

CONSTITUIÇÃO, BIOÉTICA E BIODIREITO: BREVES NOTAS AO BIODIREITO CONSTITUCIONAL¹

CONSTITUTION, BIOETHICS AND BIOLAW: BRIEF NOTES TO CONSTITUTIONAL BIOLAW

CONSTITUCIÓN, BIOÉTICA Y BIODERECHO: BREVES NOTAS AL BIODERECHO CONSTITUCIONAL

*Ivo Dantas*²

*Lívia Barros*³

*Gina Gouveia Pires de Castro*⁴

Área(s) do Direito: Biodireito; Direito Constitucional; Bioética.

Resumo

Este artigo sintetiza e identifica os princípios éticos de respeito à autonomia, dignidade, integridade e vulnerabilidade como importantes ideias ou valores para a

¹ Recebido em 15/03/2017. Aceito para publicação em 15/05/2017.

² Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais, professor titular na Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e livre-docente na área de Direito Constitucional pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e em Teoria do Estado pela UFPE. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas, da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas, do Instituto Pimenta Bueno (Associação Brasileira dos Constitucionalistas), do Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (México), do Consejo Asesor del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, e do Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madri). Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado, da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas, e da Comissão de Estudos Constitucionais (CEC) da OAB/PE. Vice-presidente da Comissão de Precatórios Judiciais da OAB (PE). Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos. Professor orientador visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Ex-diretor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e juiz Federal do Trabalho (aposentado). Advogado e parecerista. *E-mail:* <profivodantas@uol.com.br>.

³ Doutoranda em Direito Constitucional (UFPE); Mestre em Direitos Humanos (UFPE); Especialista em Direito Administrativo (UFPE); Especialista em Direito Público (Esmape). Professora de Direito Administrativo e Constitucional na Graduação e na Pós-graduação em Direito da Faculdade Boa Viagem e da Faculdade Maurício de Nassau. Advogada. *E-mail:* <livia.barrospe@gmail.com>.

⁴ Professora da Faculdade Maurício de Nassau, Professora da Faculdade Guararapes, Professora da Faculdade Pernambucana, Professora do IFPE – Instituto Federal de Pernambuco, Coordenadora da Pós-Graduação em Gestão Pública da Faculdade Maurício de Nassau, Parecerista da Revista de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do SUL - UFRGS. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais – CEC da OAB/PE. Bacharel em Direito pela Associação de Ensino Superior de Olinda - AESO; Especialista em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau; Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Advogada. *E-mail:* <ginagouveia@hotmail.com>.

bioética e biodireito em todo o mundo e a partir do que consta na Constituição brasileira em vigor. O artigo concluiu que os princípios éticos básicos não podem ser entendidos como ideias eternas universais ou verdades transcendentais, mas sim como diretrizes reflexivas e valores importantes nas culturas brasileira e ocidental. O método da pesquisa foi a análise conceitual, filosófica, do contexto cultural dos valores ou ideias normativas que as pessoas usam e encontram importantes em sua existência. Princípios éticos básicos da bioética e do biodireito brasileiros são: autonomia, dignidade, integridade e vulnerabilidade - Para uma base de bioética e de biodireito.

Palavras-chave: Constituição. Bioética. Biodireito. Direitos humanos.

Abstract

This article summarizes and identify the ethical principles of respect for autonomy, dignity, integrity and vulnerability as important ideas or values for bioethics and biolaw all over the world and from the understanding of the brazilian Constitution in force. The paper concluded that the basic ethical principles cannot be understood as universal everlasting ideas or transcendental truths but they rather function reflective guidelines and important values in brazilian and in western cultures. The method of the research was conceptual, philosophical analysis of the cultural background of the values or normative ideas that people use and find important in their existence. Basic ethical principles in brazilian bioethics and biolaw are: autonomy, dignity, integrity and vulnerability – Towards a foundation of bioethics and biolaw.

Keywords: Constitution. Bioethics. Biolaw. Human rights.

Résumé

Cet article résume et identifie les principes éthiques du respect de l'autonomie, de la dignité, de l'intégrité et de la vulnérabilité comme des idées ou valeurs importantes pour la bioéthique et le biodroit dans le monde entier et de la compréhension de la Constitution brésilienne en vigueur. L'article a conclu que les principes éthiques de base ne peuvent être compris comme des idées éternelles universelles ou des vérités transcendantales, mais plutôt des lignes directrices réfléchissantes et des valeurs importantes dans les cultures brésiliennes et occidentales. La méthode de la recherche était une analyse conceptuelle et philosophique du contexte culturel des valeurs ou des idées normatives que les gens utilisent et trouvent importantes dans leur existence. Les principes éthiques de base dans la bioéthique et le biodroit brésiliennes sont: autonomie, dignité, intégrité et vulnérabilité - Vers une base de bioéthique et biodroit.

Mots Clés: Constitution. Bioéthique. Biodroit. Droits de l'homme.

Sumário: 1. *Bioética, valores e Constituição*; 2. *A bioconstituição ou biodireito constitucional*; 1.1. *A dignidade da pessoa humana*; 2. *Uma nova geração de direitos? A bioética: um primeiro contato*; 2.1. *Caráter multidisciplinar da bioética e do Biodireito*; 3. *Os grandes princípios da bioética*; 3.1. *Dos princípios jurídicos: sua importância e conceito*; 4. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional: a questão aplicada à Constituição de 1988*; 5. *Do poder político: um breve encontro*; 6. *O poder político e a realização do direito*; 7. *Existe o biodireito?* 8. *Os grandes princípios do biodireito: constitucionais, gerais e específicos*; 9. *Referências*.

Summary: 1. *Bioethics, values and Constitution. Bioconstitution or bioconstitutional law*; 1.1. *The dignity of the human person*; 2. *A new generation of rights? Bioethics: a first contact*; 2.1. *Multidisciplinary character of bioethics and biolaw*; 3. *The great principles of bioethics*; 3.1. *The legal principles: their importance and concept*; 4. *Constitutional principles and constitutional interpretation: the issue applied to the Constitution of 1988*; 5. *Political power: a brief encounter*; 6. *Political power and the*

realization of law; 7. Is there a biolaw? 8. The great principles of biolaw: constitutional, general and specific; 9. References.

Index: 1. *Bioéthique, les valeurs et la Constitution. Bioconstitution ou loi bioconstitutionnelle. 1.1. La dignité de la personne humaine; 2. Une nouvelle génération de droits? Bioéthique: le premier contact; 2.1. Caractère multidisciplinaire de la bioéthique et biodroit; 3. Les grands principes de la bioéthique; 3.1. Les principes juridiques: leur importance et le concept; 4. Principes constitutionnels et interprétation constitutionnelle: la question appliquée à la Constitution de 1988; 5. Pouvoir politique: une brève rencontre; 6. Le pouvoir politique et la réalisation du droit; 7. Y a-t-il un biodroit?; 8. Les grands principes de biodroit: constitutionnels, généraux et spécifiques. 9. Références.*

1 BIOÉTICA, VALORES E CONSTITUIÇÃO. A BIOCONSTITUIÇÃO OU BIODIREITO CONSTITUCIONAL

Desnecessário destacar a importância de que as Constituições incorporem novas matérias, representativas de sua época⁵ e da sociedade para a qual se destinam. Dizendo de modo diferente: ao mesmo tempo em que a Constituição tende alcançar uma estabilidade, único caminho para a defesa dos principais valores sociais que incorpora, ela terá de acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade em sua dinâmica, pelo que, em consequência, se torna impossível estabelecer-se um conceito material que seja válido para todo e qualquer modelo de sociedade⁶.

Em sentido contrário, ressalte-se que, sob o ângulo do conceito formal, a Supralegalidade e a Imutabilidade Relativa de suas normas, encontram-se (em maior ou menor intensidade, principalmente, a imutabilidade relativa), obrigatoriamente em todos os sistemas constitucionais escritos, fazendo, desse modo, surgir os institutos do Controle de Constitucionalidade (decorrência da Supralegalidade) e do Poder de Reforma (decorrência da Imutabilidade Relativa), seja pela via da Revisão, seja pela via da Emenda e/ou Revisão Constitucionais.

Neste quadro, verificar-se-ão dois dados importantes:

a) – já não se admite, do ponto de vista material, a existência de modelos constitucionais concisos ou sintéticos, em razão da constitucionalização de novas matérias (econômicas, p. ex.) e novos direitos, do que são exemplos os biodireitos inscritos na Lei Maior, de forma direta e/ou indireta, e que, em última análise, significam a Juridicização da Bioética. Ainda em consequência dessa ampliação do

⁵ Veja-se DANTAS, 2003, cap. 2.

⁶ Veja-se DANTAS, 2001, cap. 5.

âmbito dos Direitos Fundamentais e suas Gerações⁷, note-se que nos modelos constitucionais mais recentes, como é o caso da Constituição Brasileira de 1988, a presença de tais matérias logo no pórtico do documento, implica, sob o ângulo da Hermenêutica, uma mudança de comportamento, sobretudo porque, todos eles representam um desdobramento dos Princípios da Cidadania e da Dignidade Humana enumerados nos denominados Princípios Fundamentais (art. 1º, II e III);

b) – uma correta interpretação do texto constitucional posto, só se dará, vendo-se o texto como um todo, um sistema, pelo que se faz necessária uma interpretação sistêmica⁸ (e não apenas sistemática) de suas normas.

Esta constatação da existência de uma nova geração de Direitos, os denominados Biodireitos, em nível constitucional, permite que se fale, atualmente, em Biodireito Constitucional⁹ ou, autoriza a existência de uma Bioconstituição¹⁰, valendo lembrar o que escreve Héctor Gros Espiell (in: CASABONA, 1998, p. 137-138) em texto intitulado *Constitución y Bioética* e no qual trata dos aspectos acima mencionados:

La importancia actual y la significación creciente de la incidencia de los problemas bioéticos, y en especial de lo relativo a la genética, en las cuestiones referentes a los derechos humanos, así como la conceptualización del genoma humano como uno de los casos de ese amplio y aún no cerrado abanico de situaciones a las que el Derecho Internacional ha venido dando, en un proceso expansivo, la calificación de patrimonio común de la humanidad, plantea hoy una necesaria reflexión sobre la actitud que el Derecho Constitucional ha de tomar al respecto.

E prossegue:

⁷ Enganam-se os que defendem como Direitos amparados pelo art. 60, § 4º, inciso IV apenas os enumerados no art. 5º, visto que, corretamente, ali se encontram todas as ondas de Direitos.

⁸ Veja-se DANTAS, 2007; 1995. Interessante é a observação feita por TRINDADE; TRINDADE (2003, p. 70) quando escrevem que "...sistêmico, palavra tomada emprestada dos biólogos. Sistêmico significa interligado, interdependente".

⁹ Nada de novo na expressão, visto que de há muito já se fala de uma Constituição Social (não no sentido de estrutura social, mas sim, de constitucionalização dos direitos sociais), de uma Constituição Econômica (constitucionalização da Ordem Econômica), de uma Constituição Tributária e até de uma Constituição Orçamentária (constitucionalização das normas referentes ao Orçamento Público), não no sentido de ilhas isoladas, mas sim, no sentido de subsistemas constitucionais que, entretanto, mantêm entre si, não só íntimas relações, mas inter-relações, sobretudo, considerando-se a Constituição Total, como Sistema.

¹⁰ O pioneirismo da constitucionalização da Bioética pertence à Confederação Suíça, desde 1992. Vale uma consulta ao artigo de VARSI, 2005.

Los problemas de la genética se relacionan, necesaria y entrañablemente, con el principio de la dignidad humana, con los derechos a la vida, a la integridad física y moral de la persona, a la libertad, a la igualdad y a la no discriminación, al honor, a la intimidad, a la salud, a la vida sexual y a la reproducción, a la no sujeción forzada a experiencias médicas o científicas y a la constitución de la familia. Es decir, con una parte de materia constitucional, del contenido actual de la gran mayoría de las constituciones – los derechos de la persona humana, sus deberes y su protección y garantía por el Estado a través del Gobierno – y con lo que, en su diversidad, se ha incluido de manera gradual y evolutiva, dándole así una eminente jerarquía normativa, en las modernas Constituciones. (HÉCTOR GROS ESPIELL (in: CASABONA, 1998, p. 138-139)

Carlos Maria Romeo Casabona (1998, p. 151-153) em estudo intitulado *La Relación entre la Bioética y el Derecho* faz considerações bastante interessantes, afirmando:

No ha sido infrecuente para el Derecho, pero con una mayor aceleración a lo largo de este siglo, encontrarse con la necesidad de tener que enfrentarse a situaciones sociales nuevas, derivadas de los cambios en los sistemas de control y producción de bienes y servicios y de las relaciones económicas, de los descubrimientos o avances tecnológicos y científicos, o de las modificaciones en las relaciones interindividuales, en cuyo conjunto las Ciencias Biomédicas constituyen uno de los ejemplos más representativos. Las respuestas del Derecho han consistido muchas veces en asumir las relaciones sociales emergentes, positivando, regulando o reconociendo (judicialmente) dichas relaciones; o bien aplicando a la nueva situación principios generales básicos ya integrados jurídicamente, como son los de respeto a la autonomía individual y a la dignidad de la persona, categorías informadoras y resolutorias decisivas para la configuración del ser humano en la actualidad, sin prejuicio de los problemas que plantea determinar el alcance de la primera y el significado más preciso de la segunda; o, por fin, adelantándose a las concepciones sociales, al introducir, mediante sus propios recursos de creación normativa, nuevos principios axiológicos, aunque este fenómeno ha sido más excepcional.

Mais adiante, depois de tecer comentários sobre o que chama de vazios jurídicos, enfrenta diretamente as relações entre a Bioética e o Direito, e escreve:

Y así como la Bioética ha ejercido ya su influencia en el Derecho (p. ej.), en la admissibilidad de la donación de órganos de donante vivo, por aplicación del principio de beneficencia), tampoco debe olvidarse la que el Derecho ha podido ejercer sobre la Bioética, como sucede, por ejemplo, con el denominado por ésta última ‘consentimiento informado’ - expresión del principio de autonomía, pero de forma impropia para el ámbito jurídico, por redundante -, secularmente elaborado en el terreno jurídico entorno a los principios público de la libertad y iusprivatista de la formación y la declaración de la voluntad.

Maria Helena Diniz (2001), em perfeito exercício de interpretação sistêmica, logo no Capítulo I (Bioética e Biodireito), relaciona estas ascensões e descobertas

das ciências biológicas com a liberdade científica. Neste sentido, escreve que “com a rapidez das revoluções operadas pelas ciências biológicas e com o surgir das difíceis questões ético-jurídicas por elas suscitadas, o direito não poderia deixar de reagir, diante dos riscos a que a espécie humana está sujeita, impondo limites à liberdade de pesquisa, consagrada pelo art. 5º, IX, da Constituição Federal de 1988.

Todavia – continua –, seria possível questionar juridicamente os valores relativos à liberdade científica? Poderia o Poder Público intervir nas práticas biomédicas, impondo-lhes limites? Como traçar contornos à liberdade de ação de um cientista? Quais os limites que, em pleno século XXI, poderiam ser impostos à ciência?

Será preciso buscar um ponto de equilíbrio entre duas posições antitéticas: proibição total de qualquer atividade biomédica, que traria uma radical freada no processo científico ou permissibilidade plena, que geraria insanáveis prejuízos ao ser humano e à humanidade.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, IX, - prossegue Maria Helena Diniz (2001, p. 7-8) - proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, mas isso não significa que ela seja absoluta e não contenha qualquer limitação, pois há outros valores e bens jurídicos reconhecidos constitucionalmente, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade etc., que poderiam ser gravemente afetados pelo mau uso da liberdade de pesquisa científica. Havendo conflito entre a livre expressão da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa humana, a solução ou ponto de equilíbrio deverá ser o respeito à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, III, da Constituição. Nenhuma liberdade de investigação científica poderá ser aceita se colocar em perigo a pessoa humana e sua dignidade. A liberdade científica sofrerá as restrições que forem imprescindíveis para a preservação do ser humano na sua dignidade.

Finalmente, afirma:

A realidade demonstra que os avanços científicos do mundo contemporâneo têm enorme repercussão social, trazendo problemas de difícil solução, por envolverem muita polêmica, o que desafia a argúcia dos juristas e requer a elaboração de normas que tragam respostas e abram caminhos satisfatórios, atendendo às novas necessidades ora surgidas e defendendo a pessoa da terrível ameaça da reificação.

Com isso, como o direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o biodireito, estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade. Por isso, como diz Regina Lúcia Fiuza Sauwen, ‘a esfera do biodireito compreende o caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana’ – conclui Maria Helena Diniz (2001, p. 8).

Em artigo intitulado *Bioética e direitos humanos: novos desafios para os direitos humanos de solidariedade* (In: SOUZA, 2006, p. 123), escreve Paulo Vinicius Sporleder de Souza que:

Tem sido frequente para o direito e a ética a necessidade de enfrentar situações novas, derivadas dos constantes descobrimentos científicos e tecnológicos, das mais variadas áreas de conhecimento. Assunto de enorme importância a ser analisado durante este milênio diz respeito ao estrondoso desenvolvimento da biotecnologia e seus impactos nos direitos humanos, já que se têm informações sobre os (bio)riscos e possíveis abusos que podem decorrer da investigação científica das ciências que tratam da vida e da saúde.

Por tudo o que foi dito, ficam algumas questões: a ciência tem limites? Se positivo, quais seriam esses limites? No caso brasileiro, Maria Helena Diniz tem razão quando limita a liberdade científica ao comando da Dignidade da Pessoa Humana?¹¹

1.1 A dignidade da pessoa humana

Um ponto tem que ser destacado na lição de Maria Helena Diniz e por nós referido em diversas oportunidades, qual seja o de que toda interpretação que seja dada a qualquer norma do sistema jurídico brasileiro e, como tal, à liberdade de pesquisa, haverá de ser informada pelo Princípio Fundamental da Dignidade

¹¹ Ver PETER, 2008.

Humana¹², que no texto constitucional vigente de 1988, aparece como Fundamento do Estado Democrático de Direito¹³ e, portanto (tal como será desenvolvido adiante), como vetor da interpretação constitucional.

A presença deste princípio, em uma perspectiva do Biodireito, se faz muito mais presente, visto que, em última análise, estamos tratando, sobretudo, com a vida e a morte do Homem, enquanto pessoa¹⁴. Este aspecto não passou à margem da lição de WALTER ESTEVES PIÑEIRO (*A Importância da Juridicização da bioética* In ANDRÉ MARCELO M. SOARES e WALTER ESTEVES PIÑEIRO, *Bioética e Biodireito – Uma Introdução*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 65) ao afirmar que “devemos consignar que a juridicização não é, propriamente, da bioética, em razão de sua própria essência, mas, antes, é dos fatos respeitantes à vida e à morte dos seres humanos, incluindo-se as novas tecnologias e o meio ambiente também, pois vem a interferir na qualidade de vida dos homens.

Mais adiante, depois de referir-se às transformações sofridas em razão pela Lei nº 9.434/97 (Transplantes de órgãos), escreve que “não será tão fácil assim regulamentar as questões que mais importam ao biodireito, não só quanto aos transplantes, mas também, quanto ao estatuto do embrião humano, à eutanásia, à manipulação genética, à clonagem humana etc” (p. 67)¹⁵.

Aliás, nesse sentido e, até retomando a questão da Supralegalidade Constitucional já por nós referida, escreve Gros Espiell (p. 138-139) que:

[...] los problemas de la genética se relacionan, necesaria y entrañablemente, con el principio de la dignidad humana, con los derechos a la vida, a la integridad física y moral de la persona, a la libertad, a la

¹² FRANCISCO (2006, p. 61-68) faz interessantes considerações sobre A Dignidade Humana: marco constitutivo para a ética, oportunidade em que traz à colação as posições da constituição Gaudium et spes e do Concílio Vaticano II.

¹³ Em termos exemplificativos indicamos a bibliografia a seguir: DICK, 2005; AMUCHASTEGUI; NUNES, 2002; ALVES, 2001; MARTINS, 2003; SANTOS, 1999; SARLET, 2001; BARCELLOS, 2002; NUNES, 2002; SÁNCHEZ, 1994; PITHAN, 2004; ALMEIDA, 2003; BOLZAN, 1998; DINIZ; BUGLIONE, 2002.

¹⁴ D’ASSUMPÇÃO (Org.) em interessante livro intitulado *Biotanatologia e Bioética* (2005, p. 7) vincula o estudo da morte à vida. Vale trazer à leitura o conceito que o autor traz de **Tanatologia**: “é uma palavra formada por duas outras, do idioma grego: thánatos, que representa o deus da morte na mitologia grega; e logia, que significa estudo. Portanto, tomado ao pé da letra, tanatologia seria ‘estudo da morte’, ‘ciência da morte’ (p. 13). Prosseguindo, depois de reconhecer que “a tanatologia ainda encontra muita resistência no Brasil” p. 18), escreve (p. 20 negritos nossos): “Por isso mesmo, e por acreditarmos que a morte realmente nos ensina a viver, optamos por buscar um nome novo para esta ciência, que dessa a ela a sua exata dimensão: não uma ciência da morte, mas sim, uma ciência da vida vista pela ótica da morte. Passamos então a chamá-la de ‘**biotanatologia**’, unindo à palavra thánatos (‘morte’ em grego) a palavra bios (‘vida’, em grego).

¹⁵ Sugerimos uma visita ao site <<http://www.bionetonline.org>>, no qual existem várias questões e as respostas dadas por 8 (oito) sistemas jurídicos europeus.

igualdad y a la no discriminación, al honor, a la intimidad, a la salud, a la vida sexual y a la reproducción, a la no sujeción forzada a experiencias médicas o científicas y a la constitución de la familia. Es decir, con una parte de la materia constitucional, del contenido actual de la gran mayoría de las constituciones – los derechos de la persona humana, sus deberes y su protección y garantía por el Estado a través del Gobierno – y con lo que, en su diversidad, se ha incluido de manera gradual y evolutiva, dándole así una eminente jerarquía normativa en las Constituciones modernas.

No Brasil, a matéria foi objeto de profundo estudo de autoria de Maria Garcia (2004), a qual, depois de analisar as relações entre Ciência, Poder e Direito, dedica dois amplos capítulos aos Limites da Ciência, o primeiro tratando da Dignidade da Pessoa Humana e o segundo voltado à Ética da Responsabilidade.

Na verdade, o que hoje se constata é que diversos **modelos constitucionais estrangeiros** consagram princípios e normas de Bioética e Biodireito, em cujo conteúdo destaca-se o mencionado princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em decorrência do que Oliveira Baracho, citado por Daury Cesar Fabríz (2003, p. 320): em instigante artigo intitulado Bioconstituição: bioética e direito; identidade genética do ser humano esclarece que o discurso jurídico constitucional, que tem como base a identidade genética, propiciou o surgimento da palavra bioconstituição, entendida como conjunto de normas (princípios e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidades privadas, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual ou futuro, tendo em vista também as suas relações com a biomedicina.

Neste instante, já podemos afirmar que a Dignidade Humana é o grande princípio do constitucionalismo contemporâneo, no qual foi introduzido pela Constituição Alemã de 1949, nos seguintes termos¹⁶:

Art. 1º (Proteção da dignidade da pessoa humana)
(1) A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais.

Na Constituição Portuguesa de 1976, com a redação dada pela revisão de 2004, lê-se:

Princípios Fundamentais

¹⁶ Servimo-nos do texto *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Com um ensaio e anotações de Nuno Rogeiro)*. Coimbra Editora, 1996.

Artigo 1º (República Portuguesa)

Portugal é uma República Soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (SOUSA; ALEXANDRINO, 2000).

Ainda na Europa, a Constituição Espanhola de 1978, depois de falar em seu art. 1º, 1. em “valores superiores” (expressão que a Constituição Brasileira de 1988 em seu Preâmbulo usou como “valores supremos”), prescreve:

Artículo 10

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social¹⁷.

Cabe aqui uma observação, ao mesmo tempo histórica e sistêmica: a expressão Dignidade da Pessoa Humana já apareceu em diversos textos constitucionais brasileiros, embora com significado diferente daquele que tem na Constituição vigente.

Assim, na Constituição de 1934, em seu art. 115, lia-se:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único. Os poderes públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do país (sic).

A Constituição de 1946, em seu art. 145, determinava:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna.

No texto de 1967, a expressão ‘Dignidade Humana’, encontrava-se em seu art. 157, II:

A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana

¹⁷ Edición preparada por REBOLLO, 2003.

Pela EC 1/69, mesmo modificando a numeração do caput, que passa a ser o artigo 160, manteve-se o inciso II, nos mesmos termos, como se vê:

II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana

Até mesmo o Ato Institucional nº 5 (13.12.1968) fazia referência a expressão ao considerar que:

[...]a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade humana [...].

