

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
ÁREA DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA BIOÉTICA

Maria Rafaela Junqueira Bruno Rodrigues

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

SÃO LEOPOLDO

2006

MARIA RAFAELA JUNQUEIRA BRUNO RODRIGUES

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA BIOÉTICA

SÃO LEOPOLDO

2006

MARIA RAFAELA JUNQUEIRA BRUNO RODRIGUES

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA BIOÉTICA

Tese de Doutorado à Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, para a obtenção do título de Doutora em Direito (Área de concentração: Sociedade, novos direitos e transnacionalização).

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

SÃO LEOPOLDO

2006

MARIA RAFAELA JUNQUEIRA BRUNO RODRIGUES

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA BIOÉTICA

COMISSÃO JULGADORA

TESE DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTORA

Presidente e orientador Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

1º Examinador.....

2º Examinador.....

3º Examinador.....

4º Examinador.....

São Leopoldo,de.....de 2006.

Ao meu filho Pedro Rodrigues Neto, razão de minha vida e esperança em um futuro melhor.

Aos meus pais Maria Aparecida e Ulysses, pelo apoio incondicional e dedicação constante, numa luta solidária.

Ao meu irmão Ulysses Vital, pelo exemplo demonstrado, de que um erro na vida não significa uma vida de desacertos.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho somente foi possível em razão do envolvimento de todas as pessoas que compartilham comigo o dia a dia, sendo em minha cidade natal – Franca/SP, seja em minha cidade por adoção São Leopoldo/RS, a todas essas pessoas manifesto expressamente minha eterna gratidão e de forma particular:

À Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, que abriu suas portas a uma estrangeira, dando oportunidade para que pudesse alimentar meu espírito, transformando um sonho em realidade.

Ao meu Digníssimo Orientador Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, pela dedicação e carinho para comigo e, acima de tudo pelo exemplo de estudante, pesquisador incansável e professor amigo, justo e leal a todos que buscam com ele aprender.

Aos meus amigos Pe. Egídio F. Schmitz e Irmã Inês Maria Ecker (Hijas de la Inmaculada Concepción), que me receberam como filha, dando-me abrigo, proteção e apoio, necessários, sem nada pedirem em troca, mas, fazendo tudo, para a maior glória do Senhor.

A todos os professores do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, que de forma dedicada e altruísta, transmitiram seus conhecimentos, demonstrando sua sincera amizade.

Às funcionárias do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Denise Pacheco de Souza, Vera Regina Loebens, Carmem Lúcia Castro da Cruz e Patrícia Reis, pela dedicação, paciência e carinho com que sempre me trataram.

Aos meus amigos, João Batista Zanatta, Vicente Balzan e demais funcionários da Livraria Cultural UNISINOS, que mantiveram suas portas abertas e forneceram todas as obras indispensáveis ao desenvolvimento da pesquisa.

Assim como aos meus amigos Karl Wiens Schumacher, Aécio Flávio Lemos, Francisco de Assis Lemos de Oliveira, Ângela Kretschmann, Dr. Wilson Engelmann, Márcia Aparecida Zago, Lucelena de Cássia Moraes Vieira, Dr. Mario de Camargo Sobrinho, Ézio Athaide, Nabor Melo Nicolau, Dr. Hibráhim Haddad, Érica Moraes de Andrade Souza, Dr. Hersz Lichtcajer, Dr. Dionísio Vinha, Sargento Marcelo Mambrini, Dra. Carmem Lyra Rodrigues Alves, Dr. Sátiro Rodrigues Alves Filho, Alex Campos Lemos, Aline Araújo Silva Lemos, Dr. José Moisés Ribeiro, Dr. Antonio Cezar Peron, Dra. Elci Antônia de Macedo Ribeiro Patti, dentre outros que talvez eu possa por um lapso humano ter deixado de mencionar - por esta razão antecipo minhas sinceras escusas -, que de alguma maneira contribuíram com seu carinho, trabalho, orações e respeito para que eu conseguisse alcançar o fim almejado.

Por fim, agradeço a Deus que me mantém viva e me dá forças para continuar a caminhada, podendo desta forma escrever minha própria história.

SUMÁRIO

RESUMO	10
ABSTRACT	11
SUNTO	12
ZUSAMMENFASSUNG	13
RESUMEN	14
RÉSUMÉ	15
INTRODUÇÃO	16
PARTE I – Apresentação da Temática	22
CAPÍTULO I - A Biologia, a Ética e a Bioética	22
1.1 – A biologia e a ética	22
1.2 – O surgimento do neologismo “Bioética” e sua evolução	80
CAPÍTULO II – Conceito de Vida	107
2.1 – Diversas maneiras de referência à vida	107
2.2 – A noção científica de vida	117
2.3 – A vida como objeto de valoração econômica	125

2.4 – Proteção à vida, qualidade de vida e morte.....	130
PARTE II – Bioética e os Fundamentos Constitucionais.....	139
CAPÍTULO I – A Questão da Vida Frente à Constituição do Brasil e a Bioética.....	139
1.1. – A Influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição... 139	
1.2. – Os fundamentos constitucionais brasileiros e a bioética.....	167
1.3. – Bioética ou biodireito? – O papel da linguagem.....	198
CAPÍTULO II – Fundamentos Axiológicos da Bioética: a Contribuição da Hermenêutica Filosófica para o Desvelamento da Bioética no Direito Constitucional.....	213
2.1. – A Bioética como modo de ser do homem no mundo, o direito e a crise da hermenêutica clássica.....	213
2.2. – O tempo, os valores e a sua adoção pela sociedade.....	228
2.3. – A hermenêutica filosófica, a nova crítica do direito e sua influência na formação dos julgados envolvendo questões de bioética.....	245
2.4. – Jurisprudência ou jurisciência?.....	259
CONCLUSÃO.....	279
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	291

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Fundamentos constitucionais da Bioética**. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006. Tese de Doutorado – Área de Concentração: Sociedade, novos direitos e transnacionalização.

RESUMO

A “bioética”, neologismo criado na década de 70 por Van Rensselaer Potter, como um ramo da ética prática, quer se firmar como uma nova disciplina que traça parâmetros às questões relacionadas à vida, sempre ampliando os espaços sociais de discussão, quando há o abuso decorrente do progresso das técnicas ou da ciência em detrimento dos seres humanos. Em que pese os princípios inerentes à própria “bioética”, há na Constituição do Brasil princípios que devem ser utilizados para fundamentar as decisões que envolvem a vida, no entanto, sem que se possa afirmar que há uma apropriação por parte do mundo jurídico da “bioética”, mas sim, que através do ordenamento jurídico existente, busca e se encontra uma maneira de torná-la efetiva, tutelando um direito do qual nenhum ser humano tem o direito de dispor, que é a vida. No entanto, tais fundamentos que subsistem através dos princípios ali inseridos não podem ser vistos como coisas/objetos a serem utilizados a partir do pensamento dogmático que se torna explícito através da adoção da hermenêutica clássica, mas sim com o reconhecimento de uma nova postura que se dará a partir da hermenêutica filosófica, desenvolvida a partir dos pensamentos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Sob essa roupagem, os fundamentos constitucionais são reconhecidos como condição de possibilidade para a bioética, porém, apresentando-se como “fundamentos sem fundo”, uma vez que acontecem somente em razão de uma manifestação prévia de sentido, que vai se tornar evidente frente à constatação de que sua possibilidade somente se dá, a partir de um processo de compreensão que ocorre através da viragem lingüística, onde o intérprete, vai, primeiro, colocar sua pré-compreensão já sempre aplicando.

Palavras chave: Bioética – Constituição – Hermenêutica Filosófica – Fundamentos.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Bioethics Constitutional Groundwork.** São Leopoldo: The University of the Sinos River Valley, 2006. Doctorate Thesis – Concentration Area: Society, new rights and transnationalization.

ABSTRACT

Bioethics, a neologism created in the 1970's by Van Rensselaer Potter, as a branch of practical ethics, wants to assert itself as a new subject which establishes parameters to questions related to life, always expanding the social grounds for discussion whenever there is abuse, arising out of technical or scientific progress, to the detriment of human beings. Notwithstanding the principles inherent to bioethics itself, there are principles in the Brazilian Constitution that must be used in order to lay a foundation for decision making that involves life, nonetheless avoiding the possibility of one's stating that there is an appropriation on the part of the judicial world of bioethics, but looking for and finding a way of making it effective through judicial arranging instead, and by so doing tutoring a legal right which no human being has the right to dispose of, which is life. But, such fundamentals that subsist through the principles inserted therein cannot be envisioned as things/objects to be used in view of dogmatic thought which becomes explicit through the adoption of classical hermeneutics but by recognizing a new stance instead which will occur on the basis of philosophical hermeneutics as evolved from the thoughts of Martin Heidegger e Hans- Georg Gadamer. Under such stance the constitutional groundwork is recognized as a possible condition for bioethics, but presenting itself as "Fundamentals without a background", once they only happen on account of a previous meaning manifestation which will become evident in contrast to the verification that its possibility only comes to be when based on a comprehension process that occurs through linguistic turning, whereupon the interpreter is first going to apply his pre-comprehension and yet always applying it.

Key words: Bioethics – Constitution – Philosophical Hermeneutics – Fundamentals.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Fondamenti costituzionali della Bioetica**. San Leopoldo: Università della 'Vale do Rio dos Sinos', 2006. Tesi di Dottorato – Area di Concentrazione: Società, nuovi diritti e transnazionalizzazione.

SUNTO

La “bioetica”, neologismo creato nel decennio del 70 da Van Rensselaer Potter, come un ramo dell’etica pratica, vuole affermarsi come una disciplina che traccia parametri alle questioni relative alla vita, sempre ampliando gli spazi sociali di discussione, quando c’è l’abuso derivato dal progresso della tecnica o della scieza in detrimento dell’essere umano. In che pesino i principi inerenti alla propria “bioetica”, ci sono nella Costituzione del Brasile principi che devono essere utilizzati per fondamentare le decisioni che involgono la vita, tuttavia, senza che si possa affermare che esiste una appropriazione da parte del mondo giuridico della “bioetica”, ma si che attraverso dell’ordinamento giuridico esistente, si cerchi e si trovi una maniera di diventarla effettiva, tutelando un diritto di cui nessun essere umano ha il diritto di disporre, che è la vita. Però, tali fondamenti che sussistono atraverso i principi lì inseriti non possono essere visti come cose/oggetti da essere utilizzati dal decorso del pensiero dogmatico che diventa esplicito attraverso l’adozione dell’ermeneutica classica, ma si con il riconoscimento di un nuovo atteggiamento che sarà a partire dall’ermeneutica filosofica, svolta all’inizio dei pensieri di Martin Heidegger e Hans- Georg Gadamer. Sotto queste vesti, i fondamenti costituzionali sono riconosciuti come condizione di possibilità per la bioetica, però, presentandosi come “fondamenti senza fondo”, giacchè succedono solo a ragione di una manifestazione previa di senso, che diventerà evidente fronte alla constatazione di che sua possibilità solo si da, a partire da un procedimento di comprensione che succede attraverso la virata linguistica, dove l’interprete, andrà, già sempre applicando la sua pré-comprensione.

Parole chiavi: Bioética – Costituzione – Ermeneutica Filosófica – Fondamenti.

Rodrigues, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Verfassungsmäßige Grundlagen der Bioethik**. São Leopoldo: Universität Vale dos Sinos, 2006. Doktorarbeit – Schwerpunkt: Gesellschaft, neue Rechte und Transnationalisierung.

ZUSAMMENFASSUNG

Die "Bioethik", ein in den 70er Jahren von Van Rensselaer Potter als Zweig der praktischen Ethik geschaffener Neologismus, will sich als eine neue Disziplin etablieren. Diese neue Disziplin entwickelt Parameter im Bezug auf Grundfragen des Lebens und erweitert die soziale Diskussion, wenn es in Folge des Fortschritts von Technik oder Wissenschaft zu einem gegen Menschen gerichteten Missbrauch kommt. Die brasilianische Verfassung kennt Prinzipien, die im Bezug auf die Bioethik angewendet werden sollen, um Grundentscheidungen des Lebens zu verankern. Allerdings ist die Bioethik hierzu nicht alleine im Stande, vielmehr soll versucht werden, auf der Grundlage der bestehenden Normen das Hauptgrundrecht des Menschen nämlich das Leben zu schützen. Allerdings können Grundlagen, die schon aufgrund der Verfassung bestehen, nicht Gegenstand dogmatischer Überlegungen sein, die nach der klassischen Hermeneutik eindeutig sind, sondern eine neue, von der philosophischen Hermeneutik geprägte Haltung, die auf die Überlegungen Martin Heideggers und Hans-Georg Gadamers zurückgeht. In dieser neuen Gestalt werden die verfassungsmäßigen Grundlagen als Voraussetzungen zur Durchsetzung der Bioethik erkannt. Sie zeigen sich allerdings als „Grundlagen ohne Basis“, da sie auf einem bestimmten Vorverständnis beruhen. Dies zeigt sich daran, dass sie von einem Verständigungsprozess abhängen, der durch eine sprachliche Anpassung erfolgt, bei der der Interpret zunächst sein Vorverständnis zu Grunde legt.

Schlüsselwörter: Bioethik – Verfassung – Philosophische Hermeneutik – Grundlagen.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Fundamentos constitucionales de la Bioética**. São Leopoldo: Universidad del Vale do Rio dos Sinos, 2006. Tesis de Doctorado – Area de Concentración: Sociedad, nuevos derechos y transnacionalización.

RESUMEN

La “bioética”, neologismo creado en la década de los 70 por Van Rensselaer Potter, como un ramo de la ética práctica, quiere formarse como una nueva disciplina firme que plantea parámetros a las cuestiones relacionadas a la vida, siempre extendiendo los espacios sociales de discusión cuando hay el desmán por la causa del avance de las técnicas o de la ciencia en detrimento de los seres humanos. Pese los principios inherentes a la propia “bioética”, hay en la Constitución de Brasil principios que deben ser utilizados para documentar las decisiones que involucran la vida, por lo tanto, sin que se pueda asegurar que hay una apropiación por parte del mundo jurídico existente, busca y se encuentra una manera de volverla efectiva, tutelando un derecho de lo cual ningún ser humano tiene el derecho de disponer, que es la vida. Por lo tanto, esos fundamentos que perduran a través de los principios allí injeridos no pueden ser vistos como cosas/objetos que van a ser utilizados a partir del pensamiento dogmático que se vuelve explícito a través de la adopción de la hermenéutica clásica, pero sí como el reconocimiento de una nueva actitud que se va a dar a partir de la hermenéutica filosófica, desarrollada a partir de los pensamientos de Martin Heidegger y Hans-Georg Gadamer. Bajo ese ropaje, los fundamentos constitucionales son reconocidos como condición de posibilidad para la bioética, pero presentándose como “fundamentos sin fondo”, una vez que pasan solamente en razón de una manifestación anterior de sentido, que va a volverse explícito frente a la comprobación de que su posibilidad solamente se va a dar a partir de un proceso de comprensión que ocurre a través del cambio lingüístico, donde el intérprete va primero a poner su pré comprensión siempre poniéndola en práctica.

Palabras clave: Bioética – Constitución – Hermenéutica Filosófica – Fundamentos.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. Fondements constitutionnels de la Bioéthique. São Leopoldo: Université du Vale do Rio dos Sinos, 2006. Thèse de Doctorat – Domaine de concentration: Société, nouveaux droits et transnationalisation.

RÉSUMÉ

La « bioéthique », néologisme créé dans les années 70 par Van Rensselaer Potter, comme une branche de l'éthique pratique, souhaite s'affirmer comme une nouvelle discipline qui établit des paramètres aux questions relationnées à la vie en élargissant les espaces sociaux de discussion, lorsqu'il existe un abus découlant du progrès des techniques ou de la science au détriment des êtres humains. Malgré les principes inhérents à la propre « bioéthique », il se trouve dans la constitution du Brésil des principes qui doivent être utilisés pour servir de base aux décisions qui touchent à la vie, mais cependant, sans pouvoir affirmer qu'il existe une appropriation de la « bioéthique » par le monde juridique ; il existe, au travers de l'organisation juridique existante, une possibilité de rechercher et d'atteindre une manière effective qui met sous tutelle un droit duquel aucun être humain n'a le droit de disposer : la vie d'autrui. Cependant, ces fondements qui subsistent dans ces principes ne peuvent être perçus comme des choses/objets utilisés à partir de la pensée dogmatique qui devient explicite par l'adoption de l'herméneutique classique, mais plutôt comme la reconnaissance d'une nouvelle attitude issue de l'herméneutique philosophique, développée à partir des pensées de Martin Heidegger et Hans Georg Gadamer. Sous cet aspect, les fondements constitutionnels sont reconnus comme une condition de possibilité pour la bioéthique tout en se présentant comme des « fondements sans fonds » puisqu'ils s'appliquent uniquement du fait d'une manifestation préliminaire du sens qui deviendra évident face à la constatation que sa possibilité n'existe qu'à partir d'un processus de compréhension qui se produit suite à un tournant linguistique dans lequel l'interprète va en premier lieu utiliser sa pré-compréhension tout en l'appliquant.

Mots clés : Bioéthique – Constitution - Herméneutique philosophique – Fondements.

INTRODUÇÃO

“A fala do pensamento é escutar. Escutando o pensamento fala. A escuta é a dimensão mais profunda e o modo mais simples de falar” (S.T. – Martin Heidegger – p. 15).

Escutando o silencioso bradar sobre os mais variados tipos de abusos praticados em nome do progresso científico e tecnológico, o pensamento encontrou um caminho para se manifestar, através de um ramo da ética prática, que recebeu o nome de “bioética”.

A construção do neologismo “bioética” evidencia a mais plena manifestação de que se tinha anteriormente a sua criação um “grito”, explicitado em um “barulho” desprovido de discurso e fala aparentes, traduzidos em verdadeiras e concretas atrocidades praticadas contra os seres humanos, em nome de uma ciência e tecnologia que se mostrava desarraigada de qualquer limite ou compromisso com os seres humanos.

A ciência e a tecnologia apresentavam-se tão somente como meros objetos/instrumentos que escravizavam os seres humanos ao invés de estarem a seu serviço como um mecanismo de promoção da saúde, bem-estar e garantia de integridade, à disposição de todos que destes necessitassem se servir, sem a imposição de qualquer limite ou controle quanto às pesquisas. Fatos estes que se evidenciaram de maneira contundente principalmente por ocasião do holocausto aos judeus que acabou por dar ensejo à deflagração da 2ª. Grande Guerra, o que restou devidamente comprovado no exame dos casos levados a julgamento frente ao Tribunal de Nuremberg.

Todos estes acontecimentos nefastos forçaram a necessidade de um outro tipo de olhar, que não somente aquele baseado numa liberdade sem qualquer tipo de limite e responsabilidade para com a vida, vivenciada e evidenciada através dos males provocados em nome da ciência e tecnologia, praticados sob a égide da premissa de que “os fins justificariam os meios utilizados”, o que resultou em um despertar do pensamento humano no sentido de questionar a legitimidade e benefícios de tais atos, o que acabou por resultar na criação do neologismo “bioética”.

A “bioética” seria, então, o espaço de discussão garantido para se levantar e questionar o uso invasivo da ciência e da tecnologia como instrumentos para o efetivo desenvolvimento das pesquisas, principalmente aquelas realizadas a partir de experimentações em “cobaias humanas”, contrariando a opinião de alguns pesquisadores e laboratórios que viam nestas pesquisas a maneira de se buscar a evolução e progresso das técnicas, que no futuro proporcionariam benefícios aos seres humanos e por essa razão, sacrifícios se justificariam.

As atrocidades praticadas em nome do desenvolvimento científico e tecnológico provocaram o despertar do pensamento humano para a gritante afronta aos Direitos Humanos, que posteriormente vieram a fazer parte das declarações universais que sucederam tais acontecimentos, integrando o rol dos

direitos ali tutelados, os quais, também, acabaram fazendo parte, após terem sido ratificados pelas Constituições de vários Estados, que compactuavam com o ali determinado.

No Brasil, a inserção dos Direitos Humanos na Constituição também se traduz em uma realidade, num país que adotou um pacto social baseado no Estado Democrático de Direito, onde se pressupõe haja uma valorização do jurídico, através de um resgate da “força do direito”, garantida pelo Poder Jurisdicional, órgão competente para resguardar e preservar os valores ali consagrados.

Dentre outros, um dos valores tutelados pela Constituição do Brasil é a vida no seu sentido amplo, que se traduz em uma das maiores preocupações da “bioética”, no sentido de se garantir sua preservação, perpetuação e proteção, com a observância de sua qualidade, inclusive com respeito aos limites que esta encontra frente à iminência da morte e as possibilidades que se abrem para a sua manipulação, oriundas do desenvolvimento progressivo da ciência e da tecnologia.

Sendo um ramo da ética prática, a “bioética” não pretende ser um “modismo”, que com o tempo cai em desuso fazendo parte de um passado esquecido, pelo contrário, quer ter seu espaço de discussão preservado e respeitado, para tanto, têm sido promovidos: debates públicos, elaboração de doutrinas explicativas, inserção da disciplina nas cátedras das universidades, criação de comitês de bioética, elaboração de boletins informadores, criação de sociedades de estudos em bioética, etc, ampliando a cada dia seu campo de atuação e penetração social.

Sem se deixar ressentir com um movimento de âmbito jurídico que quis se apropriar de seus conteúdos para que pudesse justificar a criação de um outro neologismo denominado “biodireito”, a “bioética” mantém sua posição de pertencente à ética prática, não importando e nem mesmo dando força a uma

possível disputa, porque tal referência somente demonstra um posicionamento por parte do direito, que se encontra superado ante a adoção de uma nova crítica do direito, que não aceita mais, os critérios da dogmática jurídica.

A “bioética” vai encontrar na Constituição do Brasil, um espaço de discussão que lhe é próprio, apto a embasar suas justificativas, através da adoção dos fundamentos constitucionais existentes no próprio ordenamento jurídico constitucional, que têm todo o aparato necessário para garantir que os direitos, objetos de sua análise e proteção, possam ser efetivados.

No entanto, para que haja a efetivação dos direitos que são objeto da preocupação da “bioética”, necessário se torna o apontamento dos fundamentos constitucionais que lhe dão suporte, a partir de uma visão fornecida pela hermenêutica filosófica, que não concebe um critério baseado na dogmática jurídica, espaço próprio de atuação da hermenêutica clássica.

Os fundamentos constitucionais da bioética, sob o enfoque da hermenêutica filosófica, propugnada por Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e delineadas na obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*, de Lenio Luiz Streck, não aceita a possibilidade de uma adequação puramente técnica, baseada num critério de subsunção legal, automática e autoritária.

Embora, essa adequação técnica seja uma prática recorrente no Poder Judiciário, nada mais fazendo do que refletir a tradição de um ensinamento jurídico equivocado e já ultrapassado, por consagrar puramente os critérios do pensamento dogmático, traduzido no hábito da subsunção legal, o fato é que esta postura não consegue garantir a efetivação dos princípios e fundamentos previstos na legislação, trazendo como conseqüência a estagnação dos anseios de uma sociedade que vive sob a égide de um contrato social baseado no Estado Democrático de Direito, tornando-os inalcançáveis.

Tal posicionamento gera uma insegurança jurídica evidenciada pela possibilidade da multiplicidade de respostas apresentadas, oriundas de um positivismo que é fruto da junção de diversos modelos jusfilosóficos que vêm imortalizando o esquema sujeito-objeto; ao contrário, a hermenêutica filosófica propicia a admissão de uma resposta correta, principalmente para aqueles casos oriundos de situações novas criadas pelo caráter invasivo da científica e tecnologia, que demandam um posicionamento aberto frente às questões trazidas pela “bioética”.

No entanto, o enfrentamento dessas questões novas dependerá da adoção de uma nova postura que terá por sustentáculo o respeito ao ordenamento jurídico vigente e a maneira a partir da qual será exercido o poder jurisdicional; devendo estar pautada numa nova concepção de interpretar, baseada não na hermenêutica clássica, mas sim, na hermenêutica filosófica, que torna, através de seus critérios ser possível o equilíbrio entre o formalismo presente na legislação e as novas situações que vão se manifestando.

A aceitação da hermenêutica filosófica como sendo uma possibilidade de solucionar situações novas, - produzindo um direito mais coerente com as atuais necessidades sociais -, decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, com base nos fundamentos constitucionais da bioética, através do reconhecimento da pré-compreensão, demonstra a maturidade necessária para admitir a presença de uma historicidade que não admite soluções engessadas numa visão obtusa, que somente concebe uma subsunção legal com a supressão de um diálogo aberto justificado pela adoção de uma fundamentação puramente arcaica, onde não se leva em consideração o “ser aí” que se faz presente como formador de mundo.

Por outro lado, desconsiderar-se a hermenêutica filosófica como norteadora de uma nova postura que deve acontecer a partir de uma prática que supere uma visão interpretativa compartimentada, baseada num critério que

separa em partes distintas o processo interpretativo, a partir de uma visão dualística que vai do fato à norma, demonstra um enrijecimento arcaico do pensar.

Referido enrijecimento, fundado num pensamento onde não se admite o novo propicia a ocorrência de decisões, jurisprudências, pareceres e doutrinas, imaturas e ineficientes; traduzindo-se em um processo de mera reprodução conceitual e lexicográfica, gerando um “pensamento concretizado em documentos” a-históricos e a-temporais, que congelam a própria evolução do direito, numa visão puramente reducionista.

Não se trata, de relacionar/classificar/apontar como meros “objetos” os princípios que indicam os fundamentos constitucionais da bioética, como norteadores rígidos ou critérios absolutos, numa adequação da norma ao caso concreto, mas de vislumbrar que através deles será possível desvelar/desocultar o que existe para além do método, para além da relação sujeito-objeto, para além da evidência formal, levando-se em consideração o “ser do ente”, ou seja, a bioética não pode ser concebida e nem mesmo ter seu espaço garantido separada do sentido da Constituição.

Portanto, na Constituição do Brasil há fundamentos suficientes para a bioética, desde que haja a adoção de critérios não permissivos de posicionamentos reducionistas e dicotômicos, que admitem a separação sujeito-objeto, teoria-prática, fato-norma, a partir de uma “circularidade virtuosa”, que lhe garantirá um “locus” próprio, somente possível, através de um suporte metodológico fornecido pelas contribuições da hermenêutica filosófica, - enquanto novo paradigma interpretativo -, naquilo que esta tem de superadora dos discursos objetificantes (cousais-explicativos), trazendo como consequência a construção de um discurso ontológico (não clássico), que é o objetivo hodiernamente almejado e possível.

PARTE I – APRESENTAÇÃO DA TEMÁTICA

CAPÍTULO I - A BIOLOGIA, A ÉTICA E A BIOÉTICA

1.1 – A biologia e a ética

Não há facilidade em explicar a história da bioética, em razão de que não houve um marco ou um acontecimento único que tenha determinado seu surgimento, mas uma gama de fatos que levaram os seres humanos à reflexão, de

como devem ser tratadas as questões da vida a partir de um olhar ético; mas, pode-se afirmar que como um fenômeno social seu aparecimento se deu com a ocorrência de uma dupla revolução¹, advindas da social e biotecnológica².

Sendo que para alguns a referência à revolução biotecnológica, diz respeito à revolução biológica, que teve seu início com a descoberta da estrutura da molécula DNA (ácido desoxirribonucléico), pelos cientistas Francis Crick e James Dewey Watson³, também referida como a “descoberta do século”, porque a partir dela foi possível o desenvolvimento do Projeto Genoma Humano⁴,

¹ SADER, Emir. **Século XX uma biografia não-autorizada: o século do imperialismo.** 1ª. Reimpressão. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 119/129.

² DURAND, Guy. Tradução: Nicolas Nyimi Campanário. **Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos.** São Paulo: Loyola, 2003, p. 19. O autor comunga da mesma idéia: *“Traçar a história da bioética não é algo fácil. É impossível determinar um acontecimento fundador único. Como todo fenômeno social ou corrente de idéias, seu aparecimento e seu desenvolvimento estão ligados a inúmeros elementos e fatores. Certos autores resumem a situação dizendo que a bioética é um fenômeno cultural que surgiu de uma dupla revolução: social e biotecnológica.”*

³ WATSON, James D. Tradução: Carlos Afonso Malferrari. **DNA: o segredo da vida.** São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p.11/13. A descrição de como se deu à descoberta do DNA e as amplas possibilidades que surgiram a partir dela para a humanidade, encontram-se delineadas no seguinte relato: *“Como geralmente acontecia aos sábados de manhã, comecei a trabalhar no laboratório Cavendish, da Universidade de Cambridge, antes de Francis Crick no dia 28 de fevereiro de 1953. Eu tinha bons motivos para levantar cedo. Sabia que estávamos perto – embora não imaginasse o quanto – de decifrar a estrutura de uma molécula quase desconhecida na época chamada ácido desoxirribonucléico (DNA). Mas essa não era uma molécula qualquer: o DNA, como Crick e eu estávamos cientes, contém a chave da natureza das coisas vivas, armazenando as informações hereditárias que são passadas de uma geração e orquestrando o mundo inacreditavelmente complexo da célula. Se decifrásemos sua estrutura tridimensional, a arquitetura da molécula, teríamos um vislumbre do que Crick – entre sério e brincalhão – chamava de ‘o segredo da vida’. ...Crick, no entanto, estava certo. Nossa descoberta pôs fim a uma discussão tão antiga quanto a espécie humana... ...Por isso a dupla-hélice foi tão importante: trouxe a revolução do pensamento materialista do Iluminismo para o âmbito da célula. A jornada intelectual, que começara com Copérnico retirando os seres humanos do centro do universo e prosseguiu com Darwin insistindo que os seres humanos são meros macacos modificados, finalmente chegara à própria essência da vida. Não havia nada de especial nela. A dupla-hélice é uma estrutura sucinta, mas sua mensagem não poderia ser mais prosaica: a vida é uma simples questão de química. ...O DNA não é mais algo de interesse apenas para cientistas de avental branco em obscuros laboratórios das universidades; ele afeta a todos nós.”*

⁴ CAPRA, Fritjof. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável.** São Paulo: Cultrix, 2002, p. 180. Veja-se a propósito a contundente crítica feita pelo autor ao projeto genético do organismo, inclusive citando outros estudiosos da matéria: *“O DNA costuma ser chamado de ‘programa’ ou ‘projeto’ genético do organismo, ou mesmo de ‘livro da vida’; e o código genético seria a ‘linguagem universal da vida’. Como observa Mae-Wan Ho, o excesso de atenção dirigida para os genes tem praticamente impedido que os biólogos olhem para o organismo como um todo. O organismo vivo tende a ser entendido simplesmente como um conjunto de genes, pelo fato de ser totalmente passivo, dependente de mutações aleatórias e forças seletivas do ambiente sobre as quais não tem absolutamente nenhum controle. Segundo o biólogo molecular Richard Strohman, a falácia básica do determinismo genético está numa*

sedimentando a possibilidade da pesquisa em seres humanos, - não mais como mera expectativa, fruto da imaginação, da ficção científica, explicitadas, por exemplo, através de algumas obras, tais como: “Um admirável mundo novo” de Aldous Huxley; de “Frankenstein” de Mary Shelley e de “O homem bicentenário” de Isaac Asimov⁵ -, mas, como realidade vivenciada pela “engenharia genética”⁶.

Tais revoluções trouxeram muitos benefícios para os seres humanos, assim como também diversos malefícios⁷, ou seja, há uma ambivalência quanto efeitos do desenvolvimento técnico, evidenciados pelo mau uso das técnicas na pesquisa com indivíduos humanos⁸, talvez, tais problemas sejam decorrentes da

confusão de níveis. Uma teoria que, pelo menos a princípio, funcionava bem para a compreensão do código genético – o modo pelo qual os genes contêm as informações necessárias para a produção de proteínas – transformou-se numa teoria geral da vida, sendo os genes concebidos como agentes causais de todos os fenômenos biológicos. ‘A extensão ilegítima de um paradigma genético – que passa do nível relativamente simples da codificação e decodificação genética para o nível complexo do comportamento celular – representa um erro epistemológico de primeira ordem.’

