nível de abstração, o qual, apesar desse conteúdo moral, *ainda é neutro* com relação ao direito e à moral; pois ele refere-se a normas de ação em geral:
D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. (HABERMAS, 2003, p.142).

Dessa forma, pode-se constatar que o princípio do Discurso é neutro, implicando a necessidade do consenso entre os destinatários para que as normas sejam válidas. Com isso, o princípio do Discurso tem abaixo de si dois princípios: o da Moral para as normas morais; e o da Democracia para as normas jurídicas.

Portanto, como os princípios do Direito (Democracia) e da Moral se fundamentam no princípio do Discurso, podem ser considerados duas "especificações" desse. O primeiro deles é o princípio do Discurso aplicado ao conjunto de normas institucionalizadas, dotadas de coerção. O Princípio da Democracia exerce o papel de regra de argumentação para a decisão racional em relação às questões práticas:

Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantido em seus pressupostos comunicativos. Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição *interna* de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização *externa* e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito. (HABERMAS, 2003, p. 146).

Por outro lado, o princípio da Moral é a aplicação do princípio do Discurso às normas morais, funcionando como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais.

A Moral atende à exigência de fundamentação do Direito, que recorre àquela para obter sua legitimidade. Habermas ressalta que é necessário estabelecer as condições para que os direitos possam servir como *médium* da auto-organização da comunidade. Assim, é preciso criar não somente o sistema dos direitos, mas também a linguagem que permite à comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros de direitos iguais e livres. (HABERMAS, 2003, p.146).

Deve-se ressaltar que a força obrigatória do Direito advém, para Habermas, do procedimento discursivo, sendo a sanção legítima somente quando a norma for obtida discursivamente. As regras do discurso são preenchidas com os Direitos Humanos, que são Direitos Subjetivos necessários para garantir o próprio Discurso.

Habermas considera que o Direito legítimo é aquele no qual o processo legislativo emana da composição entre Soberania do povo e Direitos Humanos. No terceiro capítulo de *Facticidade e Validade*, ao tratar do conceito de Direito, Habermas aponta: 1) os direitos reciprocamente atribuídos por todos os cidadãos que buscam “regular legitimamente sua convivência com meios do direito positivo”; 2) o conceito de direito subjetivo, relacionando-o ao conceito de liberdade de ação subjetiva. (HABERMAS, 2003, p.113 -114).

Habermas articula a autonomia privada e a pública a partir da sua identificação com os conceitos de Direitos Humanos e Soberania Popular. (FONSECA, 2000, p. 198). O conceito de autonomia privada (ou subjetiva), desde Kant, foi identificado ao conceito de direito humano, como forma de “positivar”, num primeiro momento; enquanto o conceito de autonomia pública (ou política) foi identificado ao conceito de soberania do povo:

No contrato da sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentados moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo. Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. **O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio moral e o da democracia** (HABERMAS, 2003, p 127). (grifos nossos).

Mais à frente voltaremos aos princípios do direito, da democracia e da moral. Agora, cumpre dizer que, ao estabelecer a diferença entre as questões éticas e

morais, Habermas entende que a substância normativa, filtrada discursivamente, encontra sua expressão em termos da dimensão da autodeterminação e da auto-realização. (HABERMAS, 2003, p. 133).

Entretanto, isso não significa que, para Habermas, exista uma subordinação linear entre os direitos humanos e a soberania do povo, em relação à esfera ética e à moral. (FONSECA, 2000, p. 198). Contudo, isso é ignorado, pois:

As tradições políticas surgidas nos EUA e caracterizadas como “liberais” e “republicanas” interpretam os direitos humanos como expressão da auto-realização ética. Nesta perspectiva os direitos humanos e a soberania do povo não aparecem como elementos complementares, e sim, concorrentes. (HABERMAS, 2003, p. 133).

Nesse sentido, os Direitos Humanos na perspectiva liberal colocam-se acima do saber moral. Já na perspectiva republicana, “a vontade ético-política de uma coletividade que está se auto-realizando não pode reconhecer nada que não corresponda ao próprio objeto de vida autêntico”. (HABERMAS, 2003, p. 134).