A Constituição Brasileira de 1988, seguindo a linha que adotou de inovações no Constitucionalismo Brasileiro, sobretudo em razão de uma nova técnica legislativa-constitucional, incluiu em seu texto a existência de Princípios Fundamentais, o que significa que em sua decorrência, modificou toda a técnica de interpretação que lhe seja dada, pois deles haverá de partir, impondo um raciocínio sistêmico.

Neste sentido, determina em seu art. 1º, inciso III:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.

Ademais, no caput do art. 5º, por sua vez, ordena que

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

Cumpra observar que, no atual texto constitucional, a expressão não aparece apenas no já mencionado art. 1º, III (a dignidade da pessoa humana), mas em diversas outras passagens, como se verá, embora em todas estas outras, mesmo tendo sua conotação especial, há de ter uma interpretação, conforme o

conteúdo que possui no mencionado art. 1º, III, em razão de ser este um dos Fundamentos do Estado Democrático de Direito:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.¹⁸

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Na verdade, a expressão termos seguintes de que fala o comando do art. 5º, inicialmente, não se limita ao conteúdo do art. 5º, mas precisa ser identificado ao longo da Constituição; em um segundo instante, tendo-se em vista que a Lei Maior não define os vocábulos básicos necessários à sua compreensão, no âmbito da legislação infraconstitucional e, ficando esta omissa, será na Jurisprudência e na Doutrina que eles deverão encontrar seus conteúdos, delineando-os, sobretudo porque estamos diante, mais uma vez, de denominados conceitos indeterminados.

Em nosso entender, da união e compreensão de duas expressões, a saber, **Dignidade da Pessoa Humana** (art. 1º, III) e **Inviolabilidade do direito à vida** (art. 5º, caput), como princípios informativos da Bioconstituição, dependerá toda a fundamentação constitucional do Biodireito entre nós, que não poderá afastar-se do que temos chamado de **Valores Constitucionais**¹⁹.

Em livro intitulado *Bioética e Biodireito*, Aline Mignon de Almeida (2000, p. 18-19) voltando suas atenções para a segunda das expressões, afirma que:

[...]caput do art. 5º, dentre outros direitos, assegura a 'inviolabilidade do direito à vida', sendo muito mais amplo este dispositivo, abrangendo a proteção à integridade física e moral, o direito ao corpo, às partes do corpo e ao cadáver.

¹⁸ Ver DANTAS, Bioética e planejamento familiar. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>.

¹⁹ Temos defendido em diversos estudos que a eficácia de uma Constituição dependerá, sobretudo, de sua fidelidade aos valores sociais e políticos consagrados pela sociedade.

O art. 1º, III da CRFB estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, 'a dignidade da pessoa humana', mas, como já afirmado anteriormente, é preciso primeiro saber quem é pessoa, o sujeito a quem a norma se refere e se a dignidade tem um sentido bem amplo de respeito, proteção e tutela das pessoas, dando condições para que elas desenvolvam ao máximo suas capacidades e aptidões, ou se tem sentido restrito.

E em seguida, citando Sérgio Ferraz (1991), no livro *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma Introdução, doutrina:*

O princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana implica um compromisso do Estado e das pessoas para com a vida e a liberdade de cada um, integrado no contexto social: ele significa, pois, que a cada um é reconhecido o direito de viver livremente, em harmonia com todo o social, com a certeza de que suas virtualidades poderão expandir-se e concretizar-se, num concerto coletivo a todos benéfico.

Finalmente, Flademir Jerônimo Belatini Martins (p. 52) quando leciona, de forma corretíssima e dentro da visão sistêmica que sempre defendemos, que:

[...]além disso, a Constituição de 1988 ao instituir um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, o qual constitui o núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, buscou não só preservar, mas acima de tudo, promover a dignidade da pessoa humana, de tal sorte que – já se disse alhures- sempre se poderá extrair o princípio a partir deste amplo rol protetivo. Aliás, a Carta se preocupou não apenas com a instituição, mas também com a efetivação destes direitos, atribuindo um papel ativo ao cidadão e ao Judiciário. Buscou também superar a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar a liberdades positivas, realçando o aspecto promocional da atuação estatal²⁰.

Antes de encerrarmos essas considerações sobre a Dignidade da Pessoa Humana, vale recordar que nos dias de hoje, em busca de alcançar-se a realização desse Princípio Fundamental, muito se tem voltado a Doutrina e a Jurisprudência para a denominada Efetividade dos Direitos Sociais, na busca de um Mínimo Existencial²¹.

²⁰ Quando o autor fala em cidadão, cumpre lembrar que não é no sentido político-eleitoral, mas sim, no sentido que lhe dá o art. 1º, II, da Constituição, ou seja, que nela o conceito de cidadania não mais se resume ao conceito de eleitor, mas sim, ao gozo dos direitos sociais, econômicos e até políticos, tal como defendido pela sociologia americana, especialmente, por T. H. MARSHALL (1967).

Sobre o tema, vejam-se: BARACHO, 1995; HAGUETTE, 1994; BARBALET, 1989; RIBEIRO, 1982, p.7-21; FERREIRA, 1993; ANDRADE, 1993; VASCONCELOS, 1993; LEITE, 2002.

²¹ Ver DANTAS, 2003, p. 431-450; TORRES, 2009.

2 UMA NOVA GERAÇÃO DE DIREITOS? A BIOÉTICA: UM PRIMEIRO CONTATO

Antes de alcançarmos o que hoje se denomina de nova geração de Direitos para apresentar o Biodireito, cumpre observar que aquelas que lhe sucederam, não o foi no sentido rigidamente cronológico – incluindo-se aí a concepção de que a segunda geração destruiu a primeira, a terceira destruiu a segunda, e assim por diante. Pelo contrário, há sempre um processo aditivo, ou seja, os direitos de uma somar-se-ão aos direitos da geração anterior, sempre buscando servir para a já mencionada efetividade do conceito de Dignidade Humana.

Nesse sentido, há hoje uma nova catalogação de direitos, a qual, entretanto, provoca posições doutrinárias diferentes, sobretudo em relação ao fato de sabermos se tais direitos devem ser vistos como uma nova catalogação ou como nova geração²².

Assim, José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 298), em livro intitulado *Direitos Fundamentais*, tratando dos Direitos de Quarta Geração afirma que (tais direitos):

[...]estão em fase de definição e ainda não despertaram consenso entre os estudiosos. Seriam, para uns, desdobramento da terceira geração, com o destaque necessário para a vida permanente e saudável na e da Terra, compondo os direitos integracionais a uma vida saudável ou a um ambiente equilibrado, como se afirmou na Carta da Terra ou Declaração do Rio de 1992, repetindo-se no Manifesto de Tenerife e, incluindo-se ao lado da proteção da cultura, na cláusula 9 do Documento Final do Encontro de Ministros da Cultura do Movimento Final do Encontro de Ministros da Cultura do Movimento dos Países Não-Alinhados, realizado em Medellín, Colômbia, entre os dias 3 e 5 de setembro de 1997. Reconhecem-se os direitos à vida das gerações futuras; a uma vida saudável e em harmonia com a natureza e ao desenvolvimento sustentável. Também incluiriam limites ou restrições aos avanços da ciência e especialmente da biotecnologia nos domínios de interferência com a liberdade, a igualdade e dignidade humanas. Assim temos os direitos bioéticos ou biodireitos, referidos à manifestação genética, à biotecnologia e à bioengenharia. Lembremos da Convenção Européia para Proteção dos Direitos do Homem e Dignidade do Ser Humano de 1997 e da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos do Homem de 1997, que proíbem discriminações com base em herança genética e a clonagem humana.

²² Para todos os aspectos referentes aos Direitos Humanos, indicamos a obra dirigida por MARTÍNEZ; GARCIA; ROIG intitulada *História de los Derechos Fundamentales: Tomo I – Transito a la Modernidad. Siglos XVI e XVII; Tomo II, Volumen I – Siglo XVIII: El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de la evolución; Tomo II, Volumen II – Silgo XVIII: La filosofia de los derechos humanos; Tomo II, Volumen III – Siglo XVIII: El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema.* Madrid: Dykinson, 2003.

Há pensadores, no entanto, que encartam na Quarta geração os direitos de efetiva participação cidadã que alargaria as fronteiras democráticas. Bonavides é um deles. O direito à democracia, guindado da primeira para a quarta geração é concebido de forma ampliada como um direito universal de todo o gênero humano e não apenas do cidadão, vazando-se em processos de efetiva participação do povo, 'esbloqueado no exercício direto e vital de suas prerrogativas de soberania'.

Noutra passagem, Leite Sampaio (2004, p. 302), agora tratando dos Direitos de quinta geração, escreve que:

[...]como o sistema de direitos anda a incorporar os anseios e necessidades humanas que se apresentam com o tempo, há quem fale já de uma quinta geração dos direitos humanos com múltiplas interpretações. Tehrarian diz sobre 'direitos ainda a serem desenvolvidos e articulados', mas que tratam do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida, reconhecendo-se que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado, todas definidas como prévias condições de 'segurança ontológica' para usar a expressão de Laing.

Para Marzouki – continua -, tais direitos seriam oriundos de respostas à dominação biofísica que impõe uma visão única do predicado 'animal' do homem, conduzindo os 'clássicos' direitos econômicos, culturais e sociais a todas as formas físicas e plásticas, de modo a impedir a tirania do estereótipo de beleza e medidas que acaba por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos. Essa visão de complementariedade é encontrada também em Lebech, todavia em relação ao direito à vida sob os desafios das novas tecnologias, derivando então um direito à identidade individual, ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem”.

José Emílio Medauar Ommati (*Biodireito: Um Direito de Quarta Geração?* (In: AMAGNO; et. al, 2005, p. 131) ao afirmar que “pretende desenvolver a temática do Biodireito, entendido como um leque de direitos de personalidade que se relacionam intimamente com os novos avanços da tecnologia”, escreve: “Fariam parte desse biodireito, direitos díspares, tais como o direito ao aborto, à eutanasia, à reprodução assistida e, questões mais controversas, tais como a clonagem humana.

Contudo - continua Ommati -, esse artigo será menos pretensioso. Não pretenderá desenvolver todas essas temáticas, mas, apenas, questionar e tentar responder se o biodireito faria parte de uma nova geração de direitos ou seriam direitos de terceira geração.

Mostrarei que, ao contrário do que pensam grandes autores da Filosofia do Direito e do Direito Constitucional, tais como Norberto Bobbio e Paulo Bonavides, os direitos ligados aos avanços tecnológicos não comporiam uma nova geração de

direitos, mas sim seriam direitos de terceira geração, da mesma forma que os direitos ao meio ambiente equilibrado, consumidor, patrimônio histórico, etc.

Pietro de Jesús Iora Alarcón, (*Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*) em item intitulado Conclusões parciais necessárias para reconhecer o trânsito de uma a outra dimensão protetora da vida humana, afirma que:

[...]no presente segmento coletaremos algumas conclusões iniciais, contudo de extrema importância, com a finalidade de identificar como o ordenamento constitucional é uma formação histórica, mas ainda vai além, constituindo o fator de positividade que marca a vida dos Estados e sua relação com a sociedade como um todo. De igual forma, como o constitucionalismo teve, e tem, ainda, como eixo determinante, a proteção da vida do ser humano, isso significa que seus momentos de qualificação evolutiva são o reflexo de uma nova forma de entendimento da proteção da vida humana. Assim, as diversas maneiras de abordar essa proteção ocasionam o salto a uma nova dimensão protetora, que é exatamente o ponto em que o constitucionalismo avança e em que, por fim, as Constituições se aperfeiçoam. Em suma: as dimensões, ou como prefere N. Bobbio, as gerações de direitos fundamentais, são apenas modalidades novas de amparo da vida humana, por isso são a essência do movimento constitucionalista de hoje e de sempre. (ALARCÓN, 2004, p. 83).

Adiante, escreve Lora Alarcón (2004, p. 85-86), de forma direta e feliz, a título de conclusões prévias, sempre tomando como ponto de referência o Direito à Vida, o seguinte:

1) – É uma preocupação constante do ser humano conhecer sua origem e sua essência. Desde o começo e até hoje, a pesquisa biológica e a filosófica, bem como aquelas realizadas em outras áreas do conhecimento para descobrir o espinhoso tema, foi acompanhada, de maneira natural, por conquistas do homem no plano jurídico para a proteção de sua vida. Isso significa que o conceito vida, no sentido assinalado por outras ciências, distintas da Ciência Jurídica, concebe-se em termos jurídicos como à ideia de direito à vida e, ainda, em termos de dever de respeito à vida do outro²³.

2) – O ser humano apresenta-se, hoje em dia, como um ser social, com forças vitais inatas em forma de dotes e atitudes. Enquanto indivíduo, o homem percorreu um longo caminho de evolução ascendente e desenvolvimento contínuo. Assim, é o criador e formulador de toda a diversidade de relações econômicas,

²³ Para uma visão multidisciplinar do tema, dentre muitos outros, veja-se MARTINS (Coord.), 2005.

políticas, morais, científicas, religiosas, estéticas e de toda ordem. Resumindo, a essência do homem passa a ser, simplesmente, seu eu em contato com sua realidade, ou seja, no marco de um conjunto de relações com seus semelhantes e essa é também sua noção jurídica, pois só se entende direito de um homem em relação ao resto, conjunto de homens que respeitam, na convivência social, o exercício do direito do outro.

3) – A proteção da vida humana pelo Direito é dialética. Nesta afirmação inicial não há dúvidas nem inovação nenhuma. Mas, o que se deve frisar é que essa evolução se confunde com a evolução do próprio Direito e, particularmente, com a evolução do Direito Constitucional.

Tal afirmação – prossegue Lora Alarcón – se comprova examinando que a preocupação constante da positivação constitucional, a partir da própria Carta Magna, passando pelas Declarações de Direitos, por Constituições consideradas marcos na história jurídica do mundo, como a Constituição soviética e a Constituição de Weimar e, ainda, finalizando com documentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, é a proteção do direito à vida. Pode-se dizer que o conjunto positivado de liberdades e garantias de alguma forma o desdobramento do direito à vida, seja direito a existir, direito a conviver, ou direito a viver protegido dos impactos e choques do convulsionado mundo contemporâneo.

Juridicamente, as sucessivas dimensões protetoras do direito à vida passaram a ser um ponto de referência sistêmico para a própria teoria da Constituição e do Estado. Desse modo, qualquer interpretação constitucional pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais.

Reafirme-se, o foco constitucional desde sempre tem sido o ser humano. Primeiro o homem ligado a si mesmo, necessitado de liberdade. Logo o homem ligado à sociedade e, por último, o homem cada vez mais limitado por uma sociedade de massas que cresce e se desenvolve marcada por desigualdades profundas.

Essas conclusões iniciais – continua Alarcón – conduzem a pensar que o Direito Constitucional não pode, nem de longe, ficar fora da evolução da Ciência, da tecnologia e do conjunto de experiências realizadas em favor da preservação da vida. Daqui, precisamente, emana o dever do pesquisador do Direito Constitucional de atualizar permanentemente o conteúdo protetor desse ramo do Direito, colocando a letra jurídico-constitucional em contato permanente com as novas realidades, em

todos os campos que possam afetar a vida humana, regulando, em atitude condizente com a dignidade, as atividades que possam afetar o ser humano e, ainda, quando a letra da Constituição não existe, atrevendo-se a constitucionalizar novos direitos, os que sejam necessários para assegurar a proteção da vida humana.

4) – Pode-se observar que cada marco histórico, representado por uma dimensão jurídica da vida, traduz um movimento dialético, no qual a etapa posterior é acompanhada de uma evolução da anterior, com acréscimos e modificações, ainda que se mantenha sua essência, evidenciando-se em cada etapa um modelo de Estado e mesmo de Direito. Isso quer dizer que as gerações de direitos de Bobbio não são dissociadas uma da outra senão que apresentam solução de continuidade.

5) – Contudo, o surgimento de novos direitos fundamentais não significa a proteção efetiva dos já consagrados. Assim, as lutas jurídicas e dos movimentos sociais, em geral, pela efetividade do direito à vida, se combinam integralmente, procurando uma proteção totalizadora dos interesses do ser humano (ALARCÓN, 2004, p. 86).

De forma incisiva, afirma Lora Alarcón:

Observamos nos subcapítulos anteriores a proteção do direito à vida mantendo como referência a própria evolução dos direitos fundamentais. No presente segmento sustentamos a tese da aparição, mercê os avanços da Biotecnologia e da Engenharia Genética, de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais²⁴. Ou seja, estamos perante uma nova maneira de abordar a vida humana, o que gera para o constitucionalismo a obrigação de renovar suas modalidades de tutela desse bem jurídico – conclui LORA ALARCÓN (2004, p. 87).

Considerando-se esta catalogação como uma nova geração, ou não, dos Direitos Fundamentais, o certo é que ela possui íntimas relações com ciências de outros setores do conhecimento, especialmente, a Biologia e a Ética, das quais se deriva o vocábulo Bioética, palavra formada pelos vocábulos ética e bios (vida, em grego) que “pode designar, então, ou uma reflexão sobre os valores subordinada a bios, a vida, ou então uma metamoral que se interessa pelos desafios e as

²⁴ Embora desnecessário assinalar, observemos que as gerações não são rigidamente separadas, mas existem entre elas relações e interdependências que não podem ser esquecidas.

repercussões da biologia e da medicina”, tal como ensina Jacqueline Russ (1999, p. 138-139) no livro *Pensamento Ético Contemporâneo*.

Maria Helena Diniz (2001, p. 9-10), ao responder à indagação “que seria bioética?”, oferece-nos informações bastante esclarecedoras, em texto um tanto longo, mas de oportuna transcrição. Vejamo-lo, pois.

O termo foi empregado pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, num sentido ecológico, considerando-a ‘a ciência da sobrevivência’. Para esse autor a bioética seria então uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal. Seria a ciência que garantiria a sobrevivência na Terra, que está em perigo, em virtude de um descontrolado crescimento da tecnologia industrial, do uso indiscriminado de agrotóxicos, de animais em pesquisa ou experiências biológicas e da sempre crescente poluição aquática, atmosférica e sonora. A bioética, portanto, em sua origem, teria um compromisso com o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta.

Esse sentido – continua Maria Helena Diniz – é totalmente diverso do empregado na atualidade, proposto por André Hellegers, que fundou, em 1971, na Universidade de Georgetown, o Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics e passou a considerar a bioética como a ética das ciências da vida. Com isso a bioética, como prefere Jean Pierre Marc-Vergnes, é uma ética biomédica. Essa ideia sedimentou-se com a divulgação da obra *The principles of bioethics*, escrita por Beauchamp e Childress, em 1979.

A *Encyclopedia of bioethics* definiu, em 1978, a bioética como:

[...]o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais’. Na segunda edição, em 1995, deixando de fazer referência aos ‘valores e princípios morais’, passou a considerá-la como o ‘estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar’. Com isso adaptou-se o pluralismo ético atual na área da bioética.

Logo em seguida, continua a autora, agora fazendo como que uma fixação do objeto material da disciplina, o que será muito esclarecedor para que se entenda

o conteúdo do Biodireito, sem dúvidas, na perspectiva que mais interessa ao jurista²⁵.

Assim, escreve Maria Helena Diniz (2001, p. 10-11):

A bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias gênicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, à clonagem de seres humanos, à maternidade substitutiva, à escolha do tempo para nascer ou morrer, à mudança de sexo em caso de transexualidade, à esterilização compulsória de deficientes físicos ou mentais, à utilização da tecnologia do DNA recombinante, às práticas laboratoriais de manipulação de agentes patogênicos etc., como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso das armas químicas. Constituiria, portanto, uma vigorosa resposta aos riscos inerentes à prática tecnocientífica e biotecnocientífica, como os riscos biológicos, associados à biologia molecular e à engenharia genética, às práticas laboratoriais de manipulação genética e aos organismos geneticamente modificados, que podem ter originado o aparecimento de novas doenças virais ou o ressurgimento de antigas moléstias mais virulentas, e os riscos ecológicos, resultantes da queimada, da poluição, do corte de árvores, do uso da energia nuclear, da introdução de organismos geneticamente modificados no meio ambiente ou da redução da biodiversidade. Como o know-how tecnocientífico e biocientífico levanta questões quanto à segurança biológica e à transmutação dos valores morais, apenas a bioética poderia avaliar seus benefícios, desvantagens e perigos para o futuro da humanidade²⁶.

Jorge Scala (*Bioética y Derecho*²⁷) escreve que:

[...]dentro de la ética, cabe preguntarnos qué lugar ocupa la llamada bioética. Prévio a responder el interrogante, hay que hacer una distinción: la razón práctica²⁸ tiene dos campos de acción; 1º) la ética, que se ocupa de los actos humanos, en tanto nos perfecciona y, por ende, nos acercan al fin último; y 2º) hay otras actividades humanas que nos tienen relación directa con el fin último – la felicidad –, que son productivas en función de alguna razón valedera, y las llamamos técnica. En teoría no debería haber

²⁵ Consulte-se OTERO, (2004), no qual, como o título indica, o autor desenvolve a orientação a ser seguida no magistério do Biodireito, expressão que substituí por Direito da Vida.

²⁶ Evidentemente, que o tratamento de todos estes temas não comportaria nos limites de um artigo. Contudo, não só Maria Helena Diniz, mas todos os manuais de Biodireito o fazem de forma detalhada, pelo que, para eles, remetemos os leitores.

²⁷ Disponível em: <<http://www.notivida.org.ar/Articulos/Bioetica%20y%20Derecho.html>>. Acesso em: 04 abr. 2005.

²⁸ Neste ponto, o autor em nota ao final do capítulo escreve que “obviamente tenemos una única inteligencia, la distinción entre razón teórica y práctica, es al solo efecto de comprender mejor los modos de aplicarse la inteligencia a los distintos objetos: la razón teórica se aplica a los bienes de la naturaleza – donde no hay libertad, sino necesidad –, y la práctica al hombre y sus actos libres”.

contradicciones entre la técnica y la ética; por la sencilla razón que ambas derivan de una misma razón práctica. Ahora bien, tenemos experiencia – muchas veces dolorosa -, de que la técnica muchas veces se contrapone a la ética. Y es que cuando la razón invocada para una acción técnica contradice el fin último, es una acción que ingresa al campo ético como inmoral y, por ende, reprochable. La pretendida autonomía absoluta de la técnica frente a la ética es irracional, conforme lo antedicho. Digámoslo con franqueza, se trata más bien de una postura ideológica, para justificar que quienes detentan el poder, dominen con pocos límites a quienes carecen de él.

E prossegue Jorge Scala de forma contundente:

Hecha esta distinción podemos avanzar. La bioética es la ética de la vida humana, y de los conocimientos prácticos y técnicos relativos a ella – medicina, genética, embriología, ingeniería genética, etc. Como tal, la bioética no puede tener primeros principios diferentes a los de la ética; es más, es solo una ética aplicada a un conocimiento y acción específicos. Los principios de la bioética solo pueden ser secundarios, y son aquellos preceptos, que derivan de la aplicación de los primeros principios éticos, a las ciencias prácticas y técnicas relativas a la vida humana. En consecuencia, los verdaderos principios de la bioética, jamás podrían contradecir los primeros principios éticos, e cualquier pseudoprincipio bioético que lo hiciera, no sería nada más que un falso principio. Cosa distinta es la dificultad real, de aplicar un principio abstracto a un problema concreto; la dificultad no implica contradicción, sino solo la necesidad de un mayor esfuerzo, para lograr el resultado buscado.

Finalmente, estabelecendo uma relação entre a Ética, a Bioética e o Direito, escreve Scala:

La ética – y por ende la bioética -, no pueden escindirse del derecho como si fueran elementos inconexos. De algún modo, el derecho, como justo ordenamiento de la sociedad, debe basarse en las verdaderas normas morales; de lo contrario no lograría su alta finalidad. Esta relación correctamente interpretada es fundamental, ya que de lo contrario sucedería alguna de estas dos cosas perniciosas: a) Si la ética no se reflejara en las normas jurídicas, la sociedad toda quedaría librada a la buena o mala voluntad de sus ciudadanos; o b) si las normas jurídicas no se adecuaban a la ética, se extendería la injusticia a nivel de toda la sociedad.

Ahora bien, el ordenamiento de la sociedad, no puede quedar sujeto a lo que resuelvan los más fuertes, conforme sus intereses particulares. Hay solo dos opciones: o bien una sociedad opta por la fuerza del derecho; o de lo contrario, cae en el 'derecho' de la fuerza. Y el fundamento último de la eticidad del derecho lo da el propio de la naturaleza; es decir que un sistema de normas jurídicas conformes con el orden natural, implica un ordenamiento de acuerdo con la ética.

Na lição de Francisco Tarcísio Leite (2002, p. 54-55), “parece-nos normal, quando se trata de estudo ou análise sobre a Ética e a Moral, vir a nossa mente as seguintes perguntas: o que é a ética e a moral?”