⁵ ASIMOV, Isaac. Tradução: Milton Persson. **O homem bicentenário**. Porto Alegre: L&PM, 1997, 120 p.

⁶ De acordo com conceituação fornecida pelo Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), na obra editada pela Comissão Técnica de Biossegurança (CTNBio), “**Transgênicos**”, Brasília: C&T Brasil – Esplanada dos Ministérios, s.d., p. 30, Engenharia genética é “*uma tecnologia recente (1970) utilizada para modificar o material genético das células ou organismos com o objetivo de fazê-lo capaz de produzir novas substâncias ou realizar novas funções*”. Em que pese tal definição, atualmente “engenharia genética”, vem definida na Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamentou os incisos II, IV e V do §1º, do art. 225, da Constituição Federal, no art. 3º, IV, como sendo: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante.

⁷ GOLISZEK, Andrew. Tradução: Vera de Paula Assis. **Cobaias humanas: a história secreta do sofrimento provocado em nome da ciência**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, 534 p. O autor relata com riqueza de detalhes vários malefícios trazidos aos seres humanos, justificados pela busca do desenvolvimento da ciência a qualquer preço, dizendo dentre outras coisas que esses sempre ocorreram através dos tempos, mesmo antes da era cristã. Afirma ser necessário o conhecimento de tais fatos por parte dos seres humanos, explicando: “...Das primeiras pesquisas médicas humanas até os programas de controle da mente e os experimentos de exposição à radiação patrocinados pela CIA, Cobaias humanas introduz os leitores ao aterrorizante mundo da guerra química e biológica, engenharia genética, armas étnicas, programas secretos de cânceres virais e pesquisas de Aids. Alguns acreditam que, a menos que sejamos vigilantes, tudo poderá acontecer de novo. Com avanços na medicina e no DNA recombinante e com a conclusão do Projeto Genoma Humano, estamos à beira de descobertas que, alguns temem, tornarão real a ameaça do controle populacional, guerra gênica, limpeza étnica ou pior. A melhor maneira de garantir que tal história não se repita é expor e aprender com o passado. É exatamente isso que espero ter feito ao detalhar os programas secretos, os escândalos médicos e os chocantes eventos que fizeram deste último século um dos mais negros da história científica.”

⁸ TENNER, Edward. Tradução: Ronaldo Sergio de Biasi. **A vingança da tecnologia: as irônicas conseqüências das inovações mecânicas, químicas, biológicas e médicas**. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 11/12. O autor corrobora o pensamento de que o desenvolvimento trazido pelos avanços científico e, tecnológico trouxeram muitos benefícios, mas com esses, também, diversos

falta de conscientização de que a ciência e a tecnologia devem estar a serviço do homem e não ao contrário. Tais técnicas não podem ser utilizadas sem qualquer tipo de limite, colocando os seres humanos como meros objetos/coisas/cobaias a serviço da ciência e da tecnologia, sob a exploração e conveniência de cientistas e laboratórios, inescrupulosos, que ao invés de trazer soluções geram problemas.

Os riscos que podem ser provocados em decorrência do abuso das técnicas, por cientistas inescrupulosos, proprietários de laboratórios que almejam por descobertas a qualquer custo somente visando sua lucratividade e políticos sedentos pela continuidade no poder, desprovidos de qualquer sentimento humanitário, despertaram a crítica de Albert Einstein, por ocasião da catástrofe ocorrida em Hiroshima e Nagasaki, levando-o a ponderar:

“Por uma penosa experiência, aprendemos que o pensamento racional não é suficiente para resolver os problemas de nossa vida social. Pesquisas perspicazes e trabalhos científicos incisivos tiveram, muitas vezes, implicações trágicas para a humanidade, produzindo, por um lado, invenções que libertaram o homem do trabalho físico exaustivo, tornando sua vida mais fácil e mais rica, mas, por outro lado, introduzindo em sua vida uma profunda inquietação, tornando-o escravo de seu ambiente tecnológico e – o mais catastrófico de tudo – criando os

incômodos e relata: *“É óbvio que a tecnologia torna muitas coisas melhores. Por tecnologia me refiro à modificação pelo homem do seu ambiente físico e biológico. É também óbvio que ainda não estamos satisfeitos com este ambiente e mais descontentes, em muitos casos, do que quando estávamos em pior situação. Considero quatro áreas principais: saúde e medicina; o meio ambiente; os escritórios; os esportes. Procuro descrever o progresso tecnológico conquistado mas também as frustrações que acompanharam esse progresso. ...A tecnologia exige mais, e não menos trabalho humano para que o mundo funcione. Além disso, introduz problemas mais sutis e insidiosos no lugar dos problemas agudos. Nem por isso os problemas agudos são eliminados; na verdade, a menos que nos mantenhamos extremamente atentos e cautelosos, eles voltarão com força renovada. Estamos em uma esteira rolante da qual não podemos sair. É impossível voltar para um passado mais simples, quanto mais não seja porque o passado, embora às vezes mais digno, era muito mais desagradável do que normalmente imaginamos. ...Em minha opinião, nos sentimos infelizes por duas razões. Em primeiro lugar, na tentativa de controlar os problemas catastróficos, estamos nos expondo a problemas crônicos que são ainda mais difíceis de corrigir. Em segundo lugar, o progresso tecnológico impõe uma vigilância cada vez maior para a mesma dose de risco.”*

meios para a sua própria destruição em massa. Essa é, sem dúvida, uma tragédia de pungência avassaladora.”⁹

As atrocidades cometidas em nome do desenvolvimento científico e tecnológico forçaram a evolução do pensamento e a reflexão sobre os acontecimentos através dos tempos, não se podendo mais admitir, por exemplo, pesquisas em seres humanos e em animais¹⁰ que ocorreram de maneira cruel, tais como as que permitiram: exercícios de cirurgia sem anestesia; infecções propositais que levavam a gangrena e geravam amputações; experimentos martirizantes de alta pressão, congelamento e açoitamentos; vivissecção (operação praticada em animais vivos para estudos de fenômenos fisiológicos), prática essa também realizada em seres humanos; utilização e aplicação sem limites de poções, tônicos, remédios à base de ervas que alteram o comportamento; drogas injetadas que induzem a transtornos de personalidade; inserção de bactérias no organismo para testar seu grau de resistência; dentre outros¹¹; culminando com a criação de uma nova palavra, o neologismo

⁹ EINSTEIN, Albert. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. **Escritos da maturidade: artigos sobre ciência, educação, religião, relações sociais, racismo, ciências sociais e religião.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994, p. 161.

¹⁰ SINGER, Peter. Tradução: Alice Xavier. **Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade.** Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 70/71. Peter Singer é atualmente o maior defensor de que não se deve usar animais para a produção de alimentos, roupas ou realização de pesquisas, tendo intitulado de especismo, a concepção, pelo próprio homem, de que os seres humanos são sagrados e por isso, seriam superiores as outras espécies, o que lhes daria o direito de fazer com os animais não humanos o que bem entenderem e, explica: *“Entre as dezenas de milhões de experiências que são realizadas, talvez só algumas possam ser consideradas uma contribuição para importantes pesquisas médicas. Grandes quantidades de animais são usados nas universidades, em departamentos como os de engenharia florestal e de psicologia; muitos outros são usados para objetivos comerciais, em testes de novos cosméticos, xampus, corantes alimentícios e outros artigos não-essenciais.”* - (Desde que esse texto foi escrito, e em seguida a campanhas promovidas pelas organizações de defesa dos direitos dos animais, a maioria das indústrias de cosméticos parou de utilizar animais nos testes de seus produtos) – E continua: *“Só é possível acontecer tudo isso por causa do preconceito que temos em relação à idéia de levar a sério o sofrimento de um ser que não seja membro de nossa própria espécie. Normalmente, os defensores das experiências realizadas com animais não negam o sofrimento infligido a estes. Eles não podem negar o sofrimento dos animais, pois precisam enfatizar as semelhanças entre humanos e outros animais ao sustentar a alegação de que suas experiências podem ter alguma relevância para os propósitos humanos.”*

¹¹ Cabe aqui mencionar que a maldade é uma característica inerente da personalidade humana, que quando cultivada leva a perversidades inomináveis e incontroláveis; essa característica humana baseada em atitudes cruéis despertou interesse por várias áreas de atuação; como exemplos podem ser citados: no direito e na área médica, com Cesare Lombroso (1835-1909), médico psiquiatra italiano e estudioso da antropologia criminal, autor da obra “O homem

denominado “bioética”¹², que se trata de uma junção de duas palavras já existentes e utilizadas no vocabulário, portanto, a importância de se conhecer e conceituar as palavras: biologia e ética¹³.

A conceituação da palavra biologia é dada a partir da doutrina específica da matéria, que demonstra claramente sua posição no âmbito científico

delinqüente”, que quis entender a personalidade de criminosos, justificando suas atitudes através do apontamento de uma teoria atualmente já superada, baseada em atribuir-se características físicas específicas, estigmas reveladores da criminalidade presentes em anomalias e deformidades fisiopatológicas que determinariam o caráter do delinqüente (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4.ed. São Paulo: RT, 2002, p. 297); Freud, pai da psicanálise, descreveu as características da perversidade humana (FREUD, Sigmund. Traducción: Luis López-Ballesteros Y De Torres. **Obras Completas**. Tomo II – 1905-1915/1917 - Ensayos XXVI al XCVII – XXVI: Tres Ensayos para una Teoría Sexual. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1996, p. 1169/1229.); o mesmo ocorrendo com as áreas da teologia, da psicologia, dentre outras, que também demonstram interesse pela questão. A maldade é tão presente na história da humanidade que foi objeto de estudo de Oliver Thomson, historiador no Trinity College, em Cambridge (THOMSON, Oliver. Tradução: Mauro Silva. **A assustadora história da maldade**. São Paulo: Ediouro, 2002, 592 p.).

¹² PESSINI, Léo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (Organizadores) **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996, p. 30. No artigo intitulado **Alguns desafios atuais da bioética**, Francisco de Assis Correia, que é professor doutor no Departamento de Enfermagem Psiquiátrica e Ciências Humanas da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto/SP – USP, cuja tese de Doutorado realizada na UNICAMP no ano de 1993, com o título “A alteridade como critério fundamental e englobante da bioética, relata que: “*Bioética – de vida e ética – é um neologismo que significa ética da vida. Este primeiro sentido já indica um conteúdo de enorme abrangência: tudo o que é vida lhe compete.*”

¹³ **DICIONÁRIO DE BIOÉTICA**. Coordenadores: Salvino Leone, Salvatore Privitera e Jorge Teixeira da Cunha. Aparecida: Santuário, 2001, p. 108/109. **Biologia e ética: A biologia ganhou importância, do ponto de vista ético, por vários motivos. Um destes apareceu quando as conclusões éticas foram deduzidas das teorias biológicas. O exemplo mais conhecido é a chamada ética evolucionista, ou seja, a idéia de que a evolução tem uma direção que indica o que é moralmente justo. Esta idéia tem sido rebatida, desde os tempos de Darwin. Em muitos casos foi aplicada politicamente, por exemplo, quando o nazismo, assim como o estalinismo, se fixou na biologia contemporânea para encontrar nela uma legitimação. Recentemente, o debate sobre possíveis conclusões éticas derivadas do conhecimento biológico, foi novamente realçada pelo entomólogo Edward O. Wilson que, no seu livro Sociobiologia (1975), aplicou ao Homem as teorias da biologia comportamental. Entre outras coisas, defende que a biologia pode fazer-nos compreender o pensamento e as ações morais da natureza humana. Este ponto de vista motivou um grande debate e foi considerado expressão de uma posição ideológica. Também a aplicação do conhecimento biológico em biotecnologia originou um debate ético. Quando a técnica do ADN recombinante foi introduzida, no início dos anos 70, a discussão ética foi orientada para os possíveis riscos nos laboratórios, como o nascimento de organismos imprevistos e prejudiciais. Isto provocou fortes restrições à volta dos chamados «laboratórios de risco» durante os primeiros anos, mas agora estas preocupações consideram-se exageradas. Hoje, o debate ético dirige-se para problemas, como: a) o risco ecológico criado pela difusão na Natureza, de organismos geneticamente modificados (GMO), pelo uso da engenharia genética na reprodução de animais domésticos; b) o risco de que um uso, em larga escala do GMO, possa comportar um empobrecimento da multiplicidade biológica:...No debate ético, evidenciou-se também a perspectiva de que se possa abusar dos conhecimentos biológicos para fins, por exemplo, de discriminação do ser humano.”**

como uma disciplina, que embora desvinculada da área específica do direito, nesse contexto se torna útil pela própria implicação existente entre ela e a “bioética” e os reflexos desta na seara do direito, hodiernamente.

Já não basta mais o estabelecimento e fixação do pensamento nessa dicotomia¹⁴, com sua evolução não há mais como se ter uma visão antropológica reducionista voltada tão somente para a antropologia física, posto que, esta enxerga o ser humano a partir de uma visão reducionista, tendo-o como um ser reduzido puramente a um “ser genético”, a um “corpo coisa”. Há a objetificação, a coisificação do ser humano como uma “coisa genética”, o que é inadmissível, pois, aceitar que o ser humano seja um mero “objeto/componente genético” ou “uma materialidade da coisa biológica/bioquímica” é o mesmo que negar que o ser humano seja capaz de pensar.

Pois, até para se admitir que alguém possa ser considerado como uma “coisa genética” foi preciso ter havido um reconhecimento, ou seja, ter se pensado dessa maneira¹⁵, através de uma pré-compreensão acerca do que é “coisa genética” e, o pré-compreender e o compreender são ações pertinentes somente aos seres humanos, dotados da capacidade de pensar e de se expressar, o que usualmente é referido como modo racional, por esta razão não se podendo reduzi-

¹⁴ **BIOÉTICA.** Revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina. V.12. – nº 2 – 2004 – ISSN 0104-1401. Tema: Simpósio: Violência e saúde. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2006, p. 139. Em artigo intitulado Bioética e direito, José Geraldo de Freitas Drumond, comenta: *“Quando decidi estudar ciências biológicas, pensava que, como muitos, a biologia tratava do ‘estudo da vida’. Foi ao final do curso que percebi que não estávamos estudando a vida, mas o material biológico. Certamente, por isso me considero hoje um ‘biólogo torto’, no sentido de ter adentrado no campo da bioética e das ciências humanas para melhor poder entender o significado da vida e como os estudantes da área científica formam seus valores durante o processo educativo que se inicia, na verdade, muito antes da universidade, mas que se reforça significativamente nela.”*

¹⁵ D’AGOSTINO, Francesco. Tradução: Luisa Raboline. **Bioética: segundo o enfoque da filosofia do direito.** Coleção Díke. São Leopoldo: UNISINOS, p. 18. Sob este aspecto, a título de analogia, numa similitude de pensamento, o autor ensina sobre o encontro dialógico: *“..., o diálogo – e esse é o ponto fundamental para o qual é necessário chamar atenção – é uma experiência única e profundamente humana, ou seja, só é possível entre pessoas que se reconheçam mutuamente como pessoas. O reconhecimento, pressuposto do diálogo, é, veja-se bem, não apenas empírico (reconheço que o outro, aquele ser individual que se contrapõe a mim como outro é igual a mim), mas mais propriamente ontológico (reconheço que o outro, como outro e não apenas como mero indivíduo empírico, é igual a mim) e ao mesmo tempo axiológico (reconheço que o outro, como outro, e não apenas como mero indivíduo empírico, vale tanto quanto eu).”*

los radicalmente a condição de uma coisa, de um objeto. Reconhecendo-se, essa condição pensante inerente aos seres humanos, há a constatação de que é inconcebível se admitir a vida humana, meramente como “coisa genética”, há que se reconhecer que além da antropologia fisiológica, há uma antropologia filosófica.

Em se admitir uma antropologia filosófica que passa a permitir o pensamento acerca da vida humana, enquanto humana e sendo assim, filosoficamente, há a adoção de um modelo que não o “epistêmico redutor”, há uma passagem que amplia a visão acerca do ser humano, para além do dualismo¹⁶. Tal passagem somente pode ser constatada se houver a aceitação de um critério hermenêutico filosófico, que admite um pré-compreender de como o homem se compreende e se pré-compreende no mundo, ou seja, a existência de uma antecipação prévia de sentido acerca da vida humana, de como ela é vista/compreendida, não mais como meramente e tão somente uma coisa biológica, geneticamente definida e pensada, mas para além do corpo físico.

No entanto, demonstrar que o entendimento dessa evolução é importante; primordial e necessário é também que haja o reconhecimento da utilidade em definir-se o que é biologia. Tal necessidade insta do fato de que esta

¹⁶ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 183/184. Com relação a essa ampliação do pensamento acerca da vida humana, que não pode estar firmado numa posição reducionista, mas sim numa visão a partir de uma antropologia filosófica, veja-se: “...Esse modo de argumentar está implicando em uma espécie de círculo vicioso quando afirma que o ser vivo que pensa é determinado geneticamente. Não percebe que aquilo mesmo que ele pensa ‘geneticamente’ já antecipa e transcende a ordem genética. O elemento genético que é afirmado como causa da deliberação já imerge num pré-compreender, numa autocompreensão que o antecipa como um a priori. Não poderíamos falar do genético sem fazê-lo preceder por algo que é da ordem da deliberação, a pré-compreensão. Uma tal dificuldade nos obriga a perceber que a vida humana não se reduz à materialidade da coisa bioquímica, exigindo-se que a vida humana se constitua pelo próprio fato de o ser humano se compreender previamente, no processo explicativo que o filósofo reduz ao genético. Assim, o fato da vida humana que delibera, rompe a barreira da coisa bioquímica, acrescentando, assim, a si mesmo, a autocompreensão que é mais do que os componentes genéticos. A vida humana é mais que a soma dos elementos genéticos que lhe servem de vetor. Com essas afirmações estamos realizando, quase que imperceptivelmente, a passagem da vida humana para a Antropologia. Entretanto não se pode tratar aqui de uma Antropologia física (fisiológica), pois com isso estaríamos praticando um reducionismo que nos levaria a perenizar as investigações e os resultados da bioquímica e da genética. A passagem que aqui se está realizando representa o trânsito da vida humana para uma dimensão normativa, em que passa a ter regência a Antropologia filosófica.”

é uma ciência, voltada principalmente para o esclarecimento de uma questão inquietante aos seres: o “mistério da vida” , como esta surgiu, evoluiu, como se mantém e quando se dá seu término, em que ou qual momento específico.

Saliente-se, como já mencionado, que é insuficiente somente à conceituação científica quanto à existência orgânica dos seres, embora necessária, principalmente porque o estudo dos seres humanos, do corpo humano, organicamente concebido não deixa de ter sua importância e por isso não pode ser desprezado.

Inclusive, quando se trata de definir o momento em que ocorre a morte, - tão importante, por exemplo, nos casos em que se discute a possibilidade de transplantes através de doação de órgãos por pacientes que se encontram em estado vegetativo/comatoso, apresentando morte cerebral e na possibilidade ou não da prática da eutanásia, nos países em que esta prática é permitida -, em que não há como haver a tomada de decisão sem critérios de definição quanto ao momento do óbito¹⁷.

¹⁷ CICCONE, Lino. Tradução: Elaine Caramella. **Bioética e transplante de órgãos**. Bauru: EDUSC, 1999, p. 10. A dificuldade quanto a verificação de morte é apontada como sendo um dos fatores determinantes para que haja restrição quanto à prática dos transplantes: *“Não é para surpreender, então, que nós precisamos de um tempo longo para que, num mundo como esse, se produza uma transformação séria em larga escala. A resistência a mudança em nível de massa deve ser considerada fisiológica e não patológica. E é melhor aguardar passivamente que essa transformação aconteça espontaneamente, com o envolvimento da sociedade, ao invés de ser anunciada como uma escolha irresponsável,... ..No interior deste primeiro grande e inevitável obstáculo, um elemento particularmente relevante surge como uma nova modalidade de verificação da morte. Desde sempre os critérios de verificação foram aqueles que visavam a identificação do cessar das duas funções vitais fundamentais: a respiração e a circulação, com meios por muito tempo empíricos, já que também instrumentais. Tinha-se certeza da morte de uma pessoa quando ela parava de respirar, e o coração não batia mais. Este critério é, sem dúvida alguma, ainda válido para a grande maioria dos casos, isto é, para todos menos aqueles casos de morte num setor de reanimação que levantaram o problema de como certificar a morte de uma pessoa ligada a aparelhos externos sofisticados que permitem que não pare a respiração e os batimentos cardíacos. Chega-se assim a uma nova concepção de morte cerebral e a elaboração de critérios científicos para enfrentar a chegada da parada, total e irreversível, de todo o funcionamento encefálico. Uma situação semelhante àquela de uma decapitação, dado que é como se não tivesse mais a cabeça.”*

Diante desse problema, os profissionais da área médica vão buscar tais critérios a partir dos estudos desenvolvidos na área da biologia que se encontra amparada ainda, pela engenharia e pela ciência da computação, fornecendo subsídios a estes, através dos equipamentos cada vez mais aprimorados e desenvolvidos para atingir a precisão de dados, tentando evitar-se erros¹⁸.

Portanto, segundo Antônio Valeta: “A biologia que é a ciência do estudo da vida, o que é natural”¹⁹. Também há que se apontar que a palavra biologia, Etimologicamente tem sua palavra originada do grego *bios* que significa vida e *logos* que quer dizer tratado, que quer dizer razão de ser, ou seja, ciência que estuda os seres vivos e suas relações, para conhecer as leis da sua organização. Entende-se, porém, mais particularmente, sob este nome, o estudo dos caracteres e dos fenômenos vitais independentes das diferenças individuais; é, noutros termos, a ciência da vida²⁰.

Num sentido mais amplo, Charles M. Wynn e Arthur W. Wiggins entendem que “A biologia é o estudo de todos os tipos de coisas vivas que existem na Terra”²¹.

¹⁸ VICENTE, Kim. Tradução: Maria Inês Duque Estrada. **Homens e máquinas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005, p. 173. Nesse sentido o autor pondera a respeito da temática, explicando quanto à possibilidade de erro médico e o papel dos instrumentos que utilizam (chamando-os de sistemas tecnológicos), da seguinte maneira: “Admitir a falibilidade não significa que médicos e enfermeiras deixem de ser atentos e diligentes. Significa que, a despeito de seus melhores esforços, erros ainda continuarão a acontecer. Mas o mundo da saúde não gira apenas em torno dos prestadores de serviço de saúde; os erros médicos também podem ocorrer por causa de uma interação entre as pessoas e os sistemas tecnológicos complexos dentro dos quais elas trabalham. A expectativa de perfeição deve ser substituída pela necessidade de sistemas e produtos desenhados para ajudar esses profissionais na busca dessa meta que eles sinceramente desejam alcançar – cuidar de seus pacientes com segurança.”

¹⁹ VALETA, Antônio. **Clínica naturista**. Moderno Sistema de Cura Natural. 4.ed. Montevideu: Editorial Higiene e Saúde, 1940.

²⁰ LELLO UNIVERSAL. **Dicionário enciclopédico luso-brasileiro em 4 volumes**. Organizado e publicado pela Livraria Lello & Irmão sob a direção de José Lello e Edgar Lello. v.1. Porto: Lello & Irmão Editores, p. 342.

²¹ WYNN, Charles M. e WIGGINS, Arthur W. Tradução: Roger Maioli. **As cinco maiores idéias da ciência**. São Paulo: Ediouro, 2002, p. 103.

A importância no que se refere ao termo já especificado demonstra claramente que esta foi à ciência que se preocupou e ocupou em esclarecer a seqüencialidade de fatores que poderiam ter dado origem à formação da vida, ou seja, procurou comprovar através de estudos na área o longo caminho de evolução do universo, sob os mais variados aspectos orgânicos, o que possibilitou a diferenciação das mais diversas espécies de vida, inclusive a humana, até chegar às formas atuais e conhecidas²².

No entanto, para se chegar a “biologia” que se tem hodiernamente houve a vivência de todo um processo histórico, que perpassou por várias fases, que têm sua importância reconhecida por apontar o desenvolvimento de todas as formas de vida existentes, embora este ainda esteja acontecendo por um constante e incessante aprimoramento, não se podendo afirmar estar por de todo completo e acabado. Esse processo histórico teve seu início em 1831, quando ainda jovem Charles Robert Darwin (1809-1882), que nasceu em Shrewsbury, Shropshire, na Inglaterra, partiu de Devonport, para uma viagem, que marcaria para sempre a história da biologia²³.

Charles Robert Darwin havia abandonado seus estudos na área médica, desenvolvidos na Universidade de Edinburgh (1827), após sua fuga de uma sala de cirurgia na qual era realizada uma operação em uma criança sem anestesia; passando desde então, a ser candidato relutante ao clericalato, junto à Universidade de Cambridge, que era a profissão mais indicada para a época, a um

²² JONES, Kenneth C., GAUDIN, Anthony J. Tradução: A. Xavier da Cunha. **Introdução à biologia**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 26/27. Sobre essa subdivisão veja-se: “A biologia pode ser subdividida nos estudos da evolução, crescimento e desenvolvimento, estrutura e função, reprodução, hereditariedade, comportamento, ecologia e biologia molecular. Como se pode esperar, diferentes biólogos estão interessados primariamente em diferentes aspectos do assunto. Alguns estão interessados na evolução dos seres vivos, outros estão interessados em saber como os organismos se desenvolvem e crescem; outros estão interessados no mecanismo da reprodução e hereditariedade e ainda outros estão interessados essencialmente no comportamento e no modo pelo qual os organismos actuam reciprocamente com os seus ambientes. O interesse por diferentes aspectos da biologia é também evidente no facto de que diferentes biólogos irão estudar o mesmo problema de diferentes pontos de vista.”

²³ DARWIN, Charles Robert. Tradução: André Campos Mesquita. **A origem das espécies por meio da seleção natural ou preservação das raças favorecidas na luta pela vida**. Tomo I. São Paulo: Escala, s.d., p. 11/14.

filho caçula de um cavalheiro inglês; e, foi nesta instituição de ensino que encontrou o geólogo Adam Sedgwick e o naturalista John Stevens Henslow, despertando seu interesse pelas ciências naturais. Tendo se graduado nesta Universidade em 1831, como um estudante não muito dedicado, apresentando-se como pescador, caçador, colecionador de besouros, moluscos e conchas e ainda, botânico e geólogo amador.²⁴

Nessa época, seu amigo íntimo Fitz-Roy, capitão do barco inglês de investigação HMS Beagle, ofereceu-lhe passagem e acomodações em sua cabine para que se dispusesse a participar da expedição como naturalista, sem remuneração, o que de pronto foi aceito por ele.²⁵

Na viagem que perdurou por cinco anos, estabeleceu o curso de seu trabalho futuro, tendo criado a teoria da evolução²⁶, em uma atmosfera totalmente particular. Partiu das idéias de Aristóteles, que foi o primeiro grande biólogo²⁷, pois, acreditava que havia possibilidade de encaixar todos os seres vivos em uma hierarquia, lançando um modelo teleológico, onde os processos biológicos contariam com um fim interno que os orientaria e os dirigiria²⁸. Essa hierarquia ficou conhecida como *Scala Naturae* (escada da natureza), na qual as criaturas

²⁴ Ibid., p. 11/14 (DARWIN).

²⁵ Ibid., p. 11/14 (DARWIN).

²⁶ Mesmo tendo publicado várias obras, Charles Robert Darwin, se tornou conhecido em virtude de sua polêmica obra “Origem das Espécies”, na qual fundou as bases da teoria moderna da evolução das espécies.

²⁷ CORDON, Juan Manuel Navarro. MARTÍNEZ, Tomas Calvo. Tradução: Alberto Gomes. **História da filosofia: dos pré-socráticos à idade média.** 1.v. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 52. *“Aristóteles dedicou-se longamente à biologia e não restam dúvidas de que os processos biológicos são os mais difíceis de interpretar de um modo puramente mecanicista. Os processos biológicos parecem presididos por uma finalidade interna que os orienta e dirige. O modelo aristotélico da natureza – baseado na biologia – é, pois, um modelo teleológico.”*

²⁸ SCIACCA, Michele Federico. Tradução: Luís Washington Vita. **História da filosofia: Antigüidade e idade média.** V.I São Paulo: Mestre Jou, 1962, p. 103. Baseado no pensamento aristotélico, sobre o assunto veja-se: *“A natureza física é um sistema orgânico e hierárquico de seres viventes; as formas inferiores são graus preparatórios das superiores e o todo está disposto consoante um fim único. O finalismo é o traço fundamental da física aristotélica. ‘A natureza nada faz sem finalidade’ e ‘tende sempre ao ótimo’. A experiência nos mostra que no mundo existem ordem e conformidade de todas as coisas para um fim, isto é, para a atuação completa da forma. Os graus hierárquicos são quatro: natureza inorgânica, reino vegetal, reino animal, reino humano. No homem culmina e se compendia o devir mas não se detém a hierarquia a qual aponta Deus, perfeição absoluta, que é nossa imperecível aspiração, mas jamais será nossa total conquista.”*

mais simples tinham uma posição inferior, o homem ocupava o topo e todos os outros organismos ficavam em lugar apropriado entre os extremos; Aristóteles pensava que todos os organismos vivos sempre existiram.

Mas, nem sempre foi assim: com a evolução do pensamento, passou-se a acreditar que os seres vivos eram produzidos por criação divina, como mencionavam as Escrituras. Por 2000 anos se acreditou que todos os tipos de animais surgiram na sua forma atual, sendo que um dos mais adeptos dessa teoria da “criação original” foi Carolus Linnaeus (1707-1778), botânico e zoólogo sueco, professor de prática médica, da Universidade de Uppsala, em 1741; professor de botânica, dietética e de medicina (1742), sistematólogo do século XVIII, criador de um método para a classificação de plantas e animais que reformulou a nomenclatura científica e, autor das enciclopédicas obras *Systema Naturae* e *Species Plantarum*²⁹.

No entanto, o pensamento quanto à questão não ficou estagnado, tendo surgido os pré-evolucionistas, dos quais se destaca um cientista francês, Georges-Louis Leclerc de Buffon (1707-1788), que acreditava que as mudanças ocorriam por um processo de degeneração, inclusive afirmando que aperfeiçoamento e degeneração eram a mesma coisa, em razão do fato de que em ambos haveria alteração da constituição original³⁰.

Além das contribuições trazidas pelos biólogos já citados, outros que se dedicavam à disciplina, como por exemplo, Jean Baptiste Lamarck (1744-1829), René Descartes (1596-1650), o monge morávio Gregor Mendel (1822-1884), e ainda, estudiosos da geologia que também tiveram grande importância na

²⁹ CURTIS, Helena. Tradução: Heni Sauaia. **Biologia**. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 1977, p. 01.

³⁰ *Ibid.*, p. 01/11 (CURTIS).

formação da área, uma vez que o estudo sobre a “terra”, acabava por implicar nas questões relativas à vida³¹.

No entanto, cabe ainda mencionar que o estudo da biologia também sofreu modificações de acordo com o interesse do pesquisador subdividindo-a em áreas, com o fito de possibilitar seu maior aprofundamento nas questões relativas ao estudo da vida, proporcionando um aprimoramento de conceitos e informações científicas mais precisas³².

Talvez, possa ser afirmado, ainda, que a descoberta da evolução em biologia, foi extremamente importante, por forçar os cientistas a abandonar a teoria mecanicista que considerava o mundo como uma máquina inteiramente construída pelas mãos de Deus, mas, passando a entendê-lo como um sistema em evolução e constante mudança, no qual havia o desenvolvimento das suas estruturas complexas a partir de formas mais simplificadas, como relatado por Fritjof Capra:

“A noção de evolução surgira na geologia, onde os estudos meticolosos de fósseis levaram os cientistas à conclusão de que o estado atual da Terra era o resultado de um desenvolvimento contínuo causado pela ação de forças naturais durante imensos períodos de tempo. Mas os geólogos não foram os únicos a pensar nesses termos. A teoria do sistema solar, proposta por Immanuel Kant e Pierre Laplace, baseava-se no pensamento evolucionista

³¹ Ibid., p. 01/11 (CURTIS). A autora explica o processo histórico de formação da ciência “biologia”, principalmente dando ênfase à teoria da evolução.