Habermas salienta que tanto Rousseau como Kant, nos seus conceitos de autonomia, colocam a ideia dos Direitos Humanos e o princípio da Soberania do Povo de modo que se interpretam mutuamente. No entanto, Habermas, criticando-os, afirma que:

Não conseguiram entrelaçar simetricamente os dois conceitos. De um ponto de vista geral, Kant sugeriu um modo de ler a autonomia política que se aproxima mais do liberal, ao passo que Rousseau se aproxima mais do republicano. (HABERMAS, 2003, p. 134).

A partir dessa crítica, Habermas propõe que o visado nexos interno entre ambos está no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia, que: “é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, não através das leis gerais”. (HABERMAS, 2003, p. 137). Assim:

Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito singular, então a autonomia moral dos sujeitos singulares deve passar através da autonomia política da vontade de todos a fim de garantir antecipadamente, por meio do direito natural, à autonomia privada de cada um. Todavia, se discursos [...] constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. (HABERMAS, 2003, p. 138).

Habermas admite que a substância dos Direitos Humanos insere-se "nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica". (HABERMAS, 2003, p. 139).

Para a Teoria Habermasiana do Direito, os Direitos Humanos e a Soberania popular possuem um papel definitivo, "para ser legítimo, o processo legislativo emana da composição entre soberania do povo e direitos humanos". (MOREIRA, 2004, p. 160).

Portanto, só adquirem obrigatoriedade as questões que puderem resistir aos questionamentos do processo democrático, que passa a obter fundamentação tão somente através de sua conformidade à opinião e à vontade discursiva dos cidadãos.

A ideia moderna de Direitos Humanos está ligada diretamente aos chamados "direitos subjetivos", ou seja, "espaços de ação em que cada sujeito pode exercer livremente a sua vontade". (MOREIRA, 2004). Portanto, possuem uma forma aritmética, na qual há uma distribuição igualitária da liberdade entre os indivíduos.

A teoria de Habermas justifica um direito democrático e não todo e qualquer direito. Ou seja, ao instituir-se por meio do processo legislativo, o Direito retirou da Moral o peso da integração social.

Habermas não despreza os direitos historicamente conquistados, não porque eles tenham sido meramente declarados, mas porque eles estão pressupostos junto com a própria ideia do princípio do discurso.

A composição entre direitos humanos e soberania do povo somente se mostra à medida que a estrutura intersubjetiva dos direitos é parte componente de um procedimento que incorpora a dimensão discursiva da formação da opinião e da vontade como algo que lhe é intrínseco.

Para avaliar a validade de determinado ordenamento jurídico, é preciso garantir os direitos fundamentais que dão suporte ao fenômeno discursivo. Os Direitos Humanos caracterizam-se como a valoração dos direitos fundamentais dos indivíduos (igualdade, integridade, honra, dignidade humana e outros) e como tal têm sido incorporados às constituições dos países democráticos com a finalidade de "velar pelo igual acesso de todos aos mesmos direitos", zelando para que os sujeitos, em suas ações, tenham o máximo sucesso possível e contribuir para o

bem da sociedade. Contudo, é insuficiente a promulgação de tais direitos para que estes sejam colocados em prática. (MOREIRA, 2004, p.159).

Os Direitos Humanos, apesar de terem caráter abstrato e universal e cuja construção ser anterior à aprovação das constituições de muitos países, uma vez legitimados a partir de uma prática discursiva da sociedade, não vão de encontro ao direito subjetivo das pessoas. O ideal dos Direitos Humanos para se tornar efetivo precisa ser incorporado às leis de um país, mediante um ritual democrático no qual o procedimento discursivo é consagrado como instrumento do processo decisório capaz de garantir as liberdades subjetivas de ação e de reclamação. (HABERMAS, 2003, p. 316).

A prática discursiva que legitima a incorporação dos Direitos Humanos às leis de um país nos revela que o ordenamento jurídico deve ser entendido “como fruto de uma legislação que os sujeitos de direito se dão a si mesmos, sendo por seu turno, os Direitos Humanos”. (MOREIRA, 2004, p. 163). Habermas tem consciência de que:

à medida que o ordenamento jurídico emana da vontade discursiva de seus cidadãos e suas leis são, ao mesmo tempo, reflexo e produção dessa vontade que assume as instituições através do procedimento legislativo, os direitos humanos e a soberania de povo encarnam a dimensão de legitimidade do corpo jurídico, uma vez que a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo de participantes racionais. (MOREIRA, 2004, p.164)

De acordo com a Teoria Discursiva do Direito, a construção do ordenamento jurídico emana da formação discursiva da opinião e da vontade desses sujeitos livres e iguais, por meio de um discurso moralmente neutro, que se dá com a participação de todos os interessados, que devem dispor de igual liberdade comunicativa. Nesse contexto, encontram-se garantidos os direitos de liberdade e de igualdade, além da democracia participativa.