Há relação e diferença entre ambas? Pela Filosofia, como vimos, não há diferença, pois ambas, para ela, preocupam-se com a autorrealização plena do homem, com o respeito à sua dignidade, sua liberdade, consciência e princípio ou norma guiadora, sustentáculo da humanidade e de seu 'bem comum'. Esses são os objetivos máximos da ética, da moral, da justiça, do direito, do dever e da própria religião.

Para se conceituar a ética ou a moral, é fácil, pois qualquer compêndio de Filosofia apresenta-nos suas definições. Mas as ciências jurídico-sociais, sobretudo as denominadas ciências sociais aplicadas, fazem a diferença.

Repetindo, a ética apresenta os princípios (princípios éticos) que servem de fundamento para a construção das regras ou normas da outra, a moral; esta, dita normas que regulam o comportamento humano (conduta moral).

A relação é bem estreita, pois ambas se completam e se voltam para o estudo do comportamento da pessoa humana, diante da avaliação do que é bem ou mal, bom ou mau²⁹.

Estudando *A Bioética e o Biodireito*, em livro intitulado *Direito das Liberdades Fundamentais*, Jean-Jacques Israel (2005, p. 412) faz algumas observações de alta valia, ao afirmar:

O termo 'bioética' pode dar lugar a várias definições.

Etimologicamente, a palavra vem de dois termos gregos: bios, a vida, e ethos, o costume, do qual uma das derivações foi, a partir do século XIII, o termo ethikê, 'relativo aos costumes'. Coloca-se, assim, a questão essencial da relação entre a vida (em sentido amplo) e a moral.

De modo mais específico, o termo é de origem americana, pois a tendência de se preocupar com a relação entre vida e moral se manifesta primeiro nos países anglo-saxões. A concepção anglo-saxã difere, aliás, sensivelmente, da européia, uma vez que, de forma mais ampla, ela se relaciona ao sentido etimológico. Neste sentido, fazem parte da bioética problemas morais discutidos pela proteção da vida humana.

Na França, a noção de bioética é entendida no sentido mais restrito, já que ela se aplica aos problemas morais levantados pela biologia e pela medicina.

Questionar a inserção da bioética no direito é procurar saber como é possível, a partir da bioética estabelecida pelos especialistas das respectivas profissões, elaborar um biodireito, oriundo dos intérpretes da vontade geral.

²⁹ Itálicos e grifos no original. Indicamos a leitura do livro de RAWLS, 2005.

Considerando esta amplidão do atual objeto material dos estudos bioéticos, André Marcelo M. Soares em trabalho publicado no livro *Bioética e Biodireito – Uma Introdução*³⁰, após tecer considerações sobre suas Origens, resume as Fases Históricas da Bioética, com as seguintes palavras:

[...]podemos dividir a história da bioética em três fases. A primeira fase vai de 1960 a 1977, período em que surgem os primeiros grupos de médicos e cientistas preocupados com os novos avanços científicos e tecnológicos. Nesse mesmo período formam-se os principais centros de estudos de bioética: o Kennedy Institute e o Hastings Center, nos Estados Unidos, e o Institut Borja de Bioética, na Europa. A segunda fase vai de 1978 a 1997, período em que se publica o Relatório Belmont, que provoca um grande impacto na bioética clínica; a primeira fecundação in vitro é bem sucedida; importantes progressos são realizados pela engenharia genética e são criados o Grupo Internacional de Estudo em Bioética (GIEB), a Associação Europeia de Centros de Ética Médica, a Associação Interdisciplinar José Acosta, o Comitê Consultivo Nacional de Ética da França e o Convênio Europeu de Biomedicina e Direitos Humanos. A terceira fase, que ainda não está terminada, teve seu início em 1998. Neste período, a clonagem de animais, a descoberta quase total do genoma humano e a crescente falência dos sistemas de saúde pública dos países pobres vêm se apresentando como alguns dos temas de destaque nos debates acerca dos conflitos de valores.

Javier Gafo, em capítulo intitulado *História de Una Nueva Disciplina: La Bioética* (In: CASABONA, 1998, p. 87-88), ao tratar dos Antecedentes de la Bioética, observa que:

[...]el término Bioética (del griego 'bios', vida y 'ethos', ética), es un nombre nuevo, utilizado por vez primera por el cancerólogo estadounidense VAN RENNELAER POTTER, en su libro *Bioethics: a Bridge to the Future* (1971), en el que propone la siguiente definición de su neologismo: 'Puede definirse como el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, en cuanto se examina esta conducta a la luz de valores y principios morales'. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estamos ante un término nuevo para afrontar una realidad ya antigua. Como ha afirmado C. E. TAYLOR, ninguna profesión ha sido consciente desde épocas tan antiguas, como la Medicina, de las dimensiones morales implicadas en su ejercicio. En efecto, la cultura occidental puede presentar el famoso Juramento de Hipócrates (siglos VI – I a C.), como el primer testimonio de esa conciencia de la Medicina sobre las implicaciones éticas de la profesión.

³⁰ Obra conjunta com PIÑEIRO, 2002, p. 19. Veja-se PESSINI, (2006, p. 20-35) o tratamento que o autor dá à Origem e Conceitos da Bioética, inclusive analisando a evolução do conceito que lhe é dado pela Encycloédia of bioethics em suas 3 edições (1ª: 1978, 2ª: 1995 e 3ª: 2003). Igualmente, o já citado ALARCOS (2006, p. 139) analisa a Bioética: causas de sua origem.

Creemos ser útil a observação de que a Ética tem um sentido valorativo, visto ser integrante do conhecimento filosófico. A Biologia, ao contrário, se nos aparece como uma das ciências da vida, e daí pouco preocupada com os juízos de valor. A Bioética, em consequência, para atender às pretensões científicas, deverá lançar mão das conclusões de ambos os conhecimentos mencionados e, mediante princípios, aplicá-los na direção de uma vida (no sentido amplo) eticamente correta, cujo modelo será formatado pela Ética.

Neste quadro, a Bioética - encarada como ciência – não emitirá juízos de valor sobre as conclusões conseguidas pela aplicação da Ética aos estudos da vida.

2.1 O caráter multidisciplinar da bioética e do biodireito

Uma das características do conhecimento científico é sua cumulatividade, ou seja, sua não definitividade³¹. Em outras palavras: é preciso que o cientista esteja sempre lembrando de que seu conhecimento e suas conclusões nunca são definitivos, mas funcionam sempre como novo ponto-de-partida para novas interrogações e pesquisas. Nesse sentido, não foi só o conceito de ciência que sofreu forte modificação ao longo da História, principalmente, com o Historicismo do séc. XIX³², mas o próprio conteúdo do que se chamava ciência.

A propósito, leia-se o que escreve Hilton Japiassu (2005, p. 301-302) em seu livro *Ciência e Destino Humano*³³ de forma primorosa:

O verdadeiro espírito científico se caracteriza menos pelas teorias verdadeiras partilhadas que pelas interrogações, pelas questões não resolvidas e pelos fenômenos enigmáticos que desafiam os pesquisadores. Regulamente assistimos ao retorno de certezas tidas por inquebrantáveis e ao renascimento de uma esperança de totalização do saber. Esta crença atinge também os cientistas. Mas atenção! A posse da grande certeza pode

³¹ “Até a inutilidade foi impermanente”, afirma D’ASSUMPÇÃO (Org.) no já citado livro *Biotanologia e Bioética*, p. 7.

³² Sobre o tema consulte-se nosso livro *Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia* (2006), no qual a questão está enfrentada, pelo menos, em 2 momentos, ou seja, no capítulo 3 (Direito Comparado como Ciência, p. 55-121), bem como no Anexo A História como Ciência (p. 327-463).

³³ Sem dúvidas, e mesmo com algumas discordâncias em relação a certas posições de JAPIASSU, reconhecemos que se trata de um dos maiores epistemólogos brasileiros, pelo que indicamos para leitura alguns trabalhos de sua autoria, a saber: *A Revolução Científica Moderna*. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1985; *Introdução ao Pensamento Epistemológico*. 2ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1977; *Introdução às Ciências Humanas*. São Paulo: Editora Letras & Letras, 1994; *Nascimento e Morte das Ciências Humanas*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1978; *O Mito da Neutralidade Científica*. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1975; *Questões Epistemológicas*. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1981.

ser comparada a uma 'gravidez nervosa'. Lembremo-nos que dizia santo Agostinho: é porque há entre os demônios uma ciência sem caridade que são tão orgulhosos. Por isso, que não durmamos sem pensar nos enigmas que nossa ciência não consegue resolver. E que tenhamos a coragem de alimentar sempre nosso apetite teórico e fazer, todo o santo dia, a seguinte prece: "Fome nossa de cada dia nos dai hoje" (Bachelard). A consciência da ignorância já constitui um saber. Toda ignorância consciente é ignorância de alguma coisa (fruto de nossa razão ou de nossa imaginação). Quem é indiferente às suas ignorâncias é comparado a um amante sem paixão: uma bela mediocridade (Kierkegaard). Qual a grande vantagem do exercício da pesquisa científica? Não somente desenvolver em nós o método crítico e permitir que nos distancie dos dogmas (inclusive dos científicos), mas que não absolutizemos nenhuma crença, seja ela religiosa, filosófica ou científica. Esta atitude pode ser resumida na seguinte anedota. Um juiz precisava decidir uma questão dividindo dois contendores. Depois de ouvir o primeiro, reflete longamente e lhe diz: 'Você tem razão'. Então, o segundo apresenta uma versão oposta. Após refletir por um longo espaço de tempo, declara: 'Pois é, você tem razão'. Alguns acadêmicos que assistiam ao julgamento ficam surpresos e indagam: 'Como o senhor pode dizer que ambos têm razão? 'Após uma longa reflexão, o juiz lhes responde: 'Claro, vocês também têm razão'³⁴.

Ato contínuo, afirma Japiassu (2005, p. 302):

O que estou querendo ressaltar é a importância da Sabedoria nas tomadas de decisão. Precisamos tomar consciência de que as exigências de progresso deveriam passar do domínio da necessidade ou do automatismo ao reino da vontade ou da liberdade. No dizer de Rousseau, 'a sabedoria não consiste em tomar indiferentemente todas as precauções, mas em escolher as que são úteis e em negligenciar as supérfluas'. A este respeito, é bem elucidativa a postura de Kant: 'Ceder aos caprichos da curiosidade e permitir que nossa paixão pela ciência só tenha por limites nossas capacidades, revela um ardor intelectual fundado na erudição. Mas cabe à sabedoria o mérito de escolher, entre os inúmeros problemas que se nos apresentam, aqueles cuja solução é mais importante para o gênero humano' (grifos no original).

A evolução e a utilidade da Ciência e da Técnica têm aplicação direta nos estudos e pesquisas da Bioética, razão pela qual (e veremos adiante) tem plena

³⁴ Bastante lamentável, considerando-se o que foi trazido por JAPIASSU, mas representativa do que pensa boa parte da Magistratura e dos Juristas (?) nacionais, foi a declaração do Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (STJ, AgReg em ERESP nº 279.889-AL), nos seguintes termos: "**Não me importa o que pensam os doutrinadores**. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência**. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros **decidem assim, porque pensam assim**. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. **Ninguém nos dá lições**. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja".

validade o que escreve Leo Pessini na Introdução do livro *Ética, Ciência e Responsabilidade* (In: SIQUEIRA, 2005, p. 7-8):

Em nenhum outro momento da história humana, a ciência e a técnica lançaram tantos desafios ao ser humano quanto hoje. Ao olhar retrospectivamente o século XX e este início de novo milênio, podemos dizer que foi marcado por quatro megaprojetos que revolucionaram e vão transformar a vida humana e cósmico-ecológica. O primeiro foi o Projeto Manhattan, que descobriu a energia nuclear, hoje utilizada em radioterapia em busca de saúde, mas que também resultou na bomba atômica que destruiu Hiroshima e Nagasaki (1945) na Segunda Guerra Mundial. Descobre-se o 'coração' da matéria, o átomo, e dele se extrai a energia que pode ser usada para se viver mais ou para se destruir vidas. O segundo foi o Projeto Apollo, que levou o homem até a Lua (1969). O ser humano começa a se instrumentar para navegar interplanetariamente. Descobre que o planeta Terra, sua casa, é um grãozinho azul na imensidão do universo. Fala-se de vida em outros planetas! O terceiro é o Projeto Genoma Humano (iniciado em 1990), que objetiva mapear e sequenciar todos os genes humanos. Leva o ser humano ao mais profundo de si mesmo, em termos de conhecimento de sua herança biológica. Este último megaprojeto tem suas raízes na chamada 'descoberta do século', o DNA (Watson e Crick, 1953). Com ele se inicia a Terceira Revolução Industrial, ou seja, a revolução biológica. Tudo indica que o fio condutor da economia no século XXI será a biotecnologia (Jeremy Rifkin). O megaprojeto mais recente é a Internética, que possibilita a comunicação de forma rápida, simultânea e instantaneamente e nos faz sentir uma verdadeira 'aldeia global' (MacLuhan) 'on line'. Ao vivo e em cores assistimos a eventos e acontecimentos das partes mais remotas do planeta em nossa casa, num simples toque de botão.

Neste quadro, e até como imperativo da variedade de perspectivas e de matérias que compõem seu objeto (o que já era reconhecido por Van Rensselaer Potter em sua referida obra *Bioethics: Bridge to the Future*), a Bioética, bem como o Biodireito, possuem, ao mesmo tempo, um caráter inter e multidisciplinar, não sendo ela, como a princípio parece, limitada à área medida³⁵. Dessa maneira, seus conceitos (como já o dissemos) recebem dados de outras ciências, tais como da Epistemologia, da História da Ciência, da Axiologia, da Ética, da Religião, da Sociologia e tantos outros. Esses conceitos, depois de formados, voltam, em uma relação dialética, a ter presença naquelas mesmas áreas de conhecimento.

Sob o aspecto da multidisciplinariedade a que nos referimos, é sublinhado por Daury Cesar Fabríz (p. 326), ao escrever que:

³⁵ Bastante oportuna será a leitura das Primeiras Palavras escritas por GALVÃO em seu livro *Bioética. A Ética a serviço da vida. Uma abordagem multidisciplinar* (2004, p. 7-11), onde o autor narra que ao comentar com a família e amigos que iria escrever um livro sobre o assunto, todos estranharam tendo em vista que ele não era ligado às áreas da medicina e da biologia.

[...]o desenvolvimento das pesquisas genéticas, os estudos sobre o DNA e a vasta gama de possibilidades apresentadas pelas ciências da vida devem assentar-se sobre múltiplas reflexões, colocando em perspectiva o complexo de princípios e regras inerentes aos direitos fundamentais, cujo discurso assume a defesa da liberdade; da inviolabilidade da vida; do respeito ao próximo em sua integridade e dignidade. (...) O princípio da justiça, ao lado do princípio da beneficência e da autonomia, figura como um dos pilares da bioética laica.

Essa interdisciplinariedade³⁶ não ficou esquecida por José Alfredo de Oliveira Baracho (In: MAGNO; et. al, 2005, p. 27)³⁷ ao doutrinar que

[...]os estudos sobre Bioética pressupõem conhecimentos interdisciplinares, que se aliam às reflexões e princípios morais e jurídicos. As novas tecnologias desenvolvidas no âmbito da biologia e da medicina têm levado a diversas discussões sobre o modelo atual de vida e as reflexões sobre o futuro da humanidade. O rápido descobrimento das biotecnologias, levou, também, as discussões em torno do progresso técnico e das possibilidades das ciências e os benefícios que possa trazer para a humanidade.

O fenômeno da Interdisciplinariedade é, igualmente, bastante destacado por Aline Mignon de Almeida (2000, p. 3-4. *Itálico nosso*) quando, antes de definir o Biodireito, inicia por descrever a Bioética que, em seu entender, “é um ramo da ética que, juntamente com outras disciplinas, discute a conduta humana nas áreas relacionadas com a vida e à saúde perante os valores e princípios morais”.

É um ponto da ética porque avalia os prós e contras de uma determinada conduta, levando em conta os princípios e os valores morais existentes na sociedade. E quando menciono outras disciplinas, quero dizer que a Bioética depende da contribuição de matérias como a filosofia, a medicina, a sociologia, a biologia, o direito, entre outras, que darão subsídios, através de conceitos,

³⁶ A decantada especialização exagerada que hoje tantos defendem, às vezes tenta desconhecer a necessidade de estudos interdisciplinares. Exatamente por isto, hoje se fala em **Holismo**, sobre o qual FAGÚNDEZ (2000) escreveu o livro *Direito e Holismo. Introdução a uma visão jurídica de Integridade*. Para ele, “o holismo traz uma visão integral do homem e busca, sobretudo, o resgate da concepção ética. Quem define com precisão – continua FAGÚNDEZ - é Pierre Weil: ‘De Holos, grego, que significa inteiro, não-fragmentado. Adjetivo ou substantivo, significa uma visão não-fragmentada do real, em que sensação, sentimento, razão e intuição se equilibram, se reforçam e se controlam reciprocamente, permitindo ao homem uma plena consciência, a cada momento, de todos os fatores envolvidos em cada situação ou evento de sua existência, permitindo-lhe tomar a decisão certa, no momento certo, com sabedoria e amor espontâneos, o que implica a presença de valores éticos de respeito à vida sob todas as suas formas.

É uma visão em que todo indivíduo, a sociedade e a natureza formam um conjunto indissociável, interdependente e em constante movimento.

É uma visão na qual, paradoxalmente, não só as partes de cada sistema se encontram no todo, mas em que os princípios e leis que regem o todo se encontram em todas as partes” (p. 52).

³⁷ Consulte-se MARTIN, 2002.

definições, análise de comportamentos sociais etc., para que o caso concreto possa ser estudado pela Bioética.

A Bioética busca entender o significado e o alcance das novas descobertas criando regras que possibilitem o melhor uso dessas novas tecnologias, entretanto, essas regras não possuem coerção. Surge então o Direito como uma ciência que busca normatizar e regular as condutas dos indivíduos na sociedade, um conjunto de normas impostas coercitivamente pelo Estado com o objetivo de regular a conduta entre os indivíduos e dos indivíduos com o Estado. O Direito que regula a Medicina e a Biologia é chamado de Biodireito.

Um fato não pode ser esquecido no tratamento dos estudos bioéticos, ou seja, a presença (quase automática e inconsciente) de juízos éticos e religiosos impõem aos seus estudiosos uma preparação técnico-científica bastante apurada, pois, como observa Leo Pessini (In: SIQUEIRA, 2005, p. 8)

[...]o que ontem era atribuído ao acaso, à natureza, ao destino, ou à 'vontade de Deus', passa doravante a ter a marca da responsabilidade da interferência humana. Estamos adquirindo uma convicção crescente de que a ciência e sua aplicação prática, a tecnologia e a ética não podem se opor, muito menos se rejeitar mutuamente como ocorreu em outros momentos históricos, mas devem dialogar. Entreabre-se um cenário fantástico de possibilidades nunca imaginadas, em que realidade e ficção científica se dão as mãos. Não é exagerado afirmar que a humanidade nunca teve tanta responsabilidade para com o momento presente bem como com o seu próprio futuro!

Em seguida, afirma Pessini (p. 9 e ss.) que “existem basicamente quatro pontos de vista quando refletimos sobre ética e ciência, que podemos assim caracterizar”:

1. A ciência tem o direito de fazer tudo o que é possível!

O único limite à pesquisa e à intervenção científica é o limite imposto pela capacidade técnica. (...) O direito de conhecer é uma liberdade humana básica e qualquer cerceamento a ele é uma violação dos direitos do pesquisador;

2. A ciência não tem o direito de intervir no processo da vida, pois este é sagrado!

Como dom sagrado, a vida é considerada intangível. Parece supor que deveríamos ser passivos em face da natureza e dos processos naturais e ignorar a longa tradição de intervir na natureza em benefício da humanidade. É óbvio que

essa atitude não favorece nenhum tipo de progresso científico, que acaba sempre visto como usurpador dos 'direitos de Deus'. Valoriza a submissão e a obediência humana às leis cósmicas ou divinas: o que é bom para a natureza, obra de Deus, é bom para o ser humano;

3. A ciência não tem o direito de mudar as qualidades humanas mais características!

Há um limite para a intervenção da ciência e este limite é a natureza da pessoa humana como ela é atualmente entendida e valorizada. Uma diferença qualitativa da vida humana ocorreria se a aplicação ou a pesquisa fossem para mudar a vida humana como a conhecemos. Há também questões de ordem política ao se produzir ciência. O que aconteceria se essas forças para mudar a natureza humana caíssem nas mãos dos que não partilham os valores e as crenças da maioria? O que aconteceria se todos os conhecimentos que surgem a partir das pesquisas na área da biologia e genética caíssem nas mãos de um 'Hitler', por exemplo.

4. A ciência tem o direito de incentivar o crescimento de características humanas de valor e eliminar aquelas que são prejudiciais!

Determinar quais seriam as características humanas de valor, a ser preservadas, e as prejudiciais, a ser eliminadas, exige discussão ética que não despreze os valores culturais, sociais e religiosos entre outros.

A motivação básica é atingir um certo controle sobre os processos que afetam a vida humana e seu desenvolvimento. O objetivo é continuar a melhorar a qualidade de vida, diminuir o sofrimento e erradicar as doenças que atormentam a humanidade. Subjacente a essa posição, existe a convicção de que temos uma capacidade crescente de autodeterminação e, portanto, uma responsabilidade pelo que somos e pelo que projetamos ser no futuro”.

Feitas estas considerações, Leo Pessini (p. 10) reconhece que

[...]nenhum desses quatro pontos de vista é encontrado em sua forma pura. Não obstante isso, sugerem uma gama de perspectivas a partir das quais podemos nos relacionar com o mundo técnico-científico. Ajudam-nos a refletir criticamente a respeito de nossas expectativas em relação à ciência e a avaliar seus possíveis efeitos, benéficos ou maléficos, no curso do desenvolvimento da vida humana. Ao fazer isso, estamos no âmago da tarefa que nos é proposta por Edgar Morin em sua obra *Ciência com consciência*. Trata-se aqui da consciência moral, sem a qual “a ciência é apenas ruína da alma”, que tem a ver com a questão do controle ético e político da atividade científica. Além disso, diz Morin, ‘o pensamento

científico ainda é incapaz de se pensar, de pensar sua própria ambivalência e sua própria aventura. Por isso a ciência deve reatar com a reflexão filosófica, com a consciência ética’.

O conhecimento científico se apresenta hoje como um conjunto de especializações, por vezes desconexas, em que acabamos sabendo sempre mais de cada vez menos, até chegarmos a saber quase tudo de quase nada. É um paradoxo!

As afirmações feitas por Pessini, levam-nos às relações entre Ética e Ciência, bem como entre Religião e Ciência³⁸, as quais, além de presentes no campo de nossos interesses atuais, irradiam-se, inclusive, no campo constitucional, em cujo âmbito, mais do que em qualquer outra espécie de direitos, os denominados Biodireitos (em razão da presença mais intensa das experiências científicas) têm a produção de suas normas profundamente influenciada por tais relacionamentos, o que poderá levar a interpretações ideologicamente comprometidas³⁹.

Neste quadro, constata-se, facilmente, que tais juízos existem mesmo naqueles modelos de sociedades em que se consagra a laicização do Estado, situação em que, conceitos baseados no conhecimento revelado (entenda-se fundamentado na fé) não deveriam nem poderiam, legitimamente, ser impostos àqueles que não comungassem com o mesmo ponto de vista⁴⁰. Em outras palavras:

³⁸ Para a análise destas relações entre Ética e Ciência e Religião e Ciência vejam-se: ALLÈGRE, 2001; BARBOUR, 2004; LACEY, 1998; LAMBERT, 2002; LÉVY-LEBLOND, 2004; LEWONTIN, 2001; MARTINS, 2003; MAYR, 2005; MONDIN, 1998; MONDIN, 2005; CABRA, 1980; MORIN, 2005; PALÁCIOS; MARTINS; PEGORARO (Org.), 2001; MARTINEZ, 1995; PETERS; BENNETT (Orgs.), 2003; MARTÍ, 1998; RAMPAZZO, 2004; SILVA, 2004; SIQUEIRA (Org.), 2005; SOUZA; SOUZA; SILVA, 2002; SUNG; SILVA, 2003; VIEIRA; HOSSNE, 1998.

³⁹ Sempre defendemos ao longo de nossos livros e conferências, que os estudos com pretensão científica, não podem emitir juízos de valor conscientemente comprometidos como defendia GUERREIRO RAMOS em seu livro *A Redução Sociológica*. Tal não significa que, em outro status social, o de cidadão ou de alguém que possui suas posições religiosas, tais opiniões sejam emitidas. Por isto, quando estamos diante de um trabalho científico, ao autor cabe, apenas e tão somente, descrever e dissecar a norma, explicando-a, tanto quanto possível de forma neutra, embora nunca seja possível uma neutralidade total, até em razão do fenômeno que os americanos denominam de bias e MARX falava em Ideologia.