³² JONES, Kenneth C. GAUDIN, Anthony J. Tradução: A. Xavier da Cunha. **Introdução à biologia**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 26/27. Os autores prelecionam: “A biologia pode ser subdividida nos estudos da evolução, crescimento e desenvolvimento, estrutura e função, reprodução, hereditariedade, comportamento, ecologia e biologia molecular. Como se pode esperar, diferentes biólogos estão interessados primariamente em diferentes aspectos do assunto. Alguns estão interessados na evolução dos seres vivos, outros estão interessados em saber como os organismos se desenvolvem e crescem; outros estão interessados no mecanismo da reprodução e hereditariedade e ainda outros estão interessados essencialmente no comportamento e no modo pelo qual os organismos actuam reciprocamente com os seus ambientes. O interesse por diferentes aspectos da biologia é também evidente no facto de que diferentes biólogos irão estudar o mesmo problema de diferentes pontos de vista.”

ou desenvolvimentista; os conceitos evolucionistas foram fundamentais para a filosofia política de Hegel e Engels; poetas e filósofos, indistintamente, durante todo o século XIX, preocuparam-se profundamente com o problema do devir. Essas idéias constituíram o background intelectual para a formulação mais precisa e de mais longo alcance do pensamento evolucionista: a teoria da evolução das espécies, em biologia. Desde a Antiguidade, os filósofos naturais tinham alimentado a idéia de uma 'grande cadeia do ser'. Essa cadeia, entretanto, era concebida como uma hierarquia estática, que começava em Deus, no topo, e descia, através de anjos, seres humanos e animais, até as formas cada vez mais inferiores de vida. O número de espécies era fixo; não mudara desde o dia de sua criação. Como disse Lineu, o grande botânico e classificador: 'Calculamos tantas espécies quantas as saídas aos pares das mãos do Criador'. Essa idéia das espécies biológicas estava em completa concordância com a doutrina judaico-cristã e ajustava-se bem ao mundo newtoniano".³³

E o autor continua:

"A mudança decisiva ocorreu com Jean-Baptiste Lamarck, no começo do século XIX;... ...Lamarck foi o primeiro a propor uma teoria coerente da evolução, segundo a qual todos os seres vivos teriam evoluído a partir de formas mais primitivas e mais simples, sob a influência do meio ambiente. Embora os detalhes da teoria lamarckiana tivessem que ser abandonados mais tarde, ela representou, não obstante, o primeiro passo importante. Muitas décadas depois, Charles Darwin apresentou aos cientistas uma esmagadora massa de provas em favor da evolução biológica, colocando o fenômeno acima de qualquer dúvida. Apresentou também uma explicação baseada nos conceitos de variação aleatória – hoje

³³ CAPRA, Fritjof. Tradução: Álvaro Cabral. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982, p. 65/66.

conhecida como mutação randômica – e seleção natural, os quais continuariam sendo as pedras angulares do moderno pensamento evolucionista. A monumental Origem das espécies de Darwin sintetizou as idéias de pensadores anteriores e deu forma a todo pensamento biológico subsequente. ...A descoberta da evolução em biologia forçou os cientistas a abandonarem a concepção cartesiana segundo a qual o mundo era uma máquina inteiramente construída pelas mãos do Criador.”³⁴

Mas, como já referido, somente estudar a origem da vida e sua evolução no campo biológico não bastava, porque a convivência entre os seres humanos normalmente traz situações que implicam em descontentamento, em alterações, em crises geradas pelas diferenças entre os seres e a falta de respeito a estas, fazendo com que tais acontecimentos necessitassem de valoração e análise quanto aos comportamentos humanos praticados, na busca de uma solução favorável que permitisse uma melhor convivência.

Sem demérito, mas, a utilização apenas da ciência e da técnica, não consegue alcançar a solução dos problemas³⁵, criados em sua grande maioria

³⁴ Ibid., (CAPRA) p. 66/67.

³⁵ SAGAN, Carl. Tradução: Rosaura Eichemberg. **O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro.** 14.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 51/53. Embora a ciência não traga a solução de todos os problemas, essa deve ser divulgada o máximo possível e incentivada sob a opinião do autor: *“Para mim, há quatro razões principais para um esforço combinado que vise a transmitir a ciência – pelo rádio, TV, cinema, jornais, livros, programas de computadores, parques temáticos e salas de aula – a todos os cidadãos. Em todos os empregos da ciência, é insuficiente – na verdade, é perigoso – produzir apenas um grupo pequeno, altamente competente e bem remunerado de profissionais. Ao contrário, uma compreensão fundamental das descobertas e métodos da ciência deve ser divulgada na mais ampla escala. Apesar das inúmeras oportunidades de mau emprego, a ciência pode ser o caminho propício para vencer a pobreza e o atraso nas nações emergentes. Ela faz funcionar as economias nacionais e a civilização global. Muitas nações compreendem essa realidade. É por isso que tantos estudantes de pós-graduação em ciência e engenharia nas universidades norte-americanas – que ainda são as melhores do mundo – vêm de outros países. O corolário, que os Estados Unidos às vezes deixam de compreender, é que abandonar a ciência é o caminho de volta a pobreza e ao atraso. A ciência nos alerta contra os perigos introduzidos por tecnologias que alteram o mundo, especialmente o meio ambiente de que nossas vidas dependem. A ciência providencia um sistema essencial de alerta antecipado. A ciência nos esclarece sobre as questões mais profundas das origens, naturezas e destinos – de nossa espécie, da vida, de nosso planeta, do Universo. Pela primeira vez na história humana somos capazes de adquirir uma verdadeira compreensão desses temas. Toda cultura sobre a Terra tem tratado deles e valorizado a sua importância. Todos nós nos*

pelo próprio agir do homem, por isso, a necessidade de pensar, formar e apreender conhecimentos outros.

O homem tomou consciência de que ele é o problema para si mesmo; colocando-se diante de si e posteriormente, frente à sociedade em que vive. Daí descobriu que há uma tarefa que dificilmente concluirá, porque há algo já realizado e há alguma coisa a realizar, há uma dicotomia entre a razão da existência³⁶ e a razão de preservar essa existência³⁷.

sentimos tolos, quando abordamos essas questões grandiosas. A longo prazo, a maior dívida da ciência talvez seja nos ensinar, de um modo ainda não superado por nenhum outro empenho humano, alguma coisa sobre o nosso contexto cósmico, sobre o ponto do espaço e do tempo em que estamos, e sobre quem nós somos. Os valores da ciência e os da democracia são concordantes. Em muitos casos indistinguíveis. A ciência e a democracia começaram – em suas encarnações civilizadas – no mesmo tempo e lugar, na Grécia dos séculos VI e VII a.C. A ciência confere poder a qualquer um que se der ao trabalho de aprendê-la (embora muitos tenham sido sistematicamente impedidos de adquirir esse conhecimento). Ela se nutre – na verdade necessita do livre intercâmbio de idéias; seus valores são opostos ao sigilo. A ciência não mantém nenhum ponto de observação especial, nem posições privilegiadas. Tanto a ciência como a democracia encorajam opiniões não convencionais e debate vigoroso. Ambas requerem raciocínio adequado, argumentos coerentes, padrões rigorosos de evidência e honestidade. A ciência é um meio de desmascarar aqueles que apenas fingem conhecer. É um baluarte contra o misticismo, contra a superstição, contra a religião mal aplicada a assuntos que não lhe dizem respeito. Se somos fiéis aos seus valores, ela pode nos dizer quando estamos sendo enganados. Ela fornece a correção de nossos erros no meio do caminho. Quanto mais difundidos forem a sua linguagem, regras e métodos, melhor a nossa chance de preservar o que Thomas Jefferson e seus colegas tinham em mente. Mas os produtos da ciência também podem subverter radicalmente a democracia, de um modo jamais sonhado pelos demagogos pré-industriais. Descobrir a gota ocasional da verdade no meio de um grande oceano de confusão e mistificação requer vigilância, dedicação e coragem. Mas, se não praticamos esse hábitos rigorosos de pensar, não podemos ter a esperança de solucionar os problemas verdadeiramente sérios com que nos defrontamos – e nos arriscamos a nos tornar uma nação de patetas, um mundo de patetas, prontos para sermos passados para trás pelo primeiro charlatão que cruzar o nosso caminho.”

³⁶ MAUGHAM, William Somerset. Tradução: Antônio Barata. **Servidão humana**. Porto Alegre: Globo S.A., 1971, p. 242/243. O autor que nasceu em Paris, em 25 de janeiro de 1874 e faleceu em Nice em 16 de dezembro de 1965, também se refere à dúvida humana mencionando que: “O importante, pois, é descobrir o que somos e o nosso sistema filosófico se construirá por si mesmo. Parecia a Philip haver três coisas a encontrar: a relação do homem com o mundo em que vive, sua relação com os homens entre os quais vive e, finalmente, a relação do homem consigo próprio. Traçou um plano pormenorizado de estudo. A vantagem de viver no estrangeiro é que, encontrando-se em contato com os usos e costumes do povo entre o qual se vive, aqueles são observados de fora e percebe-se que não resultam da necessidade, como julgam os que os praticam. Não se pode deixar de descobrir que as crenças para nós indiscutíveis são, para o estrangeiro, absurdas. O ano passado na Alemanha e a longa permanência em Paris tinham preparado Philip para receber os ensinamentos céticos que agora lhe chegavam com tamanha sensação de alívio. Via que nada era bom e nada era mau: as coisas simplesmente se adaptavam a um fim. Eu a Origem das Espécies. O livro parecia oferecer a explicação de muitos pontos que o inquietavam. Era, agora, como o explorador que infere a existência de certos acidentes naturais e, batendo as margens de um largo rio, depara aqui com o afluente que previa, ali com as planícies

Em face dessa dicotomia e a constatação de que o homem é o problema para si mesmo, há a necessidade de se estabelecer o que é ético - se é que há tal possibilidade, pois, os pensadores desde que se concebe o início da ciência filosófica têm se ocupado com a questão, no entanto, sem que se conseguisse esgotar a discussão quanto à temática -, se deve, antes de qualquer outra coisa, entender o que vem a ser ética a partir de uma análise etimológica do termo.

Portanto, ética tem sua origem etimológica no vocabulário grego “*éiticos*” (comportar-se), muito próximo de “*éthos*” (ser sujeito), que se apresenta com dois significados. O primeiro apresentando o significado de “morada” e o segundo de “caráter”, modo de ser adquirido. Sob a égide do primeiro significado,

fértéis e povoadas e, mais além, com as montanhas. Quando se faz uma grande descoberta, o mundo se surpreende ao depois de que ela não tenha sido aceita imediatamente, e mesmo nos que lhe reconhecem a verdade o efeito é sem importância. Os primeiros leitores de A Origem das Espécies aceitaram-na com a inteligência, mas as suas emoções, que são a base da conduta, ficaram intactas. Nascido uma geração após o aparecimento desse grande livro, e depois de já haver passado a fazer parte das idéias usuais muita coisa que escandalizara os contemporâneos da obra, Philip pôde aceitá-la de coração jubiloso. A grandeza da luta pela vida lhe parecia emocionante e a regra moral que ela sugeria concordava com as suas predisposições. Dizia para si mesmo que a força era o direito. De um lado está a sociedade, um organismo com as suas leis de desenvolvimento e autopreservação e, do outro, o indivíduo. A sociedade classifica de virtuosas as ações que redundam em seu proveito, e de viciosas as que a prejudicam. Bem e mal não significam mais do que isso. O pecado é um preconceito de que o homem livre se deve desembaraçar. Na luta com o indivíduo, a sociedade dispõe de três armas: a lei, a opinião pública e a consciência. As duas primeiras podem ser combatidas pela astúcia, única arma do fraco contra o forte – o vulgo exprime isso muito bem quando diz que pecado é ser apanhado nele -, mas a consciência é o traidor dentro dos muros, lutando na alma de cada um em prol da sociedade e levando o indivíduo a imolar-se, num sacrifício irrefletido, à prosperidade do inimigo. Sim, porque é evidente que o Estado e o indivíduo consciente de si mesmo são irreconciliáveis. Aquele se serve do indivíduo para fins próprios, espezinhando-o se é contrariado, recompensando-o com medalhas, honras e pensões se é fielmente servido; este, forte somente na sua independência, move-se no seio do Estado, pagando (por conveniência) certos benefícios recebidos, em dinheiro ou serviços, mas sem sentir a menor obrigação; indiferente às recompensas, pede apenas que o deixem em paz. É um viajante independente que faz uso dos bilhetes Cook porque lhe poupam incômodos, mas olha com um desprezo bem-humorado para os grupos que se entregam ao guia. O homem livre não pode agir mal. Faz tudo o que deseja...quando pode. Sua força é o único estalão de sua moral. Reconhece as leis do Estado e pode infringi-las sem se sentir em falta, mas, quando punido, aceita o castigo sem rancor. A força está com a sociedade. Mas, se para o indivíduo não existe nem bem nem mal, a consciência – parecia a Philip – perde o seu poder. E foi com um grito de triunfo que, segurando a velhaca, expulsou-a de si. Isso, entretanto, não o aproximou do sentido da vida. Por que o mundo fora criado e para que nasciam os homens? Essa questão continuava tão insolúvel como sempre. Seguramente devia haver alguma razão.”

³⁷ RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Biodireito: alimentos transgênicos**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2002, p. 25.

podemos afirmar que o homem traz consigo a possibilidade de consciência, dependendo das relações sociais que vivenciar, residirá nele à noção do que seja certo ou errado. O ser humano pode adotar caminhos diferentes, mas, jamais poderá viver sem optar por um caminho³⁸.

Mas, o apontamento da origem etimológica do vocabulário em questão, serve para situá-la num contexto histórico, entretanto, não significa reduzir o pensamento somente quanto a definições/conceituações de forma a determinar seu enrijecimento, o que é corroborado pelo pensamento de Hannah Arendt:

“As próprias palavras que usamos para as questões em discussão, ética e moral, significam muito mais do que a sua origem etimológica indica. Não tratamos de costumes, maneiras ou hábitos, nem mesmo de virtudes no sentido estrito do termo, pois as virtudes são o resultado de algum treinamento ou ensinamento. Antes tratamos da afirmação, sustentada por todos os filósofos que já se ocuparam da questão, de que, primeiro, há uma distinção entre certo e errado, e de que essa é uma distinção absoluta, ao contrário de distinções entre grande e pequeno, pesado e leve, que são relativas; e de que, segundo, todo ser humano em sua consciência é capaz dessa distinção.”³⁹

Surge a partir desse pensamento, a questão da consciência, levando ao reconhecimento de que ter ou não ter ética é uma característica da condição humana, do relacionamento do homem primeiramente consigo mesmo e nesse sentido a mencionada autora continua:

“...aqui mais uma vez a linguagem está do lado do eu, assim como estava do lado daqueles que acreditam que todas as questões de moral são apenas questões de costumes e

³⁸ Ibid., (RODRIGUES) p. 25.

³⁹ ARENDT, Hannah. Tradução: Rosaura Eichenberg. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia da Letras, 2004, p. 139.

maneiras. Em todas as línguas o termo consciência significa originalmente não a faculdade de conhecer e julgar o certo e o errado, mas o que agora chamamos consciência de si (consciousness), isto é, a faculdade pela qual conhecemos a nós mesmos, nos tornamos cientes de nós mesmos.”⁴⁰

Mas como já mencionado, há a necessidade de situar a ética dentro de um contexto histórico, portanto, além de sua origem etimológica, a palavra ética advém da linguagem da filosofia, tendo o pensador Aristóteles⁴¹ a usado e feito com que se firmasse, pois, foi a partir da “ética estagirita”, – cabendo lembrar aqui que ética não possui tempo, mas que se trata de um momento da história da evolução do pensamento ético -, que se deu o ponto de partida para as discussões nessa área.

Também, há a necessidade de se demonstrar a importância da “ética” na formação do neologismo “bioética”, porque segundo Aristóteles, toda ação humana visa determinado bem⁴²; finalidade esta que deve ser buscada pelo

⁴⁰ Ibid., (ARENDR) p. 140.

⁴¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. OS PENSADORES - V.2. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

⁴² Ibid., p. 47. (ARISTÓTELES) Em *Ética a Nicômaco III*, Aristóteles frisa: “*Já mostramos que o desejo tem por objeto o fim; alguns pensam que esse fim é o bem, e outros que é o bem aparente. Ora, os primeiros terão de admitir, como consequência de sua premissa, que a coisa desejada pelo homem que não escolhe bem não é realmente um objeto de desejo (porque, se o fosse, deveria ser boa também; mas no caso que consideramos é má). Por outro lado, os que afirmam ser objeto admitir que não existe objeto natural de desejo, mas apenas o que parece bom a cada homem é desejado por ele. Ora, coisas diferentes e até contrárias parecem boas a diferentes pessoas. Se estas consequências desagradam, deveremos dizer que em absoluto e em verdade o bem é o objeto de desejo, mas para cada pessoa em particular o é o bem aparente; que aquilo que em verdade é objeto de desejo é objeto de desejo para o homem bom, e que qualquer coisa pode sê-lo para o homem mau, assim como, no caso dos corpos, as coisas que em verdade são saudáveis o são para os corpos em boas condições, enquanto para os corpos enfermos outras coisas é que são saudáveis, ou amargas, doces, quentes, pesadas, e assim por diante? Com efeito, o homem bom aquilata toda classe de coisas com acerto, e em cada uma delas a verdade lhe aparece com clareza; mas cada disposição de caráter tem suas idéias próprias sobre o nobre e o agradável, e a maior diferença entre o homem bom e os outros consiste, talvez, em perceber a verdade em cada classe de coisas, como quem é delas a norma e a medida. Na maioria dos casos o engano deve-se ao prazer, que parece bom sem realmente sê-lo; e por isso escolhemos o agradável como um bem e evitamos a dor como um mal.*”

homem⁴³, na sua atuação, na sua intervenção prática racional, não como algo individual, particular, mas sim, como um objetivo comum, de todos os homens.

Não se pode esquecer, no entanto, que de um modo geral as palavras, ética e moral são utilizadas como sinônimas, embora não o sejam. A palavra “ética” que já teve sua origem etimológica apontada, jamais pode ser confundida com a palavra “moral”, pois, esta tem sua origem etimológica do latim “morus” (mos-mores), designando os costumes, a condição de vida, as regras de comportamento; num sentido amplo, remete ao agir humano, à consciência⁴⁴, aos comportamentos cotidianos e às escolhas existenciais⁴⁵.

⁴³ DUMONT, Jean-Paul. Tradução: Georgete M. Rodrigues. **Elementos de história da filosofia antiga**. Brasília: UNB, 2004, p. 476/477. Fazendo referência ao pensamento aristotélico, o autor explica: “Aristóteles conclui suas análises: *é o bem que deve ser o objeto do querer (boulésis), isto é, da preferência voluntária tornada racional.*”

⁴⁴ Op.Cit. Nota 39 (ARENDDT), p. 162/163. É interessante a maneira como a autora vislumbra a questão moral: “A moralidade diz respeito ao indivíduo na sua singularidade. O critério de certo e de errado, a resposta à pergunta: ‘O que devo fazer?’, não depende, em última análise, nem dos hábitos e costumes que partilho com aqueles ao meu redor nem de uma ordem de origem divina ou humana, mas do que decido com respeito a mim mesma. Em outras palavras, não posso fazer certas coisas porque, depois de fazê-las, já não serei capaz de conviver comigo mesma. Esse viver-comigo-mesma é mais do que a consciência de mim mesma (consciousness), mais do que a ciência de mim mesma (self-aware-ness), que me acompanha em qualquer coisa que faço e em qualquer estado em que me encontre. Estar comigo mesma e julgar por mim mesma é articulado e tornado real nos processos de pensamento, e todo processo de pensamento é uma atividade em que falo comigo mesma a respeito de tudo o que me diz respeito. Passarei a chamar o modo de existência presente nesse diálogo silencioso de mim comigo mesma de estar só (solidude). Assim, o estar só é mais do que os outros modos de estar sozinha, é diferente desses outros modos, particularmente e principalmente da solidão (loneliness) e do isolamento. O estar só significa que, apesar de estar sozinha, estou junto de alguém (isto é, eu mesma). Significa que sou duas-em-uma, enquanto a solidão e o isolamento não conhecem esse tipo de cisma, essa dicotomia interior em que posso fazer perguntas a mim mesma e receber respostas. O estar só e sua atividade correspondente, que é o pensar, podem ser interrompidos pelo fato de alguma outra pessoa se dirigir a mim ou, como em toda outra atividade, por eu fazer alguma outra coisa, ou pelo puro cansaço. Em qualquer desses casos, as duas que eu era em pensamento tornam-se novamente uma.”

⁴⁵ MACINTYRE, Alasdair. Tradução: Jussara Simões. **Depois da virtude**. Bauru: EDUSC, 2001, p. 76/77. Fazendo alusão à palavra moral, o autor aponta: “Em latim, bem como em grego antigo, não existe nenhuma palavra corretamente traduzida pela nossa palavra ‘moral’; ou melhor, essa palavra não existia até que a nossa palavra ‘moral’ foi traduzida para o latim. É certo que ‘moral’, assim como sua ancestral grega ‘êthikos’ – Cícero inventou ‘moralis’ para traduzir a palavra grega em *De fato* – significa ‘pertencente ao caráter’, donde o caráter humano nada mais é que suas disposições de comportar-se sistematicamente de determinada maneira, e não de outra, para levar determinado tipo de vida. As primeiras ocorrências de ‘moral’ em inglês são traduções do latim e evoluem para seu próprio uso como substantivo, donde ‘a moral’ de qualquer trecho literário é a lição prática que ela ensina. Nessas primeiras ocorrências, ‘moral’ não se compara com palavras como ‘prudente’ ou ‘egoísta’, nem com palavras como ‘legal’ ou ‘religioso’. A palavra da qual mais se aproxima em significado talvez seja simplesmente ‘prático’.”

Em que pese à existência da “ética” e da “moral”, estas não satisfizeram as necessidades de reflexão criadas pelos seres humanos, no que diz respeito a como estes devem conviver, principalmente sendo insuficientes no que diz respeito aos critérios utilizados para a saúde humana; o neologismo “bioética” surgiu então para atender a essa lacuna existente frente às questões ligadas a vida, como um ramo da filosofia moral. Mas, a bioética se for utilizada a partir da dogmática, também não irá atender aos anseios humanos pelos mesmos motivos referentes à ética, apontados por Martin Heidegger.

Com relação à ética, Martin Heidegger, em sua obra *Sobre o Humanismo*⁴⁶, que foi um texto reelaborado de uma sua carta escrita em 1946, em resposta a algumas indagações de Jean Beaufret, assim se posiciona:

“... quando se pensa a Essência do homem de modo tão Essencial – a saber, unicamente a partir da questão sobre a Verdade do Ser -, sem se fazer dele, no entanto, o centro do ente, sente-se também a necessidade de se indicarem preceitos e regras, que digam, como o homem, experimentado a partir da ec-sistência para o Ser, há de viver Historicamente. A exigência de uma ética tanto mais se impõe quanto mais cresce desmedidamente a desorientação (Ratlosigkeit) do homem tanto a oculta como a manifesta. Uma vez que só se pode confiar numa estabilidade do homem da técnica, entregue à massificação (Massenwesen), planejando e organizando em conjunto seus planos e suas atividades, por isso se devem dedicar todos os cuidados e esforços à obrigatoriedade ética. Quem teria o direito de desconhecer a indigência dessa situação (Notlage)? Não deveríamos, então, manter (schonen) e garantir as obrigações vigentes, mesmo que elas só conservem reunidas em si a essencialização do homem de modo precário e apenas limitado às condições atuais? Sem dúvida! Mas, por outro lado, será que essa indigência

⁴⁶ HEIDEGGER, Martin. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. **Sobre o humanismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p. 83/84.

dispensa o pensamento de pensar (gedenkt) o que constitui, antes de mais nada (zumal), o que deve ser pensado e, como o Ser, permanece sendo, antes de todo e qualquer ente, o Penhor e a Verdade? Será que o pensamento pode continuar esquivando-se a pensar o Ser, que, depois de se haver retido, encoberto num longo esquecimento, se anuncia agora, no momento atual do mundo, pela comoção geral de todos os entes?”

Dando continuidade ao seu pensamento, Heidegger confirma que “antes de se tentar determinar, com maior exatidão, as relações entre ‘a ontologia’ e ‘a ética’, faz-se necessário pensar, se o que ambos os títulos evocam, ainda permanece na medida e na proximidade do que se impôs ao pensamento, que, como pensamento, tem de pensar, antes de tudo, a Verdade do Ser! Pois, se, juntamente com todo pensamento segundo disciplinas, ‘a ontologia’ e ‘a ética’ já tivessem caducado e, com isso, nosso pensamento já se houvesse tornado mais disciplinado, o que então, sucederia à questão sobre as relações entre essas duas disciplinas da filosofia? Com a ‘lógica’ e a ‘física’, a ‘ética’ aparece, pela primeira vez, na Escola de Platão. Surgiram no tempo, em que o pensamento se tornou ‘filosofia’, a filosofia se fez episteme (ciência) e a própria ciência se transformou numa tarefa (Sache) de Escolas e de atividades ‘escolásticas’ (Schulbetrieb). Através da filosofia, assim entendida, nasceu a ciência e pereceu o pensamento. Antes desse tempo, os pensadores não conheciam nem ‘lógica’ nem ‘ética’ nem ‘física’. Todavia, seu pensamento não era nem ilógico nem imoral. E a physis, eles a pensaram numa profundidade e envergadura que toda a ‘física’ posterior nunca mais conseguiu atingir. Caso seja permitida semelhante comparação, o dizer das tragédias de Sófocles con-serva e encerra o ethos mais originariamente do que as preleções de Aristóteles sobre a ‘ética’.”⁴⁷

Ainda sobre a ética, Heidegger invoca o fragmento 119 de Heráclito “ethos anthrópo daimon” e explica:

⁴⁷ Ibid., (HEIDEGGER) p. 84/85.

“Uma sentença de Heráclito, que se compõe de três palavras apenas, evoca um vigor tão simples que faz resplandecer diretamente a Essência do Ethos. ...Geralmente se costuma traduzir: ‘a individualidade é o demônio do homem’. Essa tradução pensa de maneira moderna, não de maneira grega. Pois, ethos significa estada (Aufenthalt), lugar de morada. Evoca o espaço aberto onde mora o homem. É a abertura da estada que faz aparecer o que ad-vém, convenientemente, à Essência do homem e, assim ad-vindo, se mantém em sua proximidade.”⁴⁸

Portanto, não bastam somente conceitos como “ética” e “bioética”, mas esses têm que ser pensados de maneira mais rigorosa, com mais cuidado, não de forma aleatória e dogmática.

No que diz respeito à “bioética”, o bem apontado como fim na ética aristotélica está intimamente ligado com todas as questões que digam respeito à preservação e qualidade da “vida”, sendo um novo ramo da filosofia moral⁴⁹, que procura servir de vetor às condutas humanas, procurando o estabelecimento de princípios éticos que a fundamentem.

⁴⁸ Ibid., (HEIDEGGER) p. 85.

⁴⁹ RIOS, André Rangel (et al.). **Bioética no Brasil**. Rio de Janeiro: Espaço e tempo, 1999, p. 57/58. Em artigo intitulado **Problemas e perspectivas da bioética**, Vicente de Paulo Barretto cita que: *“O progresso científico e suas aplicações tecnológicas provocaram o surgimento de um complexo e intrincado conjunto de relações sociais e jurídicas, que envolve valores religiosos, culturais e políticos diferenciados e, também, a construção em torno dessas pesquisas de poderosos interesses econômicos que se refletem na formulação de políticas públicas. As questões éticas suscitadas pela ciência biológica contemporânea referem-se, em primeiro lugar, às interrogações feitas pela consciência do indivíduo diante dos novos conhecimentos e, também, como esses conhecimentos materializados em tecnologias repercutem na sociedade. Esse conjunto de relações pode ser analisado, do ponto de vista ético, sob dois aspectos distintos: em primeiro lugar, considerando que o mais novo ramo da filosofia moral – a bioética – constitui uma 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 esses princípios servem de parâmetros éticos na formulação de políticas públicas, que encontrarão nas normas jurídicas a sua formalização final. Encontramo-nos, assim, diante do problema nuclear do pensamento social, qual seja, o da convivência de duas ordens normativas – a moral e o direito – diferenciadas entre si, mas que mantêm um caráter de complementariedade.”*

Os princípios e regras da moralidade têm por base várias teorias éticas baseadas no pensamento de vários filósofos, com visões acerca dos fatos diversificadas. A “bioética” necessita de algumas dessas teorias para embasar a adoção de um determinado posicionamento frente a um caso concreto suscitado.

A aderência quanto a uma determinada postura não implica no condicionamento a princípios como regras “padrão”, que limitem ao invés de ampliar o campo de atuação daqueles que lidam com questões que envolvem a bioética, mas sim lhes servem como já mencionado de vetores para aqueles que têm o próximo como fim e não utilizando o próximo como meio de se atingir determinados objetivos e interesses outros⁵⁰, que não o respeito à dignidade humana.

O respeito à dignidade e a liberdade humana, - valores intimamente relacionados – têm sua aplicabilidade nas ciências biológicas na saúde do homem, como evidenciado por Jean Bernard:

“O respeito pela pessoa é um dever fundamental. As experiências escandalosas dos médicos nazistas em deportados, tratados como animais de laboratório, não devem ser esquecidas. O respeito do homem pelo homem é uma obrigação incondicional que deve ser mantida face aos perigos do presente. Não se trata de monopolizar as responsabilidades mas de federar as vigilâncias. Respeitar uma pessoa quer dizer antes de mais nada que no meu

⁵⁰ Op.Cit. Nota 45 (MACINTYRE), p. 52. Citando Kant, a respeito de tratar o próximo como fim, o autor menciona: *“Para Kant – e pode-se traçar um paralelo acerca de muitos filósofos morais anteriores – a diferença entre o relacionamento humano que ignora a moralidade e o que segue a moralidade é, precisamente, a diferença entre a relação em que cada pessoa trata a outra principalmente como meio para seus próprios fins e aquela em que cada um trata o outro como um fim. Tratar o próximo como um fim é lhe oferecer o que creio serem boas razões para agir de um modo e não de outro, mas deixando que a outra pessoa avalie essas razões. É não desejar exercer influência sobre a outra pessoa, a não ser por razões que essa outra pessoa julgue boas. É apelar para critérios impessoais, de cuja validade cada agente racional deva ser seu próprio juiz. Por contraste, tratar alguém como meio é procurar transformá-lo em instrumento de minhas finalidades alegando quaisquer influências ou considerações que sejam de fato eficazes para tal ocasião.”*

comportamento com ela devo-me preocupar com a sua liberdade do mesmo modo que com a minha. A bioética coloca assim, em primeiro lugar, os princípios que governam o respeito pela liberdade e o respeito pela dignidade da pessoa. ...Para nomear o que justifica essa obrigação suplementar a linguagem da moral oferece-nos a ajuda de um termo bem conhecido: a dignidade. Idéia, para dizer a verdade, em um sentido inseparável da liberdade. Pois a dignidade não é um fato cuja constatação me constranja, é um valor que decido reconhecer. Idéia que vai mais longe no entanto que as extremidades da pessoa, que chega à estima devido a tudo o que deriva do homem. Se alarga o princípio da humanidade para lá do simples dever, é para melhor entender os requisitos de uma consciência civilizada... ...a dignidade torna-se hoje a gritante reivindicação de inúmeros seres humanos a quem se recusa a liberdade, ultrapassando assim até a pessoa de direito, em conceitos jurídicos onde não é nem suficientemente definida e nem suficientemente protegida. A dignidade é essa luz que sobre qualquer ser humano a liberdade do sujeito moral projeta detrás do horizonte, muito tempo depois do seu ocaso e bem antes de sua aurora. É essa qualidade incorpórea que é preciso associar rigorosamente ao corpo do homem se quisermos encontrar em tudo o que lhe diz respeito a linha ascendente do humanismo.”⁵¹

Com relação à dignidade humana, cabe salientar que a referência aqui feita respeita o fato de que ela não assume uma forma rigorosamente absoluta, não se podendo pensar que retrata uma realidade universal, mas sim, tem sua validade como um direito do homem e para o homem, portanto, se é para o humano não é absoluta, pois, se assim fosse se tornaria vazia, sem qualquer conteúdo⁵². Quando referido de maneira universal, o respeito à dignidade humana

⁵¹ BERNARD, Jean. **Da biologia a ética**. São Paulo: Editorial Psy II, 1994, p. 163/164.