Assim, a Teoria Discursiva do Direito de Habermas rompe com a dicotomia metafísica entre a autonomia privada e a esfera pública como espaços antagônicos e incomunicáveis, nos quais em detrimento das liberdades individuais do liberalismo político e econômico se limitou a atuação do então Estado Absolutista moderno, em prol de uma razão comunicativa que exige a atuação democrática dos cidadãos como construtores dos seus espaços públicos e privados.

Para Habermas, os Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais dão conteúdo ao Direito, porque eles podem ser fundamentos discursivamente. Travessoni afirma que Habermas não aceita os Direitos Humanos e os Fundamentais de forma absoluta, sem relacioná-los ao Discurso, pois são as regras preenchidas com aquele que possibilitam o Discurso.

Com isso há uma dupla relação: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais levam ao Discurso, possibilitando-o, como também o Discurso leva aos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, pois esses Direitos podem ser fundamentados ou estão até mesmo pressupostos junto com o princípio do Discurso, uma vez que Habermas não está tratando de anterioridade nem de anterioridade lógica.

A seguir, apresento a relação da Bioética e do Biodireito com os princípios da Teoria Discursiva.

4.4 Bioética e Princípio Moral

A Moral, conforme mostrado acima, necessita do Direito. Se a Bioética é uma aplicação da reflexão ética à vida e, se do ponto de vista da Teoria do Discurso, a Moral precisa do Direito, a Bioética justifica o Biodireito, relacionando-se ainda aos Direitos Humanos ligados às questões que envolvem a vida humana.

Sob as novas condições impostas pelos avanços da biologia e da medicina, é necessário que a legitimação moral seja satisfeita por meio da Bioética, entendida enquanto um discurso moral aplicado às questões éticas. Estas estão voltados ao regulamento imparcial de conflitos de ação. (HABERMAS, 2003, p. 131). Por isso, a Bioética é interesse de todos, não se restringindo apenas à determinada categoria profissional ou apenas aos envolvidos em determinado caso.

A visão de que apenas uma voz é válida elimina o diálogo, inibe a participação plena e compromete o avanço. A Ética é uma reflexão racional sobre o agir humano, sobretudo o agir regulamentado por normas. Como a ética reflete sobre o ser humano, naturalmente incide sobre questões sobre a vida (humana), dando origem à Bioética que, explicada a partir de uma teoria ética, é a reflexão racional cujo objeto, conforme vimos, é o homem. Por isso, no contexto das inovações médicas, científicas e tecnológicas, a reflexão Bioética visa a assegurar o

respeito do ser humano desde a concepção, durante a vida e a morte, até mesmo a futuras gerações.

Para que esse respeito atinja a todas as pessoas, sem excluir nenhum tipo de raça, crença ou religião, é preciso que o fundamento da Bioética seja neutro. A Teoria do Discurso Habermasiana é uma Teoria adequada para servir de base à essa neutralidade visada na Bioética; pois, através do Discurso no qual todos podem participar, o melhor argumento pode prevalecer, sendo aplicável de modo universal.

Entretanto, deve-se ressaltar que os homens são seres históricos e culturais limitados a tempo e espaço, o que implica a impossibilidade de se estabelecer que o agir regulamentado por normas seja imutável e definitivo. Com isso, são necessárias referências coletivas para determinar o que a Bioética deve assegurar.

Diante de um problema de Bioética, é necessário, em primeiro lugar, remetê-lo ao contexto e à mentalidade cultural que servem de horizonte de compreensão para o seu equacionamento. Qualquer questão relativa à vida humana depende do mundo vivencial no qual ela surge. A mentalidade determina o modo de compreender e solucionar o problema. Por isso, é importante destacar a visão sociocultural que inspira e motiva certo problema de bioética. Pode ser que o problema seja justamente provocado pela própria mentalidade. (JUNGES, 1999, p.10).