Assim sendo, como portador de uma formação religiosa católica, e falando apenas como cidadão, entendemos que os valores morais e da fé devem inspirar a bioética. Entretanto, como cientista do Direito, caber-me-á estudar a norma tal como posta, ou seja, nos limites existentes no sistema, através de um exercício interpretativo que, partindo dos Princípios Constitucionais Fundamentais, chegue ao conteúdo da norma, independentemente, de meus valores pessoais.

⁴⁰ Veja-se o que afirma MARÍA CASADO (In: CASABONA, 1998, p. 113-114), no estudo *Los Derechos Humanos como Marco para el Biodireito y la Bioética*: “los principios básicos en que deben sustentarse la bioética y el bioderecho no son otros que los recogidos en la vigente Declaración Universal de Derechos del Hombre, proclamados por la Asamblea de Naciones Unidas en Diciembre de 1948: ‘Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos’”.

como decorrência do caráter laico da Organização Política Moderno-Contemporânea, uma coisa é a conclusão religiosa; outra é a conclusão científica⁴¹.

Analisando ao longo da História, as relações entre a Religião e Ciência Ian G. Barbour (2004, p. 9)⁴² escreve que

[...]quando a religião deparou pela primeira vez com a ciência moderna, no século XVII, o encontro foi amigável. Os fundadores da revolução científica, em sua maioria, eram cristãos devotos, que diziam estudar, em seu trabalho científico, a obra do Criador. Já no século XVIII, muitos cientistas acreditavam num Deus que havia planejado o universo, mas não mais num Deus pessoal envolvido ativamente no mundo e na vida humana. No século XIX, alguns cientistas eram hostis à religião – embora o próprio Darwin alegasse que o processo de evolução (mas não os detalhes de cada espécie) havia sido planejado por Deus.

No século XX, a interação da religião com a ciência adotou várias formas. As novas descobertas científicas puseram em xeque muitas ideias religiosas clássicas. Reagindo a isso, algumas pessoas defenderam doutrinas tradicionais, outras abandonaram a tradição e outras ainda reformularam antigos conceitos à luz da ciência. Neste início de novo milênio, há indícios de uma renovação do interesse por esses temas entre os cientistas, os teólogos, a mídia e o público⁴³.

Ronald Dworkin (1998) em importante livro sobre temas referentes ao Biodireito (*Domínio da Vida – Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*⁴⁴), depois de afirmar que:

[...]este é um livro sobre a vida e a morte e sobre as relações entre ambas. A título de ilustração, é também um livro sobre as duas questões morais contemporâneas mais ferozmente discutidas: o aborto e a eutanásia”, observa que “a vida humana, em qualquer forma, tem um valor sagrado, inerente, e que quaisquer de nossas escolhas sobre o nascimento ou a

⁴¹ Recomendamos a leitura do livro de MAYOR; FORTI (Coord.), 1998 no qual, em 4 partes são estudados Conhecimento e Ciência como Fonte de Poder: o nascimento da Ciência Moderna (Parte I), Revolução Industrial: Ciência, Tecnologia e Poder (Parte II), Genética, Ética e Poder (Parte III) e A Ciência a serviço do Poder: A responsabilidade dos Cientistas (Parte IV).

⁴² Reconhecendo estes aspectos do binômio Religião e Ciência, CONTI, 2004, p. 133-143 dedica interessante capítulo ao tema Teologia e Biodireito, no qual analisa temas como Testemunhas de Jeová e a Recusa da Transfusão de Sangue, Capelão Hospital, Comitês de Bioética, Manipulação Genética sob o aspecto religioso.

Veja-se sobre o tema: BARBOUR, 2004; CATROGA, 2007; GRUNING, 2007; ALISTER; MCGRATH, 2005; PETERS; BENNETT, 2003; SOARES; PASSOS, 2008.

⁴³ O Autor desenvolve “seis questões” ao longo do livro, a saber: 1. Ciência e Religião em quatro perspectivas; 2. Astronomia e Criação; 3. As implicações da Física Quântica; 4. Evolução e Criação Contínua; 5. Genética, Neurociência e Nautreza Humana; 6. Deus e a Natureza. Vale observar que a análise de cada uma das questões, encontra-se dividida em vários itens.

⁴⁴ Prefácio à edição Vintage. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. VII. Vale lembrar que este texto não se encontra na edição espanhola com o mesmo título – *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998.

morte devem ser feitas, na medida do possível, de modo que seja respeitado, e não degradado, esse profundo valor.

Em seguida, afirma o mesmo autor:

Contudo, uma das afirmações principais e mais controvertidas do presente livro é que as questões sobre a reprodução e a morte, que hoje temos de enfrentar, são questões essencialmente religiosas e que, acredito, irão evidenciar ainda mais esse caráter religioso com respeito às questões mais amplas que se irão colocar no futuro – questões ainda por formular, mas obviamente ameaçadoras (DWORKIN, 1998, p. VIII).

Enfrentando a questão de que as normas jurídicas não poderiam ser impostas àqueles outros que não comungassem da mesma concepção religiosa, Dom Luciano Mendes de Almeida, em contundente artigo intitulado *Estado Laico e defesa da vida*, publicado no jornal Folha de São Paulo (12.03.2005, p. A2)⁴⁵, depois de analisar a decisão do Conselho Nacional da Saúde, do Ministério da Saúde, em reunião de 9 de março de 2005, na qual por maioria (27 votos a 3) aprovou o entendimento de que a mulher grávida de feto anencefálico pode interromper a gestação e realizar aborto, bem como a determinação do Ministério da Saúde que

⁴⁵ O *Jornal do Commercio* (Recife, 28.04.2005, p. 8) traz matéria sob o título STF ABRE ESPAÇO PARA O ABORTO, destacando que aquele tribunal “abriu ontem caminho para permitir a interrupção de gravidez em caso de feto sem cérebro (anencéfalos). Ao julgar uma questão preliminar sobre o assunto, a maioria dos ministros – seis, de um total de onze – deixou claro que é favorável ao aborto em caso de anencefalia”.

E prossegue: “Ontem, o STF decidiu que é o foro adequado para julgar a ação que reivindica o direito de grávidas de fetos sem cérebro abortarem. Por sete votos a quatro, os ministros derrubaram a hipótese levantada pelo Procurador-Geral da República, Cláudio Fontelles, de que a competência para discutir o assunto seria do Congresso, já que a interrupção de gestações de anencéfalos não está prevista em lei.

Durante a sessão, os ministros deram a entender que, quando a questão for julgada, esse tipo de aborto será permitido. O relator da ação, ministro Marco Aurélio de Mello, já havia votado a favor da possibilidade do assunto ser examinado pelo tribunal.

Ontem, se manifestaram da mesma forma Carlos Ayres Brito, Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes. O grupo acredita que, como em todos os casos de anencefalia o bebê morre ao nascer, não existe expectativa de vida. Portanto, não há que se falar em aborto.

Dessa forma, os ministros derrubaram o argumento de que o Código Penal só prevê aborto em duas situações: quando a gravidez é resultado de estupro e quando há risco de vida para a mãe”.

Sugerimos a leitura de SINGER (2002, p. 93 e ss.), onde o autor discute a questão O Que há de errado em matar? Ali, o autor diz que examinará “algumas concepções sobre o valor da vida e o erro de se tirar a vida; com isto, estaremos preparando o terreno às questões práticas como o abate de animais, o aborto, a eutanásia e a ética ambiental” (p. 92).

A propósito, consultem-se dois trabalhos fundamentais, a saber: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA, *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal*. Brasília: LetrasLivres, 2004 e DINIZ; RIBEIRO, 2004. No já citado livro coordenado por MARTINS, 2005 existem vários estudos sobre o tema.

dispensa a prova do estupro (Boletim de Ocorrência Policial) para poder realizar aborto em hospitais públicos, afirma:

[...]alega-se, não raro, que nessas situações é preciso evitar argumentos religiosos que procurem impor a outros, posições discutíveis, uma vez que o Estado é laico e admite a pluralidade. A questão é de cidadania. Quando se nega o direito fundamental à vida, como defender e promover os outros direitos? Há limites a serem sempre respeitados, assim os avanços da tecnologia não podem prescindir dos valores morais, indispensáveis à sobrevivência humana e ao Estado de Direito. Se destruímos o princípio que defende a dignidade humana desde a sua concepção acima de todo interesse e uso abusivo da força e do poder, como salvaguardar a convivência justa e pacífica entre as pessoas e povos?

Fátima Oliveira (2004, p. 8-9), ainda na Introdução do livro *Bioética, Uma face da Cidadania*, escreve que

[...]o século XX marcou o final de um milênio. Esse século foi palco de mudanças profundas nas áreas social, científica e política. A humanidade vivenciou novas situações, problemas, indefinições e soluções em diversos setores da vida. Ganhou visibilidade a ideia de que precisamos repensar nossa cidadania⁴⁶. Urge que definamos com maior precisão qual futuro nos interessa, considerando as mudanças ocorridas na sociedade. Cidadania é o exercício em plenitude dos direitos e deveres de cada pessoa inserida em uma coletividade e que tem como pré-requisito a garantia dos direitos humanos. Por ser uma construção sociocultural e política, a cidadania reflete o modo como cada sociedade, em cada época, resolve seus conflitos e suas pendências e como, dentro de seus sistemas de valores e culturas, é capaz de elaborar normas que possibilitam o desenrolar da vida social, tendo como parâmetros a felicidade pessoal e o bem-estar coletivo.

Em seguida, após se referir a uma “onda ética” e mencionar a Operação Mãos Limpas, na Itália, e o Movimento pela Ética na Política, no Brasil,⁴⁷ afirma:

Vivemos uma época em que a ética foi alçada à condição de ‘varinha de condão’, capaz de abrir caminho rumo à Terra Prometida. Mas a ética é uma construção sociocultural; logo, possui insuficiências, imperfeições e limites e, como tal, não alcança e não resolve tudo, embora seja

⁴⁶ Temos defendido, desde a vigência da Constituição Federal de 88, que nela o conceito de cidadania não mais se resume ao conceito de eleitor, mas sim, ao gozo dos direitos sociais, econômicos e até políticos, tal como defendido pela sociologia americana, especialmente, por T. H. MARSHALL (1967) no livro *Cidadania, Classe Social e Status*.

Sobre o tema, vejam-se: BARACHO, 1995; HAGUETTE, 1994; BARBALET, 1989; RIBEIRO, 1982, p. 7-21; FERREIRA, 1993; ANDRADE, 1993; VASCONCELOS, 1993.

⁴⁷ Em dezembro de 2004, a Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), provocou algumas alterações no Poder Judiciário Brasileiro. A matéria vinha há vários anos, sendo objeto de estudos, não só no Brasil, mas na doutrina estrangeira, podendo-se indicar que, atualmente, são inúmeros os livros e artigos que tratam do tema.

imprescindível em qualquer relacionamento social e político no mundo civilizado. (OLIVEIRA, 2004, p. 8-9).

Vale, finalmente, mencionar a observação feita por Genival Veloso de França (In: URBAN, 2003, p. 65), quando, embora sem usar, explicitamente, o vocábulo cidadania, esta é dedutível da lição que nos dá, nos seguintes termos:

A Deontologia Médica foi, até certo tempo atrás, um assunto que dizia respeito apenas à profissão médica, distante, pois de qualquer outro interesse que não estivesse próximo daqueles ditados e protegidos pelos ditames morais e culturais dos que exercem essa atividade.

Atualmente, isso não se verifica mais. A Deontologia Médica alcança aspectos significativos a partir do instante em que as grandes inovações no campo da saúde começam a modificar a vida humana e quando há dúvidas e reclamações na maneira como tudo isso ocorre. Como diz Martin: 'Além da questão técnica do que se pode fazer, surge a questão ética do que se deve fazer'.

Desse modo, a Deontologia Médica vai, pouco a pouco, se transformando num projeto da preocupação de todos, pois a vida e a saúde das pessoas não são apenas do interesse dos médicos e de suas corporações, mas também de todos os segmentos da sociedade. Algumas posições antes assumidas pelos médicos, foram esquecidas e outras, questionadas, sendo certamente reformuladas com o passar do tempo, pois muitas são as pressões para isso. A velha fórmula de entender que o médico sabe sempre o que é bom para o paciente, sem nenhuma justificativa ou consentimento do paciente ou de seus familiares, vai sendo paulatinamente substituída por outra, em que as pessoas exigem o direito de saber as razões e os motivos do que nelas se faz e, até mesmo, o direito e a motivação para cobrar do profissional possíveis danos onde fique manifesto o descumprimento de seus deveres de conduta ética ou de ofício.

Isso quer dizer, portanto, que, numa sociedade pluralista, não são apenas os médicos a contribuir para a reformulação das regras éticas de suas atividades. Eles próprios reconhecem hoje a importância e a necessidade de que a sociedade como um todo venha a dar às questões cujas diretrizes e valores estão em jogo na relação cada vez mais trágica e tumultuada entre o médico e o paciente, principalmente, com ênfase no que se chama de 'direitos dos doentes'. Tal fato está claramente evidenciado dentro de uma concepção que agora é chamada de 'Bioética'⁴⁸.

É, exatamente, nessa expressão utilizada por Veloso de França ("direitos dos doentes") onde enquadrámos o conceito implícito de cidadania, na perspectiva de exercício de direitos individuais, sociais, econômicos, culturais, biológicos e até políticos⁴⁹.

⁴⁸ Um ramo que vem se desenvolvendo bastante, é o Direito Médico, com destaque para a Responsabilidade Civil dos Médicos.

⁴⁹ No livro coordenado por Veloso de FRANÇA, existe uma Parte (II), toda voltada para as Relações da Bioética e da Bioética Clínica na Sociedade (p. 65-105).

3 OS GRANDES PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA⁵⁰

No entendimento de Jorge Scala, “la bioética no puede tener primeros principios diferentes a los de la ética”⁵¹, pelo que é oportuno destacar que o caráter valorativo da Bioética sugere uma questão de ordem fundamental, de natureza epistemológica, a saber: constituída de **juízos de valor**, pode-se reconhecer uma natureza científica na Bioética ou ela tem uma natureza filosófica, significando a ética aplicada aos estudos sobre a vida? Poderíamos dizer que ela, simplesmente, representa uma disciplina no âmbito acadêmico e um conjunto de diretrizes que formam a ética da política médico-social na prática diária?

A questão, inicialmente, pode ter apenas interesse para a Academia, mas o tratamento sistemático⁵² que se pretende dar à Bioética, não permite que passemos ao seu largo.

Em nosso entender, ao nos referirmos à Bioética, temos de destacar o seguinte: a Biologia (bius = vida; logos = estudo), enquanto estudo da Vida, pode ser encarada no sentido de ciência, ou seja, de estudo científico; contudo, quando se parte deste conhecimento para uma aplicação **eticamente correta**, portanto, valorativa, não se há de falar em ciência, mas sim, de um conjunto de normas ou técnicas que devem ser respeitadas, especialmente, levando-se em conta o Valor (ou princípio) **Dignidade da Pessoa Humana** o que, no caso brasileiro é, inclusive, imperativo constitucional (CF 88, art. 1º, III).

Aceite este posicionamento que, evidentemente, tem caráter valorativo, porque epistemológico⁵³, podemos reafirmar, agora de forma conclusiva, que vivemos em uma época a que poderíamos denominar de era dos princípios, os quais são identificados em todos os ramos do conhecimento como sendo o radier, a base, a direção sob a qual se assentam as regras que compõem o objeto estudado.

⁵⁰ Sobre o tema, dentre muitos outros, além dos citados no texto, ver ALARCOS, 2006, p. 159; PESSINI, 2006, p. 170 e ss.) a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

⁵¹ Ver texto intitulado *Bioética y Derecho*, citado anteriormente.

⁵² Para evitar que pensem que nos enganamos no uso do termo, reafirmamos que aí o correto é sistemático, e não sistêmico.

⁵³ Já o dissemos (e a repetição é proposital) que a concepção de que a ciência é eticamente e/ou axiologicamente neutra, sempre esteve presente em nossas concepções epistemológicas. Neste sentido, dentre outros, vejam-se nossos livros *Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria. Metodologia* (2006) e *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro* (2001).

Alguns autores (vale lembrar) chegam a identificar princípios com valores, enquanto outros diferenciam as duas categorias.

Guy Durant (1995, p. 31), em pequeno, mas denso livro intitulado *A Bioética – natureza, princípios, objetivos*, abordando o tema Princípios, Regras e Valores escreve que

[...]a reflexão bioética é feita sobre fatos e sobre os princípios e regras. Os fatos não constituem a moral. Há uma distinção importante entre o indicativo e o imperativo e uma distância incontornável entre os fatos e a sua qualificação. A bioética não deseja princípios abstratamente determinados e que se imponham sobre a realidade. Ela não quer um sistema de princípios que funcione com interdições, isto é, que negue o direito de questionar, criticar, modificar, relativizar, equilibrar umas partes pelas outras. Ela quer unir os fatos. E, a partir deles, sempre a eles voltar. Por isso mesmo a reflexão bioética precisa de princípios e de regras.

Esta mesma reflexão bioética repousa sobre dois princípios fundamentais, reconhecidos unanimemente. Esses princípios são complementares: um se dedica ao domínio da subjetividade essencial em ética, o outro evidencia a objetividade, que também é absolutamente necessária. Esses princípios são:

- o respeito à vida;
- o respeito à autodeterminação da pessoa.

[...] “esses dois grandes princípios não suprimem, entretanto, as regras e as normas mais concretas e específicas que a tradição ocidental colocou em realce ao longo das idades; o preceito de não matar, a noção de meios comuns, a noção de meios proporcionais, o princípio da totalidade, o ato de duplo efeito. Não são também suprimidas certas regras que vêm diretamente da tradição hipocrática, como a caridade, a boa vontade e o sigilo.

Enfim, certos princípios gerais devem ser observados, eles são emprestados à bioética por grandes teorias éticas: o princípio utilitarista, o princípio da universalidade, os princípios da justiça e da igualdade.

A tomada concomitante desses diversos princípios não é sempre fácil. É que, às vezes, eles entram em oposição criando conflitos difíceis, quase insolúvel. Mas tentemos ver em que cada um consiste, assinalando as eventuais divergências de interpretação existentes” (DURANT, 1995, p. 31-32).

Mais adiante, depois de tratar os diversos princípios da Bioética, Guy Durant (1995, p. 53-56) apresenta, a título de Conclusão, a seguinte lição que, embora longa, merece ser trazida à colação, em razão dos conceitos que exprime.

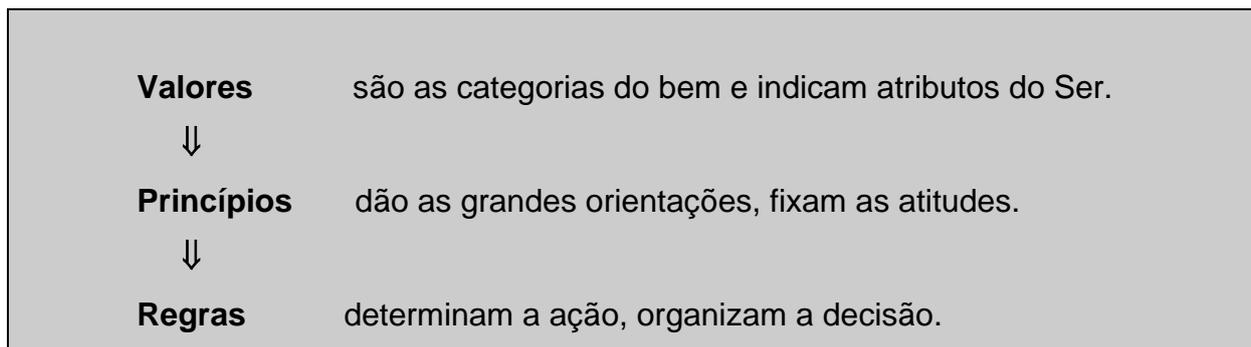
1. As palavras, princípios, regras, valores, normas, são frequentemente empregadas de maneira indistinta. A tradição e o uso impõem, às vezes, uma ou outra forma. Eu não estou muito de acordo com essas maneiras empregadas aqui e ali. Buscando rigor, entretanto, poder-se-ia fazer algumas distinções.

A palavra princípio indica uma orientação fundamental, inspiradora da ação. A palavra regra lembra alguma coisa de mais concreto, mais próximo da ação. O

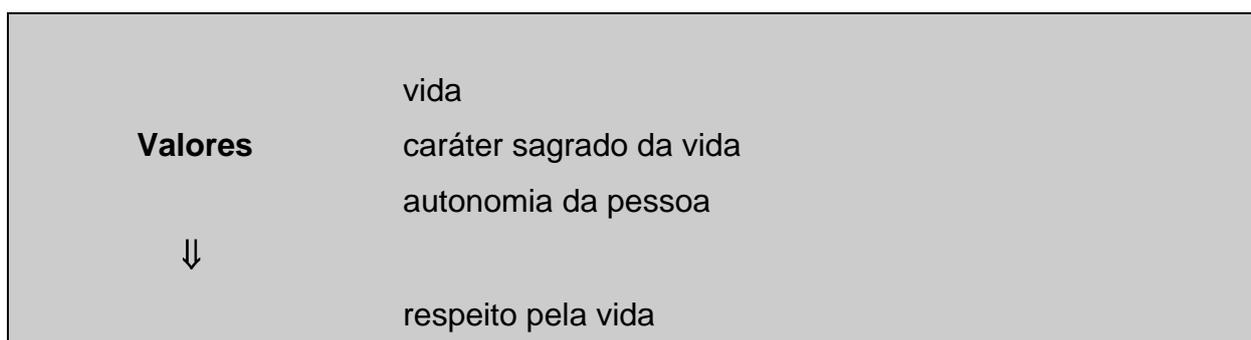
princípio é frequentemente indeterminado, a regra tem um conteúdo preciso. Na tradição filosófica medieval é sempre feita uma distinção entre os primeiros princípios e os princípios secundários: a ideia é a mesma. A distinção implica que os princípios são pouco numerosos e admitem diversas aplicações, enquanto que as regras são múltiplas e variáveis.

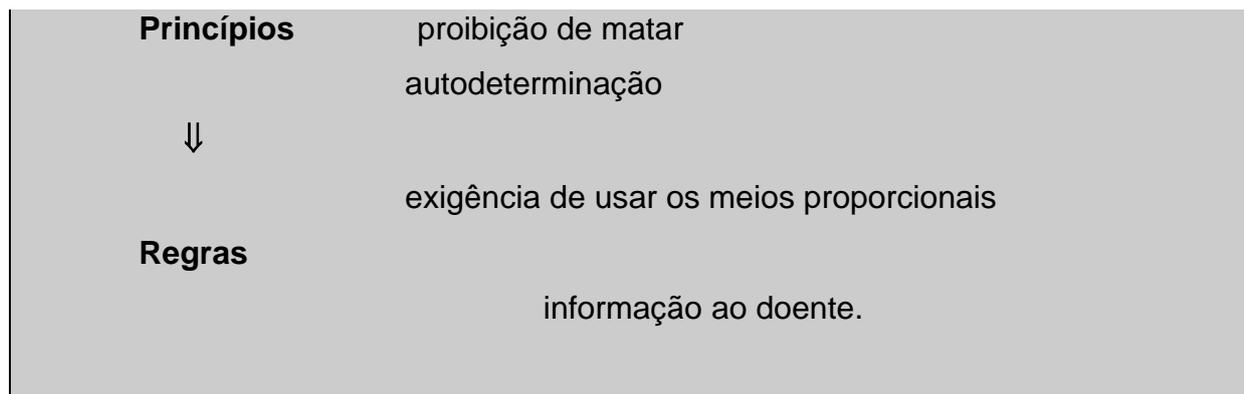
A palavra valor é emprestada a uma outra tradição filosófica. Em um sentido estrito não se deveria empregá-la ao lado das palavras princípios e regras. Uma moral de valores se opõe, com efeito, a uma moral de princípios. Mas como o valor inclui dois sentidos (o significado e a orientação para a ação), percebe-se um relacionamento possível. E, no discurso cotidiano, a palavra é comumente aceita e a todo momento lembrada. Se quisermos um pouco mais de rigor, será necessário, entretanto, acentuar o sentido antropológico e suas relações com a ética.

De tudo se deduz o seguinte esquema em três níveis:



Apesar do que foi dito – continua Durant -, fica muito difícil, na prática, distinguir regras de princípios ou valores. Na linguagem corrente, estas palavras ocupam cada uma o seu nível. E os autores não se entendem sobre esta questão, cada um com o seu ponto de vista pessoal. A título de exemplo, ainda que provisório, poder-se-ia ilustrar o esquema precedente da seguinte maneira:





A palavra norma é mais geral: ela aplica-se melhor ao nível dos princípios do que ao plano das regras. Quase sempre a norma é percebida ou apresentada como uma espécie de tabu ou de imperativo categórico: ela está lá, ela se impõe, sem que se saiba exatamente de onde veio e porque está lá. Sem entrar em polêmicas, pode-se dizer, parece-me, que habitualmente as normas (princípios e regras) estão a serviço de valores e os traduzem em termos operacionais. As duas realidades não se opõem: elas se completam e se remetem uma à outra; a norma conduz ao valor, o valor se traduz em norma⁵⁴.