⁵² KAUFMANN, Arthur. Tradução: António Ulisses Cotes. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p.267/272. O autor fazendo referência aos direitos humanos, faz menção à dignidade humana da seguinte maneira: “...acontece com os direitos humanos o mesmo que acontecia com o antigo direito natural: são universais quando pensados de forma muito

passa a ter uma conotação generalista e, portanto, abstrata, sem que se vislumbre a sua efetivação.

Do momento em que se pretenda atribuir um conteúdo à dignidade humana, a partir de dados reais e concretos, esta se tornará relativa, principalmente ante o fato de que para que haja a sua determinação é necessário se ter uma determinada imagem do homem e essa é relativa, dependendo do olhar que se tenha do mesmo⁵³.

Embora haja essa constatação, de que é utópico se alcançar uma base sólida de consenso universal⁵⁴, não se pode pensar a bioética a não ser a partir de um respeito à dignidade humana, que será observada a partir de um contexto situacional, ou seja, a partir de um direito pessoal relacionado com o direito dos outros; há uma dignidade humana comum, porém, há também, uma diversidade cultural pré-existente que qualquer ser humano já encontra quando lhe brota a vida.

Tanto que a “Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos”, que versa sobre o estabelecimento de princípios e valores fundamentais para as pesquisas em seres humanos, com relação à genética e à biologia e, a aplicação dos resultados das mesmas, promulgada pela UNESCO

abstracta; quanto mais referidos a dados reais e mais concretizados, tanto mais contingentes e relativos se tornam. ...O direito de uma pessoa à vida e à dignidade não é, quando expresso dessa forma tão geral, discutido por ninguém. ...a dignidade humana não escapa à mesma contingência e relatividade logo que se pretenda dar-lhe conteúdo. Só quando não se atribui à dignidade humana qualquer conteúdo, é que ela é absoluta, mas nesse caso torna-se também vazia.”

⁵³ Ibid., (KAUFMANN), p. 268/269.

⁵⁴ GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo. (Organizadores). Tradução: Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003, p. 481/486. Em artigo intitulado **Dignidade... alma secreta da bioética?**, seu autor Hubert Lepargneur, ressalta que há uma relativização no conceito de dignidade humana, apontando a crise que a envolve e que acaba por determinar seu perecimento. No entanto, esse autor propõe um outro tipo de posicionamento para aqueles que segundo ele respondem que o ser humano não pode perder a dignidade e assim menciona como conclusão: “*Vão responder: Mas o ser humano não pode perder a dignidade. Tal não foi a posição do Concílio Vaticano II quando promulgou na constituição Gaudium et Spes (n.327): ‘Somos expostos à tentação de pensar que os nossos direitos pessoais só estão plenamente garantidos quando nos desligamos de todas as normas da Lei divina. Por este caminho, porém, longe de ser salva, a dignidade da pessoa humana perece’.*”

(United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) em sua 29ª. Reunião (Conferência Geral da UNESCO), no ano de 1997, trouxe em seu artigo 2º, alínea “a”, que - depois de colocar em evidência na alínea “b” que cada indivíduo tem direito à sua dignidade independentemente de suas características genéticas -, essa dignidade impõe não reduzir os indivíduos a suas características genéticas e respeitar o caráter único de cada um e a sua diversidade⁵⁵.

Isso significa o que Edgar Morin denomina e entende por “unidualidade”, explicando que:

“O humano é um ser a um só tempo plenamente biológico e plenamente cultural, que traz em si a unidualidade originária. É super e hipervivente: desenvolveu de modo surpreendente as potencialidades da vida. Exprime de maneira hipertrofiada as qualidades egocêntricas e altruísta do indivíduo, alcança paroxismos de vida em êxtases e na embriaguez, ferve de ardores orgiásticos e orgásmicos, e é nesta hipervitalidade que o Homo sapiens é também Homo demens. O homem é, portanto, um ser plenamente da cultura, seria um primata do mais baixo nível. A cultura acumula em si o que é conservado, transmitido, aprendido, e comporta normas e princípios de aquisição.”⁵⁶

Também os representantes da “Rede Européia de Cooperação Científica: Medicina e Direitos do Homem”, da Federação Européia das Redes Científicas, se manifestaram com relação aos “atributos da dignidade humana”, da seguinte maneira:

“Quais são, no domínio da saúde, os valores consensuais, complementares aos direitos do homem e à dignidade do

⁵⁵ **La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: de los principios a la práctica.** 3 de Febrero de 2000, UNESCO, p.03.

⁵⁶ MORIN, Edgar. Tradução: Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. **Os sete saberes necessários à educação do futuro.** 3.ed. São Paulo: Cortez/UNESCO, 2001, p. 52.

corpo dependente da dignidade humana, que vão motivar o *ethos*? O ser humano, indivíduo único não explorável, é o único ser vivo que possui uma autonomia de reflexão, decisão, acção e responsabilização. A sua razão, prudência, respeito pela humanidade do próximo orientam-no. Para uma microética das relações tratador-tratado, são necessárias a informação completa adaptada ao paciente, a sua livre escolha, a procura de uma determinada parceria. Numa equipa auxiliar, a informação, a concertação, o facto de se ter em consideração o pluralismo de opiniões são a conseqüência. O respeito pela humanidade do próximo e pelos direitos do homem induz a uma procura de equidade, solidariedade e beneficência numa macroética da saúde pública.”⁵⁷

No entanto, alcançar uma “macroética” da saúde pública, para a Rede Européia de Cooperação Científica não é tão simples, pois, “a aplicação destes valores efectua-se pela intervenção do *ethos* pessoal”⁵⁸, ou seja, encontra dependência na conscientização individual dos seres humanos, que é diversificada por influência dos valores culturais adotados.

Para que haja um aprofundar acerca da questão, citando Espinosa - ‘As almas não são vencidas pelas armas, mas pelo amor e generosidade’⁵⁹ -, os representantes dessa rede tentam superar as diferenças existentes, quando afirmam que “tais valores humanos resultam de fontes diversas, religiosas, culturais, filosóficas, durante muito tempo formais, por vezes controversas, actualmente submetidas a provas determinantes dos avanços terapêuticos e biotecnológicos. O hinduísmo, o taoísmo, o confucionismo, o budismo, o judaísmo, o cristianismo, o islão, admitem a primazia do ser humano, a sua unicidade, aliança com um plano divino; exigem o respeito pela sua vida e condenam seu

⁵⁷ REDE EUROPEIA DE COOPERAÇÃO CIENTÍFICA: MEDICINA E DIREITOS DO HOMEM. DA FEDERAÇÃO EUROPEIA DAS REDES CIENTÍFICAS. Tradução: Maria Teresa Serpa. **A saúde face aos direitos do homem, à ética e às morais.** Lisboa: Instituto Piaget, p. 34.

⁵⁸ Ibid., (REDE EUROPEIA), p. 34.

⁵⁹ Ibid., (REDE EUROPEIA), p. 34.

assassínio. O Antigo Testamento, por exemplo, afirma a preexistência, acima de qualquer lei, da aliança fundadora de normas entre Deus e o seu povo. Jesus de Nazaré proclama a igualdade de todos os homens relativamente a Deus, do qual representam a imagem, o que institui a sua dignidade. Em nome dos seus deuses específicos, Hipócrates, cinco séculos antes de nossa era, médico grego de Cos, Avicena, nascido em 980, médico-filósofo árabe (Ibn Sînn), no seu célebre *Canon de la médecine*, Maimonide, médico-filósofo judeu nascido em Córdoba, em 1135, nos seus *Aphorismes de la médecine*, promulgaram nas civilizações greco-romanas e nas delas resultantes, bem como nas civilizações árabes e judaicas, recomendações solenes aos médicos: um respeito absoluto pelos pacientes, pela sua vida, nunca os prejudicar, a confidencialidade, o respeito pelos mestres”⁶⁰.

Com respeito a tais critérios a Rede Européia de Cooperação atesta que “estes valores humanos tradicionais, pessoais e comuns, contribuem bastante para uma bioética que regula as biotecnologias e novas terapêuticas, e não, como alguns acreditam, para uma bioética resultante e dependente das biotecnologias”⁶¹, no entanto, essa contribuição somente é possível a partir do homem, através de uma atribuição de sentido que será por ele dada, às questões pertinentes a vida que dependerá de sua pré-compreensão acerca dos valores.

A Rede Européia de Cooperação Científica “Medicina e Direitos do Homem”, foi criada pela Assembléia Parlamentar do Conselho de Europa, membro da Federação Européia das Redes Científicas (FER), com a finalidade de analisar o comportamento possível dos profissionais de saúde relativamente a situações que colocam problemas no plano ético, sendo que a maior obra do Conselho de Europa no domínio dos direitos do homem é a Convenção Européia dos Direitos do Homem, criada em Roma, no dia 04 de novembro de 1950.

Com relação à medicina e à biologia, o Conselho de Europa reconhece que ocorreram progressos gigantescos, que proporcionaram diversos

⁶⁰ Ibid., (REDE EUROPEIA), p. 34/35.

⁶¹ Ibid., (REDE EUROPEIA), p. 34/35.

benefícios à saúde e ao bem estar dos seres humanos, mas por outro lado, geraram controvérsias que necessitam serem discutidas, dentro de um espaço de diálogo, que permitam aos profissionais de saúde, investigadores, associações, pesquisadores, responsáveis governamentais, parlamentares, ou seja, todos os envolvidos nessas questões, um amplo debate, que se estende da “microética” a “macroética”, buscando alcançar possíveis soluções nas sociedades democráticas que mais benefícios trouxeram para os seres vivos.

Nessa busca de soluções, foi realizado um diálogo no ano de 1996, no qual o Conselho de Europa, através do Comitê Diretor para a Bioética, elaborou um conjunto de princípios normativos que acabou sendo publicado, como primeiro texto normativo internacional deste cunho.

Portanto, como já referido anteriormente, a adoção de teorias e critérios para a bioética foi uma tentativa de fornecer aos bioeticistas vetores para a sua atuação; dentre várias teorias éticas criadas, as que mais se destacaram com relação à sua utilização pela “bioética” foram: teoria ontológica, teoria deontológica⁶², teoria diceológica⁶³, teoria utilitarista, teoria axiológica e a teoria personalista⁶⁴.

⁶² CLOTET, Joaquim (Organizador). **Bioética: seleção de textos apresentados no III Congresso Brasileiro de Bioética do Cone Sul, Porto Alegre, RS. Conteúdo: Meio ambiente – saúde pública – novas tecnologias – deontologia médica – direito – psicologia – material genético humano.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 59/66. No artigo Deontologia médica e bioética, de autoria de Genival Veloso de França, resta claro que a teoria deontológica era a princípio voltada somente para a profissão médica, mas que com a evolução do pensamento essa postura foi se modificando e a questão deontológica foi se ampliando, como demonstra: “..., a *Deontologia Médica vai pouco a pouco se transformando num projeto de interesse de todos, pois a vida e à saúde não são apenas do interesse dos médicos e de suas corporações, mas também de todos os segmentos da sociedade. Algumas das posições antes assumidas pelos médicos foram esquecidas e outras questionadas, sendo certamente reformuladas com o passar do tempo, pois muitas serão as pressões para isto. 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 dos seus familiares, vai sendo paulatinamente substituída por outra onde 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.*”

⁶³ SEGRE, Marcos (Organizador). **Bioética.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 1995, p. 27. O autor aponta a diferença entre deontologia e diceologia explicando: “*Deontos, derivado grego – significa dever – juntamente com logus – estudo – forma o termo deontologia. É, portanto, a Deontologia um estudo dos deveres de médico. Dentro da conceituação acima exposta, de Ética e*

De acordo com o pensamento de Guy Durand, essas teorias não deveriam ser referidas como “teorias” ou “escolas”, mas sim, como “correntes”, uma vez que dentro de cada corrente é possível se distinguir várias teorias, pensadores ou escolas e ainda, explica que a corrente ontológica é a mais antiga de todas, tendo por embasamento os pensamentos de Aristóteles e São Tomás de Aquino, em relação à qual todas as demais se situam.

No entanto, com relação às questões bioéticas e a presente pesquisa, não se tem como adotar de forma restrita uma destas teorias/correntes, enrijecendo o pensamento, deixando-o adstrito a uma única forma de concepção de idéias, numa época em que vige o pluralismo de perspectivas e posicionamentos, deixando no ostracismo o solipsismo em virtude da conscientização humana de que não há um único conhecimento ou teoria que seja exclusivamente correta para as questões humanas⁶⁵, mas sim, o que deve ser observado é o método de interpretação utilizado para resolução das questões suscitadas.

Essas servem de referência à formação histórica da bioética, que não podem ser relegadas por razões óbvias, mas devem ser trazidas para que se possa demonstrar que somente a adoção das mesmas não foi suficiente e continua a não bastar para que haja à efetivação/concretização da bioética, que

de Moral, poderíamos chamar a Deontologia Médica de moral médica, isto é, o elenco das obrigações que o médico tem, porque assumiu, com o seu 'mundo profissional': o paciente, a família do paciente, a sociedade em geral, o colega, o Estado. A Deontologia, cabendo a conceituação para o exercício profissional dentro de qualquer uma das prestações de serviços de saúde, será uma questão de 'dever ser', de acordo com o que definimos, e defendemos, para a postura ética individual, internamente assumida e progressivamente amadurecida. Por outro lado, a Diceologia – dikeos, em grego, significa direito – será a moral dos direitos. Assim, como já vimos, a Deontologia é a codificação dos deveres profissionais, e a Diceologia será a codificação dos direitos profissionais.”

⁶⁴ Op. Cit. Nota 2 (DURAND), p. 273/282. O autor em sua obra explica cada uma das teorias mencionadas, no entanto, relata que: “..., vários pensadores da bioética se referem a essas teorias, julgadas úteis porque são justificadoras e fundamentais. Como há um contexto pluralista, poucos são os que expõem apenas uma teoria ética. A maior parte apresenta duas ou três teorias principais sem escolher muito entre elas, indicando às vezes as conseqüências de cada uma delas sobre uma determinada questão de bioética.”

⁶⁵ BACHELARD, Gaston. Tradução: Joaquim José Moura Ramos. **A filosofia do não: filosofia do novo espírito científico**. 5.ed. Lisboa: Editorial Presença, 1991, p.46.

somente poderá ter uma chance de ocorrer mediante o apontamento dos fundamentos constitucionais que lhe servem de sustentáculo, tidos assim, a partir da adoção de um critério hermenêutico filosófico.

A adoção de teorias ou princípios dependerá da análise realizada a partir de uma questão bioética por um dos modelos hermenêuticos existentes, no entanto, a proposta do presente trabalho consiste em apresentar os fundamentos constitucionais da bioética a partir do método hermenêutico filosófico. A utilização deste método se apresenta como o mais eficaz e apto, a atender aos anseios de uma sociedade que tem que conviver com os avanços incontidos da ciência e da tecnologia⁶⁶ e com uma complexidade que lhe é inerente⁶⁷, porém, sem ter a pretensão de encontrar uma garantia absoluta e, portanto, atemporal, para o sistema jurídico, mas apontar os fundamentos constitucionais como os únicos capazes de garantir um espaço concreto para a bioética.

Com relação à adoção de alguns princípios pela bioética, sua utilização nas ciências do comportamento e na biomedicina teve seu início a partir do Relatório de Belmont, publicado depois de quatro anos de discussão por pesquisadores participantes da *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, comissão esta, criada no início dos anos 70 pelo congresso americano que serviu de embasamento à teoria

⁶⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira (Coordenador). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro, 2004, p. 224/225. Em artigo contido dentro da citada obra, intitulado **Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética**. José Alfredo de Oliveira Baracho, conclui que: “As questões da macrobioética e de uma microbioética levam aos problemas dos métodos da bioética, com a averiguação para saber se ela tem um método próprio. A estrutura da ética aplicada em concreto da bioética está adotada numa circularidade própria decorrente de uma hermenêutica crítica, com a preocupação da interdisciplinariedade de sua prática. As relações entre a ética e o direito têm uma longa história que conduzem a uma bioética da responsabilidade, ao formular a responsabilidade decorrente de suas aplicações.”

⁶⁷ ARNAUD, André-Jean. DULCE, María José Farinas. Tradução: Eduardo Pellew Wilson. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 284/297.

principlista⁶⁸ desenvolvida por Tom L. Beauchamp e James F. Childress a partir de sua obra “Princípios de Ética Biomédica, publicada em 1979⁶⁹”.

O sentido da obra foi à criação de uma ética médica baseada nos princípios: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, que serviriam como um esquema teórico de moral objetivando a identificação, a análise e a solução mais adequada às questões morais a serem enfrentadas pela medicina.

Tais princípios, apesar de não serem absolutos, devem ser respeitados e conhecidos, em razão de sua importância no estudo da bioética, como sendo um critério primário, ante o fato de que através deles se pode ter uma noção de quais são as obrigações que devem ser cumpridas pelos profissionais que lidam com questões de bioética, no sentido de se resguardar, proteger a dignidade e a vida humana⁷⁰.

⁶⁸ DINIZ, Debora. GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 25. As autoras relatam que: “... a teoria principlista, termo genérico pelo qual ficou conhecida a teoria dos quatro princípios éticos elaborada por Beauchamp e Childress, constituiu-se a teoria dominante da bioética por cerca de duas décadas, confundindo-se, inclusive, com a própria disciplina. Vale lembrar que muitos autores consideram um erro conceitual denominá-la teoria principlista, uma vez que as teorias de ética prática ou aplicada farão sempre referência a princípios éticos como bases norteadoras para os conflitos morais, ou seja, em alguma medida, quase todas as teorias da bioética seriam também teorias principlistas. Apesar de esse preciosismo teórico fazer sentido, o uso notório do termo na bioética justifica a referência exclusiva à obra de Beauchamp e Childress.”

⁶⁹ JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 40. Com relação à obra de Beauchamp e Childress, o autor menciona que: “Ela significou uma mudança em relação aos velhos manuais de Ética médica, definidos pela perspectiva do juramento e do código. A obra de Beauchamp e Childress assume o enfoque dos princípios e irá determinar o tipo de fundamentação e argumentação ética assumida pela Bioética anglo-saxônica.”

⁷⁰ SGRECCIA, Elio. Tradução: Orlando Soares Moreira. **Manual de Bioética: I. Fundamentos e Ética Biomédica**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 166/167. A respeito, veja-se: “Indubitavelmente, há elementos de validade nesses três princípios (beneficência-autonomia-justiça) e, se observarmos bem, poderia haver neles uma correspondência com princípios indicados nos números precedentes (respectivamente, o princípio terapêutico, o princípio de liberdade-responsabilidade, o princípio de subsidiaridade). Mas se aqueles nos parecem coerentemente unidos entre si por uma antropologia personalista que os fundamenta, que definitivamente faz referência a um bem integral da pessoa, assim como se deduz da análise de suas características conaturais à sua essência, não ocorre o mesmo com estes, que são muitas vezes tomados como princípios absolutos, sem trazer, sobretudo, esclarecimento do que se deva entender, p.ex., por bem da pessoa ou por autonomia do indivíduo. A relação entre médico e paciente e entre médico e sociedade não pode ter uma única dimensão horizontal que esgote a própria relação: a referência última para todos (médico, paciente, sociedade) deve ser posta fora deles, deve transcendê-los. Assim, somente a referência a um bem objetivo integral pode evitar o grande perigo de se acabar no mais absoluto

Apesar de por si só não bastarem atualmente para embasar os critérios da bioética, os princípios da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, que dão forma à teoria principialista⁷¹, servem, por exemplo, para nortear, justificar e inclusive reconhecer sua falibilidade, quando se analisa, por exemplo, os pareceres das Comissões de Ética ligados ao CREMESP (Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo)⁷², - inclusive possuindo uma “Câmara de

relativismo. A formulação dos princípios sem uma fundamentação ontológica e antropológica torna os princípios estéreis e confusos.”

⁷¹ Há autores, como o bioeticista espanhol Diego Gracia, que entendem que estes princípios podem ser divididos em dois níveis distintos: o privado (autonomia e beneficência) e o público (não-maleficência e justiça). Tal bipartição fica evidenciada quando se verifica que os gestores públicos planejam a saúde pública de maneira a atingir o maior número de pessoas, desta forma fragilizando a utilização do princípio da beneficência em detrimento do princípio da não-maleficência. No entanto, Rafael Dias Marques Nogueira, Conselheiro Federal representando o Estado do Ceará, adverte que: “*De fato, ao analisarmos as diretrizes dos gestores públicos verificamos que planejam a saúde pública com uma medicina que atinja o maior número de pessoas. Com isso, os recursos médicos mais sofisticados ficam de fora, diminuindo a beneficência. Os argumentos utilizados para tanto são os de que é melhor pouco do que nada, ou pouco faz menos mal que nada. Essas justificativas reforçam o princípio da não-maleficência.*” NOGUEIRA, Rafael Dias Marques. **Bioética e o SUS**. MEDICINA – Conselho Federal. Ano XXI – nº 160 – Julho/Agosto/Setembro de 2006, p. 10.

⁷² http://www.bioetica.org.br/legislacao/res_par/integra/34869_00.php

Consulta nº 34.869/00 – Assunto: Sobre critérios de escolha para tratamento de pacientes quando, por exemplo, haja um só equipamento de “ressuscitação” e dois doentes em situação de emergência. Relator: Marco Segre. O consultante Dr. M.T.J., solicita parecer do CREMESP sobre critérios de escolha para tratamento de pacientes quando, por exemplo, haja só um equipamento de “ressuscitação” e dois doentes em situação de emergência. PARECER: Trata-se de situação complexa, em que, qualquer tenha sido a decisão do médico, ela poderá sempre ser questionada. Não será suficiente recorrer-se à teoria dos princípios, de Beauchamp e Childress, que esperavam obter parâmetros de conduta do profissional da saúde, no relacionamento com o usuário de suas atenções, para os diferentes momentos da atividade profissional, inclusive como este. É inútil dizer que o médico não pode assumir o papel de Deus, decidindo quem deve viver ou quem poderá morrer, porque é isso mesmo que ele vai ter que fazer (na ausência de manifestação expressa do Chefe). A tomada de decisão só poderá ser do profissional de saúde, e ele terá de assumi-la, antes e depois, se ela for questionada. Os princípios da beneficência, não maleficência, autonomia e justiça, principalmente os três primeiros, de pouco servirão, uma vez que, supõe-se, o médico desejará beneficiar e não prejudicar a todos, respeitando inclusivamente a autonomia também de todos. O princípio da justiça, este sim, poderá ser de valia: é o que fala da obediência, por parte do profissional, aos usos e costumes (moral) da comunidade, ou à legislação e sua jurisprudência, na sociedade. Obediência essa que poderá até mesmo afrontar os juízos de valores próprios do profissional. Com base na Justiça, o critério de se priorizar o doente que se acha em situação mais crítica (risco maior de morte), é o que deverá prevalecer. Pode-se considerar que, para o menos grave, poderá existir ainda outra oportunidade. A autonomia poderá ser levada em conta quando houver manifestação clara do doente (ou de sua família) o sentido de querer (ou não) ser atendido. A expectativa de maior qualidade e quantidade de vida, é outro critério, que eu colocaria hierarquicamente após os anteriores. Exemplificando (e radicalizando), um paciente oncológico, em fase terminal, ou um idoso, em idêntico estado, será despriorizado no atendimento, com relação a um jovem, traumatizado de crânio, vítima de um acidente. Outros critérios, como os prevalecentes em alguns Estados dos E.U.A., como o de se privilegiar quem não se expôs voluntariamente a riscos (como no caso do uso de cinto de segurança, não ingestão de álcool,

realização de exames periódicos para prevenção de episódios agudos de doenças, etc.), podem até ser considerados, mas afrontam nossa postura ética (no caso, antes de tudo, pessoal). O que não dizer daqueles que, sentindo-se justiceiros, referindo-se a uma Unidade de Pronto Atendimento, não hesitam em sentenciar: “Entre o policial e o bandido, em igualdade de condições, é claro que eu atendo antes o policial!” Mas, o que importa reiterar, é que o profissional de saúde deve, acima de tudo, ter a coragem de tomar posições, defendendo-se depois, se elas forem questionadas. Este é o nosso parecer, s.m.j. Conselheiro Marco Segre. APROVADO NA 2.502ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM 22.09.2000. HOMOLOGADO NA 2.505ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM 26.09.2000.

http://www.bioetica.org.br/legislacao/res_par/integra/43765_01.php

Consulta nº 43.765/01 – Assunto: Transferência de embriões de um determinado casal para uma terceira pessoa sem vínculo familiar. Relator: Conselheiro Cristiano Fernando Rosas. Ementa: A cessão temporária de útero de doadora não pertencente à família da doadora genética, deve ser previamente autorizada pelo CRM não podendo haver caráter de transação comercial ou lucrativa. O presente parecer consulta inicia-se por representação do Dr. R.B. solicitando autorização para transferência de embriões de casal M.S.L.A. de 38 anos e N.F. de 45 anos para uma 3ª pessoa, sem vínculo familiar, 2º casamento de ambas, sem filhos em comum. Relata ainda o consulente que a paciente doadora genética, é hysterectomizada há 3 anos e com desejo de ter filhos, sendo que não possuem nenhum parente próximo para a realização de técnicas de reprodução assistida com a doação temporária de útero. PARECER: O presente parecer deve ser analisado inicialmente sob dois aspectos: o jurídico e o ético. Do ponto de vista jurídico, verificamos não existir até o presente momento legislação disciplinadora do assunto, havendo entretanto, no Congresso Nacional, Projeto de Lei em análise, que estabelecerá normas para o uso das técnicas de Reprodução Assistida. Embora ainda sem legislação regulamentadora, o avanço científico proporcionou a possibilidade de procriação à casais estéreis, antes impossibilitados pelas técnicas tradicionais, sendo a reprodução assistida, procedimento médico lícito, desde que respeitados aspectos técnicos e éticos. Outrossim, as técnicas de Reprodução Assistida (R.A.) como qualquer ato médico deve seguir a vertente ética e ser direcionada pelos princípios da beneficência, não maleficência, justiça e autonomia. Certamente estes princípios bioéticos, serviram de pilares na decisão que estabeleceu a Resolução CFM 1358/92, aliás, única norma técnica disciplinadora existente sobre o assunto. Assim sendo, como qualquer outro procedimento de R.A., este deve seguir os princípios gerais da norma ética para utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas da referida resolução, ou seja, haver efetiva probabilidade de sucesso da técnica e que não se incorra em risco grave de saúde para as pacientes ou descendente, além do consentimento esclarecido através do formulário especial após ampla informação ao casal estéril e doadora quanto as possibilidades, riscos e prognóstico da técnica proposta. Entendendo superados estes passos iniciais, analisaremos a gestação de substituição ou doação temporária do útero. Este aspecto inscrito no inciso VII da referida norma do CFM estabelece: 1. “As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, com parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2. A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.” Assim sendo, não havendo nenhum grau de parentesco entre a doadora genética e a doadora temporária do útero, deve o procedimento ser previamente autorizado por este Conselho Regional de Medicina. Entendemos não ser a norma imperativa e que dê obrigatoriedade de que este procedimento médico, com amplas possibilidades de sucesso se limite apenas nas circunstâncias em que as trocas se estabeleçam entre irmãs. Não há argumentação técnica que sustente e justifique esta condição de parentesco como obrigatória para o procedimento. Certamente, esta limitação fere o princípio da justiça ou equidade de acesso a esta técnica à todas as mulheres. Seguindo este pensamento, estas duas mulheres não seriam respeitadas em sua autonomia e sequer se lhes daria a oportunidade do benefício da técnica. O principal aspecto ético a ser considerado na gestação de substituição é que esta não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, sendo vedada qualquer modalidade remunerada conhecida como “útero ou barriga de aluguel”. Outro aspecto a ser esclarecido à paciente doadora genética e desejosa de ter filhos são as conseqüências para o estado de filiação da criança, não havendo em nosso país jurisprudência sobre o assunto: “A criança com duas mães” – sendo uma mãe genética (que doou seu óvulo para a obtenção do

Bioética” -, que quando é pertinente à análise do caso apresentado, sempre lhes invocam. Tais pareceres são de extrema importância tanto para os hospitais que através dos médicos necessitam a eles recorrerem, como ao Judiciário que também utiliza os pareceres ali emitidos, para melhor fundamentar suas decisões.

Com relação ao princípio da autonomia, este possui um alcance muito mais amplo que o próprio sentido etimológico da palavra autonomia⁷³, que deriva do grego “*autos*” (próprio) e “*nomos*” (regra), que quer dizer autogestão ou autogoverno das cidades-estados independentes gregas, mas sim, está relacionado com a tomada de decisão no cuidado com a saúde, que deve ser norteado pelo consentimento e recusa informados, a veracidade quanto aos fatos que afetam o paciente, a capacidade para decidir e a confidencialidade⁷⁴.

A questão da autonomia é um tema que ocupa um lugar amplo no espaço de discussão da bioética, que está longe de se tornar pacífico, por ser uma

embrião in vitro) e uma mãe gestacional (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz a criança). Deve-se portanto, se firmar claramente um “contrato”, estabelecendo a questão da filiação nesta condição em particular, visto que esta questão é inexistente quando na reprodução por meios naturais. Nestes termos, somos favoráveis à autorização pedida, solicitando que o Dr. R.B. deva seguir as recomendações elencadas a seguir, devendo elas serem enviadas por escrito pelas doadoras genética e de útero e encaminhadas à este Regional, lembrando ser esta uma discussão ética e que não encontra jurisprudência na norma jurídica nacional. As recomendações elencadas a seguir são baseadas em alguns pareceres de outros regionais sobre a questão: 1. Proibição compulsória do “útero de aluguel” ou qualquer forma de remuneração ou compensação financeira da mãe gestacional. 2. Consentimento esclarecido à mãe que doará temporariamente o útero dos aspectos e bio-psico-sociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, e dos riscos inerentes da maternidade. 3. Esclarecimento da impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, mesmo que diante de uma anomalia genética, salvo raras exceções autorizadas judicialmente. 4. Garantia de tratamento e acompanhamento médico e de equipes multidisciplinares se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero até o puerpério. 5. Garantia de registro da criança pelos pais genéticos, devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez, além de “contrato” entre as partes estabelecendo claramente esta situação. 6. Encaminhamento desta documentação assinada pelas partes envolvidas, casal e doadora temporária do útero a este Regional. Este é o nosso parecer, s.m.j. Conselheiro Cristiano Fernando Rosas. APROVADO NA 2.663ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM 31.08.2001. HOMOLOGADO NA 2.666ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM 04.09.2001.

⁷³ **BIOÉTICA.** Revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina. V.6. – nº 1 – 1998 – ISSN 0104-1401. Tema: Simpósio: Os Limites da Autonomia do Paciente.

⁷⁴ BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James F. Tradução: Luciana Pudenzi. **Princípios de ética biomédica.** São Paulo: Loyola, 2002, p. 137/207.

temática polêmica que envolve a capacidade do ser humano⁷⁵ que deverá decidir ou terá que ter um responsável civil legalmente investido, apto a opinar acerca de sua saúde/vida, no que concerne à submissão ou não a um determinado tratamento, ao seu início e viabilidade, manutenção, suspensão, alteração de conduta médica, opção pelo profissional da área médica que terá um caráter personalíssimo, dentre outras técnicas, as quais deverá estar envolvido por exigência das condições de saúde do paciente.

Decorrente da ética biomédica, o segundo princípio que é o da não-maleficência, impõe ao profissional da saúde a obrigação de não produzir dano intencionalmente ao paciente, que engloba não prejudicar e não impor riscos de dano, como exemplo se pode citar: não matar, não causar dor ou sofrimentos, não causar incapacitação, não despojar outros dos prazeres da vida e não causar ofensa⁷⁶.