Considerando que o princípio Moral da Teoria do Discurso é aplicável a Bioética, operando no nível da sua constituição *interna*, pode-se afirmar que a Bioética ultrapassa os limites históricos casuais. O princípio Moral, conforme já mencionado, seria a aplicação do princípio do Discurso às normas morais. Assim, a Bioética funciona como regra de argumentação para a decisão racional das questões morais emergentes do progresso das biociências e tecnologias.

Os dilemas morais podem ocorrer de duas formas: i) na primeira delas, alguma evidência indica que é moralmente correto o ato x, mas outra evidência indica que esse ato é errado. Entretanto, nenhuma dessas evidências é conclusiva. ii) na segunda, uma pessoa acredita que, por razões morais, deve ou não deve realizar um ato x. Com isso, de um lado é obrigado, por uma ou mais regras morais, a fazer x; por outro lado, a fazer y. Assim, caso essa pessoa faça x ou y, sua ação será moralmente aceitável sob alguns aspectos, mas inaceitável sobre outros. Qualquer caminho que se escolher deixará algum dever de lado. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 26-27).

Alguns autores aceitam o fato de que existiria um valor moral supremo. Em contraposição, Beauchamp e Childress defendem que vários princípios morais podem entrar em conflito na vida moral. Para esses autores, a deliberação seria a resolução de problemas em que as pessoas avaliam os possíveis cursos da ação a fim de se chegar a uma conclusão, moralmente justificada. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 27).

A partir das teorias éticas mencionadas, optou-se pela Teoria do Discurso, pois possibilita essa justificação, já que através da sua neutralidade o consenso pode ser obtido.

Os valores morais variam de uma pessoa para outra, devido à inexistência de uma única moralidade positiva. Por isso, na Bioética as discussões não devem ser baseadas em convicções particulares, que geram problemas quando temas polêmicos como aborto, eutanásia, transexualismo, doação de órgão são abordados.

A Bioética, por um lado, tem uma vertente teórica, desenvolvendo argumentos racionais, que fundamentam os princípios envolvidos. Por outro, uma vertente prática, traçando recomendações para a solução dos problemas. (FREIRE DE SÁ; TORQUATO, 2009, p. 24). A sua principiologia se aproxima mais dos valores, são comandos abertos, não tendo a imperatividade do Biodireito. Por isso, a solução de problemas jurídicos tem o seu lugar no Direito. (FREIRE DE SÁ; TORQUATO, 2009, p. 25).

A Bioética, compreendida à luz da Teoria do Discurso, reflete sobre o agir regulamentado por normas, cujo objeto é o homem, que aqui é denominado Biodireito. O Biodireito está relacionado à Bioética por uma identidade de seus objetos materiais, isto é, por tratarem de temas comuns.

4.5 Biodireito e Princípio do Direito

Conforme já discutimos, para Habermas, a Moral necessita do Direito. No Estado Democrático de Direito, o Direito como integrador e instituidor de justiça precisa se voltar para as questões éticas que são amparadas pela Bioética, pois estão conectados.

Nesse sentido, o Biodireito pode possibilitar uma decisão racional ao funcionar como de regra de argumentação, já que aplica o princípio do Discurso ao conjunto de normas institucionalizadas.

A força obrigatória do Biodireito é considerada proveniente do procedimento discursivo, sendo a sanção legítima somente quando a norma for obtida discursivamente. No Biodireito, deve-se garantir a todas as pessoas a igual participação através do discurso no processo de normatização jurídica. Portanto, só adquirem obrigatoriedade as questões que puderem resistir aos questionamentos do processo democrático, que passa a obter fundamentação tão somente através da vontade discursiva dos cidadãos.

O Direito, mediante a institucionalização jurídica, assume a figura de um princípio da Democracia, que vem da conexão entre o princípio do Discurso e a forma jurídica. Para Habermas, o Princípio da Democracia refere-se ao nível da institucionalização *externa* da igual participação discursiva garantida pelo Direito. (HABERMAS, 2003, p. 146).

Ao se pressupor a perfeita realização desse princípio democrático, a tensão existente entre os direitos fundamentais e a democracia desaparece imediatamente. Alexy entende que essa realização seria uma situação política na qual só entrariam em vigor as leis que, em um processo de normatização discursiva, encontraram de fato a anuência de todos os sujeitos de direito, produzindo a identidade dos destinatários com seus autores. (ALEXY, 2009, p.133).