Em capítulo intitulado *Juridificar la Bioética*, Manuel Atienza⁵⁵ lembra que a identificação dos Princípios da Bioética se encontra na criação, por parte do Congresso Americano, de uma Comissão Nacional que ficara encarregada de identificar os princípios éticos básicos

[...]que deberían guiar la investigación con seres humanos en las ciencias del comportamiento y en biomedicina. Esa comisión comenzó a funcionar en 1974 (unos cuatro años después de que se acuñara el término 'bioética' para designar los problemas éticos planteados por los avances en las ciencias biológicas y médicas), y cuatro años después, en 1978, los comisionados publicaron el llamado Informe Belmont, que contenía tres principios: el de **autonomía o de respeto por las personas**, por sus opiniones y elecciones; el de **beneficiencia**, que se traduciría en la obligación de no hacer daño y de extremar los beneficios y minimizar los riesgos; y el de **justicia o imparcialidad** en la distribución de los riesgos y de los beneficios". (g.n).

⁵⁴ Apesar de não concordarmos com todas as afirmativas de DURANT, o que se explica e justifica, sobretudo, por estarmos no campo das reflexões epistemológicas (filosóficas e, portanto, valorativas), trazemos-las em razão do caráter didático que possui. Sobre o conceito de Valor e sua diferenciação frente ao Juízo de Valor, veja-se A História como Ciência, anexo ao já mencionado livro *Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria. Metodologia* (2006). Sobre os diversos aspectos e problemas referentes ao Valor, citem-se: CONNOR, 1994; HESSEN, 2001; LACEY, 1998; MONDIN, 2005; MARTÍ, 1998; RAMPAZZO, 2004; RESWEBER, 2002; JUNIOR, 2004; VILLORO, 2001.

⁵⁵ Publicado no livro coordenado por VÁZQUEZ, 1999, p. 64.

Em seguida, estudando *Los Principios de la Bioética: La Versión Estándar y Algunas Propuestas Alternativas*, escreve que:

el primer dato que llama la atención a quien se aproxima por primera vez a esta problemática es la existencia de un importante consenso en torno a los llamados 'principios de la bioética'. Estos principios constituyen el punto de partida obligado en cualquier discusión que uno emprenda con médicos, sanitarios, biólogos, bioeticistas, etcétera, a propósito de la eutanasia, los trasplantes de órganos, el genoma humano, la optimización de recursos en medicina intensiva, la asistencia a enfermos de sida o la experimentación con algún nuevo fármaco. ¿Pero qué son esos principios y cómo se ha llegado a su formulación? (MANUEL ATIENZA, ob. cit. p. 64).

Mais adiante, o autor faz amplas referências ao livro de Tom L. Beauchamps e James F. Childress (2002), já com edição nacional e intitulado *Princípios de Ética Biomédica*, valendo recordar que o primeiro deles fez parte da acima referida Comissão. Na obra mencionada, os autores acrescentaram um outro princípio, a saber, o da **Não-maleficiência**⁵⁶.

O **Princípio da autonomia ou do respeito pelas pessoas**, lê-se no *Dicionário de Bioética* coordenado por Salvino Leone, Salvatore Privitera e Jorge Teixeira da Cunha (2001, p. 875), "é o princípio que regula as instâncias éticas expressas pelo paciente que, em virtude da sua dignidade de sujeito, tem o direito de decidir autonomamente se deve aceitar ou recusar o que se pretende fazer nele, tanto de um ponto de vista diagnóstico como terapêutico".

Joaquim Clotet (2003, p. 22) no livro *Bioética – Uma Aproximação*, depois de citar Potter e sua concepção e lembrar que "outros autores preferem a expressão ética biomédica, porém sem ampla aceitação", refere-se ao **princípio da autonomia**, afirmando que se trata de:

[...]denominação mais comum pela qual é conhecido o princípio do respeito às pessoas" (exigindo) que "aceitemos que elas se autogovernem, ou seja autônomas, quer na sua escolha, quer nos seus atos. O princípio da autonomia requer que o médico respeite a vontade do paciente ou do seu representante, assim como seus valores morais e crenças. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade. Limita, portanto, a intromissão dos outros indivíduos no mundo da pessoa que esteja em tratamento. Os fundamentos filosóficos desse princípio podem ser encontrados, entre outros autores, em Locke, Kant e J. S. Mill (CLOTET, 2003, p. 24).

⁵⁶ Aconselha-se a leitura do capítulo intitulado Os Princípios da Bioética, constante do livro de ENGELHARDT, 2004, p. 131-168, no qual o autor faz algumas afirmações que poderão motivar debate bastante polêmico.

Guy Durant (1995, p. 34-35), doutrina que “em situação normal, em face a um adulto capaz de dirigir sua própria vida, o **princípio da autonomia** exige o seu consentimento a todo tratamento médico e a todo ensaio experimental”. O direito toma um valor ético quando proclama: ‘A pessoa humana é inviolável. Ninguém pode invadir outra pessoa sem seu conhecimento’ (Código Civil de Québec, artigo 19).

Para ser autêntico, este consentimento deve ter duas qualidades: ser livre e esclarecido. Do contrário, ele será um simulacro.

Para dar um consentimento esclarecido, o paciente ou o objeto deve possuir (e então receber) as informações necessárias. Os juristas têm refletido muito sobre essa questão e têm formulado vários comentários que são, na verdade, de natureza ética. Desse modo, entende-se, de maneira geral, que as informações devem esclarecer a natureza do tratamento, suas consequências previsíveis, riscos eventuais e a existência de outros tratamentos. Estas informações devem ser comunicadas em uma linguagem acessível e compreensível para o paciente ou para o sujeito e pode-se esperar a exigência de uma informação mais completa e detalhada de um sujeito de pesquisa do que a de um paciente.

Mas, se o consentimento deve ser autêntico, ele não pode conter apenas esclarecimento, mas deve ser livre, quer dizer, sem coerção ou fraude. Nesse sentido, os juristas têm elaborado inúmeras reflexões judiciosas. Eles se colocam em guarda contra toda pressão indevida ou autoritária. Por exemplo, no caso do uso de medicamento novo, eles insistem que o médico seja o mais objetivo possível. Se for o caso de uma pesquisa não terapêutica, se exigirá que o consentimento do sujeito seja obtido por uma outra pessoa que não o pesquisador principal, ou, ao menos, seja ele feito em presença de um terceiro, disposto a ajudar o sujeito.

Jean Bernard (1994, p. 85-99) em texto intitulado *Princípios que orientam a ética da biologia e da medicina*⁵⁷ faz interessantes comentários sobre ‘**o respeito pela pessoa**’, afirmando que:

[...]os progressos na investigação científica propõem-nos, hoje, **duas definições do Homem. A primeira definição é genética.** Foi inspirada pelas descobertas de Jean Dausset, pelo conhecimento das centenas de milhões de combinações do sistema de grupos sanguíneos HLA. Remonta actualmente até ao genoma, pouco a pouco decifrado. Permite duas

⁵⁷ Há uma edição brasileira, publicada sob o mesmo título (*A Bioética*, 1998).

conclusões: desde que há homens e enquanto os houver (com exceção dos gêmeos verdadeiros), nunca se encontraram, nem se encontrarão dois seres semelhantes. Cada homem é único, insubstituível; essa unidade é função da diversidade, é feita da adição de caracteres muito numerosos e diversificados⁵⁸. **A segunda definição é nervosa.** A morte do indivíduo é a morte do cérebro. E, como já assinalamos, é por meio do seu cérebro que o Homem se distingue dos animais. A pessoa é uma individualidade biológica, um ser de relações psicossociais, um sujeito para os juristas (p. 85-86).

No *Dicionário de Bioética*⁵⁹, **O Princípio da beneficência** “é o princípio que as instâncias éticas típicas da profissão do profissional de saúde, cujos fins são substancialmente hipocráticos e cuja intencionalidade constitui a estrutura da deontologia profissional”.

Assim se exprime o Código Deontológico dos Médicos Italianos: ‘É tarefa do médico a defesa da vida, da saúde física e psíquica do Homem e o alívio do sofrimento, no respeito pela dignidade humana’.

E do Código Deontológico dos Enfermeiros consta: ‘O enfermeiro está ao serviço da vida do Homem: ajuda-o a amar a vida, a superar a doença e a suportar a ideia da morte.

Tom L. Beauchamps e James F. Childress (2002, p. 282) ao analisarem **O Princípio da beneficência**, afirmam que:

[...]na linguagem comum, a palavra ‘beneficência’ significa atos de compaixão, bondade e caridade. Algumas vezes, o altruísmo, o amor e a humanidade são também considerados formas de beneficência. Entendemos a ação beneficente num sentido ainda mais amplo, de modo que se incluam todas as formas de ação que tenham o propósito de beneficiar outras pessoas. A beneficência refere-se a uma ação realizada em benefício de outros; e o princípio da beneficência refere-se à obrigação moral de agir em benefício de outros. Muitos atos de beneficência não são obrigatórios, mas um princípio de beneficência, em nossa acepção, afirma a obrigação de ajudar outras pessoas promovendo seus interesses legítimos e importantes.

Não obstante, muitas regras de beneficência obrigatória constituem uma parte importante da moralidade. Em função dos vários tipos de benefício, o princípio de beneficência positiva fundamenta uma série de regras morais mais específicas – incluindo algumas já mencionadas, mas não referidas como regras. Exemplos dessas regras de beneficência são:

1. Proteger e defender os direitos dos outros

⁵⁸ Neste sentido, veja-se BOLZAN, 1998, p. 11-32.

⁵⁹ Coordenado por LEONE; PRIVITERA; CUNHA, 2001, p. 876.

2. Evitar que outros sofram danos
3. Eliminar as condições que causarão danos a outros
4. Ajudar pessoas inaptas
5. Socorrer pessoas que estão em perigo (BEAUCHAMPS; CHILDRESS, 2002, p. 284).

Podemos, neste instante, trazer à colação, contrapondo ao Princípio da Beneficência, o **Princípio da Não maleficiência** que, como se disse, foi acrescentado por Beauchamps e Childress, em 1978, ao Informe Belmont. Neste sentido, “o princípio de não-maleficiência determina a obrigação de não infligir dano intencionalmente”. Na ética médica, ele esteve intimamente associado com a máxima *Primum non nocere*: ‘Acima de tudo (ou antes de tudo), não causar dano’.

Pelo que se observa, enquanto o Princípio da Beneficência tem um comando positivo, o Princípio da Não-maleficiência traz, em si, um sentido negativo, ou seja, um comando omissivo, um não-fazer.

Finalmente, o **Princípio da Justiça ou imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios**.

É o princípio que exprime e sintetiza as instâncias éticas defendidas, no acto médico, por uma terceira componente sempre presente, juntamente com o paciente e com o médico: a sociedade, em que o médico e o paciente estão inseridos. A sociedade que, na sua conotação ético-jurídica, está constituída pela comunidade de sujeitos que merecem todos igual respeito e consideração, em ordem à reivindicação ao direito à vida e à saúde e em relação aos quais os recursos sanitários devem ser distribuídos equitativamente (LEONE, 2001, p. 878).

Joaquim Clotet (p. 24-25), analisando de forma conjunta os **princípios da beneficência e da justiça**, observa que:

[...]o princípio da beneficência requer, de modo geral, que sejam atendidos os interesses importantes e legítimos dos indivíduos e que, na medida do possível, sejam evitados danos. Na Bioética, de modo particular, esse princípio se ocupa da procura do bem-estar e interesses do paciente por intermédio da ciência médica e de seus representantes ou agentes. Fundamenta-se nele a imagem do médico que perdurou ao longo da história e que está fundada na tradição hipocrática: ‘usarei o tratamento para o bem dos enfermos, segundo minha capacidade e juízo, mas nunca para fazer o mal e a injustiça’; ‘no que diz respeito às doenças, criar o hábito de duas coisas: socorrer, ou, ao menos, não causar danos’. A mesma mensagem, com o mesmo arquétipo da práxis médica, está presente na obra do médico John Gregory, na época do iluminismo.

Prosseguindo, escreve com relação ao **princípio da justiça**, que (este) exige equidade na distribuição de bens e benefícios no que se refere ao exercício da medicina ou área da saúde. Uma pessoa é vítima de uma injustiça quando lhe é negado um bem ao qual tem direito e que, portanto, lhe é devido. Para a fundamentação filosófica do princípio da justiça podem ser utilizados diversos autores, merecendo ser destacados Aristóteles e John Rawls⁶⁰.

Por fim, Clotet (p. 25) estabelece a seguinte síntese com relação aos princípios estudados:

Assim, como o princípio da autonomia é atribuído, de modo geral, ao paciente, e o da beneficência ao médico, o da justiça pode ser postulado, além das pessoas diretamente vinculadas à prática médica (médico, enfermeira e paciente), por terceiros, como poderiam ser as sociedades para a defesa da criança, em defesa da vida, ou grupos de apoio à prevenção da AIDS, cujas atividades e reclamações exercem uma influência notável na opinião pública através dos meios de comunicação social. São esses os princípios que, inicialmente, sustentam o exercício da Bioética. A aplicação dos mesmos nos diferentes casos nem sempre é fácil, nem conclusiva; mas o seu uso constitui uma amostra do interesse e importância pelas formas corretas de agir” – conclui.

3.1 Dos princípios jurídicos: sua importância e conceito

O tema dos Princípios, de início, tinha uma feição e um tratamento meramente privatístico, sendo oportuna a lição de Luis Díez-Picazo (1987, p. 203 e ss.) (*Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*⁶¹) ao informar que os Princípios

⁶⁰ Aconselhamos a consulta aos livros de JOHN RAWLS intitulado *Justiça como Equidade. Uma reformulação* (2003) e *História da Filosofia Moral*. (2005). Ainda, dentre centenas de outros: MAFFETTONE; VECA, 2005) e WALZER, 2003).

⁶¹ Vale a leitura do texto, sobretudo no ponto em que o autor afirma que a expressão princípios generales del derecho engloba “dos direcciones doctrinales, radicalmente distintas, que se debaten en torno al concepto. Para entendernos, podemos denominar a estas dos direcciones doctrinales, respectivamente, dirección positivista y dirección iusnaturalista.

Para la dirección positivista los principios generales del derecho son normas obtenidas mediante un proceso de generalización y de decantación de las leyes. Por consiguiente, las leyes pueden derivarse o deducirse lógicamente de tales principios. Los principios jurídicos generales son de esta manera ‘principios científicos’ o ‘principios sistemáticos’. Según esta idea, especialmente grata a la doctrina italiana, los principios generales del derecho son ‘principios generales del ordenamiento jurídico’, que resultan, por vía de sucesivas abstracciones, del conjunto de las normas particulares y en los cuales las mismas normas particulares habrían encontrado inspiración. Dicho con otras palabras, son los antecedentes del ordenamiento positivo, en los cuales el legislador se há inspirado, y que han penetrado a través de una legislación concreta en el ordenamiento jurídico, donde constituyen, aunque formalmente, una suerte de muros maestros o de pilares fundamentales de su estructura.

Gerais do Direito apareceram pela primeira vez no Código Civil austríaco de 1811, muito inspirados na escola do direito natural racionalista. “Esta idea de los principios generales jurídicos o de principios generales del Derecho hace fortuna y pasa a otros Códigos Civiles, más modernos, reconociéndose finalmente en el Derecho Internacional” – escreve Picazo.

No Direito Público eles ingressaram no último século XX, o que provocou uma nova forma de se apresentarem as Constituições contemporâneas, nas quais, como temos dito em diversas oportunidades⁶² toda a matéria constante de seu conteúdo é portadora de uma supremacia frente à legislação ordinária e complementar, pelo que as Constituições caracterizam-se, em última análise, por uma Supralegalidade e uma Imutabilidade Relativa que lhe dão uma coloração distinta daquela que compõe as demais normas do Ordenamento Jurídico.

Ambas as características citadas, por serem comuns e necessárias a todos os textos constitucionais como tais, formam uma espécie própria de Princípios, a saber, os Princípios Caracterizadores, que mesmo sem ser citados de forma clara e direta, são indicados pela Teoria da Constituição e fazem-se presentes através dos institutos do Controle de Constitucionalidade e do Poder de Reforma⁶³. Por oportuno, cabe observar que estes princípios (Supralegalidade e da Imutabilidade Relativa) não devem ser confundidos com as denominadas cláusulas pétreas ou cláusulas de intangibilidade, as quais representam limites materiais ao exercício do Poder de Reforma, ou seja, núcleo constante da Constituição, que foi eleito pelo constituinte (na elaboração do texto constitucional) como intocável, intangível ou irreformável, salvo, evidentemente, por um novo processo constituinte.

No caso da Constituição Brasileira de 1988, contudo, a categoria Princípios se encontra revestida de vários sentidos e hierarquias, visto que a terminologia

Para la dirección iusnaturalista, en cambio, los ‘principios generales del derecho’ equivalen a las normas del ‘derecho natural’, esto es, son normas que no han encontrado formalización ni sanción estatal, pero que poseen innegable vigencia, validez y obligatoriedad, por formar parte de un sistema superior grabado por Dios en el corazón de todos los hombres, según la expresión paulina, y adecuado a la naturaleza humana” (DÍEZ-PICAZO, 1987, p. 204-205).

⁶² Veja-se, por exemplo, *Do Poder de Reforma como Garantia da Supralegalidade Constitucional*. Tese para obtenção do Título de Doutor (PhD) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: mimeo, 1990; *Constituição Federal - Teoria e Prática - vol. I*. (1994). Finalmente, em nosso livro *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro* (2001), os capítulos sobre Constituição e Poder de Reforma.

⁶³ Na verdade, a versão mais simples da **Teoria da Constituição** é exatamente esta:

* **Supralegalidade** ⇒ ⇒ ⇒ **Controle de Constitucionalidade.**

Constituição:

* **Imutabilidade Relativa** ⇒ ⇒ ⇒ **Poder de Reforma.**

utilizada no texto, vai desde a denominação de Princípios Fundamentais, passando pelos Princípios Gerais ou Setoriais até chegarmos àqueles denominados, simplesmente, Princípios, sem qualquer qualificação⁶⁴. Essa realidade provoca irrenunciáveis consequências de ordem prática, quando se trata de sua análise na CF 88, sobretudo, no tocante à interpretação e aplicação de qualquer norma, esteja ela contida no próprio texto constitucional ou não, isto é, localizadas no ordenamento infraconstitucional.

Apesar de serem realidades diferentes (inclusive quanto ao papel que desempenham), dependendo da Técnica Legislativa utilizada pelo constituinte, os Princípios Fundamentais poderão, ou não, coincidir com o conteúdo das Cláusulas Pétreas (esta coincidência existe no caso da CF de 1988). Em qualquer das hipóteses, porém (vale a insistência), sob o ângulo interno da Constituição e em uma visão sistêmica, os Princípios Fundamentais ocupam uma posição de hierarquia superior aos demais princípios e/ou normas, mesmo aqueles constantes do próprio texto constitucional⁶⁵. De logo, ressalte-se que a expressão Princípios Gerais, neste caso, não tem a equivalência de Princípios Gerais do Direito, os quais têm sido objeto de inúmeros estudos, do que são exemplos Del Vecchio (*Los Principios Generales del Derecho*⁶⁶), R. Limongi França (*Princípios Gerais de Direito - 1971*),

⁶⁴ Entre nós, os elencados Princípios Fundamentais coincidem, em sua quase totalidade, com as Cláusulas Pétreas constantes do art. 60 § 4º, o que reforça o entendimento que defendemos, ou seja, que uma correta interpretação de qualquer norma, existente ou não no texto constitucional, terá que tomar como referência o conteúdo axiológico dos Princípios Fundamentais. É preciso não confundir o conteúdo axiológico dos Princípios Fundamentais com uma interpretação axiologicamente comprometida, pois, enquanto expressão de ciência, a interpretação não poderá ser valorativa, isto é, dependente da posição ideológica do cientista.

⁶⁵ Escreve, a propósito, Rosah Russomano (1997, p. 234): “Os princípios em tela, designados por Gomes Canotilho, de princípios estruturantes - e aos quais outras designações são deferidas pela doutrina - revestem-se de inegável relevância.

Para comprovar esta assertiva, basta citarmos a lição daquele jurista luso, quando acentua que eles traduzem ‘os princípios constitutivos do núcleo essencial da Constituição’, garantindo a esta uma determinada identidade e estrutura.

São caracterizados, ainda em seu ensinamento, por dúplice dimensão. Temos, destarte, a dimensão constitutiva, que revela uma compreensão global da Constituição. E, de modo correlato, uma dimensão declaratória, eis que estes princípios, muita vez, como vocábulos designantes, exprimem a ‘soma de outros subprincípios e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas’.

É de observar-se que aquele mestre supramencionado, acentuando a importância dos princípios fundamentais, juntamente com Vital Moreira, reputa-os como a ‘síntese ou matriz’ de todas as demais normas constitucionais, que àquela podem ser reconduzidas, direta ou indiretamente” - conclui Rosah Russomano.

⁶⁶ Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A, 1979. A propósito, diz Del Vecchio: “La afirmación de que los principios generales del derecho son válidos solamente para cada pueblo particular, es decir, que existen tantas series de principios generales cuantos son los sistemas particulares, además

Antonio Gordillo Canas (*Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura desde la Constitución de la Teoría de las Fuentes del Derecho* (1970)), Genaro R. Carrió (Abeledo, 1963, p. 197-234) (*Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*) R. Limongi França (*Principios Gerais de Direito*, L. Pinto Ferreira (1983) (*Principios Gerais do Direito Constitucional Moderno*) e Josef Esser (*Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado* (1981)), além, é claro, no caso específico do Brasil, dos comentários à Lei de Introdução ao Código Civil.

Analisando o papel dos princípios, afirma Nelson Nogueira Saldanha (1974) em artigo intitulado *Direito Constitucional comporta Principios Gerais?* que "a ideia de princípios disponíveis em grau genérico e com amplo apelo aos quais se pudesse sempre 'explicar' dispositivos legais, veio da necessidade que, no plano da aplicação e da sistematização interpretativa, se fez sentir primeiro no âmbito civilístico".

No modelo constitucional brasileiro, a existência de diversas categorias de Princípios, não significa que eles atuem no sentido de meio supletivo de lacunas, como ocorre nas hipóteses referidas pelo art. 4º da Lei 4.657/42, repetido pelo art. 126 do Código de Processo Civil (1971, p. 305), devendo ser compreendidos (como já foi afirmado), a partir de um papel que desempenham na interpretação da própria Constituição e de todo ordenamento jurídico-positivo como um sistema coerente e homogêneo, sendo determinantes da própria atuação do Estado.

Uma tarefa preliminar nos é imposta, qual seja, a de sabermos o que são Princípios, tarefa esta que não está marcada por um sentido único. Assim, para Celso Antônio Bandeira de Melo, ao aceitar lição de Geraldo Ataliba (1985, p. 7), devem eles ser entendidos como sendo:

[...]por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão

de ser en puridad una contradicción in adjecto, no corresponde ciertamente a la creencia en una ratio juris de carácter universal que, desde los romanos acá, dígase lo que se quiera en contrario, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica y, sin duda, inspiró también a los autores del Código vigente" (ob. cit. p. 49 - destaques no original. Há uma edição brasileira, *Principios Gerais do Direito*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003).

Pessoalmente, comungamos o entendimento de Del Vecchio, mas não é neste sentido que estamos utilizando a expressão "princípios fundamentais" no presente trabalho.

A propósito, não só do posicionamento de Del Vecchio, mas de outros autores sobre o tema, consulte-se Wilson de Souza Campos Batalha, *Lei de Introdução ao Código Civil* (São Paulo: Max Limonad, 1957, vol. I, p. 329 e segs).

Veja-se de DEL VECCHIO, *Supuestos, Concepto y Principio del Derecho (Trilogía)*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962.

e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Em outras palavras – dizemos nós: sendo, igualmente, um comando (tal como a simples norma o é) o que diferencia a ambos é o fato de que sobre o princípio repousa um caráter de ser depositário de algo mais valioso, seja para o sistema como um todo (Princípios Fundamentais), seja para determinado setor deste mesmo sistema (Princípios Gerais e/ou Setoriais).

Em nosso entender, Princípios são categorias lógicas e, tanto quanto possível, universais, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados pela sociedade para a qual se destinam⁶⁷.

Decorrência desse entendimento, em nossa maneira de ver, correta é a posição dos que advertem para a distinção entre Princípios e Normas, sobretudo porque, embora aqueles possam até ser inferidos por uma operação lógica, a norma é sempre expressa, não podendo ser deduzida a partir do conteúdo do sistema como um todo.