Com referência à ocorrência de qualquer uma dessas atitudes referidas como exemplo, além de traduzirem uma falta de observância do princípio da não-maleficência, também caracterizam infração de normas legais que tutelam os direitos ali resguardados, implicando na pertinente responsabilização de quem praticar a violação⁷⁷.

⁷⁵ REVISTA BRASILEIRA DE BIOÉTICA - RBB. Volume 1 – nº 4/2005. FORTES, Paulo Antonio de Carvalho em artigo intitulado **Entre o Estado, a sociedade e o indivíduo – uma reflexão bioética sobre noções divergentes de controle social e a saúde pública**, p. 352. *“Pessoa autônoma é a que escolhe livremente as alternativas que lhe são apresentadas e decide o que é bom para ela, de acordo com seus valores, expectativas e necessidades, compreendendo as conseqüências de suas escolhas. Contudo, a autonomia completa é um ideal, pois nas relações humanas e na convivência social existem graus variados de controle, o que não significa que o homem seja um ser pré-programado, que tenha seu destino determinado totalmente por forças sócio-culturais ou mesmo por condicionantes psíquicos. Aceitando que a ação autônoma requer que o indivíduo possa se mover dentro de uma margem própria de decisão e de ação, pois se não pode escolher o que lhe acontece, pode escolher o que fazer diante da situação que lhe é apresentada...”*

⁷⁶ Op. Cit. Nota 74 (BEAUCHAMP), p. 209/279.

⁷⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2.ed. Brasília: Corde, 1997.

O princípio da não-maleficência⁷⁸ está vinculado a uma conduta omissiva por parte do profissional da área da saúde, que deverá pautar a sua postura nesse caso por não praticar qualquer ato que venha a infligir dano intencionalmente ao paciente, não o prejudicando de maneira alguma; o que inclui também, impedir e eliminar qualquer circunstância ou situação que assim se apresente, como explica Marco Fabio Mastroeni:

“Ainda que um ato não traga benefício, pode ser eticamente positivo na medida em que evite danos. Entretanto, a omissão de atos pode ser moralmente reprovável, se desencadeia uma situação lesiva ou mesmo expõe a riscos. Para alguns autores, evitar danos é um postulado fundamental demais para ser discutido. Outros, como Miguel Kottow, afirmam que este princípio cobra sua importância em situações, como quando o risco de causar dano é inseparável de um ato moralmente prescrito segundo outro princípio, quando se trivializa o dano provocado ou quando há dúvida sobre o que é danoso.”⁷⁹

Com relação ao princípio da beneficência, não se confunde com o da não-maleficência, enquanto este consagra a obrigação de não causar dano ao paciente, o da beneficência parte de uma maneira de ser, que consiste em contribuir para o bem estar do próximo⁸⁰.

⁷⁸ Como exemplo do princípio da não-maleficência pode ser citado algumas medidas de saúde pública que acabam por limitar ou restringir liberdades e direitos individuais, tais como às relacionadas às de vigilância sanitária e controle epidemiológico, que têm por escopo a prevenção de danos a terceiros e à coletividade, tais como: interdição por agente sanitário de estabelecimento comercial ou industrial; apreensão de animal doméstico com suspeita de algum tipo de contaminação que ofereça riscos à saúde; notificação compulsória de doenças; determinação de isolamento e quarentena de pessoas contaminadas por vírus; determinação obrigatória de vacinação de crianças, adultos e pessoas idosas para a prevenção de doenças infecto-contagiosas, etc.

⁷⁹ MASTROENI, Marco Fabio. **Biossegurança: aplicada a laboratórios e serviços de saúde**. 2.ed. São Paulo: Atheneu, 2005, p. 280.

⁸⁰ Op. Cit. Nota 74 (BEAUCHAMP), p.281/350.

Pela adoção deste princípio, os profissionais da saúde devem tomar atitudes concretas e positivas no sentido de ajudar os outros e não somente deixar de praticar atos nocivos, como exemplo pode ser citadas medidas de controle social que determinam a proibição de fumar em local público ou fechado, assim como, limitação de venda e controle do consumo de bebidas alcoólicas em rodovias, ou ainda, como praticado em alguns Municípios impedimento da venda de bebidas alcoólicas depois de determinado horário noturno, em estádios esportivos ou quando há jogos da copa do mundo, com a finalidade de coibir brigas e conflitos que tenham como consequência lesões físicas ou homicídios causados pelo excesso de consumo.

Ensina, ainda, Marco Fabio Mastroeni:

“Outro princípio, o da beneficência, é preceito antigo da ética médica, de tradição hipocrática, que envolve a idéia de ação. Refere-se à obrigação ética de promover o bem, prevenir e retirar danos e riscos, maximizar os benefícios e minimizar danos, riscos e custos. Todo ato ético deve ser benéfico tanto para o agente como para o paciente, sendo a realização de um bem ou a satisfação de uma necessidade mais valiosas, é claro, para quem recebe, por ser ele o mais fraco ou necessitado. Deve ser exercido sob a virtude da prudência, a fim de evitar atitude paternalista para com o sujeito/paciente, para que ele não seja ignorado como sujeito moral, que deve ser respeitado e considerado em sua individualidade.”⁸¹

O outro princípio adotado é o da “justiça”, no entanto, vários pensadores tentaram explicar ou desvendar o que é justiça, referindo-se a ela como “equidade” , como um tratamento justo, como propiciar a cada um o que é

⁸¹ Op. Cit. Nota 79 (MASTROENI), p. 280.

seu de direito, mas nenhuma definição consegue alcançar realmente o conteúdo que a palavra sugere.⁸²

Mas, com relação à justiça se pode afirmar que mesmo não sendo possível defini-la, basta para que haja a sua concretização, que ocorra uma pré-compreensão, uma conscientização por parte dos profissionais que lidam com questões que envolvem a bioética, do que é “injusto”, pois, quando se sabe o que não se deve praticar, automaticamente se faz àquilo que irá propiciar o que é justo⁸³.

Atualmente a busca pela realização da “justiça”, ocupa um espaço no que se intitula “controle social”⁸⁴, fazendo com que haja uma prioridade consistente na observância do “princípio da justiça” sobrepondo-o ao “princípio da autonomia”, quando determina que as normas morais e jurídicas, assim como as práticas institucionais, exerçam esse controle que tem seu início com o nascimento da pessoa e seu término com a ocorrência do óbito da mesma, situação em que determina previamente o que é o correto e o que é o incorreto, descrevendo desta maneira o que deve e pode ser feito ou o que não deve e não pode ser feito.

Esses quatro princípios foram os que deram suporte doutrinário para a teoria principialista, fornecendo subsídios iniciais à estruturação da bioética, depois deles outros surgiram, tais como o “princípio da gentileza”⁸⁵, o “princípio da

⁸² Op. Cit. Nota 74 (BEAUCHAMP), p. 351/423.

⁸³ OST, François. Tradução: Paulo Neves. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico.** Coleção Dike. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p.173 e 184. Ensino proposto por Sófocles em antigo adágio, que apesar da sua idade demonstra sua atualidade, pertinência e coerência: *“Minha consciência, e não a consciência, o justo, a lei...O sentimento imediato, ainda irrefletido, a pulsão veemente que alimenta o grito de indignação: ‘É injusto!’ ‘É injusto demais!’ O protesto espontâneo que nos faz abordar o direito por seu lado negativo: se ignoro o que é justo, pelo menos sei o que é o injusto”* e *“ Já foi dito que toda ciência começa por uma recusa; com Antígona, compreende-se que toda justiça origina-se por uma denegação – a recusa da injustiça.”*

⁸⁴ ALVAREZ, MC. **Controle social: notas em torno de uma noção polêmica.** São Paulo em Perspectiva, 2004, p. 18. *“Pode ser compreendido como sendo um conjunto de recursos materiais e simbólicos que a sociedade utiliza para assegurar a conformidade de seus integrantes a um conjunto de valores e regras prevalentes em determinado momento histórico.”*

⁸⁵ **CADERNOS ADENAUER.** Bioética. SOARES, André Marcelo M. **Bioética secular: o princípio da gentileza.** Ano III, nº 1. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, maio, 2002, p.

alteridade”⁸⁶, o “princípio da sacralidade da vida humana”⁸⁷, e atualmente os: “princípio da solidariedade”⁸⁸, “princípio da tolerância”⁸⁹, “princípio da proteção”⁹⁰ e

103/111. A respeito desse princípio veja-se: “Como se pode notar, a bioética deve ser compreendida no plural e nunca no singular. Essa constatação nos defronta com a seguinte questão: como será possível estabelecer um diálogo com pluralidade a partir de uma visão moral particular? A resposta não é fácil, porque para realizar esta tarefa será preciso compreender uma dimensão da bioética que está para além da comunidade moral e da comunidade epistemológica da qual fazemos parte. A bioética originada dessa dimensão pode ser chamada de bioética secular. Quando se fala a partir de uma comunidade moral e de uma comunidade epistemológica específica, é óbvio que fica mais fácil saber o que é certo e o que é errado. ...Finalmente, cabe ainda mais uma pergunta: qual é mesmo o fundamento da bioética secular? A resposta talvez não seja a mais esperada. Pois nem as crenças religiosas e nem a crença em uma razão pura podem fundamentar a bioética secular. Na realidade, em termos de bioética secular resta-nos a gentileza, isto é, a disposição e a boa-vontade de uma razão que, encontrando-se inserida numa conjuntura histórico-cultural concreta, percebe a necessidade de interagir com as diferenças que compõem o mesmo espaço público. ...A gentileza, apresentada aqui como disposição e boa-vontade de dialogar com as diferenças, não deve ser compreendida como algo estranho ou contraditório à razão. Se a racionalidade implica a capacidade de entender a realidade, isso significa que aí estão inclusas as diferenças. Pois, diante de uma razão narcisista, limitada ao entendimento do seu próprio reflexo, é justo afirmar a falta de racionalidade.”

⁸⁶ PESSINI, Leo. DE BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. (Orgs.) **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996, p. 68/74. Em artigo contido dentro da citada obra, intitulado **A alteridade como critério fundamental e englobante da bioética**, Francisco de Assis Correia explica com relação à alteridade: “A pessoa entendida como abertura, relação, comunicabilidade, intersubjetividade é a base, o fundamento preliminar da alteridade. Alteridade (de alter, do latim, outro), ao longo da História da Filosofia, recebeu diferentes sentidos: ser outro, ser do outro, atitude para com o outro, conceito do outro (em sentido geral), problema do outro, problema do próximo, característica do que é dos outros, encontro com o outro, reconhecimento dos outros etc. ...As razões pelas quais propomos a alteridade como critério fundamental e englobante da bioética são: 1) por possuir a alteridade rica fundamental filosófica e, por isso, constituir-se em importante marco e instrumento hermenêutico para a reflexão bioética; 2) por já se encontrar, ainda que velada, na prática médica constituída; urge, agora, desvelá-la e explicitá-la; 3) porque a alteridade não só preenche o vazio deixado pelas limitações freqüentes provocadas pelos critérios de beneficência, de autonomia e de justiça, mas os transcende; 4) porque, com a alteridade, podemos não só traçar um fio condutor de reflexão, mas, também, tematizar toda a bioética; 5) porque satisfaz às exigências éticas atuais de a pessoa ser vista como sujeito e protagonista, usuário crítico, livre e responsável dos serviços de saúde; 6) porque restitui à pessoa sua competência moral; 7) porque salienta um nível de relacionamento interpessoal, ou, ainda, mais amplamente, implica o conjunto das relações do homem com a vida (natureza, flora, vida animal, sociedade humana); 8) porque sensibiliza o reconhecimento dos problemas éticos no âmbito da saúde e da vida de forma recíproca; o ‘outro’ (alter) também ‘sou eu’; 9) porque significa a solidariedade comum e a responsabilidade recíproca; 10) porque se mostra – quando adotada – um critério de transformação nos relacionamentos ... 11) porque rompe com o paternalismo e o absolutismo freqüentes na área da saúde (profissional X cliente), onde o cliente é visto mais como recipiente de ordens; 12) porque torna a relação profissional X cliente uma relação de colaboração em atitude adulta, conferindo respeito mútuo; e 13) porque, enfim, numa sociedade pluralista, isto é, com antropologia e sistemas de valores diversos, a alteridade pode encontrar melhor consenso, pelo valor que representa.”

⁸⁷ DURAND, Guy. Tradução: Porphírio Figueira de Aguiar Netto. **A bioética: natureza, princípios, objetivos**. São Paulo: Paulus, 1995, p. 38. Com relação a este princípio o autor explica: “O respeito pela vida constitui o princípio a que se faz constante referência, pelo menos na cultura ocidental, como justificação de normas morais, de regras do direito, de práticas sociais e direitos humanos. Este princípio tem sua origem em tempos muito antigos: ele se encontra nas

o “princípio da responsabilidade”⁹¹, no entanto, eles servem de vetores dentro de situações particulares, mas não têm o condão de por si mesmos, decidirem

regiões orientais (principalmente o induísmo) e na tradição judaico-cristã. Encontra-se também, e de maneira prestigiada, no juramento de Hipócrates. E não perdeu a sua importância quando a moral e o direito se separaram da religião. O princípio do respeito pela vida repousa principalmente sobre a proibição de matar. Exprime ainda, no mínimo, que a vida humana é um valor importante. Ela deve ser protegida com muito cuidado.”

⁸⁸ BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. Brasília: Letra Viva, 2000, p. 109/112.

⁸⁹ Op. Cit. (KAUFMANN) Nota 52, p. 466/468. O autor menciona que: “...*Deve contudo ser também dito que não é possível simplesmente subsumir sob princípios fundamentais, da ética ou do direito, não se podem deduzir conseqüências concretas a partir deles e só a partir deles. Não existe uma tal ‘ética de subsunção’. Dois princípios desempenham no quadro do presente tema um papel de realce: o princípio da tolerância e o princípio da responsabilidade. O significado do princípio da tolerância torna-se claro a partir das considerações seguintes. Muitas situações decisórias no âmbito da biotecnologia têm implicado um conflito não resolúvel de forma racional. Qualquer que seja a decisão tomada, pode trazer consigo conseqüências negativas. ...Decisivo aqui é o facto de a ética e o direito não oferecerem quaisquer normas consensuais, a partir das quais se possa deduzir com exactidão suficiente, qual a decisão que é correcta em tais situações. Ora se a ética e o direito não estão em condições de fornecer critérios racionais de decisão para tais casos de conflito, então tem que ser tolerada a decisão tomada, qualquer que ela seja. ...Para podermos dominar as nossas actividades futuras, temos de estar abertos ao que é novo. A atitude de estar, por princípio, aberto ao outro e à novidade e, assim, também à investigação no desconhecido, chama-se tolerância. A tolerância possibilita o agir responsável. Assim, o princípio da tolerância tem que ser complementado pelo princípio da responsabilidade.”*

⁹⁰ O princípio da proteção está vinculado à Escola da Bioética de Intervenção que também é denominada “Bioética Dura”, defendida pelos bioeticistas Volnei Garrafa e Dora Porto, sendo um recurso possível ao Estado a fim de justificar a defesa e promoção do bem-estar da população, principalmente à população vulnerável ou carente, que também é referida como ‘excluídos’, visando o combate às injustiças sociais. Entretanto, não se trata de paternalismo estatal, este não se confunde com ‘proteção’, que deve ser o modo de atuar do Estado em conformidade com as determinações preestabelecidas de forma coletiva explicitadas no ‘pacto social’, relacionadas a certas políticas sanitárias.

⁹¹ JONAS, Hans. **Il principio responsabilità: un’etica per la civiltà tecnologica**. Turim: Einaudi, 1990, p. XXVIII. Para o autor, o princípio da responsabilidade ou ética da responsabilidade deve ocupar a base da ética moderna, em razão do extraordinário poder adquirido pelos seres humanos de estarem modificando o ambiente planetário e todos os seres vivos. O princípio da responsabilidade demonstra a sua real importância quando, a partir dele posiciona os seres humanos a não reduzir seu pensamento a uma pergunta ociosa a respeito das conseqüências remotas de um destino ignorado, mas concentrando a ética na pergunta sobre a qualidade moral da ação praticada no momento em que é realizada, na qual o direito do próximo que partilha dessa sorte deve ser respeitado (releitura do texto realizada pela doutoranda). Esse princípio denota uma evolução da bioética, quando por ocasião do IV Congresso Mundial de Bioética, realizado em Tóquio/Japão, no período de 04 a 07 de novembro de 1998, Van R. Potter, em uma vídeo conferência, apresenta uma nova fase da bioética, a qual denominou de “bioética profunda”, definindo-a como “nova ciência ética que combina humildade, responsabilidade e uma competência interdisciplinar, intercultural e que potencializa o senso de humanidade”. Onde enfatiza que: “Humildade é a conseqüência apropriada que segue a afirmação ‘posso estar errado’ e exige responsabilidade de aprender com as experiências e conhecimentos disponíveis”. Texto posteriormente publicado no periódico O Mundo da Saúde, 1998, 22 (6): 370-374.

questões que envolvem a bioética⁹², ou mesmo o poder de determinar que a utilização ou aplicação de qualquer deles terá a força de determinar que exista uma decisão mais correta acerca de algum fato.

Com relação aos princípios gerais de direito ocorre o mesmo, pois, as decisões oriundas do Poder Judiciário não poderão ser fundamentadas com base única e exclusivamente em algum deles, uma vez que não constituem elementos próprios do sistema jurídico, tendo a função de estabelecer a relação entre as normas vigentes e os problemas apresentados, de maneira a lhes conferir coesão, conforme inclusive, corrobora Arthur Kaufmann:

“Está claro que tais princípios são tanto mais contingentes quanto mais concretamente os concebermos e raramente se poderá fundamentar uma decisão apenas com base em um desses princípios. Não se pode expor em abstracto a forma como operam os princípios gerais de direito na argumentação, apenas se podem dar exemplos.”⁹³

⁹² DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. **O equilíbrio do pêndulo a bioética e a lei: implicações médico legais**. São Paulo: Ícone, 1998, p. 55/56. Sobre os princípios veja-se: “Os princípios, por si só, nunca decidem questões éticas, isto é, podemos aferir a força moral dos princípios somente através do estudo de como eles são aplicados e dentro de situações particulares. A aceitação dos princípios citados não descarta a possibilidade de que surjam discordâncias radicais quanto ao objeto de sua aplicação.”

⁹³ Op. Cit. (KAUFMANN) Nota 52, p. 272/274. Citando questões de bioética como exemplo, o autor explica o que disse com relação aos princípios gerais de direito: “1. O princípio *suum cuique tribuere* (Cícero): dar a cada um o que é seu. O mínimo a atribuir a cada um como seu é a sua própria insubstituível vida individual, a sua identidade. Portanto: cada um tem o direito de poder levar uma vida conforme às suas características (salvo naturalmente, quando se trate de uma vida apenas ‘mediocre’ ou ‘defeituosa’. Protecção absoluta da vida. 2. A regra de ouro (‘Sermão da Montanha’ de Jesus). Na sua forma positiva: faz aos outros o que gostarias que te fizessem a ti. Portanto: cuida do bem-estar do teu filho doente, assim como gostarias de ser tratado (e não morto) caso estivesse doente. – Na sua forma negativa: não faças aos outros o que não gostarias que te fizessem a ti. Ou seja, se não gostarias de ser geneticamente manipulado, não defendas nem pratiques a manipulação genética nos outros. Não violência, dever de assistência. 3. O imperativo categórico (Kant): a) Age segundo aquelas máximas que tu possas pretender que sejam erigidas a leis gerais. b) Age de tal modo, que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e nunca apenas como um meio. Se não queres ser mera cópia de outra pessoa, então não promovas a clonagem humana. Autonomia, dignidade humana. 4. O princípio da equidade (John Rawls): Age de tal modo, que todos os envolvidos participem de igual forma, tanto nos benefícios como nos encargos. Portanto: não é justo um projecto de tecnologia genética que apenas traz progresso e utilidade para a maioria, sendo as desvantagens suportadas exclusivamente pela minoria. Tutela das minorias. 5. O princípio da responsabilidade

Com relação ainda aos princípios, estes não têm como ser aplicados de maneira imediata, pois, em alguns casos são dotados de uma enunciação aberta⁹⁴ e abrangente, sem, no entanto, serem vagos, genéricos ou imprecisos, mas servindo de vetores norteadores para o intérprete de regras constantes do ordenamento jurídico⁹⁵, que somente os irá admitir se já possuir uma pré-compreensão dos mesmos.

(Hans Jonas): Age de tal modo, que as conseqüências da tua acção não destruam, ameacem ou diminuam a possibilidade de subsistência da vida humana e do seu ambiente. Por isso: não empreendas tecnologias genéticas cujo desenvolvimento possa implicar um dia danos imprevisíveis para a humanidade. Ética ecológica, ética do futuro. 6. O princípio da tolerância (Arthur Kaufmann): Age de tal modo, que as conseqüências de tua acção sejam concordantes com a máxima prevenção ou diminuição da miséria humana. Portanto: respeita e reconhece também aqueles cuja vida em sociedade parece ter pouco valor e que são cinicamente considerados como 'vidas sem valor': os deficientes, os nascituros, as pessoas em estado terminal. Utilitarismo negativo."

⁹⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Segunda tiragem (com acréscimos). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 17/18. Com relação aos princípios o autor informa: "...os princípios são dotados de um elevado grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrados por meio da interpretação/aplicação, sobretudo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões judiciais e atos administrativos), ao passo que as demais normas (regras) possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa."

⁹⁵ **CONSTITUIÇÃO, sistemas sociais e hermenêutica.** Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Anuário 2005. nº. 2. Orgs. André Copetti, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha (et al.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 142/143. Lenio Luiz Streck adverte: "O novo paradigma do direito instituído pelo Estado Democrático de Direito é nitidamente incompatível com a velha teoria das fontes, a plenipotencialidade dos discursos de fundamentação, sustentada no predomínio da regra e no desprezo pelos discursos de aplicação, e, finalmente, com o modo de interpretação fundado (ainda) nos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. Assim, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição, a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio, e o velho modus interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade. Trata-se, pois, de três barreiras à plena implementação do novo paradigma representado pelo Estado Democrático de Direito. Essas barreiras ficam raízes na concepção positivista de direito, que identifica texto e norma e vigência e validade, ignorando a parametricidade formal e material da Constituição, fonte de um novo constituir da sociedade. Se o positivismo está fundado em um mundo de regras que, metafisicamente, pretendem abarcar a realidade – circunstância que afasta toda perspectiva principiológica, torna-se necessário compreender a origem da diferença entre regra e princípio, porque nela – na diferença – está novamente a questão que é recorrente: pela regra fazemos uma justificação de subsunção (portanto, um problema hermenêutico-filosófico), que no fundo é uma relação de dependência, de subjugação e, portanto, uma relação de objetivação (portanto, um problema exurgente da predominância do esquema sujeito-objeto); já por intermédio do princípio, não operamos mais a partir de dados ou quantidades objetiváveis, isto porque, ao trabalhar com os princípios, o que está em jogo não é mais a comparação no mesmo nível de elementos, em que um elemento é causa e o outro é efeito, mas sim, o que está em jogo é o acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo."

Por essa razão, pode ocorrer a composição de vários princípios, mas não necessariamente com a preponderância ou não de algum deles, mas um servirá de complemento para o outro⁹⁶, portanto, poderá haver a incidência de mais de um princípio, sendo necessária a aplicação de apenas um deles, determinando a desconsideração circunstancial dos demais, quando da análise do caso concreto, indicando que não há primazia absoluta de qualquer princípio⁹⁷.

No entanto, a elaboração de teorias e princípios para a bioética, somente demonstra o interesse do ser humano, por sua própria condição, que não é apenas a de espectador dos acontecimentos científicos e tecnológicos, mas, de membro atuante que possui consciência de sua responsabilidade como formador de mundo⁹⁸.

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 116. Com relação a essa complementaridade: *“Isso significa que, em cada caso, armam-se diversos jogos de princípios, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, umas privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando.”*

⁹⁷ Op. Cit. Nota 94 (ROTHENBURG), p. 36/37. O autor cita como exemplo: *“...Uma ilustração recente também é dada pela Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, dispoñdo ‘sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento’, cujo art. 4º prevê uma presunção de autorização de doação post mortem, ‘salvo manifestação de vontade em contrário’ (que também pode ser externada, na ‘ausência de manifestação de vontade do potencial doador’, pelo pai, pela mãe, pelo filho ou pelo cônjuge, conforme a Medida Provisória 1.718, de 6 de outubro de 1998, que acrescenta um parágrafo 6º a este artigo da Lei), fazendo prevalecer o princípio da solidariedade sobre o da integridade do corpo (ligado a uma concepção egoísta da dignidade e da liberdade); entretanto, o artigo 6º da mesma Lei estabelece: ‘É vedada a remoção ‘post mortem’ de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.’, impondo especialmente o princípio da integridade do corpo (que havia sido afastado antes), tendo em vista que a presunção de autorização não teria como ser elidida – através do exame da carteira de identidade civil ou da carteira nacional de habilitação (art. 4º, parágrafos) – em relação a pessoas falecidas que não se conseguisse identificar.”*

⁹⁸ DE CASTRO, Leonardo. **La bioéthique: un enjeu international**. ACTES DE LA TABLE DES MINISTRES DE LA SCIENCE. Paris, 22-23 octobre 2001 – Organisation des Nations Unies pour l’éducation, la science et la culture, p. 27. *“Le monde d’aujourd’hui est largement façonné par les sciences au sens ou l’entendent les médias populaires, l’industrie, la médecine et, malheureusement, les institutions de la guerre. Leurs progrès affectent radicalement divers aspects de notre vie et modifient notre vision du monde et nos comportements. Nos perceptions et nos aspirations évoluent constamment, tout comme notre vision de nous-mêmes et notre définition de l’humanité. Ce processus de changement s’avère largement libre et spontané mais fort peu démocratique. Si les individus ordinaires sont concernés par leur propre avenir, ils ne peuvent se contenter du rôle de simples spectateurs du drame scientifique. Ils doivent en être des participants actifs pour pouvoir contribuer à l’élaboration de leur destin. Les scientifiques et les technologues ont pour mission de signaler les développements à venir et les options possibles pour le grand public. Mais il incombe à la société tout entière de décider des alternatives à poursuivre et des réponses à apporter aux nouveaux défis à ses valeurs, ses perceptions et ses aspirations. Ce*

Ao se proceder ao apontamento de alternativas há a evidência da evolução do pensamento humano que reconhece que os princípios necessitam de reavaliações constantes visando seu aprimoramento, para que possam servir de embasamento teórico numa possível tomada de decisão, de maneira a atender os anseios e aspirações dos seres humanos, que hodiernamente não querem ocupar o espaço de um objeto que está a serviço da ciência e tecnologia, mas, quer ser respeitado numa atitude inversa, na qual a ciência e a tecnologia se colocam e estão a serviço da humanidade.

Essa reavaliação acerca dos princípios é defendida por Habermas, enquanto uma necessidade para a validação destes que somente irá ocorrer caso os seus destinatários estejam a eles vinculados e assim demonstra quando sugere:

“Ninguém pode ser livre à custa da liberdade de um outro. Pelo fato de as pessoas só se poderem individualizar pela via da socialização, a liberdade de um indivíduo une-se à de todos os outros, e não apenas de maneira negativa, por meio de limitações mútuas. Delimitações corretas, mais que isso, são o resultado de uma autolegislação exercida em conjunto. Em uma sociedade de livres e iguais, todos precisam entender-se, em conjunto, como autores das leis às quais se sentem individualmente vinculados como seus destinatários. Por isso o uso público da razão legalmente institucionalizado no processo democrático representa aqui a chave para a garantia de liberdades iguais. Tão logo os princípios morais se vêem obrigados a assumir uma forma no ambiente do direito coercitivo e positivo, a liberdade da pessoa moral divide-se em uma autonomia pública do legislador e uma autonomia privada do destinatário da lei, e de tal maneira que as duas se pressupõem mutuamente.

besoin d'une implication plus poussée de la société dans l'entreprise scientifique constitue un élément essentiel et central de la bioéthique.”

Essa relação complementar entre o público e o privado não reflete dado algum. Mais que isso, ela é criada conceitualmente pela estrutura do ambiente jurídico. Por isso é tarefa do processo democrático definir sempre de novo e desde o início os limites precários entre o público e o privado, de modo a que se garantam liberdades iguais a todos os cidadãos, sob as formas tanto da autonomia privada quanto da autonomia pública.”⁹⁹

Constata-se, então, que a criação do neologismo levou ao nascimento de teorias e princípios que lhe servem de sustentáculo e suporte, sendo vetores/indicadores de conduta, sem, no entanto, terem o poder de resolver as questões/casos que envolvem a bioética mediante a utilização tão somente deles. Necessitando para tanto do apontamento dos fundamentos constitucionais que lhes dão sustentáculo, possibilitando sua efetivação a partir da adoção do critério hermenêutico filosófico, que terá como ponto de partida uma visão antropológica filosófica, reconhecendo a vida humana a partir de uma dimensão normativa, ou seja, aquela que constitui condição de possibilidade para que o acontecimento “vida” possa ser pensado como vida humana e não como uma “coisa genética”¹⁰⁰.

Os fundamentos constitucionais, que podem ser vistos a partir dos princípios que permeiam a Constituição do Brasil, são capazes de fundamentar a bioética em razão do fato de que estes já trazem implícito em seu conteúdo uma essência moral¹⁰¹, por manifestarem, de maneira expressa, os valores adotados

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002, p.119.

¹⁰⁰ Op. Cit. Nota 16 (STEIN), p. 184.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. Tradução: Luís Carlos Borges. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 7. Com relação aos princípios constitucionais estarem eivados de essência moral, característica do “Estado de Direito”, veja-se como exemplo: *“Chamarei a segunda concepção de Estado de Direito de concepção ‘centrada nos direitos’. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito*

pela sociedade brasileira. Como exemplo é consagrado no texto positivo constitucional à inviolabilidade da vida, no “caput” do art. 5º, como um direito fundamental e em decorrência dessa previsão legal, há uma abrangência dessa tutela a todo o corpo normativo, como uma unidade de sentido que permite haja respeito ao indivíduo em detrimento do Estado, não havendo como dar prioridade ao Estado quando a questão é a vida humana.

A garantia de proteção à vida humana não é tão somente uma determinação legal. O texto legal corrobora que a vida é um direito, o que pressupõe que a vida é um bem anterior à construção positiva do direito (fundamento material), revelando o porque de ser e ter a vida um valor supremo para os seres humanos, o que acaba por ser refletido no sistema jurídico (fundamento formal), de maneira a permeá-lo.

Ainda, a Constituição do Brasil, assegurou a universalidade da saúde que foi uma conquista assegurada ao longo do tempo pelas constantes cobranças ao poder público por parte dos mais variados tipos de movimentos sociais, preocupados com a questão da saúde pública, procurando dessa maneira garantir a qualidade de vida, a perpetuação da espécie humana e a vida num sentido amplo, quando no *caput*, do art. 196, determinou ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, sendo esse direito garantido mediante políticas sociais e econômicas que tenham por objetivo à redução do risco de doença e de outros gravames, através de um acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação¹⁰².

e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique.”

¹⁰² DALLARI, Sueli Gandolfi. **A ética sanitária na Constituição Brasileira.** Revista de Informação Legislativa. 30.v. nº 117. Brasília: Senado Federal, janeiro/março de 1993, p. 419/428. Nessa formulação pode ser percebido o enfoque da justiça social, traduzida no direito de todos com relação aos cuidados em saúde, todavia, adverte que: “...a Organização Mundial de Saúde, em conferência realizada em Alma-Ata (1978), reconheceu que os Estados devem fornecer os meios materiais para a efetivação do direito à saúde.” Portanto, a promoção, proteção e recuperação da saúde humana, deve ser uma preocupação constante do Estado, por ser um dever promover sua efetivação, para tanto, além dos recursos materiais necessários deverá respeitar os ditames constitucionais para que através da legislação possa desenvolver políticas públicas que visem a redução de doenças ou qualquer outro tipo de mal que afete a saúde humana.