Conforme já mencionado, Habermas situa o Direito como o mediador da tensão existente entre a facticidade e a validade, pois pode assegurar a existência de fóruns nos quais podem ser discutidas as futuras ações humanas, assegurando a todos a liberdade e a igualdade de participação.

O princípio da Democracia aplicado ao Biodireito indica que a toda norma jurídica, e conseqüentemente aquelas que tratam de questões ligadas à vida, deve ser proveniente da vontade democrática dos cidadãos. Uma concepção de Biodireito fundamentada na Teoria Discursiva considera, portanto, os cidadãos como destinatários e ao mesmo tempo autores da ordem jurídica.

Enquanto participantes de discursos racionais, os cidadãos devem poder questionar se um conflito de questões referentes à vida pode ter a concordância geral de todos os possíveis atingidos.

5 CONCLUSÃO

Adotando o modelo da Teoria Discursiva de Habermas, discussões de Bioética são regidas pelo princípio Moral. Por outro lado, questões jurídicas referentes à vida são regidas pelo Princípio Democrático. Esses dois princípios são, na Teoria Discursiva, cooriginários, fundamentados no Princípio do Discurso e consagram, a partir da razão comunicativa, a autonomia dos seres humanos. Na razão dialógica, a linguagem é utilizada como *médium* comunicativo. Através dela todos os cidadãos podem se entender, ou seja, através da discussão dos problemas pode-se chegar a uma solução racional. Naturalmente, isso vale para as questões ligadas à vida, o que é de grande relevância para a efetivação do Estado Democrático de Direito, que reconhece todos os projetos de vida, inclusive os minoritários. Portanto, nesse Paradigma, o Biodireito passa a ser um meio de integração social, que não despreza a limitação de espaço e tempo, a tensão entre a facticidade e a validade, exigindo solidariedade entre os direitos individuais e os sociais.

A liberdade encontra espaço entre a Bioética e o Biodireito. As questões suscitadas pela Bioética também podem ser amparadas pelo Biodireito, que não pode desprezar a contingência, devendo estar em constante construção e reformulação. Apesar de ser permitida a utilização de argumentos morais também na produção do Direito e, conseqüentemente do Biodireito, adotada a Teoria de Habermas, não é permitida sua fundamentação na Moral. Isso, porque na Teoria do Discurso, conforme já dissemos, o Direito e a Moral são fundamentados no Discurso. O processo de tomada de decisões sobre questões referentes à vida humana deve se aproximar o máximo possível da situação ideal do discurso. Por isso, é importante que sejam neutras, incluam todos os interessados e possibilitem a livre participação. Na prática, algumas das condições dessa situação ideal não são realizadas, devido às limitações de tempo, à falta de conhecimento de causa de todos os possíveis interessados e ao uso da coerção. A impossibilidade de uma democracia direta, o que implica a impossibilidade de todos os afetados poderem participar das discussões, é um fator limitador da legitimidade das decisões institucionais. Entendo ser esse um problema que merece atenção: é preciso aprimorar os instrumentos da democracia representativa.

Em síntese, concluo que, se aplicada a Teoria Discursiva do Direito às questões ligadas à vida humana: (i) o uso de argumentos de Bioética é permitido quando da produção do Biodireito (entendido enquanto conjunto de normas positivas que trata das questões referentes à vida humana); (ii) o que não significa, porém, que o Biodireito é fundamentado na Bioética, pois os dois são fundamentados no princípio do Discurso, que é moralmente neutro. Além disso, (iii) deve-se buscar na prática do Biodireito e da Bioética a aproximação da situação ideal de discurso proposta por Habermas; (iv) o que deve implicar a necessidade de aprimoramento dos instrumentos da democracia representativa.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ALEXY, Robert. Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jürgen Habermas. In: MOREIRA, Luiz; FRANKENBERG, Günter *et. al.* (org.) **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchison. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

APEL, Karl-Otto; MOREIRA, Luiz *et. al.* (org.) **Com Habermas, contra Habermas**. 1ª ed. São Paulo: Landy, 2004.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica Perelman, Viehweg, Alexy, Maccormick e outros**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

BAÊTA, Heloísa Maria Coelho; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Princípio da Justiça e Doação de Órgãos. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Bioética, Biodireito e o Novo Código Civil de 2002**. Minas Gerais: Del Rei, 2004.