O princípio, ao contrário, pode até não estar expresso, sendo inferido do sistema em sua totalidade, de que são exemplos os Princípios Caracterizadores dos Sistemas Constitucionais Escritos e Rígidos, a saber, a Supralegalidade Constitucional e a Imutabilidade Relativa. Essa operação, ou seja, a dedutibilidade

⁶⁷ A propósito de Princípios Constitucionais, consultem-se: IVO DANTAS, *Constituição & Processo vol. 1. Introdução ao Direito Processual Constitucional* (Curitiba: Juruá Editora, 2003); IVO DANTAS, *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional* (Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1995); J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (3ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 1999); PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional* (7ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1997); FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA, *Por uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade* (Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2003); MANOEL MESSIAS PEIXINHO, ISABELLA FRANCO GUERRA e FIRLY NASCIMENTO FILHO (Org.), *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001; RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio* (Barcelona: Editorial Ariel S/A, 1995); RONALD DWORKIN, *Levando os Direitos a sério* (São Paulo: Martins Fontes, 2002); RONALD DWORKIN, *Uma Questão de Princípio* (São Paulo: Martins Fontes, 2002); SIMONE GOYARD-FABRE, *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno* (São Paulo: Martins Fontes, 1997); RUI SAMUEL ESPÍNDOLA, *Conceito de Princípios Constitucionais - Elementos Teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada* (São Paulo: Editora RT, 1999); A. DE SAMPAIO DORIA, *Princípios Constitucionais* (São Paulo Editora Ltda., 1926) e JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, *Os Princípios Constitucionais e a sua Proteção* (São Paulo: Editora Saraiva, 1966).

dos princípios, segundo boa parte da Doutrina, pode ser identificada a partir de dois procedimentos:

1) - através de pressupostos filosóficos como, por exemplo, do Direito Natural;

2) - pela via lógica de um processo de abstração, de progressiva generalização (Mário Rotondi).

A norma, principalmente a norma jurídica, em razão da Legalidade (= princípio), tem que estar clara, expressa, não se admitindo a possibilidade de ser decorrente de nenhum procedimento metajurídico. Aliás, lembremo-nos de que no Direito Penal, no Direito Tributário e no Direito Administrativo, essa Legalidade tem conteúdo e contorno próprios, por isso mesmo denominada Legalidade Estrita⁶⁸.

Nesse quadro, se tanto o Princípio quanto a Norma consagrados nos textos constitucionais refletem um posicionamento ideológico (opção política frente a diferentes valores) – repetamos –, existe entre as duas categorias uma hierarquização, a partir da qual, o primeiro ocupa posição de destaque, irradiando, em decorrência e necessariamente, o conteúdo daquela.

Em última análise, Princípios e Normas representam Valores, expressão que, qualificada de supremos, a CF de 88 utiliza em seu Preâmbulo (Valores Supremos).

A análise desses Valores Constitucionais ocorre no âmbito da Axiologia Constitucional, a qual se manifesta, em termos de aplicabilidade e eficácia dos valores, no sistema constitucional positivo, isto porque, como afirma Paul Roubier (1951, p. 317), em sua *Téorie Générale du Droit - Histoire des Doctrines Juridiques et Philosophie des Valeurs Sociales*, "une notion que soit commander tout l'ordonnement du droit, c'est le valeur; il droit repose en dernière analyse sur une philosophie des valeurs: c'est en fonction meme de sa valeur que telle règle pourra etre une regle juridique, entraînant des obligations pour l'activité humaine". E adiante assevera:

En étudiant l'aspect extérieur des règles de droit, nous avons reconnu l'existence d'une première valeur, qui est la sécurité juridique, laquelle commande toute une série des conséquences avantageuses à la société

⁶⁸ Incluimos o Direito Administrativo, em razão de que nele não vigora a compreensão de que o não proibido é permitido. Aqui, tanto o permitido, quanto o proibido, têm que estar amparados em Lei.

(autorité, paix, ordre). L'étude du fondement des regles de droit nous a mis en présence d'une seconde valeur, qui est la justice, valeur essentielle au bon ordre des rapports humains, avec ses qualités propres d'égalité et de généralité. Enfin l'étude du but des regles de droit nous a révélé une dernière valeur, qui est la civilisation ou le progres social (bonheur, subsistance, abondance, culture...).

Apesar de autores e estudiosos da Filosofia do Direito tratarem a problemática dos valores, sobretudo, com referência à Justiça, no Direito Constitucional existe uma lacuna quanto ao tema, pois, inclusive German J. Bidart Campos em sua *Filosofia del Derecho Constitucional* (1969, p. 169 e ss.) apenas se refere ao valor Justiça, desconhecendo todos os demais que estão sendo consagrados no constitucionalismo contemporâneo.

Na Espanha, Gregorio Peces-Barba (1986, p. 13) (*Los Valores Superiores*⁶⁹) adverte que irá:

[...]tratar de identificar, en primer lugar, los valores superiores tal como los situa la Constitución, con una primera descripción del Derecho positivo, con el problema en el Derecho histórico español y en el Derecho Comparado, con la producción normativa, y con su distinción de otros conceptos afines.

Mais recentemente, Milagros Otero Parga em livro intitulado *Valores Constitucionales - Introducción a la Filosofía del Derecho: axiología jurídica* (1999, p. 14), depois de mencionar alguns conceitos de valor, escreve que:

[...]de hecho los valores son en sí mismos exigencias de los ciudadanos referidas a las bases sobre las que estos quieren que se asiente el ordenamiento. Son, en definitiva, los cimientos sobre los que la sociedad quiere que se establezcan y acomoden las leyes. Y se constituyen en los elementos que proporcionan utilidad y mayor aptitud para garantizar la satisfacción de las necesidades sociales proporcionando bienestar y biencomún(...). En efecto se definen los 'valores' como las cualidades o atributos específicos que los individuos reputan como deseables a través de la tradición, dentro de una cultura determinada. Esta aproximación al concepto de los valores es la que subyace en el mandato constitucional del art. 1 de la actual Constitución española de 1978, en tanto en cuanto señala aquellos requisitos o exigencias cuyo respeto debe situarse en la base del ordenamiento jurídico. Y ello es así porque los individuos que integran una sociedad consideran que son deseables y adecuados de acuerdo con las enseñanzas y la experiencia extraída de las distintas tradiciones y culturas de los pueblos. Precisamente por eso, no son iguales los valores que cada sociedad reclama, porque no son iguales sus deseos, tradiciones o vivencias. Porque no son iguales los puntos de partida de cada pueblo ni el

⁶⁹ Em Portugal, monografia de Virgílio de Jesus Miranda Carvalho, intitulada *Os Valores Constitucionais Fundamentais: Esboço de uma Análise Axiológico-Normativa* (Coimbra Editora Ltda., 1982), é interessante perspectiva para o tratamento do assunto, embora, no nosso modo de entender, insuficiente dentro da forma como o pensamos.

punto de llegada al que aspiran. En suma, porque existen diferentes tipos de intereses y de formas de enfoque de la realidad, dependiendo del pueblo al que nos estemos refiriendo y de la situación económica, social, política y cultural en la que se encuentre (p. 15).

Antônio Hernandez Gil (1988, p. 303) (*La Constitución y su Entorno*), escreve que:

[...]en el derecho público, en el derecho constitucional, en el derecho administrativo y, en general, en la ciencia del derecho, tiende a verse en los principios la reencarnación de unos valores esenciales que conciernen al fundamento del orden jurídico al que dotan de unidad de sentido. [...] Sin embargo, la Constitución se sirve de la expresión 'principios' con alcance y no siempre equivalente. En el artículo 1.1 y en el artículo 10.1, que son las localizaciones de los principios en su significado esencial, no utiliza esta palabra, sino las de 'valores' y 'fundamento'.

Bem oportuno é lembrarmos que a Constituição Federal brasileira, de 1988, faz uso das expressões valores supremos e fundamentos, a primeira, quando, em seu Preâmbulo elege o Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Os valores aqui referidos, a Constituição retoma-os, exatamente, no Título I - Dos Princípios Fundamentais.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A QUESTÃO APLICADA À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Retomemos um ponto que já foi mencionado, mas que merece um detalhamento maior. Referimo-nos ao fato de que a Constituição Brasileira vigente apresenta, o vocábulo Princípio se apresenta de várias maneiras. Assim, ao lado dos Princípios Fundamentais, inúmeras são as passagens onde se acha presente outra categoria, a de Princípios Gerais ou Setoriais, voltados para determinado subsistema ou setor do ordenamento constitucional.

Esses Princípios Gerais ou Setoriais⁷⁰, por sua vez, são igualmente superiores às normas, porém, inferiores aos Princípios Fundamentais. Trazem

⁷⁰ São exemplos destes princípios na CF de 88: art. 4º princípios das relações internacionais; art. 34, VII: princípios constitucionais; art. 37, caput: princípios da Administração pública direta e indireta

consigo, em relação ao setor a que se referem, a obrigatoriedade de que, tanto o seu conteúdo quanto a interpretação que se ofereça a qualquer norma (igualmente setorial), deverão estar subordinados ao conteúdo dos respectivos princípios (setoriais).

Em outras palavras: a partir da consagração, pelo texto constitucional, de Princípios Fundamentais (que se irradiam sobre toda a Constituição) e de Princípios Gerais ou Setoriais (voltados para determinado setor, ordem ou sub-sistema constitucionais), parece-nos possível estabelecer entre ambos uma nova hierarquia, na qual os primeiros ocupam o ápice da pirâmide e os segundos uma posição intermediária entre os Princípios Fundamentais e as normas a que chamaríamos de setoriais.

Vale aqui uma referência interessante: esta hierarquia por nós apresentada, pode ser identificada, igualmente, na posição defendida por Robert Alexy em seu livro *El concepto y la validez del derecho* (1997, p. 159-163) (embora com outras consequências), na medida em que afirma que "los principios son mandatos de optimización, mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos" (p. 162), para prosseguir referindo-se a uma "colisión de principios" que ocorreria toda vez que os "principios entran en contradicción".

Nesse caso, afirma Alexy:

[...]el principio que tiene precedencia restringe las posibilidades jurídicas de la satisfacción del principio desplazado.
Las colisiones de principios no tienen lugar en la dimensión de la validez, sino que se dan, dado que sólo pueden entrar en colisión principios válidos, dentro del sistema jurídico en la dimensión de la ponderación. (...) entre principios y valores existe una amplia coincidencia estructural. (...) Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores y toda colisión de valores como una colisión de principios (p. 164).

Em nosso modo de pensar, no exercício de interpretação, necessariamente, haveria um processo de feedback, ou seja, uma reação em cadeia, uma interpenetração irrenunciável, na qual, partindo-se dos Princípios Fundamentais, passa-se pelo Princípios Setoriais e se vai até a norma, daí se voltando, em caminho inverso, até se chegar aos Princípios Fundamentais⁷¹.

de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; art. 170: princípios da Atividade Econômica.

⁷¹ Este nosso entendimento, defendido em vários trabalhos, expusemos no painel, do qual participaram, dentre outros, o José Alfredo de Oliveira Baracho e André Ramos Tavares,

Desta concepção partilha José Souto Maior Borges ao escrever que:

[...]há uma hierarquia no interrelacionamento desses princípios com outras normas da Constituição Federal e sobretudo com outros princípios constitucionais (sintaxe jurídico-constitucional) que põe a lume a maior importância dos seus princípios fundamentais no confronto com outros princípios (Pró-Dogmática: por uma hierarquização dos Princípios Constitucionais. Recife: texto inédito, 1992, p. 8)⁷².

Nesse sentido, é o ensinamento de Enrique Alonso García, como se constata na seguinte passagem:

[...]cuando un principio es constitucional, por ser abstracción de una norma constitucional, o porque la propia CE dice que son principios, desaparece la subsidiariedad de su valor normativo. La CE ha reformado así, el artículo 1.4 del Código Civil, haciendo que respecto de los principios generales constitucionales no juegue la regla de la subsidiariedad (p. 20).

Dito de forma diferente, os Princípios Fundamentais formam o núcleo central da Constituição, como pensa corretamente Giorgio Berti, quando, embora referindo-se à Constituição Italiana, afirma que:

[...]cominciamo allora col considerare i principi fondamentali (art. 1-12) della costituzione, giacché dobbiamo ricabare da questi l'immagine più veritiera dell'ordine giuridico che si adegua alla società attuale. Non vogliamo cioè considerare questi principi solo in funzione interpretativa delle successive norme costituzionali, ma anzitutto come il nucleo costituzionale appunto fondamentale al quale dobbiamo rivolgerci per avere le risposte più aggiornate in ordine alla condizione sociale e giuridica della società nazionale (p. 85).

Vezio Crisafulli no livro *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio* (1952, p. 27-28), tratando da existência de normas-princípios no texto da Constituição Italiana, escreve que:

[...]una delle maggiori difficoltà che si presentano nello studio e nell'interpretazione della nuova Costituzione italiana, specialmente per i

Interpretação e Hermenêutica Constitucional, no XXII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional (São Paulo, 30.05.2001), tendo merecido comentários de todos os expositores. No XXIV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional (São Paulo, 13. 05. 2004), participamos com os mesmos de um painel sobre Princípios, do qual participou Ingo Wolfgang Sarlet, tendo Manoel Gonçalves Ferreira Filho funcionado como Presidente.

⁷² Sobre Os Princípios Gerais do Direito, além da bibliografia já citada, leia-se Jean-Louis BERGEL (2001, p. 101-130). Neste texto, o autor faz interessantes análises, inclusive, em relação ao sistema constitucional francês.

principianti e per i pratici sforniti di adeguata preparazione tecnico -giuridica, consiste nella abbondanza di disposizioni di principio: espressioni definizioni, proposizioni generali, indirizzi programmatici, orientamenti e criteri di massima; espressioni cioè, per adoperare un termine tradizionale, i principi generali dell'ordinamento giuridico, e dell'ordinamento costituzionale in primo luogo. Più d'uno, abituato a cercare nella legge - e quindi nella legge delle leggi, quale è la Costituzione - la regola immediatamente e direttamente applicabile alla disciplina specifica di un determinato rapporto o la soluzione bell'e pronta per determinate situazioni, e facilmente indotto a criticare, talvolta anzi a deplorare, la presenza nel testo costituzionale di così numerose disposizioni di tutt'altro tipo e a ritenerla quasi una stravaganza, una inutile eccentricità di cui si sia compiaciuta l'Assemblea Costituente nel redigere la Costituzione della Repubblica italiana.

Não é, contudo, no sentido de norma de princípio que o vocábulo princípios está na Constituição Brasileira, mas sim, no sentido de mandamento central, nuclear de todo o sistema constitucional (quando utilizada a expressão Princípios Fundamentais) ou, simplesmente, como origem, ponto inicial, diretriz a ser seguida pelo setor ou sub-sistema constitucional, como, por exemplo, Princípios da Administração Pública ou Princípios da Ordem Econômica. Em todos os casos, o ineditismo da expressão Princípios Fundamentais ora consagrada de forma expressa na Constituição de 1988 (inexistentes nos textos de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969), não significam que as matérias hoje englobadas sob tal nomenclatura, naqueles não estivessem presentes.

Em outras palavras: inexistia o uso da expressão Princípios Fundamentais, por opção de técnica legislativa, porém, o conteúdo dos mesmos existia ao longo do texto constitucional.

A propósito, são oportunas as palavras de Jorge Miranda (*A Constituição de 1976 - Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais* (1978, p. 264) quando, estudando o texto português, doutrina que “a rubrica 'Princípios Fundamentais' é a primeira vez que surge em Constituições portuguesas, mas o seu objecto - o enquadramento do Estado - em todas as leis fundamentais anteriores nunca tinha deixado de ser tratado de harmonia com os postulados filosófico-jurídicos e ideológicos respectivos. Todas elas, antes de procederem à estatuição da organização política, dos direitos fundamentais e de outras matérias, começavam por definir o Estado Português, não apenas através de seus 'elementos' ou condições de existência como através de directos princípios de estrutura constitucional. Ora, é isso que também faz a Constituição actual sob a epígrafe 'Princípios Fundamentais’”.

Com relação ao texto da Constituição Espanhola, permitimo-nos transcrever a observação de Fernando Garrido Falla (1985, p. 21) no livro *Comentarios a la Constitución*, onde o autor afirma, na linha da observação feita por Jorge Miranda, que o Título Preliminar da Constituição de 1978:

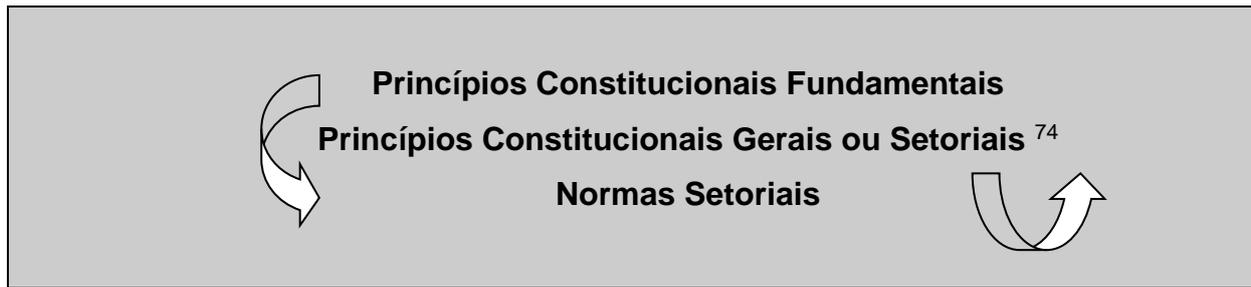
[...]contiene ciertamente una serie de 'principios generales' y así se le denominó en el Anteproyecto o primer texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 5 de enero de 1978. Pero junto a los principios que en algunos de sus artículos se vienen a positivizar (como lo son, en sentido estricto, los que se citan en el artículo 1.1. en el 9.3) hay auténticas normas jurídicas, con estructura lógica de tales y por consiguiente de directa aplicación y vigencia, como la declaración del castellano como lengua oficial del Estado, la descripción de la bandera española o de la capitalidad del Estado en Madrid. Por otra parte, el artículo 10.1 (que está fuera de este Título) contiene una declaración de principios inspiradores de todo el texto constitucional y el artículo 14 consagra el concreto principio de igualdad ante la ley. Fue, pues, acertada la definición de 'Título Preliminar'.

No mesmo sentido de Garrido Falla, Luis Sanchez Agesta (1985, p. 55), em seu *Sistema Político de la Constitución Española de 1978 - Ensayo de un Sistema (Diez lecciones sobre la Constitución de 1978)* sustenta que:

[...]el Título Preliminar de la Constitución no sólo enuncia los principios y valores jurídicos que la informan, sino que también contiene las decisiones fundamentales sobre lo que podríamos llamar las bases sociopolíticas que la Constitución ha querido consagrar asignándoles una protección especial que hace más rígida su reforma, de acuerdo con las normas por las que ésta se regula en el Título X de la Constitución. En estos artículos del Título Preliminar hay como una síntesis de todo el contenido de la Constitución, que unas veces se expresa en principios o en valores que deben proyectarse sobre todo el texto y otras enuncian bases sociales que se han consolidado históricamente y que la Constitución afirma como supuestos del orden constitucional que se establece⁷³.

De tudo o que foi nesse item, relacionando o Poder Constituinte com a Interpretação Constitucional e aplicando-se o raciocínio ao modelo da Constituição Federal de 88, podemos fazer a seguinte representação gráfica:

⁷³ Permitimo-nos duas referências importantes: a primeira, quanto ao estudo escrito por Ana Lúcia de Lyra TAVARES, intitulado *A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os Comparatistas* (1991, p. 71-108) com o qual a autora preenche uma lacuna já observada pelos que pretendiam identificar a origem dos institutos hoje consagrados pelo novel texto constitucional brasileiro; a segunda, a propósito do Título X da Constituição Espanhola, e sobre o qual deverá ser consultado o artigo de Javier Jimenez Campo, *Algunos Problemas de Interpretación en torno al Título X de la Constitución* (1980, p. 81-103).



Essa é a condição única para a harmonia do exercício interpretativo e da verificação da própria constitucionalidade, não só - e a repetição é válida - das normas infraconstitucionais (complementares e ordinárias), como, igualmente, daquelas existentes no próprio texto da Constituição, a fim de que seja possível obter-se a unidade axiológica do sistema como um todo.

5 DO PODER POLÍTICO: UM BREVE ENCONTRO

Antes de enfrentarmos a existência, ou não, do Biodireito, faz-se necessária uma breve análise do Poder Político como produtor da norma jurídica⁷⁵.

Afirmemos, de logo, e tal como observado por C. FRIEDRICH, que a abordagem do poder não é tarefa fácil, até porque, deveremos partir de uma diferenciação entre poder social e poder político (que gera uma diferenciação terminológica), aos quais BURDEAU denomina, respectivamente, *puissance* e *pouvoir*, enquanto que G. E. G. CATLIN os chama de *potentia* e *potestas* ⁷⁶.

Uma constatação-afirmativa inicial poderá ser feita: o Poder é um fenômeno social, inerente a toda vida comunitária, por mais primitiva que esta seja. Há, em outras palavras, uma natureza social do Poder, em decorrência da existência, em qualquer época, de pessoas encarregadas de governar e outras encarregadas de serem governadas. Desse ponto de vista, ao que conhecemos, apenas discorda

⁷⁴ São exemplos de Princípios Setoriais, na Constituição Federal de 1988, os arts. 37 e 170.

⁷⁵ A bibliografia específica sobre o Poder Político é bastante rica, mesmo sem falarmos em capítulos de Manuais e Tratados de Ciência Política, Teoria do Estado, Sociologia Política, Filosofia Política e Direito Político. A seguir, indicamos as seguintes leituras: Niklas LUHMANN, 1999; Lucio MENDIETA Y NÚÑEZ, 1969; Martin BLAIS, 1970; Steven LUKES, 1985; Guglielmo FERRERO, 1992; Bertrand RUSSELL, 1957; Acacio Vaz de LIMA FILHO, 1999; José Zafra VALVERDE, 1975; F. ONOFRI, 1970; Maria Sara Elias ABOID, 1967; Sebastian Eyzaguirre BALMACEDA, 1967; Rafael M^a de Balbin BEHRMANN, 1964; Antonio LOMBARDO, 1972; José A. Seco VILLALBA, 1973; German J. Bidart CAMPOS, 1985; Bertrand de JOUVENEL, 1974; J. Blanco ANDE, 1977.

⁷⁶ Veja-se Sully Alves de SOUZA, 1969, vol. III.

Émile Durkheim (1950) quando na versão espanhola de sua *Leçons de Sociologie (Physique des Moeurs et du Droit)*⁷⁷ advoga que:

[...]es muy posible que en el origen de la evolución social esta distinción no haya existido; la hipótesis es tanto más valedera porque encontramos sociedades donde está solo muy debilmente marcada (...) “Pero, en cambio, nada autoriza e creer que tales sociedades estuvieram sometidas a una autoridad cualquiera”.

Em geral, e de forma inversa, os autores identificam a existência do Poder nos mais longínquos exemplos de sociedade, podendo-se mesmo ler o que Djacir Menezes (1959, p. 68) escreve no estudo *O sentido Antropógeno da História*:

As lições dos etnologistas alongariam exaustivamente o estudo da aparição do Poder. Retiremos apenas o seguinte esclarecimento: ele é a manifestação inerente a todo o tipo de vida associativa humana. Exercitado por um indivíduo, por um grupo, por uma casta hierocrática, por elites renovadas, por qualquer que seja a forma de constituição e métodos de dominação, a clivagem prévia está na relação: dominantes e dominados, relação de força”, enquanto que GEORGES BURDEAU, a ser tantas vezes citado no decorrer deste trabalho assevera: “no hay sociedad sin poder y no hay poder sin posibilidad de establecer normas”⁷⁸. Igual modo pensa BEHRMANN ao escrever que: “la existencia del poder, que moldea la realidad social, es un hecho observable desde la tribu cazadora a la moderna sociedad anónima. (BEHRMANN, 1964, p. 44).

O reconhecimento dessa natureza social do Poder é generalizado pelos grandes nomes da doutrina sociológica e da Ciência Política na atualidade.

Nesse quadro, não nos caberá buscar uma explicação valorativa para o Poder, tentando encontrar sua “explicação filosófica, isto porque estaríamos fugindo ao comportamento científico e aos limites do que sua compreensão se faz necessária para nossos fins, ou seja, o surgimento do Biodireito. “Tampouco se preguntará si esta autoridad se justifica o no teoricamente, si es admisible por la razón que unos hombres manden a otros”, como afirma Maurice Duverger (s/d, p. 16) em sua *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*.

Caber-nos-á encará-lo como realmente o é, ou seja, tentando entendê-lo enquanto veículo na busca de alcançar-se uma Ordem Social que, representando a

⁷⁷ Com maior circulação existem edições em língua espanhola, sendo uma da Editorial la Pleyade – Buenos Aires, 1974 (donde as citações foram feitas – p. 87-91) e outra da Colección Tauro, Schapiro Editor, SRL, 1974.