No entanto, somente há a verificação dos fundamentos constitucionais, a partir de um critério de interpretação que entenda e acredite num haver prévio de compreensão que através da linguagem tornou possível a inserção de valores já anteriormente conhecidos e ratificados pela sociedade através da Constituição, por essa razão é que Lenio Luiz Streck afirma que a “Constituição constitui”¹⁰³; uma vez adotados tais valores por uma sociedade, tornados evidentes por intermédio dos princípios constitucionais, nada mais correto que vivenciá-los pela observância de seus conteúdos manifesta nas relações entre os seres¹⁰⁴. Afinal, é dessa forma que ficará demonstrada a força normativa da Constituição, consubstanciada no “constituir-a-ação do Estado”¹⁰⁵.

A adoção desse critério hermenêutico se justifica na medida em que os argumentos apresentados por um posicionamento dogmático fundado numa

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.171. Para melhor compreensão do que se quer explicar veja-se: “..., percebemos a Constituição ‘como’ Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição ‘como’ (als) Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência da história efetual (*Wirkungsgeschichtliches Bewusstsein*), nos damos conta da falta (ausência) de justiça social; percebemos a Constituição ‘como’ Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente porque a maioria da população não os têm, ou seja, a linguagem introdutória dos textos relativos aos direitos sociais surgem exatamente a partir de ‘sua’ falta; a Constituição, é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria de seus dispositivos; percebemos, também, que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais e coletivos, mas, mais do que isso, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade; enfim, não é a Constituição uma mera Lei Fundamental que ‘toma’ lugar no mundo jurídico, estabelecendo um ‘novo dever ser’, até porque antes dela havia uma outra ‘Constituição’ e antes desta outras quatro na era republicana..., mas, sim é da Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade.”

¹⁰⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 66. Inclusive, no que diz respeito aos princípios há a advertência de que “Não podemos pretender estudar o texto constitucional positivo de qualquer Estado sem antes identificar os princípios que informam tal documento. Os princípios são regras-mestras dentro do sistema positivo. Devem ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema.” Sendo ainda, que “Os princípios, portanto, determinam a regra que deverá ser aplicada pelo intérprete, demonstrando um caminho a seguir. Podemos falar na existência de uma hierarquia interna valorativa dentro das normas constitucionais, ficando os princípios em um plano superior, exatamente pelo caráter de regra estrutural que apresentam.”

¹⁰⁵ Ibid. (STRECK) p. 168.

visão metafísica, já não atende aos anseios da contemporaneidade, sendo amplamente discutida no âmbito da Filosofia do Direito que não pode se comportar de uma maneira indiferente ou alheia ao movimento perpetrado pelas mais variadas formas de se conceber e pensar o direito¹⁰⁶.

As questões levantadas pela “bioética” necessitam sem dúvida de soluções fornecidas pelos representantes do Poder Judiciário, estas, pautadas nos fundamentos constitucionais existentes, que poderão fornecer subsídios para que haja uma solução mais adequada, a partir de uma análise individualizada e pormenorizada dos fatos; Ronald Dworkin através de seu “método de Hércules”¹⁰⁷, mostra que não é possível vislumbrar-se uma outra situação.

No que diz respeito à bioética e às questões por ela tratadas, somente podem encontrar amparo nos fundamentos constitucionais – principalmente no que diz respeito à proteção a vida humana -, por serem eles aptos a darem sustentáculo à disciplina, por fazerem parte de um sistema jurídico aberto, que torna premente uma decisiva participação (re)criadora do intérprete na circularidade hermenêutica.

¹⁰⁶ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna.** Vol.III. Porto Alegre: Antonio Sergio Fabris Editor, 1997, p.171. Sobre o posicionamento da Filosofia do Direito, o autor adverte: *“Domina na filosofia do direito um saber de antepassados, construído por noturnas rondas ao aristocrático cemitério das erudições àtoa: teorias que descobrem nomes ocultos, classificações e divisões que envelhecem as misérias e os horrores de uma dominação exterminadora, raciocínios que se auto-satisfazem na caça desapiadada das contradições alheias, respostas dadas para tapar um buraco exclusivamente discursivo e pôr a tampa numa panela velha e barulhenta que ferve referve para ninguém. Teia de teias, mandarins feridos pela diferença, embalsamadores que convidam a uma inacabável cópula com um céu que exige ordem e obediência, utopias canônicas que se deleitam acreditando em suas próprias fantasias de controle. Gaiolas de luz construídas para atender exclusivamente satisfações mentais. Vocabulários encarcerados em uma teoria geral obstinada em produzir generalizações abstratas e eunucos políticos. Uma razão morta que serve muito bem a um certo tipo de filósofo do direito, muito mais preocupado em atender suas mesquinhas pessoais que em transformar a sociedade.”*

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 377/424. O autor se posiciona no sentido de vislumbrar a possibilidade de “uma única resposta jurídica correta”, desde que haja a utilização pelo juiz, - que seria uma pessoa cognitivamente privilegiada e por isso poderia confiar em si mesmo -, de critérios morais e do “método de Hércules”, onde *“Hércules interpreta não somente o texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento”, p. 416.*

Sempre há uma decisão correta a ser adotada e buscada pelo intérprete, mas esta deve ser encontrada a partir da superação de um posicionamento já ultrapassado, - por não atender as necessidades epocais da sociedade -, baseado em uma posição dicotômica que enxerga texto e norma como meros fenômenos contrapostos; essa superação é possível a partir da admissão de uma visão ontológica que reconhece uma diferença de cunho filosófico, consistente na existência de um texto e um sentido do texto (norma) que possibilita a construção de uma resposta adequada hermeneuticamente, o que, como consequência, permitirá o resgate do mundo prático já tornado ficção pela arbitrariedade interpretativa perpetrada pelo positivismo¹⁰⁸.

Cabe à hermenêutica filosófica a resolução do problema referente à bioética, que não há de se valer de uma moral corretiva, pois, a moral já existe inserida na Constituição do Brasil¹⁰⁹. No entanto, seu desvelamento somente é possível através da adoção metodológica dessa possibilidade de interpretação não fragmentada e não compartimentada, que torna possível vir a lume o “lócus” da bioética já garantido através dos fundamentos constitucionais existentes.

¹⁰⁸ Op. Cit. (**CONSTITUIÇÃO, sistemas sociais e hermenêutica.**) Nota 95, p.140/142.

¹⁰⁹ Atualmente esse entendimento de que a moral e direito estão entrelaçados, havendo uma essência moral que permeia o direito é defendido por Habermas e enfatizado no confronto dialógico realizado com Apel, em: APEL, Karl-Otto. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. MOREIRA, Luiz. Tradução dos ensaios de Karl-Otto Apel: Claudio Molz. **Com Habermas, contra Habermas: Direito, discurso e democracia.** São Paulo: Landy, 2004, p. 160/161. Veja-se: “*A ambigüidade da posição de Habermas mostra-se, segundo Apel, mais claramente ainda quando ele afirma que não pretende legitimar a forma do direito por meio de uma fundamentação normativa, mas na perspectiva de uma ‘explicação funcional’: trata-se de pensar a relação entre moral e direito no sentido de uma relação sociológica complementar de sentido. Assim, o direito emerge como um mecanismo de compensação para a moral, a fim de compensar as deficiências que surgem hoje com a derrocada da eticidade tradicional. Neste contexto, a moral autônoma só se funda em motivos racionais e, com a passagem para níveis pós-convencionais de fundamentação, dá-se a separação entre a consciência moral e a práxis tradicional habitual. Habermas insiste no contraste entre a capacidade mínima de eficiência na ação de uma racional pós-convencional, entendida cognitivamente, e as tarefas complexas de institucionalização discursiva do sistema do direito. Nesta situação, o direito pode desobrigar o indivíduo dos problemas da fundamentação racional de normas morais e de sua aplicação adequada às situações, ou seja, o direito complementa, na perspectiva da eficiência da ação, a moral racional radicada no saber, porque o direito se estabelece igualmente no nível da cultura e da sociedade e, como tal, ele assume, em nossas sociedades, a função da integração social, antes exercida pela moral.*”

O reducionismo manifesto que se atém à dicotomia texto e norma, sujeito e objeto, que acaba por permitir os mais variados tipos de soluções para casos análogos provocando uma insegurança jurídica, fruto de um positivismo radicalizado, baseado em um conjunto de regras que pretendem metafisicamente resolver todos os problemas e situações reais, com desprezo aos fundamentos constitucionais, foge ao dever ser ético, inserido na Constituição do Brasil, por essa razão devendo ser superado¹¹⁰.

¹¹⁰ Nesse sentido, inclusive, já houve manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal, com relação a uma questão “bioética” apresentada: **MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº. 54/DF**, decisão monocrática, relator Min. Marco Aurélio, Publicada no DJU, Seção I, de 02 de agosto de 2004 e no informativo nº 354 STF de 28 de junho a 2 de julho de 2004.

Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/inteiroteordecordaos

Informativo nº 354

Título: Anencefalia e Aborto (Transcrições)

Artigo:ADPF 54 MC/DF* DECISÃO-LIMINAR ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR - ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99. LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SAÚDE - GRAVIDEZ -INTERRUPÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO. 1. Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta argüição de descumprimento de preceito fundamental considerada a **anencefalia**, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figuras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, segundo a qual são partes legítimas para a argüição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade. Argumenta que, interpretado o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal. Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana - a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde - o completo bemestar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal - artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II -, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública. Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, evoca a Confederação recente acontecimento retratado no Habeas Corpus nº

84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a morte do feto anencefálico sete minutos após. Diz da admissibilidade da ANIS - Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero como *amicus curiae*, por aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99. Então, requer, sob o ângulo acautelador, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia. O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 – como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente. A argüente protesta pela juntada, ao processo, de pareceres técnicos e, se conveniente, pela tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria. À peça, subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, credenciado conforme instrumento de mandato - procuração - de folha 26, anexaram-se os documentos de folha 27 a 148. O processo veio-me concluso para exame em 17 de junho de 2004 (folha 150). Nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, ante o pedido de concessão de medida acauteladora, em 21 de junho de 2004, expedida a papeleta ao Plenário em 24 imediato. No mesmo dia, prolatei a seguinte decisão: **AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE**. 1. Eis as informações prestadas pela Assessoria: A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como *amicus curiae*, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias. 2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal. 3. Indefiro o pedido. 4. Publique-se. A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno e artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, diante do perigo de grave lesão. 2. Tenho a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de novembro de 1999. Incumbe-lhe defender os membros da categoria profissional que se dedicam à área da saúde e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal. Quanto à observação do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, ou seja, a regra de que não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é emblemático o que ocorreu no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A via-crúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. Na oportunidade, salientou: A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero. O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado habeas corpus, o

Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a óptica, assentando: HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE **ANENCEFALIA**. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO. 1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro. 2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal. 3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal. 4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador. 5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental. Daí o habeas impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos. Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. **Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes - artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo. Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. (grifo nosso)** Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da **anencefalia**, a ciência médica atua com margem de certeza igual

Esse reducionismo manifesto ainda acabou por criar uma outra posição dicotômica que coloca os fatos de interesse jurídico de maneira a distingui-los meramente como “easy cases” (casos simples) e “hard cases” (casos difíceis). O fato leva-nos a crer, baseado inclusive em outras posições dicotômicas anteriormente existentes que há uma tendência renitente em sempre adotar critérios próprios da “metafísica” e que de maneira alguma atendem as necessidades surgidas pelo convívio.

A obstinação concreta em criarem-se situações reducionistas é rechaçada por Lenio Luiz Streck que demonstra seu inconformismo frente à possibilidade de “cindir o que não pode ser cindido”¹¹¹, justifica-se porque para que se tenha a essa conclusão chegado, de que existem casos que são considerados fáceis e outros que são “difíceis”, é porque houve tanto num caso

a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria argüição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação. Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é ínsito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie. 3. Ao Plenário para o crivo pertinente. 4. Publique-se. Brasília, 1º de julho de 2004, às 13 horas.

Ministro MARCO AURÉLIO Relator * decisão publicada no DJU de 2.8.2004.

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 89.

como no outro (easy cases e hard cases) já havido pré-entendimento dos mesmos, o que por sua vez levou a atribuição de sentido que foi dada, manifestada através da linguagem.

Para os defensores desse posicionamento dicotômico (Habermas, Günther, Dworkin) os casos fáceis seriam aqueles cujo resultado/produto estaria fixado em meras deduções/subsunções. Enquanto os casos difíceis se apresentariam como aqueles que pela sua complexidade necessitariam de uma construção racional discursiva, porque somente através dela é que haveria condições para uma universalização (Princípio U)¹¹², se é que há possibilidade para tal.

Através da adoção dos critérios da hermenêutica filosófica que admite que sempre há manifestação do ser do ente através da linguagem, fruto de um processo de atribuição de sentido, não se pode meramente reduzir a questão a fato-norma, sujeito-objeto e interpretação-aplicação como momentos compartimentados e distintos. Porque o resultado de interpretações oriundas desse tipo de posicionamento não atende aos anseios de uma sociedade constituída sob a égide de um Estado Democrático de Direito, portanto, não se pode acreditar que o texto legal seja tão simplesmente um enunciado lingüístico¹¹³ que deva ser submetido a subsunções ou deduções.

¹¹² Ibid., p. 45. Com relação ao Princípio U, veja-se a crítica: *“Habermas compreendeu o mundo vivido de forma equivocada. Mundo vivido, antes de tudo, é uma antecipação de sentido. Mas, fundamentalmente, na concepção trazida pela teoria do discurso, é representacional, portanto, inserida no paradigma da consciência. Entendido como horizonte para as situações de fala e, portanto, fonte e parâmetro para as interpretações (que ocorrem contrafactualmente), o mundo vivido transforma-se em uma categoria apta para a elaboração de raciocínios dedutivos, em que há uma nítida separação entre o ‘universal’ (aliás, a idéia do princípio U é universalizante) e o ‘particular-empírico’.*

¹¹³ Ibid., p. 207/208. A impossibilidade de admissão do texto legal como simplesmente um enunciado lingüístico faz parte da advertência e crítica de Streck: *“...o texto é mais do que um enunciado lingüístico. Acreditar que o texto é apenas um enunciado lingüístico é fazer uma simbiose entre conceitualismo e realismo dos conceitos, segundo o qual o universal possui uma existência autônoma, sendo, como tal plenamente cognoscível. Ele seria apenas isto – e com isto a tese ‘levemos o texto a sério’ poderia ser acusada de positivista-normativista, se: a) fosse possível interpretar em etapas, cindindo interpretação e aplicação; b) se os conceitos fossem abstratizações (significantes primordiais-fundantes); c) a interpretação fosse produto de subsunções ou deduções. ...Portanto, há uma relação clara e insofismável entre a incidibilidade*

Continuando sua crítica a esse tipo de posicionamento baseado em critérios reducionistas e afirmando ser possível alcançarem-se respostas corretas, a partir da inteligência da diferença entre casos fáceis e casos difíceis e não cisão entre texto e norma, mas propugnando uma aplicação que leva em consideração texto e sentido do texto (norma), Lenio Luiz Streck adverte:

“Definitivamente, o intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier. O intérprete também não escolhe o que seja um caso fácil e um caso difícil. O resultado da interpretação não é um resultado de escolhas majoritárias e/ou produto de convencionalismos. Não se trata, evidentemente, de verdades ontológicas no sentido clássico. Claro que não! Os sentidos não estão ‘nas coisas’ e tampouco, na ‘consciência de si do pensamento pensante’. Os sentidos se dão intersubjetivamente. Conseqüentemente, na medida em que essa intersubjetividade ocorre na e pela linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, os sentidos arbitrários estão interditados”¹¹⁴.

Afinal, a partir dessa superação é possível haver o reconhecimento de que os princípios constitucionais traduzem a moral co-originária do direito, tendo havido através deles a inserção do ideal de “vida boa” no texto constitucional, como um critério deontológico. Assim, a ética se coloca no contexto dos princípios, justificando a adoção destes, como necessidade para fundamentação

da interpretação, da compreensão e da aplicação e a tese hermenêutica (filosófica) de que texto e norma são apenas diferentes, uma vez que: a) se fossem separados, estar-se-ia admitindo a tese metafísica de que os conceitos podem ser constituídos em abstrato (discursos de justificação acerca da validade a partir do princípio ‘U’?), independentemente das coisas às quais se referem, com o que os sentidos seriam acopláveis ‘às coisas-ainda-sem-sentido’ (e que assim pudessem ser percebidas, para depois nelas se colar o sentido); b) se, ao contrário, fossem ‘colados’ um ao outro, ripristinando, assim, uma espécie de ‘naturalismo da linguagem’, a (hercúlea) tarefa do intérprete seria a de ‘extrair’ do texto o sentido que lhe está(ria) imanente, ou seja, como se o texto carregasse, de forma reificada, o seu próprio sentido (esta é, pois, a tese da reprodução de sentido, traduzida pela expressão Auslegung). Assim, o texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação. Entender sem aplicação não é um entender. A applicatio é a norma(tização) do texto constitucional. A Constituição será, assim, o resultado de sua interpretação (portanto, de sua compreensão como Constituição), que tem o seu acontecimento (Ereignis) no ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade dos juristas, que emerge da complexidade das relações sociais.”

¹¹⁴ Ibid., p. 203.

constitucional da bioética, visando ser esta vivenciada de maneira substancial e não superficial o que, poderia acabar por transformá-la em mais um modismo, fruto de uma tendência de época.

1.2 – O surgimento do neologismo “bioética” e sua evolução

A indagação sobre problemas relacionados à vida, a qualidade de vida, a saúde humana e a dificuldade de se estabelecer um estilo padronizado de conduta para os profissionais que lidam com essas questões e para os seres humanos em geral, foram os fios condutores que motivaram o surgimento do neologismo “bioética”.

Na época em que surgiu, já havia a preocupação com a ética profissional, pois esta, data de tempos remotos, cabendo mencionar que teve seu início antes da Era Cristã, com Hipócrates (460-370 a.C.)¹¹⁵, médico sacerdote que soube separar a questão médica da religiosa, criando um juramento que se tornou o seu legado para os profissionais que concluem seus estudos nessa área¹¹⁶. Embora o juramento, por si só não seja suficiente¹¹⁷, frente aos avanços

¹¹⁵ GORDON, Richard. Tradução: Aulyde Soares Rodrigues. **A assustadora história da medicina**. 2.ed. São Paulo: Ediouro, 2002, p. 18/22. O autor se posiciona de maneira contrária e até debochada, mencionando dentre outras coisas que: *“Todo mundo conhece Hipócrates (460-370 a.C.). Principalmente por causa do seu juramento, que poucos médicos sabem de cor, ou lembram, a não ser a proibição de fazer sexo com as pacientes.”*

¹¹⁶ REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da filosofia : Antigüidade e Idade Média**. 1.v. São Paulo: Paulinas, 1990, p. 114. Os autores relatam que : *“Hipócrates foi o chefe da escola de Cós e ensinou medicina em Atenas, onde Platão e Aristóteles o consideraram como o paradigma*

científicos e tecnológicos, trazidos também para a área médica, ainda serve de referência histórica para os profissionais que atuam nesse campo.

Mas, a problemática da bioética começa a surgir depois que se evidenciam os abusos praticados pelos médicos nazistas, que não tinham limites para a realização de experiências envolvendo seres humanos. Elas foram comprovadas e condenadas por ocasião do julgamento em Nuremberg (1945-1946)¹¹⁸.

Na época do Tribunal de Nuremberg, as argumentações e justificativas dos que haviam praticado experiências e pesquisas em seres humanos, - que se traduziram em verdadeiros “crimes contra a humanidade”¹¹⁹ -, foram no sentido de que não havia uma regulamentação ou legislação escrita que mencionasse a impossibilidade de tais práticas pelos médicos. Estes sedentos por desenvolver os mais variados tipos de pesquisas, principalmente na área genética, num furor sem controle, utilizaram seres humanos como verdadeiros objetos, sem qualquer tipo de critério ou limite às atividades.

Os problemas relacionados às pesquisas desregradas na área genética foram denunciados por Leonard M. Martin, que é titular de Ética na Universidade Estadual do Ceará e professor de Teologia Moral junto ao Instituto Teológico-Pastoral do Ceará, quando em palestra proferida na Comissão de

do grande médico. Ele ficou tão famoso que a Antigüidade nos legou sob o seu nome não apenas as suas obras, mas também todas as obras de sua escola e, melhor dizendo, todas as obras de medicina dos séculos V e VI. E assim nasceu aquilo que é designado como Corpus Hippocraticum, constituído por mais de cinqüenta tratados, que representa a mais imponente documentação antiga de caráter científico que chegou até nossas mãos.”

¹¹⁷ BERNARD, Jean. LANGANEY, André. Avec Cécile Lestienne. **Si Hippocrate voyait ça!** France: JC Lattès, 2003, p. 137/148.

¹¹⁸ GONÇALVES, Joannisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹¹⁹ RAMELLA, Pablo A. Tradução: Fernando Pinto. **Crimes contra a humanidade.** Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 06/08. O autor menciona que foram três classes de ações penais movidas contra os processados: “*crimes contra a paz, ao planejar fazer uma guerra de agressão, violando tratados, acordos e garantias; crimes de guerra, tais como: maus tratos ou deportações com trabalhos forçados da população civil, em território alemão ou regiões ocupadas; e crimes contra a humanidade, como a morte da população civil sob pretextos políticos, raciais ou religiosos, incluindo todos os atos desta natureza cometidos na Alemanha, antes ou durante a guerra.*”

Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados em Brasília, no dia 18 de abril de 2001, advertiu:

“A genética, como ciência, ainda está na sua infância, e uma boa parte da nossa informação vem de pesquisas em plantas, animais e seres humanos. Um bom número dos questionamentos éticos no campo da genética surge, precisamente, por causa da natureza experimental desta forma de conhecimento, situando-se no campo da discussão cada vez mais complexa da importância de ponderações éticas quando se trata de pesquisas em material biológico tirado de seres humanos, ou no ser humano como tal. Não podemos esquecer que a pesquisa é uma atividade que tende a enobrecer o ser humano, estendendo o conhecimento que temos de nós mesmos e do nosso mundo e permitindo intervenções capazes de transformar a criação a nós entregue por Deus para administrar, desenvolver e aperfeiçoar. Essas intervenções podem ser para o bem ou para o mal, a serviço da vida, ou a serviço da destruição, em prol da promoção da dignidade do ser humano, ou instrumento da sua coisificação ou desumanização, o que se aplica também à genética. Justamente por isso, os abusos, historicamente, servem como ponto de partida para a necessidade de um controle ético e jurídico das pesquisas em seres humanos. Ético porque é melhor os cientistas respeitarem o ser humano, porque assim está certo; jurídico, porque a maldade existe e sempre haverá gente disposta a colocar seus próprios interesses acima do bem comum, se não for impedida por sanções penais. No século XX, justamente o século dos grandes avanços nas ciências biomédicas, o despertar para a importância da ética no campo da pesquisa surge a partir da descoberta de maus tratos de sujeitos da pesquisa em vários países e várias circunstâncias. As pesquisas antiéticas mais conhecidas eram, sem dúvida, aquelas praticadas pelos médicos

nazistas nos campos de concentração na época da Segunda Guerra Mundial.”¹²⁰

Desde o término da Segunda Grande Guerra, foram elaboradas regras para a realização de experiências em seres humanos na tentativa de se estabelecer uma ética para pesquisa, dando nascimento ao Código de Nuremberg (1946-1947), que definiu as condições para a realização de experimentação nos seres humanos numa abordagem prospectiva da medicina¹²¹, sendo que os aspectos ali definidos com relação à ética médica, até hoje, servem de referência a outras declarações com alcance ético; este foi em 1964 revisto pela Organização Mundial de Saúde, através da 18ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial (AMM), reunida em Helsinki na Finlândia¹²², contendo orientações

¹²⁰ **FRAGMENTOS DE CULTURA**. V.I. nº 1. Artigo: **A clonagem e os desafios éticos da genética**. Autor: Leonard M. Martin. Goiânia: IFITEG – Instituto de Filosofia e Teologia Sociedade Goiana de Cultura da Universidade Católica de Goiás, 1991, p. 161/162.

¹²¹ HOTTOIS, Gilbert. PARIZEAU, Marie-Hélène. Tradução: Maria de Carvalho. **Dicionário da bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 120/121. Com relação ao Código de Nuremberg os autores explicam: *“O Código de Nuremberga supõe uma abordagem muito moderna e até prospectiva da medicina, que considera, na sua natureza de ciência experimental, aparentada com a biologia que não se ocupa da pessoa humana enquanto tal. Ora, é com esta que se preocupa em primeiro lugar o Código, que tende a restringir a experimentação a sujeitos adultos, voluntários, informados e responsáveis. A óptica destas regras não é fundamentalmente terapêutica: não se trata de restringir a experimentação a sujeitos doentes que possam retirar dela um benefício imediato. Trata-se da experimentação tecnocientífica no indivíduo em geral, tendo como finalidade o bem colectivo. Quatro princípios governam o Código de Nuremberga: a) o consentimento esclarecido e voluntário (princípio da autonomia): a liberdade do sujeito é incondicional e inalienável do princípio ao fim da experiência; essa liberdade postula uma informação fiável, clara e completa do sujeito pelo experimentador; b) o princípio de beneficência: a experimentação deve ter como finalidade o bem da sociedade, e os riscos corridos pelo sujeito não podem exceder a importância humanitária da experiência; c) o princípio do caráter científico: a experiência deve ser realizada por cientistas competentes segundo as regras da metodologia científica; e d) a reversibilidade dos danos: em momento algum pode o sujeito correr um risco de morte ou de invalidez.”*

¹²² NOVAES, Adauto (organizador). **O homem-máquina: a ciência manipula o corpo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 194. Em artigo intitulado **A ciência e a ética da responsabilidade**, Giovanni Berlinguer, ensina que: *“...a escolha dos objetos e dos métodos de experimentação, ao longo da história, muitas vezes ocorreu de modo selvagem, sem o consenso dos indivíduos e sem respeito pela dignidade humana. Foi assim até quase meados do século XX, época das crueldades extremas das pesquisas realizadas nos campos de concentração nazistas. A onda de indignação causada por esses métodos levou a própria comunidade científica a estabelecer para si própria, com o código de Nuremberg – proclamado na mesma cidade em que se desenvolvia o processo contra os criminosos de guerra -, normas precisas para experiências com seres humanos; entre essas normas, a defesa da informação e do consenso por parte do sujeito como condição imprescindível para toda a pesquisa. Vieram em seguida as regras deontológicas formuladas em Helsinki (e muitas vezes atualizadas, a última em outubro de 2000)*

éticas mais detalhadas para as pesquisas médicas a serem realizadas em seres humanos.

A partir de então, passou a receber a denominação de Declaração de Helsinki (1975), quando revisada em Tóquio, posteriormente tendo sofrido outras modificações, em 1983 quando da reunião realizada em Veneza, em 1989 na cidade de Hong Kong, no ano de 1996 em Somerset West e por fim, no ano de 2000 em Edimburgo, sempre ampliando direitos¹²³ e procurando estabelecer garantias aos seres humanos quanto à ética em pesquisa médica.

Hodiernamente há que se reconhecer à importância da Declaração de Helsinki no processo histórico pelo qual perpassou a “Bioética”. Não somente como um documento para a área médica, mas como um instrumento de aceitação mundial, que representa um valor ético sublime por conter diretrizes éticas para a realização de pesquisas em seres humanos.

Esse processo histórico, como já mencionado anteriormente, teve seu início a partir do Código de Nuremberg, marco importante e decisivo da constituição da história da bioética, por ser a primeira codificação que regulamentou a pesquisa científica. Ela tem por objetivo orientar o pesquisador quanto aos seus limites, traduzidos numa conduta de respeito pelo corpo e dignidade dos seres humanos.

pela Associação Médica Mundial e outros códigos de conduta, aos quais se juntaram dispositivos legais na mesma direção.”

¹²³ FROSINI, Vittorio. **Derechos humanos y bioética**. Colômbia: Editorial Themis S.A., 1997, p. 34/36. El profesor titular de la Universidad La Sapienza de Roma, enseña: *“En la sociedad tecnológica han hecho su aparición también nuevas formas de derechos humanos que eran desconocidas de las sociedades anteriores; es el caso del derecho de información, que ha presentado también formas distintas en correlación con la articulación práctica de la vida social en nuestro tiempo. En el deseado y a veces estrecho debate que se desarrolló en estos años en el plano de las relaciones internacionales entre las dos superpotências, Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Soviética, a propósito de los derechos humanos, se há hecho referencia a los acuerdos estipulados al término de la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa, concluida el 1º de agosto de 1975, en Helsinki, y la cual le han seguido las reuniones efectuadas em Belgrado en 1977 y en 1978 y en Madrid, en 1981.”*

Apesar dos Códigos Deontológicos¹²⁴, que foram criados com a finalidade de direcionar a conduta profissional com observância a regras que determinam deveres vinculados ao exercício de uma dada profissão – a princípio, principalmente para profissão médica¹²⁵ -; e os direitos que o profissional de sua

¹²⁴ Op. Cit. Nota 2 (DURAND), p.80. O autor faz menção a Deontologia manifestando que: “A palavra deontologia (do grego *déon-déontos*) também se refere a uma reflexão sobre regras: deveres, obrigações, o que é preciso fazer. Etimologicamente, portanto, é quase sinônima de moral ou de ética. E efetivamente a palavra foi criada por Jeremy Bentham em 1834 no sentido geral de ciência da moral. Historicamente, contudo, a palavra seguiu uma dupla trajetória, na vida profissional e na filosofia, motivando um terceiro sentido – menos rígido – nas ciências humanas. 1. De maneira geral, a palavra foi rapidamente ligada ao exercício das profissões liberais tradicionais: medicina, direito, tabelionato; depois foi estendida a algumas outras: enfermagem, arquitetura, etc. Ela designa geralmente o conjunto de deveres vinculados ao exercício de uma profissão. Mas, de maneira mais precisa, a deontologia deveria incluir a reflexão sobre essas regras, sua justificação, seu fundamento, em suma, a busca de todas as exigências éticas ligadas ao exercício de uma profissão... 2. Na filosofia, as palavras deontologia e sobretudo deontologismo e corrente deontológica remetem a um sentido muito diferente, embora não completamente equívoco. Nas diferentes escolas filosóficas, nas diversas teorias éticas (utilitarismo, ontologismo, personalismo, axiologia, etc.), elas designam uma escola, ou melhor, uma corrente particular, pois podem ocorrer muitas nuances entre os autores... 3. Como consequência desse uso no exercício profissional e na prática filosófica, o adjetivo deontológico ganhou na ética social e na linguagem corrente nas ciências humanas (inclusive no direito e freqüentemente na bioética) o sentido fraco de perspectiva normativa, regulamentar, necessariamente um pouco minimalista, sem que haja referência seja ao uso corporativo, seja às teorias filosóficas. A palavra se opõe então a uma abordagem mais reflexiva, mais interrogativa, mais legitimadora”.