BARBOZA, Heloisa Helena. Insuficiência dos Conceitos Jurídicos. In: Heloisa Helena Barboza; Vicente Barreto (Org.). **Temas de Bioética e Biodireito**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandras. **Vida Humana e Ciência: complexidade do estatuto epistemológico da Bioética e do Biodireito. Normas internacionais da Bioética**. Separata da Revista Forense. Rio de Janeiro: Renovar, v. 362, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Ed. Jorge Zahar, 1998.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BENTO, Luis Antônio. **Bioética: Desafios Éticos no Debate Contemporâneo**, São Paulo: Edições Paulinas, 2008.

BERNARD, Jean. **La Bioéthique. Um exposé pour comprendre. Um essai pour réfléchir**. Paris. Dominós, Flamarion, 1994.

BETTI, Emilio. **Interpretacion de la Ley y de los Actos Jurídicos**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução Sérgio Bath. 10^a Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução Alfredo Fait. 2^a Ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 10^a ed. 2003.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7^a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, 1973.

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

CANTO-SPERBER, Monique. **A Inquietude Moral e a Vida Humana**. São Paulo: Loyola, 2005.

CARDOSO, Juraciara. **Eutanásia, Distanásia e Ortotanásia: o tempo certo da morte digna**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.) **Biotecnológica, Direito e Bioética**. Belo Horizonte: PUC Minas - Del Rey, 2002.

CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (Coord.). **Bioética e educação: educando para o futuro uma ponte para o coração**. Belo Horizonte: Bio Consulte; Curitiba: Bio Editora, 2007.

CLOTET J. A bioética: uma ética aplicada em destaque. In: CAPONI GA, Leopardi MT, Caponi SNC. **A saúde como desafio ético**. Florianópolis: Anais do I Seminário Internacional de Filosofia e Saúde, 1994:115-129.

COMTE-SPONVILLE, André. **Bom dia, angústia!** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. v. 5. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. Saraiva: São Paulo, 2001.

DONADELLO, Daniel; TOVAR, Leonardo; MARTINS, Marianne. **Discursos Introdutórios na Ciência do Direito**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes.

FABRIZ, Dauri César. **A estética do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FABRIZ, Dauri César. **Bioética e direitos fundamentais: a Bioconstituição como paradigma ao Biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERRATER MORA, J. **Dicionário de filosofia**. Tomo III (K-P), São Paulo: Edições Loyola, 2004.

FONSECA, Lilian Simone Godoy. Contribuições da Ética do Discurso à Filosofia do Direito. **Unesc em Revista**, Colatina, n. 8, p.193-208, jul/dez. 2000.

FONSECA, Lilian Simone Godoy. **O Princípio de Universalização na Ética do Discurso de Jürgen Habermas**. 1999. 223f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – FAFICH, UFMG, Belo Horizonte.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCÍA, Ricardo García. **La comisión asesora de libertad religiosa: sus antecedentes, precedente, discusión parlamentaria y regulación actual**. Madris: Edisofer, 2003.

GOLDIM, José Roberto. **A Evolução da Definição de Bioética na Visão de Van Rensselaer Potter 1970 a 1998**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/bioetev.htm>>. Acesso em 31 de janeiro de 2011.

GOLDIM, José Roberto. **Definição de Bioética - Bioethicsline 1994**. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/bioet94.htm>>. Acesso em 31 de janeiro de 2011.

GOMES, Alexandre Travessoni (org.); MERLE, Jean-christophe (org.). **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos**. 1ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

GOMES, Alexandre Travessoni *et. al.* (org.) **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011.

GOMES, Alexandre Travessoni *et. al.* (org.) Pós-Positivismo Jurídico. In: **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011, p. 319-323.

GOMES, Alexandre Travessoni *et. al.* (org.). **Kant e o Direito**. 1ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

GOMES, Alexandre Travessoni. **É consistente a defesa de Kant da obediência absoluta à autoridade? Kant e os supostos escritos anti-revolucionários**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 11, p. 9-21, 2008.

GOMES, Alexandre Travessoni. **Fundamentação do Direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy**. In: Nuno Manuel Morgadinho Santos Coelho; Cleyson de Moraes Mello. (Org.). **O fundamento do direito: estudo em homenagem ao professor Sebastião Trogo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 295-310.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito: Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOMES, Alexandre Travessoni; ARANTES, Bruno Camilloto. **A Teoria Hermenêutica de Emilio Betti e a objetividade da Hermenêutica Jurídica**. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, v. 49, p. 11-38, 2006.