⁷⁸ V. *Método de la ciencia Política*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1964, p. 189.

Ideia de Direito, objetivo o Bem Comum (na expressão não há nenhuma vinculação ideológica nossa).

Na linha do que já foi dito, podemos reafirmar que toda sociedade possui uma ordem social desejável, moldada na razão direta dos seus Valores, isso porque, impossível seria pensar-se que o homem na vida grupal não estivesse submetido a padrões e comportamentos que lhe são, de fora, impostos pelo grupo. Além do mais, essa necessidade chega ao ponto de gerar normas de conduta – inclusive de natureza jurídica – que refletem, repita-se, a Ideia de Direito a qual, no dizer de Palhares Moreira Reis (p. 82) “é, pois, a primeira crença para fundamentar o Poder e exigir o consentimento à sua realização”. Como diz Hermes Lima (1956, p. 10) no artigo *Notas sobre a natureza do Poder Político*, “sem iniciativa, sem direção, a ordem pública não se estabelece nem perduraria”.

Na sua clássica *Introduction a la sociologie Juridique*, N. S. Timasheff (1939, p. 159) considera le phénomène du Pouvoir como objeto de estudo da Ciência que serve de título à sua obra, e doutrina: “La coordination impérative de la conduite constitue une des principal catégorie de la coordination sociale et la coordination légale en est une des formes principales; telle est la raison qui justie l’étude de la coordination impérative por la Sociologie du Droit”.

Em verdade, o Poder Político, tal como o entendemos, possui bases psico-sociais, já que, em última análise, o seu objetivo é realizar Ideias. Isso, em decorrência, implica na compreensão do Poder como relação social bipolar, contando, por um lado, com a vocação psico-social de alguns em se fazerem obedecer, e de outro, com a vocação psico-social de muitos em serem obedientes. Existe, ao mesmo tempo, em ambos os elementos componentes da relação, uma Interinfluência em razão daquela Ideia de Direito adiante estudada, embora isso não deixe de oferecer características impares a cada um deles: os primeiros têm uma atuação predominantemente ativa, enquanto que nos segundos podemos identificar uma atuação predominantemente passiva, ponto de vista este, por sinal, abraçado por Timasheff (1939, p. 162): “un groupe social au sein duquel apparâit lê phénomène du pouvoir este un groupe polarisé se composant de deux éléments corrélatifs: l’élément actif (des gouvernantes) et l’élémente passif (les gouvernes)”.

Adiante-se que essa atividade inerente aos governantes se concretiza plenamente na opção final que fazem em nome dos valores que o grupo aceita e

que, em termos do entendimento de Eugen Ehrlich, representam o chamado Direito Vivo.

É oportuno, já que falaremos sempre em Direito Vivo, que esclareçamos o sentido em que a expressão está sendo tomada, ou seja, como o define Ehrlich (1962, p. 493) no livro *Fundamental Principles of the sociology of Law*⁷⁹. Diz o citado autor: “this then is the living law in contradistinction to that which is being enforced in the courts and other tribunals. The living law is the law which dominates life itself even though it has not been posited in legal propositions”.

Apesar da amplitude do conceito defendido por Ehrlich, não desconhecemos nem negamos dois dados:

1 - O Direito Vivo se interpenetra com o Direito Oficial (SOROKIN), não sendo muito provável que se consiga fixar uma linha demarcadora entre ambos;

2 - Além daqueles valores comuns a todas as camadas que formam uma determinada sociedade, existem outros que são privativos de cada estrato ou camada social, sendo que estes lutam para impo-los através do exercício do poder, principalmente, do Poder Constituinte ao elaborar o documento solene chamado Constituição, e em cujo conteúdo haverá uma inevitável relação entre Valores Sociais, Opinião Pública e Grupos de Interesse.

6 O PODER POLÍTICO E A REALIZAÇÃO DO DIREITO

Aceite a necessidade de sua existência em qualquer sociedade humana, enfretemos o conceito de Poder Político, visto que a ele caberá realizar o Direito de acordo com os valores de cada época e a concepção histórica do que é científico em cada momento.

Max Weber (1969, p. 45) em sua *Economia y Sociedad*, e considerando-o como “concepto sociologicamente amorfo”, diz que “poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad”; para Mac Iver, citado por Linares Quintana (s/d, t. 1, p. 104) é o controle regulador final da ordem social, enquanto que para G. Burdeau (1964, p. 185) no *Método de la Ciencia*

⁷⁹ Há uma edição italiana intitulada *I fondamenti della sociologia del diritto* (Milano: Giuffrè Editore, 1976) e uma brasileira, *Fundamentos da Sociologia do Direito* (Brasília: Cadernos da UnB, 1986).

Política é “uma força ao serviço de uma ideia. É uma força da vontade social preponderante, destinada a conduzir o grupo em direção a uma ordem social que considera benéfica e, conforme o caso, capaz de impor aos seus membros os comportamentos que esta busca obriga”.

Jorge Xifra Heras (1957, p. 301-302) (*Curso de Derecho Constitucional*), após entender que “todos los fenómenos políticos son fenómenos de poder”, ensina: “lo que caracteriza fundamentalmente al político es la coacción que lo respalda, la posibilidad de apelar a la fuerza para hacer valer su eficacia”. E, citando Eisenmann, afirma: “Es, ante todo, la facultad eficaz de reglamentar la conducta humana”.

Finalmente, para Georges Burdeau (1966, p. 406) no clássico *Traité de Science Politique*, “le pouvoir est une force au service d’une idée. C’est une force née de la conscience sociale, destinée à conduire le groupe dans la recherche du Bien commun et capable, le cas échéant, d’imposer aux membres l’attitude qu’elle commande”.

Nesse breve levantamento de conceitos apresentados por alguns dos maiores nomes dos estudos sociológicos e políticos, um termo foi comum: imposição. É, então o caso de se perguntar: até que ponto a força e a sanção são elementos indispensáveis ao fenômeno Poder?

A nós nos parece que sim, principalmente, pela própria natureza daquilo sobre o que o Poder Político será exercido – o homem –, com sua possibilidade de Ser Livre e, portanto, optante final de seu comportamento, dentro dos limites e parâmetros traçados pelo grupo através das diversas espécies de normas, especialmente, a norma jurídica. Destacado da natureza, “o mundo humano apresenta problemas próprios de uma ordem que é social pelo fato de decorrer da atividade intelectual e produtiva inerente à nossa espécie.

É exatamente essa ordem social que não se arruma sem um instrumento organizador. O Poder é esse instrumento”. (LIMA, 1956, p. 11).

Em verdade, chamemos de força ou coação o elemento pelo qual se opera a imposição inerente ao Poder, e podemos identificar, como o faz Duverger (s./d., p. 19), um sentido bastante amplo em seu significado, já que “con él se designa todo elemento exterior a los individuos que ejerza sobre ellos una presión encaminhada a obtener la obediencia a los gobernantes. Puede tratarse de una coacción puramente

material y física (la política o el ejercito) o de una coacción psicológica o psicosociológica (tal y como resulta del peso de las constumbres, por ejemplo, o de la fuerza de la propaganda)".

Vale aqui uma constatação: O mundo contemporâneo, dia a dia, conhece novas formas de coação psicológica, já denunciadas, inclusive, por Pitirin A. Sorokin, no perigo que lhes é inerente, de, quando exageradamente usadas, dar origem à massificação, fenômeno sócio-político que pode provocar conseqüências desastrosas.

Por outro lado, e não é demais insistir-se, urge que não se confundam algumas situações, a saber:

1 - a Força ou Coação como justificativas para uma ilimitação do Poder, já que este tem e deve estar fiel aos valores e ideias vigorantes no grupo, os quais se expressam, concretamente, na norma;

2 – a Força ou Coação como origem do Poder, dado que como ensinam Hans Gerth e Wright Mills em interessante análise de Psicologia social e Sociologia do Poder⁸⁰, “a explicação do Poder e da obediência, em termos do mais forte, limita-se a situação de tornar-se chefe político ou militar; aplica-se também à gang, onde o terror do mais forte corporal. Além destas situações, no entanto, o problema do Poder não pode ser reduzido a uma simples questão de pujança física”.

Por fim, nesta análise do Poder como relação social bipolar, há de ser lembrado no extremo oposto à Força, um outro elemento: a Obediência, a qual só se consegue quando e na medida em que, a atuação do Poder traz em sua base os valores sociais, a Ideia de Direito aceita pela sociedade, exatamente pelo fato de que nenhum Poder se consegue manter a partir do instante em que sua atuação se choca com os interesses últimos do grupo.

Nisso, exatamente, residirá o processo revolucionário: a mudança de governantes e da estrutura jurídico-constitucional por uma outra que realize os objetivos desejados pelo grupo. Note-se que, sem um dos citados elementos, não temos configurada a Revolução, ou seja: se houve apenas uma mudança de governantes, temos Revezamento; se houve mudança na estrutura constitucional provocada pela força, mas sem o acordo com o Direito Vivo, também não se pode

⁸⁰ Veja-se *Caráter e Estrutura Social – A Psicologia das Instituições Sociais*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1973, p. 210.

falar em revolução, mas apenas mudança constitucional, já que o campo continua propício ao processo revolucionário que, mais cedo ou mais tarde, estará presente...⁸¹.

Analisando a relação entre Força e Obediência, assevera Jorge Xifras Heras (1975, p. 03) que, “el poder no és solo fuerza, no es exclusivamente potestas, mando. Su concepto se especifica con un segundo elemento: la obediencia. No hay poder sin obediencia. Como decía Tarde, poder es la facultad de hacerse obedecer, obediencia facit imperantem.

Mando y obediencia, - continua - no sólo se complementan, sino que se engendran mutuamente. Son las dos categorías que rigen el fenómeno del poder. Todo poder real, efectivo, positivo, supone una obediencia, pues no manda quien quiere, sino quien puede, quien encuentre obediencia” - conclui.

Em outras palavras, poderíamos dizer que as vinculações entre Poder e Obediência se resumem a uma questão de Consenso ou Anuência à atividade que aquele está tendo, visando o Bem Comum (a expressão está usada sem conotação ideológica, repita-se) tal como entendido em determinado momento geográfico e histórico, como nos tem mostrado a evolução do constitucionalismo ocidental contemporâneo.

Nessa linha de raciocínio, Gerth e Mills (1973, p. 211) têm razão quando, com base em Laud escrevem: “Não pode haver firmeza sem lei; e nenhuma lei pode ser cumprida se não existe consciência desse cumprimento; a punição, por si só, jamais pôde e jamais poderá fazer com que isto aconteça...”

Cabem ainda algumas observações sobre o que Marcel Prélot (1973, p. 239) (*Sociologie Politique*⁸²) denominou de “maturação política do poder”, ou seja, a evolução histórico-sociológica, que envolve as fases do poder difuso, do poder personalizado e do poder institucionalizado, sem desejar-se, com isto, afirmar que elas se substituíram rígida e cronologicamente mas, pelo contrário, em muitos instantes havendo a coexistência de duas ou mais formas, tal como é exemplo o mundo contemporâneo onde, ao lado do poder institucionalizado, típico da forma estatal, podemos encontrar manifestações de poder personalizado através das chamadas ditaduras de direita ou de esquerda.

⁸¹ Sobre o tema, veja-se nossa Tese de Mestrado em Sociologia, *Poder Constituinte e Revolução - Breve Introdução à Teoria Sociológica do Direito Constitucional*. 2. ed. Bauru (SP): Editora Jalovi, 1986, (esgotado); 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

⁸² Há uma edição argentina publicada por La Ley, Buenos Aires, 1985.

No primeiro estágio temos, tal como nos diz Prélot, a existência do clã onde:

[...]como consecuencia, el medio primitivo no es una sociedad jerarquizada, sino una coledividad comunitaria e igualitaria. El poder pertenece al grupo; nadie puede apoderarse de él tampoco retirárselo. Se reparte uniformemente en la masa social. No existe concentración en un punto o en un individuo particular. En resumen, no hay rastros de poder individual (PRÉLOT, 1985, p. 157-160).

Analisando esse período, Darcy Azambuja (1969, p. 50) em sua *Introdução Ciência Política* tece o seguinte comentário:

Na realidade o poder difuso, fundado nos costumes e na tradição, não é tão anônimo como o descrevem alguns sociólogos e cientistas políticos. Em to sociedade - prossegue - ainda que sem organização política estável uma diferenciação era fatal: ante as crianças, as mulheres e os velhos inválidos, os homens adultos eram um grupo dominante, pois se encarregavam dos alimentos e da defesa contra os inimigos.

Pelo que se vê, portanto, o autor pátrio se refere a uma estratificação social baseada no sexo, colocando-a como fundamento da relação de poder.

Em um segundo instante, “el poder al principio difuso en el clan, se concentra y fija en la persona del jefe” - afirma Prélot (1985, p. 162-163) que, em seguida continua:

Él es el depositario unico y eminente. Pero la noción del totem no desaparece por ello. Se modifica, sumnistrando una explicación y una justificaciôn del poder. Ese emblema colectivo, signo de la comunidad del clan primitivo, se vuelve entonces, para todos, el emblema personal del jefe. Este absorve y simboliza en su persona al totem, que se convierte en su blasón y su estandarte. Todas las dinastias antiguas remontan su origen a algún heróe divinizado y la genealogia se pierde en la mitologia. Llegamos asi a una situación diferente del estadio primitivo: a la impersonalidad, sucede la individualización de la autoridad política.

Finalmente, o instante da Institucionalização do Poder, definida por Burdeau (1962, p. 13) no *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques* como “o ato pelo qual o fundamento do poder é transferido da pessoa dos governantes para uma entidade: o Estado”.

Nesse momento, surge o governante, não mais como proprietário do poder, mas apenas como alguém que nele se encontra desempenhando uma função, um mandato político-temporário. Ademais, seu exercício está vinculado a normas de

direito (melhor chamadas de normas jurídicas de conduta), que lhe são anteriores e lhe subsistirão.

Válido é lembrarmos, como o faz Burdeau (1962, p. 13), que esta transformação do poder personalizado para o institucionalizado não se completa em poucos instantes; já que ela é o resultado de uma sucessão de adaptações progressivas dos quadros jurídicos às aspirações da coletividade.

7 EXISTE O BIODIREITO?

Ao longo de todo o texto, temos falado em Bioética, Biodireito, Bioconstituição, Biodireito Constitucional, valendo afirmar-se, de logo, que tais expressões são o resultado de novos fatos sociais e descobertas científicas, que têm chamado a atenção de estudiosos e legisladores, sobretudo, nas últimas décadas do século passado.

Tais acontecimentos, em um primeiro instante, desembocaram no surgimento e desenvolvimento, especialmente, da Bioética, para, em seguida, até por imperativo sociológico⁸³, fazer surgir o Biodireito.

Em artigo intitulado *Os Princípios Bioéticos e o Direito Positivo*, Maria Elisa Villas-Bôas (2002, p. 255-256)⁸⁴ escreve que:

[...]a distinção entre Direito e Ética é milenar. Desde os gregos, berço da Filosofia e da Ética, dizia-se que o *ethos* indicava não apenas os costumes passados de geração a geração (*ethos*: lugar onde se habita, morada), como também o caráter, a índole pessoal, controlando naturalmente as ações praticadas. Mas 'eticamente só posso obrigar-me a mim próprio'; no Direito, por sua vez, o controle tem caráter impositivo. Isso porque a reprovação social decorrente da conduta imoral ou anti-ética não chega a exercer coerção física sobre seus alvos, enquanto que a sanção legal – especialmente no âmbito penal – tem efeitos absolutamente tangíveis sobre aqueles que agridem a sociedade a tal ponto que passam a merecer tal punição. É o chamado mínimo ético que, por estar tão profundamente incrustado na consciência social como requisito básico e inexorável a ser cumprido para a sobrevivência daquela coletividade, ascende à categoria de norma jurídica, equipando-se a aparelhagem estatal para defendê-la e, se necessário, punir os recalcitrantes. Destaque-se, neste contexto, o Direito Penal como o 'mínimo do mínimo ético', mercedor de sanções ainda mais firmes, a fim de assegurar a integridade dos bens mais enaltecidos dentre todos, na escala de valores da comunidade em questão.

⁸³ Em nosso entender, a única fonte do Direito é o fato social da necessidade, e que não se confunde com as espécies normativas (que denominamos de vestimenta) mencionadas, por exemplo, no art. 59 da CF/88.

⁸⁴ No texto aqui transcrito há, no original, várias notas de pé de página.

Este 'mínimo ético elevado à categoria de norma jurídica' a que se refere Maria Elisa, nos põe frente a frente ao estudo do Poder Político, objeto maior da Ciência Política, em sua melhor concepção, conforme analisado nas páginas anteriores.

Este poder político legítimo editará normas jurídicas não apenas caracterizadas pela legalidade, mas legítimas e justas, em cujo conjunto há de identificar-se um subsistema – no caso, o Biodireito – portador de um caráter inter e multidisciplinar.

Oportunas, como início de raciocínio, são as palavras de Walter Esteves Piñeiro (2002, p. 61):

E por que estudar biodireito? Não deve ser difícil compreender que a ciência do direito tem muito a oferecer para a equalização dos dilemas bioéticos. Como já foi sublinhado na primeira parte, a bioética não é uma nova ciência, já que não possui um depósito epistemológico próprio. Dessa forma, tanto o jurista como o teólogo, tanto o filósofo como o médico, entre outros, poderão contribuir para a solução dos questionamentos que esse novo mundo apresenta.

Nesse quadro, e agora deixando os campos da Biologia e da Filosofia (especialmente, o campo da Ética), a partir dos quais se cunhou a expressão Bioética (vejam-se os comentários feitos acima), podemos encarar diversas e novas questões: a existência da Bioética e algumas referências que lhe são feitas a vários de seus temas por muitos textos constitucionais, já deram origem a uma nova disciplina jurídica? Se positiva a resposta, denominar-se-ia Biodireito? Em que área do conhecimento jurídico se situa – Direito público ou privado? Finalmente, existem alguns princípios que são próprios e que o informem?

Diego Valadés, em artigo intitulado *Problemas del Bioderecho y del Derecho Genómico* (2004, p. 23-24), tratando das Consideraciones Generales, escreve que:

[...]las instituciones jurídicas se han ido perfilando como respuesta a los grandes desafíos planteados por la política (organización del poder, garantías para las libertades, régimen de la paz), el comercio (reglas de intercambio, pesos y medidas, transportes, comunicaciones, sistemas monetario y financiero), la justicia (sistemas penal y civil, sustantivos y adjetivos, instrumentos registrales, mecanismos y operaciones de seguridad) y la cultura (conocimiento científico, creación artística, educación, información). El Estado, a través del sistema jurídico, debe ofrecer soluciones a los problemas que surgen en cada un de esos ámbitos, que de continuo van generando nuevas demandas. Eso es lo que imprime al orden jurídico el aspecto proteico que lo caracteriza en todas las sociedades dinámicas.

Depois de estabelecer um rápido levantamento do conhecimento científico e as diversas épocas da História, o autor afirma que:

[...]tal vez no sea hiperbólico afirmar que los tres hallazgos científicos más controvertidos de la historia sean las revoluciones nuclear, informática y genética. Al menos son los que mayores problemas han planteado desde la perspectiva de los eticistas y de los juristas. Por razones diferentes (los riesgos letales de una conflagración atómica, la potencial modificación genética de las especies o el control informático, por ejemplo) sus implicaciones éticas y jurídicas han dado lugar a numerosos cuestionamientos y han obligado a configurar estructuras normativas enteramente nuevas. El uso de la energía atómica y la proscripción de las armas nucleares, por ejemplo, constituyen capítulos centrales del debate contemporáneo; los efectos de la informática y de la robótica sobre la vida cotidiana también han requerido de amplios ajustes en los patrones de conducta y en su regulación; finalmente ha cobrado intensidad el tema de la genética, que también acarreará impactos importantes en la norma y en la normalidad (VALADÉS, 2004, p. 27-28).

Na linha já referida da variedade de aspectos que o tema envolve, Valadés, já agora tratando diretamente do Bioderecho y Derecho Genómico, doutrina que:

[...]la intensa relación entre los temas biológicos, clínicos y jurídicos, que se presenta en la actualidad, permite hablar ya de una disciplina compleja, el bioderecho, que tiene extensas ramificaciones y comprende un amplio corpus normativo. Las cuestiones concernientes al bioderecho guardan relación con el derecho constitucional (libertades públicas, derechos fundamentales), administrativo (sistemas de registro y control, servicios públicos), civil (sucesiones, filiación, patria potestad, derechos de personalidad), penal, procesal, laboral, de la seguridad social, de propiedad intelectual y patentes, internacional, comercial, ambiental, de seguros. Esas normas inciden en las garantías para la privacidad, la dignidad, la no discriminación, los derechos reproductivos, la autonomía de la estructura familiar, el derecho a la protección de la salud, entre otros aspectos. También debe considerarse el efecto de las normas que integren el bioderecho, en el ámbito de la teoría del derecho (VALADÉS, 2004, p. 28-29)⁸⁵.

Interessante é o raciocínio apresentado por Marconi do Ó Catão (2004, p. 48) quando, ao tratar Da Bioética ao BioDireito, escreve que “a fusão da ética com a ciência da vida originou, como vimos, a Bioética, integrando a cultura humanística à técnico-científica das ciências naturais. Portanto, a Bioética surgiu como estudo multidisciplinar, preocupado com os reflexos do comportamento humano ante o avanço das ciências biológicas.

O progresso científico e suas aplicações tecnológicas provocaram o surgimento de um complexo conjunto de relações sociais e jurídicas que envolve

⁸⁵ Sugerimos a leitura de todo o artigo, pelo alto conteúdo que possui.

valores religiosos, culturais e políticos diferenciados, bem como implica interesses econômicos, que se refletem na formulação de políticas públicas. Esse conjunto de relações pode ser analisado, do ponto de vista ético, sob os seguintes aspectos: em primeiro lugar, considerando que a Bioética constitui fonte e parâmetro de referência, tanto para o cientista como para o cidadão comum; em segundo lugar, procurando-se estabelecer quais os princípios racionais que fundamentam a Bioética e como encontrará nas normas jurídicas a sua formalização final; e, por último, como o Biodireito, que nesse contexto é entendido como um conjunto de normas jurídicas destinadas a disciplinar essas relações, deverá encontrar justificativas racionais que o tornem legítimo. Enfim, só teremos um autêntico Biodireito se a Bioética cumprir o seu dever, prévio e paralelo.

Observe-se a propósito, o que ensina Darlei Dall'Agnol (2005, p. 7) (*Bioética*):

Apesar de a bioética ser uma disciplina relativamente nova, todos nós já enfrentamos, no nosso dia-a-dia, alguns de seus problemas. Em jornais e programas de televisão encontramos problemas bioéticos: questões sobre aborto, eutanásia, qualidade de vida, aplicações da ciência e da tecnologia (por exemplo, no Projeto Genoma) na vida humana, questões sobre o meio ambiente e os animais etc. Os problemas relacionados aos profissionais da saúde (médicos, fisioterapeutas, psicólogos, enfermeiros), também estão associados a temas bioéticos. Além disso, todos nós já refletimos sobre o valor, o sentido da vida.

Heloisa Helena Barboza (2003, p. 49) (*Princípios do Biodireito*), inicia o texto indagando:

Existe o Biodireito? De que trata? A qual ramo do Direito se vincula? Esta pergunta tem sido feita insistentemente por todos que vislumbram no Biodireito apenas um 'modismo', sem função ou objeto definido. Para esse grupo, os inúmeros e inusitados problemas jurídicos gerados pela célebre evolução da biotecnologia e da biomedicina devem encontrar resposta na Bioética e no direito existente, descabendo 'inventar' novas regras. (...) a congregação de regras dedicadas a uma determinada matéria, de modo codificado ou não, não é nova no direito brasileiro. Assim ocorreu com a legislação previdenciária, agrária, habitacional, securitária, ambiental, consumerista, dando origem ao Direito Previdenciário, Agrário e assim por diante. O mesmo vem se verificando com relação aos fenômenos resultantes da verdadeira revolução que a biomedicina e a biotecnologia têm provocado, os quais vêm sendo debatidos vivamente pela Bioética (BARBOZA, 2003, p. 50-51).

No caso do sistema jurídico brasileiro, não se pode negar que o centro do denominado Biodireito, tal como já o dissemos em relação à Bioética, encontra-se na

própria Constituição, ao determinar, em seu art. 1º, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a **Dignidade da Pessoa Humana**. Esta, porém, só será devidamente compreendida se o seu comando estiver em consonância com outros artigos que se complementam ao longo do texto constitucional, dentre os quais, podem ser citados os arts. 5º, 6º, 193 a 201, 205, 208, 215, 225, 226, 229 e 230, para ficarmos nos principais momentos⁸⁶.