¹²⁵ Com relação à medicina cabe mencionar-se que referente ao Código de Ética Médica, que retrata a Deontologia Médica, ou seja, o elo entre a teoria e a prática médica, apontando regras/deveres que orientam a atuação médica, a partir de um modelo hipocrático, este foi o precursor de uma sucessão de períodos que marcam a evolução da medicina e também da bioética, pois, esta esteve muito tempo sob a influência da tradição surgida do “*corpus hipocraticum*”, onde o cerne era uma conduta profissional pautada na virtude e na prudência, no sentido de que o médico deveria agir com cortesia, o que lhe deixava com poucas opções de atuação uma vez que deveria acatar os ditames constantes daquelas regras inflexíveis, tanto é que deveria colocar sua honra como chancela, através do juramento pronunciado. Com o passar do tempo, surgiu um segundo período - mais ou menos a partir dos anos sessenta -, baseado em teorias decorrentes da filosofia moral, das decisões oriundas dos Tribunais, da despersonalização da relação entre o médico e o paciente e a institucionalização de áreas/especialidades, essas novas situações trouxeram a necessidade de um novo olhar ético, posto que, o existente já não atendia aos desafios surgidos. Esse período foi marcado pelo surgimento da teoria dos princípios/principlista (também denominado de teoria da ética do cuidado solícito – sujeita a um rol confiável de tomada de decisões morais específicas -; da virtude – referente à conduta virtuosa da pessoa que deverá tomar a decisão, devendo, por exemplo: ser fiel, bondoso, alegre, competente, etc.-; da casuística – a decisão seria tomada a partir de casos concretos e singulares, capazes de indicar o caminho correto), que na época foi aceita e recomendada, mas restou, pela prática já demonstrado que a adoção somente de princípios ou de uma única teoria, é insuficiente também, para atender os conflitos surgidos entre prática médica e a ética. Surge então, um terceiro período, que pode ser denominado como “*antiprinciplista*”, por justamente questionar a suficiência dos princípios adotados, inclusive, pela bioética, mas, que por ser somente um posicionamento crítico sem o apontamento de uma solução melhor, também restou insuficiente, dando surgimento a um quarto período, que se apresenta atualmente. Qual seria esse quarto período para a ética médica, para a bioética? No nosso entender, é a proposta da presente pesquisa, ou seja, a adoção de critérios hermenêuticos filosóficos a partir dos fundamentos

respectiva área possui que se denomina “diceologia”, não podem ser confundidos com a “bioética”.

De um modo geral, os Códigos Deontológicos são normas éticas ou morais, além das administrativas que têm por finalidade assegurar a qualidade e efetividade do exercício de uma determinada profissão, normalmente liberal e desta forma, possibilitar uma proteção à corporação. A existência de tais regramentos pressupõe que esses tenham sido adotados oficialmente por uma autoridade que represente a classe corporativa, fazendo com que haja um consenso por parte dos seus membros.

Por essa razão, somente a adoção de Códigos Deontológicos, a partir de uma verificação deontológica, não supre as necessidades da sociedade, pois, estes existem no âmbito de uma determinada área profissional servindo para regulamentá-la e coibir os abusos que por ventura possam ser praticados no exercício da atividade desenvolvida. Havendo a pertinência de se ampliar o espaço de discussão, o que somente foi possível depois do surgimento da bioética.

Alguns fatos marcam o despertar para um posicionamento crítico com relação à utilização frenética de técnicas e pesquisas, dado a gravidade desses acontecimentos e seus reflexos para as vítimas, familiares destas e a sociedade envolvida; e com a divulgação desses, a ampliação do estarecimento para um âmbito maior, causando um incômodo de grandes proporções. Dentre vários abusos com relação à utilização da técnica e da ciência se pode citar:

No dia 09 de novembro de 1962, um artigo de autoria da jornalista Shana Alexander, intitulado “Eles decidem quem vive e quem morre”, publicado na revista Life, trazia a narração de uma história sobre o primeiro comitê que teve a

constitucionais previstos, quando da necessidade de apresentar solução às questões bioéticas. Cabe ainda, salientar que bioética, não se confunde com ética médica, pois, a primeira amplia o espaço de discussão que não se atém somente à área médica, como ocorre com a segunda.

responsabilidade de decidir e selecionar quem poderia fazer um tratamento de hemodiálise, que para época era inovador e importantíssimo. O seu criador Belding Scribner, conseguiu criar uma técnica que prolongava a vida de pessoas afetadas por insuficiência renal crônica, que se trata de uma patologia irreversível cujo desfecho inevitável é à ocorrência do óbito, porque, o organismo quando instalada a deficiência renal é incapaz de depurar o sangue de substâncias residuais e impuras, verdadeiras toxinas que provocam um colapso generalizado¹²⁶.

Portanto, a única maneira de se minorar o sofrimento dos pacientes renais, seria através desse inovador tratamento que se denominou “hemodiálise”. O processo consiste na utilização de uma sonda de teflon (cânula artério-venosa) que conectada ao paciente através de uma máquina desenvolvida para a substituição da função depuradora do rim, funcionando como um “rim artificial”. Embora, tal invenção, na época fosse de grande valia, caracterizando um verdadeiro avanço tecnológico, a quantidade de máquinas não suportava a demanda de pacientes, o que colocou os médicos diante de um impasse, pois, teriam que decidir quem viveria e quem morreria¹²⁷.

Diante de tal dilema, formou-se no ano de 1962, na cidade de Seattle, Washington, um comitê cuja composição contaria com uma maioria de pessoas leigas em medicina, que teria por finalidade a decisão de quem tinha direito ao tratamento de hemodiálise, o critério de aferição era baseado na história clínica e na vida dos pacientes, levando-se em conta a possibilidade de sobrevivência dos mesmos e sua utilidade¹²⁸ perante o meio social¹²⁹. Tal situação constrangedora

¹²⁶ LOLAS, Fernando. Tradução: Milton Camargo Mota. **Bioética: o que é, como se faz**. São Paulo: Loyola, 2001, p. 17/18.

¹²⁷ Ibid., (LOLAS), p. 18.

¹²⁸ VARGA, Andrew C. Tradução: Pe. Guido Edgar Wenzel, S.J. **Problemas de Bioética**. São Leopoldo: UNISINOS, 2001, p. 23/25. A corrente utilitarista tem suas raízes nas teorias hedonistas ou individualistas que tiveram grande respaldo depois de Epicuro (341 – 270 A.C.), nos pensamentos de David Hume, Jeremy Bentham (1748 – 1832) e John Stuart Mill (1806 – 1873). De uma maneira simples pode-se dizer que o utilitarismo se baseia num critério de análise das vantagens e desvantagens consecutivas de uma ação, devendo-se fazer a escolha por aquela ação que produzirá maior vantagem possível às pessoas envolvidas nesta.

se protraiu no tempo, até que, foi possível o equilíbrio da situação, através da disponibilidade de máquinas de hemodiálise e o número de pacientes necessitados de sua utilização, mas a existência de uma tecnologia que tenha por finalidade salvar vidas, deve estar a disposição de todos que dela necessitarem. Até porque, todos são seres humanos e devem ser respeitados enquanto tais; por essa razão a questão gerou tantos problemas.

Depois, do relato desse acontecimento envolvendo pacientes com necessidade do tratamento de hemodiálise, um outro fato contribui para a evolução do pensamento com relação à vida. Esse fato foi à publicação de um artigo na revista médica *New England Journal of Medicine*. O artigo intitulado, “Ética na pesquisa clínica”, de autoria do professor de anestesia da Escola Médica de Harvard, serviu como alerta aos profissionais da área da saúde, pois ali houve a denúncia de que mais ou menos 12% (doze por cento) dos artigos médicos publicados em 1964, que relatavam pesquisas biomédicas, não indicavam a maneira como estas haviam sido desenvolvidas, com o emprego de procedimentos contrários à ética; fato esse de grande relevância, pois nesse caso a maldade, a insensibilidade e a falta de respeito partira da própria natureza da moderna ciência biomédica, através de seus cientistas¹³⁰.

Mas, os fatos não pararam nesse patamar, outras situações também contribuíram para a formação de uma tomada de consciência, quanto ao surgimento e estabelecimento da bioética, como por exemplo, o denominado “Caso Barnard”. Tudo começou a partir do primeiro transplante cardíaco, que foi realizado na África do Sul, no mês de novembro de 1967, pelo cirurgião Christian Barnard, a prática do transplante de rim já havia sendo feito e o órgão era extraído de um cadáver¹³¹, ou seja, de um corpo humano em que já não havia mais vida, não havendo qualquer suspeita de que o indivíduo não pudesse estar morto. Por

¹²⁹ Op. Cit. (LOLAS), Nota 126, p. 18.

¹³⁰ Op. Cit. (LOLAS), Nota 126, p. 19/20.

¹³¹ A palavra cadáver advém da utilização das sílabas que dão início às palavras que compõem a expressão latina “**Caro data vermibus**” – *Carne dada aos vermes*.

outro lado, a possibilidade de se realizar um transplante cardíaco gerou polêmica, em razão do fato de que nesse caso o órgão deve ser removido do corpo humano, quando o paciente estivesse civilmente morto, momento em que haja a constatação de ocorrência de morte cerebral, mas seu corpo, inclusive o coração, ainda esteja ativo – é a denominada transplantação homóloga intervivos¹³².

Em virtude da ocorrência desse caso e da dificuldade de realmente determinar-se o momento em que se dá à intitulada “morte cerebral”, várias indagações surgiram na época, a tal ponto que ensejou a formação de uma Comissão de Ciência da Saúde e Sociedade, proposta em fevereiro de 1968 ao Congresso Americano, pelo então Senador Walter Mondale, cabe ainda, salientar que a questão que envolve a determinação da morte, a partir da constatação da ocorrência de “morte cerebral”¹³³, ainda hoje, para algumas religiões e profissionais é uma questão divergente, pois, não a aceitam, fato que se

¹³² LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **Transplantações: um olhar Constitucional**. Portugal: Coimbra Editora, 1995, p. 40/45.

¹³³ MARINO JUNIOR, Raul. **A religião do cérebro: as novas descobertas da neurociência a respeito da fé humana**. São Paulo: Gente, 2005, p. 109/112. O autor relata que: “*Nós, médicos, todos os dias entramos em contato com o milagre da vida e da morte. Em nosso serviço de emergências do Hospital das Clínicas de São Paulo, como em muitos grandes hospitais, centenas de pacientes nos procuram todos os dias para serem salvos de um possível desenlace. Conseguimos ajudar a maior parte deles, menos os poucos que já chegam em estado terminal. Nossa UTI possui, inclusive, dois leitos reservados para pacientes que sofreram grandes traumas cerebrais, os quais, após a permissão dos familiares, são separados como futuros doadores de órgãos, cuja sagrada missão será a de salvar pessoas que, nas intermináveis filas de receptores de órgãos, aguardam desesperadamente a oportunidade de realizar um transplante. Para que a doação ocorra, entretanto, é necessário que o doador – por desejo previamente manifestado ou por decisão dos familiares – seja submetido a exames neurológicos, angiografia cerebral, Doppler transcraniano, eletroencefalograma, potenciais evocados auditivos, visuais e sensitivos, além do Spect, que demonstra a ausência de circulação cerebral, e do famigerado teste de apnéia, que corrobora a ausência de respiração. Se todos esses exames forem comprobatórios, estabelece-se o diagnóstico de morte encefálica e o doador é encaminhado ao serviço de transplantes, que dará continuidade à vida de seu corpo em outros seres humanos que dependem de um transplante para continuar vivendo. Ainda sob a morte cerebral, continua explicando: “É importante notar, mais uma vez, que alguns segundos após uma parada cardíaca ocorre uma anóxia global do cérebro – a isquemia aguda pancerebral. Somente uma ressuscitação cardiopulmonar de urgência, realizada nos primeiros minutos da parada cardíaca, pode reverter a capacidade funcional do cérebro, prevenindo, assim, o dano definitivo das células cerebrais, do qual resulta a morte celular. As anóxias de maior duração, que acarretam perda de fluxo sanguíneo cerebral por mais de cinco a dez minutos, resultam em dano irreversível pela morte celular de todo o cérebro. Isso é chamado ‘morte cerebral’ ou ‘morte encefálica’, após a qual nenhum paciente sobrevive. O diagnóstico de morte encefálica, como já dissemos, declara a morte do indivíduo em termos de medicina moderna e de acordo com a legislação em quase todos os países.”*”

evidencia, principalmente, quando há pacientes e familiares que querem a prática da eutanásia, por exemplo.

Um outro fato de grande reflexão social levou em 1973, o então Senador Edward Kennedy a propor ao Congresso Norte Americano, a criação de uma Comissão sobre Qualidade da Assistência à Saúde e Experimentação em Humanos. Depois que houve a divulgação de dois casos graves envolvendo a experimentação em seres humanos, sem qualquer tipo de observância à dignidade humana.

O denominado “Caso Tuskegee”, foi o primeiro caso grave envolvendo a pesquisa em seres humanos. Recebeu essa denominação porque havia no condado de Macon, no Estado do Alabama, nos Estados Unidos, a Escola Normal Tuskegee, onde foram realizados estudos por um período contínuo de 40 (quarenta) anos, de 1932 a 1972, em pacientes negros portadores de sífilis, que pensando que estavam recebendo o tratamento pertinente, foram enganados e não o tiveram em nome do progresso científico, que por parte dos envolvidos em seu desenvolvimento, não possuía qualquer tipo de escrúpulo.

Os voluntários, que eram todos da raça negra, não foram informados da realidade, dos objetivos e dos riscos a que estavam sendo submetidos; desde aquela época já havia a penicilina, mas nunca receberam qualquer tratamento ou medicamento que pudesse minimizar seu mal, recebiam transporte e uma refeição quente no dia da realização dos exames e ainda, o funeral subsidiado pelo governo local.

O início dos fatos se deu na Escola Normal de Tuskegee para Professores Negros – naquela época nos Estados Unidos, negros e brancos deveriam estudar separados, mesmo tendo sido por diversas vezes sido invocada

a Emenda Constitucional nº 14¹³⁴ em questões raciais¹³⁵ - instituição de ensino, criada por um ex-escravo e promissor comerciante no condado de Macon, situado no estado do Alabama, nos Estados Unidos, onde a proposta de um experimento para que houvesse um maior desenvolvimento para a região que se submetesse a ele, foi levado ao então diretor Booker T. Washington, durante um evento que estava sendo realizado em Atlanta, denominado Cotton Exposition.

O altruísta Julius Rosenwald aceitou a proposta que teve seu início no ano de 1900, o denominado Fundo Rosenwald determinou que se construísse escolas e fábricas, possibilitando a expansão de negócios e desenvolvimento da agricultura. Projeto este assumido no ano de 1915 por Robert Motin em decorrência do óbito do diretor Booker.

No decorrer do desenvolvimento desse projeto, houve a deflagração da 1ª. Guerra Mundial (1914-1918), trazendo a necessidade de se efetuar o recrutamento de pessoas para participarem da mesma e exames para sua admissão, quando então, ficou evidenciado um alto índice da presença de doenças venéreas no condado. A assinatura do armistício em 11 de novembro de 1918 trouxe o fim da 1ª. Grande Guerra, sendo criado no condado um conselho interdepartamental, com diversas secretarias, com a finalidade de tratar a higiene social, - que havia ficado constatada por ocasião do recrutamento, era precária – que deveria ser realizada pela Divisão de Doenças Venéreas do Serviço de Saúde Pública.

O tratamento teve seu início da maneira como havia sido proposto, no entanto, em virtude da diminuição das verbas, o mencionado programa, que tinha por finalidade tratar as doenças venéreas no local e principalmente a sífilis foi sendo desativado gradativamente, sendo em 1926 suspensos os recursos dos

¹³⁴ COOLEY, Thomas M. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América.** Campinas/SP: Russell, 2002, p. 222/223 e 361/362.

¹³⁵ WOODWARD, Bob. ARMSTRONG, Scott. Tradução: Torrieri Guimarães. **Por detrás da Suprema Corte.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

fundos federais. No ano de 1929, o tratamento da sífilis na região era feito somente com a utilização de mercúrio e bismuto, que perdurava por meses ensejando consultas periódicas aos médicos, pelo menos 20 (vinte) consultas por ano, conseqüência dos efeitos tóxicos daquelas substâncias, que acabavam por levar os pacientes ao óbito.

Em decorrência de todos esses problemas, o Fundo Rosenwald foi consultado a cerca de manter o tratamento de pacientes acometidos por essa doença, tendo anuído, embora não conseguisse atender a todos os necessitados, pois era grande o número de sifilíticos. Diante dessa realidade, foram selecionados seis Estados sulinos – Mississippi (Condado de Bolivar); Tennessee (Condado de Tipton); Geórgia (Condado de Glynn); Alabama (Condado de Macon); Carolina do Norte (Condado de Pitt) e Virgínia (Condado de Albermarle) -, e como se observa, dentre as comunidades escolhidas, estava o condado de Macon, que trazia como maior problema ao seu desenvolvimento, a doença. Mas, por problemas econômicos o Fundo RosenWald em 1931, não conseguiu manter o subsídio, tendo deixado de custear os tratamentos; porém, os médicos Taliaferro Clark e Raymond A. Vondelehr resolveram continuar a acompanhar os casos dos homens portadores de sífilis e que não haviam recebido tratamento, com a finalidade de angariar novos fundos.

A partir de então, atenderam 399 (trezentos e noventa e nove) homens portadores da doença e 201 (duzentos e um) homens saudáveis, mas a todos era passada a informação de que possuíam a doença e de que estavam sendo tratados, para tanto, justificavam a eles a existência da patologia em seus organismos por serem eles possuidores de “sangue ruim”. Não bastasse a absurda afirmação, para convencerem os pacientes a anuírem ao tratamento contrataram o médico negro Dr. Eugene H, Dibble e a enfermeira Eunice Rivers, pois, trariam a confiança dos mesmos, assim como facilitaria a integração e o envolvimento de toda a comunidade ao projeto.

Apesar de todo o “empenho”, não foi possível a obtenção dos recursos almejados pelos interessados. Mas estes não desistiram, deram continuidade aos atendimentos, a título de “pesquisa”, mesmo sem jamais terem desenvolvido um projeto para tanto. Nos anos de 1932, 1938, 1948 e 1952 foram feitos levantamentos com os participantes, e estes foram publicados num artigo sobre questões metodológicas, cujo título “Twenty Years of Followup Experience in a Long-Range Medical Study, acabou por levar ao conhecimento da sociedade as atrocidades que estavam sendo cometidas, por apontar, por exemplo, que: “os participantes se negaram a fazer nova punção lombar”, tendo sido realizada apenas no primeiro levantamento em 1932; “as condições econômicas dos participantes eram de extrema pobreza, tendo sido atraídos por um prato de comida quente no dia da consulta”; “a adesão ao projeto se deu muito em função do contato dos participantes com a enfermeira Rivers, que inclusive buscava de carro os pacientes” e ainda, “a autorização para a realização de necropsias em 145 (cento e quarenta e cinco) cadáveres, que até aquela data (1952) já contava com a ocorrência de 146 (cento e quarenta e seis) óbitos”.

Mas, além de todas essas barbáries praticadas, insta salientar que diversas pessoas foram morrendo no decorrer da “pesquisa”, assim como outras ficavam doentes em virtude de tal patologia ser sexualmente transmitida, o que se transformou em um círculo vicioso, pois mulheres se contaminavam, ficavam grávidas e transmitiam aos seus filhos recém nascidos; fatos que, ensejaram a publicação de outros artigos que logo eram esquecidos, quando se argumentava a necessidade de manutenção dos estudos, pela importância e benefício que trariam para a sociedade. No entanto, em 26 de julho de 1972, a repórter Jean Heller, da Associated Press, publicou um artigo sobre as pesquisas e a forma como eram desenvolvidas, no jornal “The New York Times”, que causou grande repercussão, tal fato levou ao encerramento da pesquisa meses depois¹³⁶.

¹³⁶ Op.Cit. Nota 07 (GOLISZEK), p. 106/112 e 431/435. Os aspectos principais do “Caso Tuskegee” relatados, podem ser mais bem compreendidos em consulta a referida obra, de onde foram tirados os subsídios para explicação do mesmo, no presente estudo.

Um segundo caso, como já mencionado, também contribuiu para que o então Senador Edward Kennedy viesse a propor ao Congresso Norte Americano, a criação de uma Comissão sobre Qualidade da Assistência à Saúde e Experimentação em Humanos, que foi um estudo realizado no Hospital Geral da Universidade de Cincinnati, subsidiado pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos, sobre o efeito causado pela exposição à radiação em seres humanos, em pacientes com câncer, com a finalidade de se testar a viabilidade ou não do tratamento e suas conseqüências para a saúde humana¹³⁷. A ocorrência desses dois casos ensejou a criação da Comissão Nacional para a Proteção de Seres Humanos, cujo objetivo era a discussão sobre os aspectos científicos e assistenciais no que diz respeito à proteção humana; no ano de 1978 houve a sua ampliação e passou a chamar Comissão Presidencial para o Estudo de Problemas Éticos na Medicina e Pesquisa Biomédica e Comportamental.

A ocorrência de casos dessa natureza e a repercussão social que representavam, davam ensejo à criação dessas comissões e comitês, no entanto, sem desmerecer a importância destes, cabe ressaltar que infelizmente somente eram criados posteriormente aos fatos e nas localidades onde os abusos já haviam acontecido, por essa razão dificilmente se incorria nos mesmos erros, tornando esses órgãos inócuos.

¹³⁷ Op.Cit. Nota 07 (GOLISZEK), p. 185/189. O autor relata sobre esse estudo realizado pela Universidade de Cincinnati que: *“Também envolvida na pesquisa da ITC (irradiação total do corpo) e recebendo subvenções da Divisão de Pesquisa e Desenvolvimento do Gabinete do Secretário de Saúde do Exército (DASA) estava a Faculdade de Medicina da Universidade de Cincinnati (contratos DA-49-146-XZ-029, DA-49-146-XZ-315 e DASA-01-69-C-0131). De 1º de janeiro de 1960 a março de 1972, a universidade usou uma nova tecnologia da ITC de penetração profunda para estudar as características biológicas e clínicas das lesões causadas pela radiação, algo em que o DOD (Departamento de Defesa) estava muito interessado. A meio caminho do estudo, o DOD também quis determinar os efeitos da radiação sobre a inteligência e sobre as respostas psicológicas à exposição à radiação. De todos os projetos do DOD em universidades, o da Universidade de Cincinnati foi o mais controverso porque a maioria absoluta dos objetos de pesquisa eram africanos americanos indigentes com baixo QI. Todos os pacientes receberam exposições únicas ou múltiplas de 16 a 300 rads e exibiram um decréscimo no funcionamento intelectual imediatamente após as exposições. Os registros mostram que os homens freqüentemente apresentaram sangramentos de nariz e ouvido, dor intensa e vômitos. Por causa de sua natureza e das alegações de que os termos de consentimento eram inadequados, o projeto ficou sob intenso escrutínio e um relatório crítico de janeiro de 1972 exigiu o seu cancelamento.”*

Mediante tal situação, a médica pediatra Karen Teel, sugeriu que fossem criados Comitês de Ética em Hospitais através de artigos de sua autoria, publicados em periódicos científicos, que teriam por finalidade a ampliação do diálogo em situações clínicas individuais, para que houvesse a divisão da responsabilidade entre médicos, familiares e a sociedade local; no entanto, tal sugestão não era inovadora, pois, já havia sido apresentada no ano de 1803 por Sir Thomas Percival, na obra de sua autoria “Medical Ethics”, sob a orientação de se criar um órgão colegiado, composto por médicos que discutiriam procedimentos novos e sua possível aplicação nos pacientes necessitados. Também, em 1971, bispos católicos canadenses, através da obra *Medico-Moral Guide*, também apresentaram como sugestão a formação de comissões de ética dentro dos hospitais, para que a responsabilidade sobre as decisões fosse assumida por médicos, familiares do paciente e a sociedade¹³⁸.

A atuação da primeira comissão de ética hospitalar se deu no ano de 1976, no Estado de New Jersey, por solicitação de um juiz americano, que teria a responsabilidade de decidir o denominado “Caso Karen Ann Quinlan”¹³⁹, recebeu esse nome porque uma jovem de nome Karen Ann Quinlan, de 21 anos de idade, foi levada a ala de emergência do Newton Memorial Hospital de Nova Jérsei,

¹³⁸ SGRECCIA, Elio. Tradução: Orlando Soares Moreira. **Manual de bioética. II – Aspectos médicos-sociais.** São Paulo: Loyola, 1997, p. 405.

¹³⁹ BARON, Charles H. **Droit Constitutionnel et Bioéthique: L'expérience Américaine.** Paris: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1997, p.102. QUILAN, 70 N.J. 10, 335 A. 2d 647 (1976): “A l'âge de 21 ans, Karen Quinlan fut victime d'un arrêt respiratoire dont la conséquence fut de la placer dans un état de coma irréversible considéré comme un 'état végétatif persistant'. Le père de Karen, après une longue période de réflexion et de consultation, décida que son appareillage d'assistance devait être débranché de sorte à lui permettre de mourir naturellement. Les médecins de Karen refusèrent d'accéder à sa demande. Ils considéraient qu'un tel acte était contraire à l'éthique médicale, et s'inquiétaient de ce qu'il pourrait constituer une violation des loi civiles et criminelles. Le père de Karen déposa alors un recours devant une cour du New Jersey en vue d'obtenir l'autorisation légale d'interrompre la vie artificielle pour sa fille. La cour refusa l'autorisation au motif qu'il fallait en l'espèce s'en remettre aux règle de l'éthique médicale. La Cour Suprême du New Jersey renversa la décision de la juridiction inférieure au motif que le 'droit à l'intimité' de Karen Quinlan en vertu de la Constitution des Etats-Unis et de celle du New Jersey lui donnait le droit de solliciter qu'il soit mis fin à son assistance médicale. Dans la mesure où elle n'était pas en mesure d'exercer elle-même ce droit, la Cour autorisa son père à le faire pour elle en tant que son gardien du moment qu'il pouvait obtenir la présence d'un médecin qui consentirait à l'opération et, ainsi que l'accord d'un 'comité d'éthique' de l'hôpital sur le pronostic vital et celui d'autres membres de la famille de Karen à l'arrêt de l'assistance médicale.”

tendo ali dado entrada em estado de coma profundo, sem causa definida. Passados 10 (dez) dias e, ainda continuando neste estado foi providenciada sua transferência para o Hospital St. Claire de New Jersey, onde seus pais adotivos Joseph Quinlan e Julia Ann Quinlan, foram informados da irreversibilidade da patologia; como conseqüência, solicitaram ao médico Dr. Morse a retirada dos aparelhos que a mantinham viva, mesmo em estado vegetativo¹⁴⁰.

Com a recusa do médico, que na época se justificou, alegando possuir critérios profissionais e morais que não o deixavam tomar a atitude, o casal procurou o Judiciário Americano, solicitando a autorização pertinente para retirada dos aparelhos, sob a argumentação de que a paciente havia se manifestado anteriormente que não gostaria de ficar viva se mantida por aparelhos. No entanto, o juiz Muir, em 10 de novembro de 1975, prolatou a sentença contrária ao pedido do casal, tendo fundamentado sua decisão no sentido de que à época em que se manifestou, a paciente estava fora do contexto real que naquele momento se apresentava¹⁴¹.

O casal não se conformando com a decisão, impetrou um recurso junto à Suprema Corte de New Jersey, que se manifestou no sentido de determinar ao “Comitê de Ética do Hospital St. Claire”, que apresentasse esclarecimentos com relação ao estado real da paciente e suas possibilidades de retornar a um estado de consciência, no entanto, o comitê ainda não existia, tendo havido a necessidade de sua criação para atender a solicitação da Corte. O parecer do comitê, que na época se constituiu por dois sacerdotes, o diretor clínico do hospital, um médico, um consultor jurídico e um assistente social, foi de que o estado da paciente era irreversível. No dia 31 de março de 1976, a Suprema Corte de New Jersey concedeu o direito à família de solicitar o desligamento dos aparelhos que a mantinham viva, porém em estado vegetativo e irreversível, por uma decisão unânime de 7 (sete) votos. Tal decisão foi acatada pelo hospital, mas

¹⁴⁰ BARCARO, Rosangela. **Eutanasia: un problema paradigmatico della bioetica**. Milano, Italy: Franco Angeli, 1998, p. 61.

¹⁴¹ Ibid., p. 62.

apesar dos aparelhos terem sido todos desligados, a paciente sobreviveu por nove anos, naquele mesmo estado, sem apresentar nenhuma melhora neurológica¹⁴².

A partir de então surgiram vários Comitês de Éticas Hospitalares, que em algumas instituições de saúde são referidos como Comitês de Bioética e em outras são referidos como Comitês de Ética em Pesquisa, dependendo do trabalho desenvolvido e da instituição envolvida no mesmo. Tais comitês são formados por uma equipe normalmente escolhida dentre profissionais ligados à área de saúde ou pesquisa, prestando um serviço importantíssimo à comunidade, que na maioria das vezes, não tem como abordar os assuntos discutidos, por envolverem a vida, sua qualidade, a morte e técnicas específicas; temas estes que um leigo, na maioria das vezes, não está apto a enfrentar por não possuir capacidade técnica para enveredar em suas tramas e conseqüências.

Também antecede a formação do neologismo “bioética”, pensamentos que serviram para despertar a necessidade de uma nova visão acerca dos fatos que envolviam a pesquisa científica, tais como o de Albert Schweitzer (1875-1965), ganhador do prêmio Nobel da Paz em 1952, que se manifestou por ocasião de uma conferência por ele proferida em 20 de outubro de 1952, em Paris, na Academia Francesa de Ciências:

“Uma ética que nos obrigue somente a nos preocuparmos com os homens e a sociedade não pode ter esta significação. Somente aquela que é universal e nos obriga a cuidar de todos os seres nos põe de verdade em contato com o Universo e a vontade nele manifesta.”¹⁴³

No ano de 1969, Daniel Callahan, filósofo e W. Gaylin, psiquiatra, com a preocupação de educar e orientar os profissionais que atuam na área da saúde, criam, próximo a Nova York, o The Hastings Center: Institute of Society, Ethics

¹⁴² Ibid., p. 63.

¹⁴³ SCHWEITZER, Albert. **Decadência e regeneração da cultura**. São Paulo: Melhoramentos, 1964, p.165/182.

and Life Sciences, de onde advém à publicação da revista *The Hastings Center Report*. A partir de 1970, tantas outras publicações passam a fazer parte do cenário científico, tais como: *Abortion: law e Choice and Morality*, de autoria de Daniel Callahan; *Abortion: the myths, the realities, the arguments*, de autoria de G. Grisez; *The patient as person: explorations in medical ethics* e *Fabricated Man: the ethics of genetic control*, de autoria de P. Ramsey e *Experimentation with human subject*, de autoria de P. A. Freund, que foram todas de grande importância, ante o fato de que superaram a maneira de se pensar a ética médica, presente nos manuais da época¹⁴⁴.

Fruto de um tipo de reflexão ética, o neologismo “bioética” surgiu a partir do idealismo do médico cancerologista Van Rensselaer Potter¹⁴⁵, - inspirado pelas teorias desenvolvidas por Aldo Leopold¹⁴⁶ - na Universidade de Wisconsin, em um artigo de sua autoria intitulado “*Bioethics, the Science of Survival*”¹⁴⁷ e posteriormente no ano de 1971, em seu livro “*Bioethics: bridge to the future*”¹⁴⁸.

¹⁴⁴ JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 16.

¹⁴⁵ POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: bridge to the future**. New Jersey: Prentice-Hall, 1971.

¹⁴⁶ LEOPOLD, Aldo. **A sand County Almanac and sketches here and there**. New York: Oxford, 1989, p.227. A projeção de Aldo Leopold se deu ao lançar bases para a ética ecológica através dessa obra que foi publicada no ano de 1949, depois de seu óbito ocorrido em 21 de abril de 1948, devido a problemas cardíacos decorrentes de um grande esforço físico em auxiliar um seu vizinho a apagar um incêndio. Aldo Leopold nasceu nos EUA, em Burlington, Iowa, em 11 de janeiro de 1887; tendo se formado em Engenharia Florestal pela Universidade de Yale, tendo terminado seu mestrado no ano de 1909, indo trabalhar no Serviço Florestal. Posteriormente, no ano de 1933, assumiu a disciplina de Manejo de Caça na Universidade de Wisconsin, onde permaneceu até a sua morte. Foi considerado por Potter como tendo sido o primeiro bioeticista.

¹⁴⁷ **BIOLOGY AND MEDICINE**. V.14. N.1., POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics, the science of survival**. Autumn, 1970, p. 127/153.