GOMES, Alexandre Travessoni; ARAÚJO, M. M. **A política de quotas nas instituições públicas de ensino superior no Brasil: análise segundo um critério moral e um critério estratégico**. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, v. 50, p. 11-39, 2007.

GOMES, Alexandre Travessoni; LACERDA, B. A. **A Interpretação jurídica: da Escola da Exegese ao Positivismo**. Revista Interdisciplinar de Direito, v. 5, p. 545-560, 2008.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “in vitro”: da Bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUNGERS, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LA TAILLE, Yves. **Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEPARGNEUR, Hubert. **Bioética, novo conceito: a caminho do consenso**. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de (Org.); MOREIRA, Luiz (Org.). **Ética e Direito**. 1ª ed. São Paulo: Landy & Loyola, 2002.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. **Escritos de Filosofia II: Ética e Cultura**, São Paulo: Loyola, 1988.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A nova democracia e os direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.cadireito.com.br/artigos/art01.htm>. Acesso em: 30 out. 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Bioética no estado de direito plurinacional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2386, 12 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14151>>. Acesso em: 23 jan. 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. 2^a ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. v. 1.

MELO, Helena Pereira de. **Manual de Biodireito**. Coimbra: Almedina, 2008.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **SER OU NÃO SER: Os direitos sucessórios do embrião humano**. Belo Horizonte: 2007.

MOREIRA, Luiz *et. al.* (org.) **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 2^a ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão adequada do Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PALÁCIOS M; REGO, S.; SCHRAMM, F.R. **A Regulamentação Brasileira em Ética em Pesquisa Envolvendo Seres Humanos**. In: MACHADO, R.M; CARVALHO, D.M.; BLOCK, K.V.; LUIZ, R. R.; WERNECK, G.L., (Org.) **Epidemiologia**. São Paulo: Atheneu, 2002.

PARIZEAU, Marie-Helène. Bioética. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de Ética e Filosofia Moral**. Porto Alegre: Unisinos, 2007, p. 167-168.

PESSINI, Léo. Bioética: das origens à prospecção de alguns desafios contemporâneos. **O mundo da saúde**, São Paulo, v. 29, n. 3, p. 305-324, jul./set. 2005.

PESSINI, Leo. Introdução à edição brasileira. In: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

PLATÃO. **A república**. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: Bridge to the future**. Englewood Cliffs, N. J. Prentice-Hall, 1971.

REICH, W.T. (editor), **Encyclopedia of Bioethics**. rev. ed., New York: Macmillan, 1995.

REICH, W.T. (editor), **Encyclopedia of Bioethics**. vol. I, New York: Macmillan, 1978.

RENAUT, Alain. **O indivíduo: Reflexão acerca da filosofia do sujeito**. Editora Difel, 1998.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RIBEIRO, Fernando José A. **Conflitos no Estado Constitucional Democrático: por uma compreensão jurídica da desobediência civil**. 1ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Fundamentos Constitucionais da Bioética**. 2006. (Tese: Doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Programa de pós-graduação em Direito.

Roy, D. **La Biomédecine aujourd'hui et l'homme de demain**. Point de départ et direction de la bioéthique, 1979.

SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e Direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da lei n. 9.434/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Horizonte: Del Rey, 2009.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Idéia de Justiça em Hegel**. São Paulo - SP: Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Idéia de Justiça em Kant; seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo: **Fundamentação e Aplicação do Direito como o Maximum Ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. **Estado Ético e Estado Poiético**. In: Congresso Brasileiro de Filosofia, 1999.

SALGADO, Joaquim Carlos. **O aparecimento do estado na fenomenologia do espírito**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 19, p. 178-193, 1976.

SALGADO, Joaquim Carlos. **Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais**. O Sino de Samuel, Belo Horizonte/MG, p. 10 - 10, 15 set. 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEGRE, Marco; COHEN, Cláudio. **Bioética**. São Paulo: Edusp, 1995.

SILVA, De Plácido e; SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. **Vocabulário jurídico**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SISCAR, Crisnanda Pane. Ética do Discurso. In: GOMES, Alexandre Travessoni *et al.* (org). **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito e Medicina: aspectos jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael; MOREIRA, Luiz. **Hermenêutica Constitucional**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.