Evidentemente, que muitos desses direitos estão em sede de direitos individuais clássicos, de direitos sociais, de direitos inerentes à democracia, pelo que, por ora, nosso limite de comentários é bem mais reduzido, a saber: partindo da análise do conteúdo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, chegaremos, ao final, inevitavelmente, no conteúdo de uma qualidade de vida.

Sob o ângulo do Biodireito, interessar-nos-ão temas como aborto, eutanásia, células tronco, reprodução assistida, homoafetividade, o que significa dizer-se que só com o auxílio de outros ramos da ciência jurídica, seremos capazes de analisar e fixar o verdadeiro conteúdo de cada um dos assuntos citados⁸⁷.

Finalmente, vale recordar que, a Lei nº 11.105, de 24.03.2005 (DOU 28.03.05), regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003 e dá outras providências”.

8 OS GRANDES PRINCÍPIOS DO BIODIREITO: CONSTITUCIONAIS, GERAIS E ESPECÍFICOS

Feitas as considerações acima às quais podemos afirmar que estão ligadas à Teoria do Direito Constitucional, resta-nos identificar quais são os Grandes Princípios do Biodireito, adiantando-se, de logo, que sob o prisma didático,

⁸⁶ Sobre Constituição e Biodireito, vejam-se José Alfredo de Oliveira BARACHO, 2000, p. 69-109; José Alfredo de Oliveira BARACHO, *A Identidade Genética do Ser Humano. Bioconstituição: Bioética e Biodireito*. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/tex023.htm>>. Acesso em: 09 maio 2005; Diego VALADÉS, 2004, p. 23-45.

⁸⁷ Veja-se o interessante livro de Claus ROXIN, 2003.

poderíamos fazer o seguinte esquema⁸⁸, dividindo seus princípios em 3 (três) grupos:

1. Princípios Constitucionais do Biodireito:

- Princípio da Dignidade da pessoa humana - (art. 1º, III);
- Princípio da Igualdade – “deverá ser tratado em confronto com os graus de emergência, necessidade ou utilidade do caso concreto, trazido à lume;
- Princípio da Inviolabilidade da Vida – “A vida representa para o indivíduo bem vital, de valor inestimável: deve guardar a mais absoluta proteção à integridade física ou moral do indivíduo, devendo o biodireito resguardá-la, ao máximo, referentemente aos experimentos científicos que envolvem seres humanos. Este princípio deve ser observado em conexão direta, com os postulados contidos nos princípios enunciados pela bioética e referentes ao princípio da defesa física” (FERREIRA, 2004, p. 272);
- Princípio da Informação – “Assegura ao indivíduo o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse (art. 5º LXXIII). O complemento deste princípio está presente no enunciado do princípio do consentimento informado, como adotado pela bioética, assegurando ao sujeito, o direito de receber todas as informações sobre o procedimento investigatório científico a que será submetido, se assim o consentir” (FERREIRA, 2004, p. 272);
- Princípio da Proteção à Saúde – Art. 196. “Portanto, não poderá a pesquisa em seres humanos provocar um estado de não saúde. Em se tratando de indivíduo já enfermo, caberá invocar, uma vez mais, o princípio bioético da totalidade ou princípio terapêutico” (FERREIRA, 2004, p. 272).

2. Princípios Gerais do Biodireito:

- Princípio da boa-fé – “deve ser entendido em sua acepção de ‘integração ética’ da justa causa. Para não alongarmos a discussão que permeia o próprio conceito de boa-fé, para fins deste estudo, será adotada mesmo como a bona fides, enquanto lealdade, confiança, honestidade, sinceridade, sem o que as experiências científicas em questão não poderão prosperar” (FERREIRA, 2004, p. 273);

⁸⁸ Em linhas gerais, seguiremos o raciocínio de Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA, *Biodireito: Um ensaio principiológico e a Circulação dos Transgênicos no Mercosul*. In: Maria de Fátima RIBEIRO; Valério de Oliveira MAZZUOLI (Coords.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos – Estudos em Homenagem à Professora Flávia Piovesan**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 269-275. Isto não impedirá, contudo, que tragamos à colação outros entendimentos, inclusive, comentários de nossa autoria.

- Princípio da Prudência – “A prudência aqui referida não é exatamente aquela, como concebida por Aristóteles, mas sim, atualizada nos descritores indicativos de como não agir o pesquisador prudente, arredando do experimento toda forma de negligência, imprudência e imperícia” (FERREIRA, 2004, p. 273).

3. Princípio Específico do Biodireito:

- Princípio da Legalidade dos meios e fins. Caberá ao Biodireito, na defesa da vida humana, sem representar obstáculo aos avanços científicos, formular normas jurídicas de calibração equilibrada que permitam uma maior adequação entre os propósitos, meios e fins, como propõe a lógica do razoável, objetivados pelas biociências e biomédicas em benefício da humanidade” (FERREIRA, 2004, p. 273).

9 REFERÊNCIAS

- ABOID, Maria Sara Elias. **La Institucionalización del Poder**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1967.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Mérito, 2004.
- ALARCOS, Francisco J. **Bioética e Pastoral da Saúde**. São Paulo: Paulinas, 2006.
- ALLÈGRE, Claude. **Deus e a Ciência**. Bauru: EDUSC, 2001.
- ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- ALMEIDA, Maria Cristina de. **DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMUCHASTEGUI, Jesús González. **Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos**. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- ANDE, J. Blanco. **Teoría del Poder**. Madrid: Ediciones Piramide, 1977.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: Do Direito aos Direitos Humanos**. Editora Acadêmica, 1993.
- AZAMBUJA, Darcy. **Introdução Ciência Política**. Porto Alegre: Editora Globo, 1969.
- BALMACEDA, Sebastian Eyzaguirre. **El Poder en la Teoría del Estado**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1967.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira, **Teoria Geral da Cidadania - A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995;
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Identidade Genética do Ser Humano. Bioconstituição: Bioética e Biodireito. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/tex023.htm>>. Acesso em: 09 maio 2005.

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioética e Direitos Humanos: Direitos Constitucionais Gerais e Específicos. Teoria Geral da Família. Direito Constitucional da Família. Jurisprudência Constitucional. Processualidade Constitucional. In: MAGNO, Arthur; SILVA GUERRA e outros (Coord.). **Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Bioética e do Biodireito. Biomédica. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Direito & Medicina. Aspectos Jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania - A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania: A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995;
- BARBALET, J. M. **A Cidadania**. Lisboa: Editorial estampa, Coleção Temas Sociais, nº 11, 1989.
- BARBOUR, Ian G. **Quando a Ciência encontra a Religião**. São Paulo: Cultrix, 2004.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; Vicente de Paulo. (Org.). **Novos Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BEAUCHAMPS, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- BEHRMANN, Rafael M^a de Balbin. **La Concreción del Poder Político**. Pamplona: Universidad de Navarra, 1964.
- BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BLAIS, Martin. **Philosophie du Pouvoir**. Montréal: Éditions du Jour, 1970.
- BOLZAN, Alejandro D. **Reprodução Assistida e Dignidade Humana**. São Paulo: Paulinas, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997).
- BURDEAU, Georges. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1962.
- BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. Paris: LGDJ, vol. I, 1966.
- CABRA, Marco Geraldo Monroy. **Los Derechos Humanos**. Bogotá: Editorial Temis, 1980.
- CAMPO, Javier Jimenez. Algunos Problemas de Interpretación en torno al Título X de la Constitución. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, **Revista del Departamento de Derecho Político**, n. 7, Otoño, 1980, p.81-103
- CAMPOS, German J. Bidart. **El Poder**. Buenos Aires: EDIAR, 1985.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999
- CASABONA, Carlos María Romeo. (Coord.). **Derecho Biomédico y Bioética**. Granada: Editorial COMARES, 1998, p. 137-138

CASABONA, Carlos María Romeo. (Coord.). **Derecho biomédico y bioética**. Granada: Editorial COMARES, 1998.

CASADO, María, Los Derechos Humanos como Marco para el Biodereito y la Bioética: los principios básicos en que deben sustentarse la bioética y el biodereito no son otros que los recogidos en la vigente Declaración Universal de Derechos del Hombre, proclamados por la Asamblea de Naciones Unidas en Diciembre de 1948. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Coord.). **Derecho biomédico y bioética**. Granada: Editorial COMARES, 1998.

CATÃO, Marconi do Ó. **Biodereito**. Transplante de Órgãos Humanos e Direitos da Personalidade. São Paulo: Madras, 2004.

CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares. Secularização. Laicidade e Religião Civil. Uma perspectiva histórica**. Coimbra: Almedina, 2007.

CLOTET, Joaquim. **Bioética – Uma Aproximação** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

CONNOR, Steven. **Teoria e Valor Cultural**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: LetrasLivres, 2004.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodereito – A Norma da Vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio**. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1952.

D'ASSUMPÇÃO, Edvaldo A. (Org.). **Biotanatomia e Bioética**. São Paulo: Paulinas, 2005.

DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2005.

DANTAS, Ivo, Bioética e planejamento familiar. **Revista Âmbito Jurídico**. ISSN 1518-0360, 10/06. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. vol. I. Introdução ao Direito Processual Constitucional. Curitiba: Juruá, 2003).

DANTAS, Ivo. **Constituição Federal - Teoria e Prática - vol. I**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia**. 2. ed., totalmente revista, aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DANTAS, Ivo. **Do Poder de Reforma como Garantia da Supralegalidade Constitucional**. Tese para obtenção do Título de Doutor (PhD) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: mimeo, 1990;

DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro**. 2. ed., revista e aumentada, Curitiba: Juruá, 2001.

DANTAS, Ivo. Jurisdição Constitucional e a Promoção dos Direitos Sociais. In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 431-450.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DANTAS, Ivo. **Teoria da Inconstitucionalidade. Norma Constitucional Inconstitucional. Coisa Julgada Inconstitucional**. Colaboração de Rafaella Maria Chiappetta de Lacerda. São Paulo: LTr, 2007.

- DICK, Jacqueline Hamester, A Dignidade Humana como Fundamento da Interpretação Contratual. In: GORCZESKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos, (Orgs.). **Constitucionalismo Contemporâneo: Direitos Fundamentais em Debate**. Porto Alegre: Norton Editor, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. **Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.
- DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha. (Eds.). **Quem pode ter acesso às Tecnologias Reprodutivas? Diferentes Perspectivas do Direito Brasileiro**. Brasília: Letras Livres, 2002.
- DINIZ, Debora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por Anomalia Fetal**. 1ª Reimp. Brasília: LetrasLivres, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 2. ed. aumentada e, ainda, atualizada conforme o novo Código Civil (Lei 10.406/2002), São Paulo: Saraiva, 2002.
- DORIA, A. de Sampaio. **Princípios Constitucionais**. São Paulo Editora Ltda., 1926.
- DURANT, Guy. **A Bioética – natureza, princípios, objetivos** São Paulo: Paulus, 1995.
- DURKHEIM, Émile. **Physique des Moeurs et du Droit Paris**: Press Universitaire de France, 1950.
- DUVERGER, Maurice. **Instituciones Políticas y Derecho Constitucional**. Caracas-Barcelona: Ediciones Ariel, s/d.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002);
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Editorial Ariel S/A, 1995.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EHRlich. **Fundamental Principles of the sociology of Law**. New York: Russel & Russel – Inc. 1962, p. 493.
- ENGELHARDT Jr., Tristram. **Fundamentos da Bioética**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- ESPÍNDOLA, Rui Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: Elementos Teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: RT, 1999.
- FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos fundamentais**. Belo Horizonte, 2003.
- FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e Holismo. Introdução a uma visão jurídica de Integridade**. São Paulo: LTr, 2000.
- FALLA, Fernando Garrido. **Comentarios a la Constitución**. 2. ed., Madrid: Editorial Civitas S/A, 1985, p. 21.
- FALLA, Garrido; AGESTA, Luis Sanchez. Sistema Político de la Constitución Española de 1978 - Ensayo de un Sistema (Diez lecciones sobre la Constitución de 1978). **Editorial Revista de Derecho Privado**, Madrid, 4. ed. 1985.
- FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma Introdução** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Biodireito: Um ensaio principiológico e a Circulação dos Transgênicos no Mercosul. In: Maria de Fátima Ribeiro e Valério de Oliveira Mazzuoli (Coords.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos –**

- Estudos em Homenagem à Professora Flávia Piovesan.** Curitiba: Juruá, 2004, p. 269-275.
- FERREIRA, Nilda Teves. **Cidadania - Uma Questão para a Educação.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- FERRERO, Guglielmo. **El Poder – Los Genios invisibles de la Ciudad.** Madrid: Editorial Tecnos, 1992.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Deontologia Médica e Bioética. In: URBAN (Org.). **Bioética Clínica.** Rio de Janeiro: Revinter, 2003.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Deontologia Médica e Bioética. In: URBAN, CÍCERO DE ANDRADE (Org.). **Bioética Clínica.** Rio de Janeiro: Revinter, 2003.
- G. BURDEAU. **Método de la Ciencia Política.** Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1964, p. 185.
- GALVÃO, Antônio Mesquita. **Bioética. A Ética a serviço da vida. Uma abordagem multidisciplinar.** Aparecida – SP: Santuário, 2004
- GARCIA, Maria. **Limites da Ciência. A Dignidade da Pessoa Humana. A Ética da Responsabilidade.** São Paulo: RT, 2004.
- GERTH, Hans; MILLS, Wright. **Caráter e Estrutura Social – A Psicologia das Instituições Sociais.** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1973.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- GRUNING, Herb, **Deus e a Nova Metafísica.** Um diálogo aberto antre ciencia e religião. São Paulo: Aleph, 2007.
- HAGUETTE, Teresa Maria Frota. **O Cidadão e o Estado.** Fortaleza: Edições UFC, 1994.
- HAGUETTE, Teresa Maria Frota. **O Cidadão e o Estado.** Fortaleza: Edições UFC, 1994.
- HERAS, Jorge Xifra. **Curso de Derecho Constitucional.** 2. ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1957, t. I.
- HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores.** Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- Israel, JEAN-JACQUES. A Bioética e o Biodireito. In: **Direito das Liberdades Fundamentais.** São Paulo: Manole, 2005,
- IVER, Mac, apud QUINTANA, Linares. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, s/d, t. 1, p. 104
- JAPIASSU, Hilton. **A Revolução Científica Moderna.** Rio de Janeiro: Imago, 1985;
- JAPIASSU, Hilton. **Ciência e Destino Humano.** Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- JAPIASSU, Hilton. **Introdução ao Pensamento Epistemológico.** 2. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1977.
- JAPIASSU, Hilton. **Introdução às Ciências Humanas.** São Paulo: Editora Letras & Letras, 1994.
- JAPIASSU, Hilton. **Nascimento e Morte das Ciências Humanas.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1978
- JAPIASSU, Hilton. **O Mito da Neutralidade Científica.** Rio de Janeiro: Imago, 1975;
- JAPIASSU, Hilton. **Questões Epistemológicas.** Rio de Janeiro: Imago, 1981.
- JOUVENEL, Bertrand de. **El Poder.** Madrid: Editora Nacional, 1974.

- LACEY, Hugh. **Valores e Atividade Científica**. São Paulo: Discurso Editorial, 1998.
- LAMBERT, Dominique. **Ciências e Teologia**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- LEITE, Francisco Tarcísio. **Cidadania, Ética e Estado: Premissa Cristã. A Ética Profissional na Advocacia**. Fortaleza: UNIFOR, 2002.
- LEONE, Salvino, PRIVITERA, Salvatore; CUNHA, Jorge Teixeira da. **Dicionário de Bioética**. (Princípio da autonomia ou do respeito pelas pessoas). Aparecida (SP): Santuário, 2001.
- LÉVY-LEBLOND, Jean-Marc, **O pensar e a prática da ciência**. Bauru: EDUSC, 2004.
- LEWONTIN, R. C. **Biologia como Ideologia**. Ribeirão Preto (SP): FUNPEC, 2001.
- LIMA FILHO, Acacio Vaz de. **O Poder na Antigüidade – Aspectos Históricos e Jurídicos**. São Paulo: Ícone, 1999.
- LIMA, Hermes. Notas sobre a natureza do Poder Político. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 1, n. 1, p. 9-22, dez., 1956.
- LOMBARDO, Antonio. **La Struttura del Potere**. Roma: Bulzoni Editore, 1972.
- LOMBARDO, José A. Seco. **El Poder Político: Del mito monárquico a la ficción democrática**. Introducción al fundamento metafísico y físico del poder en sus aspectos jurídicos, político y social. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- LUKES, Steven. **El Poder – Un enfoque radical**. Madrid: Sglo XXI de España Editores, 1985.
- MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (Orgs.). **A Ideia de Justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MALAJOVICH, Maria Antônia. **Biotecnologia**. Rio de Janeiro: Axel Books, 2006.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- MARTÍ, Francesca Puipgelat. Bioética y Valores Constitucionales. In: CASADO, Maria. **Bioética, Derecho y Sociedad**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- MARTIN, Leonardo M. **Os Direitos Humanos nos Códigos Brasileiros de Ética Médica. Ciência, lucro e compaixão em conflito**. São Paulo: Loyola, 2002.
- MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995;
- MARTÍNEZ, Peces-Barba; Garcia, EUSEBIO FERNÁNDEZ; ROIG, Rafael de Assís. **História de los Derechos Fundamentales: Tomo I – Transito a la Modernidad. Siglos XVI e XVII; Tomo II, Volumen I – Siglo XVIII: El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de la evolución; Tomo II, Volumen II – Silgo XVIII: La filosofía de los derechos humanos; Tomo II, Volumen III – Siglo XVIII: El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema**. Madrid: Dykinson, 2003.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana. Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito Fundamental à Vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MARTINS, Paulo Henrique. **Contra a Desumanização da Medicina. Crítica sociológica das práticas médicas modernas**. Petrópolis: Editora, 2003.

- MAYOR, Federico; FORTI, Augusto (Coord.). **Ciência e Poder**. Campinas – SP: Papirus; Brasília: UNESCO, 1998.
- MAYR, Ernst. **Biologia, Ciência Única. Reflexões sobre a autonomia de uma disciplina científica**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005;
- MCGRATH, Alister E. **Fundamentos do diálogo entre Ciência e Religião**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- MEDAWAR, Peter B. **Os Limites da Ciência**. São Paulo: Unesp, 2008.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. **Os Princípios Constitucionais e a sua Proteção**. São Paulo: Saraiva, 1966.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. **República e Constituição**. São Paulo: RT, 1985.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. **Sociologia del Poder**. México: Instituto de Investigaciones Sociales – UNAM, 1969.
- MENEZES, Djacir. **O sentido Antropógeno da História**. Rio de Janeiro: Editora Organizações Simões, 1959.
- MIRANDA, Jorge. **A Constituição de 1976: Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais**. 1978.
- MONDIN, Battista. **Definição Filosófica da Pessoa Humana**. 2. ed. Bauru (SP): EDUSC, 1998.
- MONDIN, Battista. **Os Valores Fundamentais**. Bauru (SP): EDUSC, 2005.
- MORIN, Edgar, **Ciência com Consciência**. 8. ed., revista e modificada pelo autor. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- NIKLAS LUHMANN, **Poder**. Barcelona: Antropos; México: Universidad Ibero Americana; Santiago do Chile: Instituto de Sociologia. Pontifícia Universidad Católica de Chile, 1999.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios**. O Princípio Constitucional da Razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- OMMATI, José Emílio Medauar. Biodireito: Um Direito de Quarta Geração? In: MAGNO, Artur; SILVA GUERRA e outros. **Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.
- ONOFRI, F. **Poder y Estructuras Sociales en la Sociedad industrial de masas**. Caracas: Editorial Tiempo Nuevo, 1970;
- OTERO, Paulo. **Direito da Vida – Relatório sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino**. Braga: Livraria Almedina, 2004.
- PALÁCIOS, Marisa; MARTINS, André; PEGORARO, Olinto A. (Org.). **Ética, Ciência e Saúde. Desafios da bioética**. Petrópolis: Vozes, 2001.
- PECES-BARBA, Gregorio. **Los Valores Superiores**. Madrid: Editorial Tecnos, Colección "Claves de la Constitución Espanola", 1986.
- PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- PERROT, Abeledo, **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.
- PESSINI, Léo. **Bioética – Um grito por dignidade de viver**. São Paulo: Paulinas, 2006.

- PETERS, Ted; BENNETT, Gaymon (Orgs.). **Construindo Pontes entre a Ciência e a Religião**. São Paulo: Edições Loyola, 2003.
- PIÑEIRO, Walter Esteves. In: SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves, **Bioética e Biodireito – Uma Introdução**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- PITHAN, Livia Haygert. **A Dignidade humana como fundamento jurídico das ordens de não-ressuscitação hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- PRÉLOT, Marcel. **Sociologie Politique**. Paris: Précis Dalloz, 1973.
- PRODI, Paolo. **Uma história da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RAMPAZZO, Lino, **Antropologia, Religiões e Valores Cristãos**. 3. ed., revista e atualizada. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RAWLS, John. **Justiça como Equidade. Uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- REBOLLO, Luis Martín. **Constituição Espanhola de 1978**. Navarra: Editorial Arandazi, 2003.
- REIS, Palhares Moreira. **O Poder Político e seus elementos**. Recife: UFPE.
- RESWEBER, Jean-Paul, **A Filosofia dos Valores**. Coimbra: Almedina, 2002.
- RIBEIRO, Fávila, A Cidadania e o Alcance Universal da Liberdade Política. Fortaleza: **Revista Nomos**, v. 4, n. 1/2, 1982, p. 7-21;
- RIZZATTO NUNES. **O Princípio Constitucional da Dignidade Humana. Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- ROXIN, Claus. **A Tutela Penal da Vida Humana**. São Paulo: Editora Damásio de Jesús, 2003.
- RUSS, Jacqueline. **Pensamento Ético Contemporâneo**. São Paulo: Paulus, 1999.
- RUSSELL, Bertrand. **O Poder – Uma nova análise social**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.
- RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SÁNCHEZ, Clemente Crevillén. **Derechos de la Personalidad. Honor, Intimidad Personal y familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia**. Madrid: Actualidad Editorial S. A, 1994.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Márcio Bolda da. **Bioética e a questão da justificação moral**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004;
- SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- SIQUEIRA, José Eduardo de. (Org.). **Ética, ciência e responsabilidade**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- SOARES, Afonso Maria Ligorio; PASSOS, João Décio (Orgs.). **Teologia e Ciência. Diálogos acadêmicos em busca do saber**. São Paulo: Paulinas, 2008.
- SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. **Bioética e Biodireito: Uma Introdução**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José Melo. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Lisboa: LEX, 2000.
- SOUZA, Fernando Menezes Campello de; SOUZA, Bruno Campello de; SILVA, Alexandre Stanford da. **Elementos da Pesquisa Científica em Medicina. Estatística e Metodologia científica para profissionais de Saúde**. Recife: Ed. UFPE, 2002;
- SOUZA, Ricardo Timm de (Org.). **Ciência e Ética: os grandes desafios**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.
- SOUZA, Sully Alves de. Poder Social e Poder Político. **Revista de Ciência Política**. Rio de Janeiro: FGV, 1969, vol. III
- SUNG, Jung Mo; SILVA, Josué Cândido da. **Conversando sobre Ética e Sociedade**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2003;
- TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os Comparatistas. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, a. 28, nº 109, jan/mar 1991, p. 71-108.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. **Ética – Do Mundo da Célula ao Mundo dos Valores**. 2. ed., revista. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- TIMASHEFF, N. S. **Introduction a la sociologie Juridique**. Paris: Éditions A. Pedone, 1939, p. 159
- TORRES, RICARDO LOBO. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TRINDADE, Diamantino Fernandes; TRINDADE, Lais dos Santos Pinto. **A História da História da Ciência. Uma possibilidade para aprender ciências**. São Paulo: Madras, 2003.
- URBAN, Cícero de Andrade (Org.). **Bioética Clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2003.
- VALADÉS, Diego. Problemas del Bioderecho y del Derecho Genómico. **Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, número 4, jul./dez. 2004, p. 23-45.
- VALVERDE, José Zafra. **Poder y Poderes**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1975.
- VARSÍ, ENRIQUE, Bioética na Constituição mundial. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 604, 4 mar. 2005. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6400>>. Acesso em: 06 mar. 2005.
- VASCONCELOS, Edson Aguiar de. **Instrumentos de Defesa da Cidadania na Nova Ordem Constitucional - Controle da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- VÁZQUEZ, Rodolfo. **Bioética y Derecho. Fundamentos y Problemas Actuales**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

VIEIRA, Sonia; HOSSNE, William Saad, **Pesquisa Médica. Á Ética e a Metodologia**. São Paulo: Pioneira, 1998.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Os Princípios Bioéticos e o Direito Positivo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**. Salvador: Pós-Graduação em Direito da UFBA, n. 10, jan./dez., 2002, p. 255-256.

VILLORO, LUIS. **El Poder y el Valor. Fundamentos de una Ética Política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

WALZER, Michel. Esferas da Justiça. **Uma defesa do pluralismo e da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1969, vol. I.