¹⁴⁸ REVISTA BRASILEIRA DE BIOÉTICA - RBB. Volume 1 – nº 2/2005. PESSINI, Leo em artigo intitulado **Bioética das instituições pioneiras – perspectivas nascentes aos desafios da contemporaneidade**, p. 149/150, explica: “Potter, que chamou a bioética de ‘ciência da sobrevivência humana’, traçou uma agenda de trabalho para a mesma que vai desde a intuição da criação do neologismo em 1970, até a possibilidade de encarar a bioética como uma disciplina sistêmica ou profunda em 1988. É interessante recordar alguns momentos mais importantes deste itinerário, iniciando pela história do surgimento do neologismo bioética. Nos anos 1970-71, Potter cunha o neologismo bioethics, utilizando-o em dois trabalhos: no artigo *Bioethics, science of survival*, e no livro *Bioethics: bridge to the future*. ...Potter pensa a bioética como uma ponte entre a ciência biológica e a ética. Sua intuição consistiu em pensar que a sobrevivência de grande parte da espécie humana, numa civilização decente e sustentável, dependia do desenvolvimento e manutenção de um sistema ético.”

Inclusive, os estudiosos em bioética, Volnei Garrafa e Leo Pessini, na apresentação que fazem na obra *Bioética: Poder e Injustiça*, que é uma coletânea de artigos das principais apresentações de especialistas nacionais e internacionais, por ocasião do VI Congresso Mundial de Bioética, realizado em Brasília, de 30 de outubro a 03 de novembro de 2002, relatam que:

“Talvez a intuição pioneira de Potter, ao cunhar profeticamente a bioética como uma ‘ponte para o futuro’ da humanidade (1970), possa ser repensada como uma ponte de diálogo multi, inter e transcultural para os diferentes povos e culturas, em que as relações de justiça, solidariedade e respeito diante do diferente, do diverso e do desigual não sejam meros discursos vazios ou realidades virtuais, mas traduzam-se em dignidade e qualidade de vida para as pessoas e os povos mais vulneráveis”.¹⁴⁹

A palavra “bioética” surgiu a partir do descontentamento do médico¹⁵⁰, com relação a notícias sobre a má utilização de técnicas médicas aplicadas em seres humanos, pois, na época em que foi criada, a opinião pública americana tomou conhecimento de vários casos de manipulação em pesquisas envolvendo enfermos sociais e mentalmente vulneráveis, tais, como pacientes negros portadores de sífilis, pessoas com Síndrome de Dow e necessitados de diálise, fatos esses que chocaram a opinião pública e causaram preocupação dos órgãos de Governo, ensejando uma ampla discussão sobre os direitos do enfermo.

¹⁴⁹ Op. Cit. Nota 54 (GARRAFA), p. 14.

¹⁵⁰ Op. Cit. Nota 49 (RIOS), p. 58/59. Corroborava tal posicionamento Vicente de Paulo Barretto, em artigo de sua autoria, já mencionado, referindo-se: “O termo *bioética* foi proposto, pela primeira vez, no início da década dos setenta, pelo cancerologista Potter Van Rensselaer (1971). O precursor do uso do termo empregou-o em sentido bastante diferenciado daquele que encontramos na atualidade. Potter considerava que o objetivo da disciplina consistiria em ajudar a humanidade a racionalizar o processo da evolução biológico-cultural; tinha, portanto, um objetivo moral-pedagógico. André Hellegers, fisiologista holandês e fundador do *The Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*, passou a empregar a palavra em sentido mais amplo, relacionando-a com a ética da medicina e das ciências biológicas. O nascimento da bioética ocorreu, assim, em contexto histórico e social específico, correspondendo ao momento de crise da ética médica tradicional, restrita à normatização do exercício profissional da medicina, que não pôde responder aos desafios morais nascidos no contexto da ciência biológica contemporânea.”

Talvez, por essa razão, seja tão pertinente a utilização do termo “bioética, como sendo uma ponte para o futuro da humanidade”¹⁵¹, pois não se trata de tentar conter o avanço científico e tecnológico, posicionamento que seria além de infantil, utópico, mas simplesmente, buscar alternativas que visem a coibir os abusos praticados em nome da ciência. A bioética sendo uma ponte para o futuro da humanidade, como queria Potter, demonstra claramente a tendência pertinente e necessária de que deve haver a superação humana de se ater a uma visão meramente epistemológica por uma visão a partir da ontologia¹⁵².

¹⁵¹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. PESSINI, Leo. **Bioética : alguns desafios.** Coleção Bioética em Perspectiva. São Paulo: Loyola, 2001, p. 337/338. Os autores traduziram o texto **Bioética global e sobrevivência humana** de autoria de Van Rensselaer Potter, onde o responsável pelo neologismo “bioética” explica o que quis dizer quando fez referência a esta disciplina como sendo uma ‘ponte para o futuro’: “...antes da bioética global surgiu a bioética ponte (*Bridge Bioethics*). Vou lhes falar sobre o desenvolvimento inicial da bioética ponte e seu desenvolvimento na bioética global e bioética profunda. A bioética ‘ponte’ é símbolo para a visão que cristalizei com a palavra ‘bioética’, quando eu a cunhei em 1970. Essa visão é captada ao colocar junto as palavras ‘ponte’ e ‘bioética’. A palavra ‘ponte’ é usada porque a bioética era vista como uma nova disciplina que construiria uma ponte entre a ciência biológica e a ética, portanto – bioética. Essa ponte era somente um meio para um fim. O fim, ou o objetivo, ou a visão primeira, era construir a bioética como outra ponte, como ponte para o futuro. De fato, *Bioética, como ponte para o futuro* foi o título de meu primeiro livro sobre o assunto em 1971. Penso a bioética ponte desta maneira: 1. *Função primordial: bioética como uma ponte para o futuro.* 2. *Função capacitadora: bioética como uma ponte entre as várias disciplinas.*”

¹⁵² KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried.(Org.). Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 37/38. O autor define ontologia relatando: “Toda a filosofia ontológica se dirige, primordialmente, ao ser, ao objecto (que, todavia, não tem, necessariamente, que ser de tipo substancial; pode tratar-se, por exemplo, de estruturas ou de relações). Esta atitude nasce do espanto perante o milagre dos milagres: que o sendo é e nada mais, tal como o encontramos em Platão, Aristóteles, S. Tomás de Aquino ou Goethe. O espantar-se com o «estar aí» de um mundo, que não foi feito por nós, impele a querer saber, a perguntar; pois, como me espanto, tomo consciência de que nada sei. Eu quero saber qual a razão por que o sendo é e nada mais. Esta é a pergunta da ontologia. Portanto, a ontologia é uma filosofia baseada na confiança no ser, parte do princípio de que alguma coisa «é», que existe independentemente do nosso pensamento. Ela não se dirige à consciência, mas ao ser, que, em princípio, está indisponível e só está à disposição do homem na medida em que respeita leis implantadas no ser (na «natureza»). Compreende-se que uma tal filosofia, que repousa na confiança no ser, que se orienta pela realidade objectiva, só seja possível numa época consistente em si mesma, alicerçada em fundamentos estáveis; que, sobretudo, também tenha confiança em si própria. Por isso, é nas épocas de maior fulgor intelectual e cultural que a ontologia representa a corrente de pensamento dominante: no esplendor da Antiguidade Clássica com Aristóteles, na alta escolástica com S. Tomás de Aquino, no auge do idealismo alemão com Hegel. Uma filosofia do direito objectivista também toma como ponto de partida o espanto; o espanto perante o ser que desde a origem contém em si mesmo ordem e forma, perante a existência de uma ordem «natural» das coisas e dos relacionamentos, perante o facto de, onde quer que os homens vivam em comunidade, já existir, desde sempre, o direito. Quem nunca se viu dominado pelo espanto perante as leis da civilização humana inerentes ao ser, nunca poderá entender a questão do direito natural. Pois como poderia aquele que considera o direito uma mera construção humana chegar sequer a

Inclusive, a esse respeito Lenio Luiz Streck, utiliza o exemplo da “ponte” fazendo menção à Constituição e que por analogia, pode servir igualmente para a “bioética”, diz o autor:

“ ... a Constituição não é tão-somente a Lei Magna ou qualquer outro conceito metafísico (ente como ente) que lhe tenha sido dado pela ciência jurídica e pela ciência política no decorrer da história. A Constituição passa a ter um sentido a partir da faticidade e da temporalidade em que está mergulhada. O próprio ser é tempo, pois. Isso implica afirmar e ter presente que não há uma Constituição ‘primeva-fundante’, que existiria enquanto ‘generalidade constituição’, de onde deduziríamos o ‘sentido-de-Constituição’. É como uma ponte, que não existe enquanto generalidade ‘ponte’. A ponte não é uma construção (‘coisa’) isolada. Ela não só liga as margens que aí estavam desde sempre, como faz, na verdade, aparecer as margens como margens, ou seja, especialmente por sua presença, a ponte destaca uma margem da outra, opõe uma margem à outra. Antes da ponte não havia um lugar. Enquanto coisa, a ponte faz aparecer um lugar. Antes, havia, ao longo do rio, uma série de espaços ocupados por uma ou outra coisa. Com o surgimento/construção da ponte, um desses espaços torna-se lugar. Não é a ponte que toma um lugar no rio, mas, antes, é da ponte que brota um lugar. Nesse sentido, o ser da coisa (ente) ‘ponte’ funda um lugar. Mais do que isto, a própria ponte tem um sentido, que é o de fazer com que as margens do rio se comuniquem, sendo que essa comunicação permite o comércio entre os habitantes das duas margens; mas essa ponte também não existiria ‘como’ ponte sem que houvessem as estradas que conduzem a ela,

perguntar-se acerca de um direito conforme ao ser e indisponível? Uma verdadeira doutrina do direito só será possível aí onde o direito for apreendido como uma realidade que existe, por natureza, independentemente de nosso pensar e do nosso querer, onde não seja negada a essencialidade do direito. Só o ser pode justificar a validade do direito natural. Em última instância, a doutrina do direito natural é sempre ontologia do direito (mas não necessariamente ontologia da substância). Daí serem coincidentes as épocas de apogeu do direito natural e da ontologia. O direito natural só pode crescer quando assente numa base de confiança no ser. Só as gerações que confiam em si e no mundo se inclinam para o direito natural.”

e nem as estradas existiriam sem aqueles que as usam, e assim por diante...”.¹⁵³

A partir dessa explicação, queremos pensar que quando se fala que a “bioética é uma ponte para o futuro da humanidade”, é no sentido de que esse neologismo não é meramente um conceito metafísico, como coisa “isolada”, mas sim, que a bioética passou a ter o seu sentido a partir da faticidade e da temporalidade em que está situada; sendo “ponte”, quando faz se apresentar como o elo entre a ética e as questões referentes à vida, que são por analogia as margens, no momento em que faz essa ligação, se torna - porque fez surgir/aparecer - espaço. Do momento em que se torna espaço, fazendo com que haja a comunicação entre a ética e as questões que envolvem a vida, ela está justificada, ou seja, a partir daí ela possui seu sentido próprio.

Retomando o caminhar histórico pelo qual perpassou a bioética, temos que evidenciar que embora a paternidade do termo “bioética” tenha sido atribuída a Van Rensselaer Potter, como já anteriormente mencionado, um outro pesquisador a reivindicou, o obstetra de origem holandesa André Hellegers, da Universidade de Georgetown, que seis meses após a publicação da obra de Potter, utiliza o termo, no centro de estudos Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics, que atualmente é conhecido

¹⁵³ Op. Cit. Nota 103 (STRECK), p.170. Também nesse mesmo sentido JURANVILLE, Alain. Tradução: Vera Ribeiro. **Lacan e a filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987, p. 33/34, quando explica a questão da antecipação de sentido, relata que: *“Vamos precisar o modo como se apresenta essa antecipação de sentido. No exemplo proposto, antecipo, como foi dito, que estou andando numa ponte. Mas minha antecipação não se detém na ponte. E isso é compreensível se considerarmos que aquilo que é antecipado, em geral, é o sentido. Ora, a própria ponte, por sua vez, tem um sentido, que é o de fazer com que as margens do rio se comuniquem. E essa comunicação permite o comércio entre os habitantes das duas margens. Mas a ponte tampouco existe sem as estradas que conduzem a ela, nem as estradas sem aqueles que as usam. Tudo isso faz parte do que antecipo quando começo a passar pela ponte, e ganha sentido, antes de mais nada, a partir de minha presença e dos projetos que a carregam. A tal conjunto ordenado dá-se o nome de mundo. Esse é o caráter filosófico do pré-consciente e do consciente: eles remetem à presença do mundo para o sujeito, antes de mais nada enquanto seu, ou seja, do seu mundo. Ser-no-mundo sob a forma de ‘ter-no-mundo’ é a característica mais evidente do ser do ente humano...”*

por Instituto Kennedy de Bioética, em que pese tal fato, Potter foi quem primeiro utilizou o neologismo¹⁵⁴.

A necessidade em apontar a ocorrência desse fato, reside no legado deixado por André Hellegers, que não deixa de ser importante para a história da bioética, pois, foi o responsável por conduzir um grupo de estudos, formado por médicos e teólogos (representantes das Igrejas Católica e Protestante) com uma compreensão da bioética voltada para a antropologia moral, vez que já estavam

¹⁵⁴ **REVISTA BRASILEIRA DE BIOÉTICA - RBB.** V.1. nº 2. PESSINI, Leo. **Bioética das Instituições Pioneiras – Perspectivas nascentes aos desafios da contemporaneidade.** Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética – SBB, 2005, p. 156/158. O autor apresenta um documento elaborado por Potter, que demonstra claramente o tipo de personalidade que possuía e para quais tipos de preocupações estava voltado, inclusive propondo o diálogo entre ciência e religião, que recebeu a denominação de “credo bioético de Potter” e que devido a sua importância, se segue: “1. *Creio na necessidade de uma ação terapêutica imediata para melhorar este mundo afligido por uma grave crise ambiental e religiosa. Compromisso: Trabalharei com os outros para aperfeiçoar a formulação de minhas crenças, desenvolver credos adicionais e procurar um movimento mundial que torne possível a sobrevivência e o aprimoramento do desenvolvimento da espécie humana em harmonia com o meio ambiente natural e com toda a humanidade.* 2. *Creio que a sobrevivência futura bem como o desenvolvimento da humanidade, tanto cultural quanto biológico, é fortemente condicionado pelas ações do presente e planos que afetam o meio ambiente. Compromisso: Tentarei adaptar um estilo de vida e influenciar o estilo de vida dos outros, bem como ser promotor para um mundo melhor para as futuras gerações da espécie humana, e tentarei evitar ações que coloquem em risco seu futuro, ao ignorar o papel do meio ambiente natural na produção de alimentação e fibras.* 3. *Creio na unicidade de cada pessoa e na sua necessidade instintiva de contribuir para o aprimoramento de uma unidade maior da sociedade, de forma que seja compatível em longo prazo com as necessidades da sociedade. Compromisso: Ouvirei os pontos de vistas dos outros, sejam estes de uma minoria ou de uma maioria, e reconhecerei o papel do compromisso emocional em produzir uma ação efetiva.* 4. *Creio na inevitabilidade do sofrimento humano que resulta da desordem natural das criaturas biológicas e do mundo físico, mas não aceito passivamente o sofrimento que é resultado do tratamento desumano de pessoas ou grupos. Compromisso: Enfrentarei meus próprios problemas com dignidade e coragem. Assistirei aos outros na sua aflição e trabalharei com o objetivo de eliminar todo sofrimento desnecessário à humanidade.* 5. *Creio na finalidade da morte como uma parte necessária da vida. Afirmando minha veneração pela vida, creio na necessidade de fraternidade agora, e que também que tenho uma obrigação para com as futuras gerações da espécie humana. Compromisso: Viverei de uma forma tal que será benéfica para as vidas de meus companheiros humanos de hoje e do futuro, e que serei lembrado com carinho pelos meus entes queridos.* 6. *Creio que a sociedade entrará em colapso se o ecossistema for danificado irreparavelmente, a não ser que se controle mundialmente a fertilidade humana, devido ao aumento concomitante na competência de seus membros para compreender e manter a saúde humana. Compromisso: Aperfeiçoarei as habilidades ou um talento profissional que contribuirão para a sobrevivência e aprimoramento da sociedade e manutenção de um ecossistema saudável. Ajudarei os outros no desenvolvimento de seus talentos potenciais, mas ao mesmo tempo cultivando o autocuidado, auto-estima e valor pessoal.* 7. *Creio que cada pessoa adulta tem uma responsabilidade pessoal em relação à sua saúde, bem como, uma responsabilidade para o desenvolvimento desta dimensão da personalidade em sua descendência. Compromisso: Esforçar-me-ei por colocar em prática as obrigações descritas como compromisso bioético para a saúde pessoal e familiar. Limitarei meus poderes reprodutivos de acordo com objetivos, nacionais ou internacionais.”*

desde aquela época preocupados com os avanços da medicina e da tecnologia, os quais representavam desafios aos sistemas éticos do mundo ocidental, como explica Leo Pessini:

“Para Warren Thomas Reich, historiador da bioética e organizador das duas primeiras edições da Enciclopédia, o legado de Hellegers está no fato deste entender sua missão em relação à bioética como ‘uma pessoa ponte entre a medicina, a filosofia e a ética’. Este legado é o que acabou conquistando maior notoriedade, tornando-se hegemônico, fazendo da bioética um ‘estudo revitalizador da ética médica’.”¹⁵⁵

Também a filósofa portuguesa Maria do Céu Patrão Neves:

“Ya no constituye novedad decir que la Bioética surgió en Estados Unidos y si lo volvemos a referir es solo por el interes del significado que atribuímos al binômio que dio origen al vocablo. Van Rensselaer Potter, de la Universidad de Wisconsin, Madison, definió la palabra Bioética en la obra *Bioethics: Bridge to the Future*, publicada en enero de 1971; y André Hellegers introdujo el mismo término, de nuevo con carácter inédito, al fundar el Instituto Joseph y Rose Kennedy para el Estudio de la Reproducción Humana y Bioética el 1 de julio de 1971. Potter le dio un sentido marcadamente ecológico, como designación de una ‘ciencia de supervivencia’; Hellegers restringió el término a una ética de las ciencias de la vida, consideradas particularmente al nivel de lo humano (ética biomédica). Conceptualmente es esta última significación de la Bioética la que ha prevalecido y que ha estado en la base de su constitución como área específica de una nueva expresión del saber.”¹⁵⁶

¹⁵⁵ Ibid. (REVISTA BRASILEIRA DE BIOÉTICA), p.151.

¹⁵⁶ ESCOBAR, Alfonso Llano (Org.). **Qué es bioética?: según notables bioeticistas.** NEVES, Maria do Céu Patrão. **Fundamentación antropológica de la bioética: expresión de un nuevo humanismo contemporáneo.** Bogotá: 3R Editores, 2000, p. 121.

A partir de então, o termo passou a ser utilizado e, no Kennedy Institute of Ethics da Georgetown University de Washington, uma universidade fundada pelos Jesuítas no século XVIII, o Center of Bioethics, publica no ano de 1978 uma obra denominada *Encyclopedia of Bioethics*, com a inserção da conceituação de bioética como sendo um neologismo derivado das palavras gregas bios (vida) e ethike (ética). Pode-se defini-la como sendo o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar¹⁵⁷.

O vocábulo “bioética” sofreu alterações com o decorrer do tempo, conseqüência da necessidade de acompanhamento da evolução social e das mudanças permanentes trazidas pelo desenvolvimento científico e tecnológico, acabando por influir em todas as questões atinentes à vida. Cabe salientar que o neologismo “bioética” teve grande aceitação nos mais variados sistemas sociais¹⁵⁸, nas mais variadas culturas, ensejando sempre um estudo mais rico e aprofundado da problemática ética quanto às questões que dizem respeito à vida.

Esse fenômeno é de extrema importância, pois, denota claramente que no bojo da cultura contemporânea as sociedades estão cada vez mais dispostas a procurar e a proceder a uma investigação mais detalhada do juízo moral, para melhorar suas estruturas ou mesmo reformular seus conceitos visando o aprimoramento das condições socioculturais existentes, trazendo como conseqüência uma melhor convivência entre os seres. Atualmente, a bioética faz parte inclusive, como disciplina adotada em cursos universitários¹⁵⁹, sendo seus estudiosos denominados “bioeticistas”.

¹⁵⁷ **ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS.** W.T. Reich (editor responsável). 2.ed. vol. 1, p. XXI – Introdução. Washington: Center of Bioethics – Kennedy Institute of Ethics da Georgetown University, 1978.

¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas. Tradução Silvia Pappé e Brunhilde Erker. **Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general.** México: Universidad Iberoamericana, 1991.

¹⁵⁹ Servindo de exemplo ao que foi referido cabe, inclusive, com respeito à influência exercida pela “bioética” na enfermagem e da necessidade de inclusão da matéria na formação desse profissional, apontar o que foi salientado por Lucilda Selli: “*A formação profissional de*

Não importa o nome que hoje se dê a “bioética”, o fato é que ela quer se firmar como uma nova disciplina em virtude da sua própria importância cultural, ocupando um espaço próprio de influência nas discussões relevantes que atingem os seres humanos, através da manutenção, qualidade e desenvolvimento da vida, que sofre com o uso, às vezes, indiscriminado da ciência e tecnologia.

*enfermagem, tanto de 2º grau como em nível superior, é guiada por parâmetros tecnicistas, sem uma discussão mais ampla da dimensão humanista de nossa atividade, ligada ao que se chama de dimensão relacional que singulariza a profissão. Ademais, os avanços tecnocientíficos na área da saúde em geral puseram na ordem do dia questões como engenharia genética, doação de órgãos, eutanásia, distanásia, etc., e nos leva a considerar a bioética como um referencial fundamental na atividade de enfermagem. ...As preocupações cada vez mais crescentes com os aspectos bioéticos envolvidos com os avanços da tecnociência fazem-se notar não somente nos meios acadêmicos ou nas instituições de saúde e nos demais centros de reflexões e estudo sobre o tema. Também pessoas leigas, sob a influência da mídia, vêm recebendo informações e discutem cada vez mais a respeito de questões polêmicas que se relacionam com o nascer, viver e morrer dos seres humanos. ...A constatação de que profissionais da saúde, muitas vezes, desenvolvem uma conduta de ‘apropriação’ sobre os ‘pacientes’, mantendo-os passivos e sem opções para desenvolver escolhas diante dos procedimentos técnicos necessários, deve servir como um alerta para a atividade de enfermagem em todas as suas dimensões e implicações.” SELLI, Lucilda. **Bioética na enfermagem.** São Leopoldo: UNISINOS, 1998, p. 13/16.*

CAPÍTULO II – CONCEITO DE VIDA

2.1 – Diversas maneiras de referência à vida

Como já mencionado, o neologismo “bioética” surgiu em razão do descontentamento dos profissionais da área da saúde com relação ao abuso de técnicas médicas aplicadas em seres humanos e a partir do momento em que passou a atingir “direitos”, passou a ter importância também, para o mundo jurídico. A partir de então, a “bioética” tenta se firmar como uma nova disciplina, voltada para a observância da ética às questões relacionadas à vida, por essa razão se justifica apontar as diversas maneiras pelas quais ela é referida.

Além do fato de a “bioética” estar intimamente ligada às questões todas que envolvem a vida, o fato de se pretender dar a ela os fundamentos constitucionais pertinentes no sentido de torná-la efetiva, faz com que se torne

imperioso apontar um significado e a contextualizar o que é “vida”, ainda mais porque esta goza de proteção jurídica, amparada em toda a sua dimensão e proporção na Constituição Federal vigente¹⁶⁰.

A indagação a respeito de como se definir “vida”, é uma questão que ainda hoje se encontra em aberto, portanto, delicada, ante ao fato de não ter como conceituá-la de uma maneira rígida, absoluta, fechada, ou seja, baseada sob um único e exclusivo aspecto¹⁶¹.

O vocábulo “vida” possui significados diferenciados, se apresentando sob um determinado sentido, de acordo com a maneira, a necessidade e o contexto de sua utilização, portanto, se pode afirmar que a indagação sobre o que é vida, é uma pergunta filosófica intemporal¹⁶².

Com relação à palavra “vida”, Pietro de Jesús Lora Alarcón, aponta seus diversos significados como maneira de justificá-la, pois, entende que na procura de um sentido à expressão *vida*, é possível deparar-se com várias formulações teóricas, provenientes de diversos terrenos do conhecimento. O

¹⁶⁰ Op. Cit. (ARAUJO) p. 127. Nota 104. A esse respeito: “A Constituição assegurou o direito à vida. Em outras palavras, o texto constitucional proibiu a adoção de qualquer mecanismo que, em última análise, resulte na solução não espontânea do processo vital. Desse modo, algumas conclusões afiguram-se inexoráveis. Em primeiro lugar, a impossibilidade jurídica de institucionalização da pena de morte. ...Ao lado desse aspecto, releva observar que outras formas de interrupção do processo vital estão igualmente proibidas pelo texto constitucional, dentre elas a eutanásia e o aborto.”

¹⁶¹ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 23/24. Com referência à dificuldade em definir-se o que é vida, o autor preleciona: “As indagações sobre o vocábulo *vida* apontam para sua derivação do grego *bios* ou da origem latina *vita*. Ao que parece a locução foi disseminada na Antigüidade pelos povos da Europa Ocidental, usando-se para identificar aquilo que possuía movimento. Hoje em dia, sem dúvida, o termo apresenta uma grande riqueza significativa, é utilizado em diversos sentidos, todos eles de imensa validez e utilidade, em dependência do âmbito de trabalho do pesquisador ou do intérprete.”

¹⁶² LALANDE, André. Tradução: Fátima Sá Correia, Maria Emília V. Aguiar, José Eduardo Torres e Maria Gorete de Souza. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 581. “Intemporal (adj. e subst.) D. *Unzeitlich, das Unzeitliche*. A.. *Propriamente, aquilo que é estranho ao tempo, aquilo que não possui a característica da duração. ‘O tempo é nos necessário para nos permitir constituir a nossa existência intemporal’ L. Lavelle, La présence totale, p. 17. B. Por conseguinte, aquilo que, enquanto considerado no tempo, aparece aí como invariável. ‘O verdadeiro e falso são intemporais.’”*

intuito de concentrar os diversos aspectos analisados pelas ciências humanas sobre a *vida*, conduz ao destaque pedagógico de várias áreas, que podem ser enunciadas da seguinte maneira: a) A vida pode ser estudada como entidade biológica, tratada, então, pela Biologia. b) A vida pode ser observada pela ótica da prática, ou como existência moral, tema da Ética. c) A vida é susceptível de ser abordada como valor supremo, objeto da concepção do mundo, no plano filosófico. d) A vida é passível de ser auscultada como resultado da interação do ser vivo reunido em coletividade, e um plano sociológico. O esforço por apresentar pedagogicamente as óticas de análise da *vida* é guiado por uma compreensão do mundo que leva em conta a natureza, a sociedade e o pensamento como esferas de construção e reprodução do universo. Não pretende, então, ser uma tese definitiva.¹⁶³

Essa diversidade de pensamentos se dá porque a expressão “vida” engloba tipos de interpretação variados, que dependerá do contexto em que se achar inserida, dentre outros, se pode mencionar: vida no seu sentido físico e natural ou vida no seu sentido cultural e histórico; no que diz respeito ao primeiro a conceituação está ligada ao seu sentido etimológico; por outro lado, no segundo, há a valoração do que seria “vida”.

Com relação ao seu sentido cultural e histórico, este é muito importante, em razão de que a valoração expressa o pensamento humano que pode ser individual ou coletivo, dependendo dos costumes e valores adotados por um determinado povo¹⁶⁴, portanto, não há como conceituar vida, a não ser situando-a em um sistema¹⁶⁵, em um momento histórico, a partir de determinados valores.

¹⁶³ Op. Cit. Nota 161 (ALARCÓN), p. 25.

¹⁶⁴ MULLER, Friedrich. Tradução: Peter Naumann. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, 115p. O autor se refere a povo, enquanto “sujeito” de atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas, a serem vivenciadas e legitimadas dentro de um universo jurídico-político.

¹⁶⁵ MATURANA, Humberto R. VARELA, Francisco. Tradução. Humberto Mariotti e Lia Diskin. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001, 283,p.

Inclusive, a título de exemplificação, com relação ao conceito de vida estar situado dentro de um sistema, Niklas Luhmann, explica:

“Maturana define la vida como organización autopoietica en un espacio molecular (es decir a través de una contracción de dos términos en sí complejos, siendo que ninguno de los dos es específicamente definido sólo para la biología). Esto tiene amplias consecuencias. Por un lado queda abierto si pueden existir otros sistemas autopoieticos (en otros espacios), y cuáles. Por el otro lado, lo identificado como característica de la definición de la vida, se comprende con tanta exactitud y precisión, que muchas situaciones relacionadas obviamente con ella, sólo pueden ser tratadas como diferenciaciones que hace un observador, cuando observa sistemas vivos. ...Cada explicación de cognición presupone así una explicación de la observación, cada explicación de la observación una explicación de la vida – y eso como observación de un biólogo que diferencia estos términos al observar por medio de ellos. El resultado dice, entonces: ‘La cognición es un fenómeno biológico y sólo puede ser comprendido como tal’. El concepto de la cognición es ampliado a una interacción con un entorno, y reducido al mismo tiempo a la realización de la autopoiesis de la vida, que a su vez no es otra cosa sino la organización circular de la producción de elementos del sistema por medio del entramado precisamente de estos elementos.”¹⁶⁶

A palavra vida, como já anteriormente citado e frisado pode se apresentar sob várias conotações, dependendo da área de interesse em que será ou se ache inserida ou abordada e do tipo de visão cognitiva que será apresentada/exposta, como exemplo do referido, se pode mencionar ainda, determinados pensamentos que colocam em evidência o vocábulo e de uma

¹⁶⁶ LUHMANN, Niklas. Traducción: Silvia Pappe – Brunhilde Erker – Luis Felipe Segura. **La ciencia de la sociedad**. México: Del Hombre, 1996, p. 99/100.

maneira totalmente peculiar, demonstrando claramente o que até o presente se afirmou, tais como os que se seguem.

O posicionamento de Erwin Schrodinger”, tem uma característica diferenciada quando evidencia nossa incapacidade em defini-la, mas ao mesmo tempo afirmando poder ser explicada pela física e pela química. “A vida é uma matéria que, tal como um cristal – um estranho ‘cristal periódico’ -, repete sua estrutura ao crescer. Porém ela é muito mais fascinante e imprevisível do que qualquer mineral cristalizado: a diferença estrutural é do mesmo tipo da que prevalece entre um papel de parede comum, no qual um mesmo padrão se repete vezes sem conta, numa periodicidade regular, e uma obra-prima do bordado, digamos, uma tapeçaria de Rafael, que exhibe não uma repetição enfadonha, mas um desenho requintado, coerente e significativo, traçado pelo grande mestre.”¹⁶⁷

Citado por Frederick Turner¹⁶⁸, o literato Thomas Mann (1875-1955) escreveu sobre a vida em seu romance intitulado “A montanha mágica”:

“Que era a vida? Ninguém sabia. Sem dúvida ela era consciente de si, tão logo se fazia viva, mas não sabia o que era não era... matéria e não era espírito, mas algo entre os dois, um fenômeno transmitido pela matéria, como o arco-íris numa cascata ou como a chama. E por que não era material? – era senciante a ponto de chegar ao desejo e à repulsa, à impudência da matéria sensibilizada de si mesma, à forma incontínente do ser. Era um frêmito secreto e ardente na enregelada castidade do universal; era uma impureza roubada e voluptuosa de sugar e segregar; uma exalação de gás carbônico e impurezas materiais de origem e composição misteriosas.”

¹⁶⁷ SCHRODINGER, Erwin. **My view of the world**. Cambridge: Cambridge University Press, 1967, p.5.

¹⁶⁸ TURNER, Frederick. **Biology and beauty**. New York: Zone Books, 1992, p. 406.

Para os biólogos Humberto Maturana Romesín e Francisco J. Varela García, "...a vida não tem sentido fora de si mesma, que o sentido da vida de uma mosca é viver como mosca, 'mosquear', 'ser mosca', que o sentido da vida de um cachorro é viver como cachorro, ou seja, 'ser cachorro ao cachorrear', e que o sentido da vida de um ser humano é o viver humanamente ao 'ser humano no humanizar'."¹⁶⁹

No entanto, embora encontre diversas conotações, nas mais variadas áreas do conhecimento, no contexto da presente pesquisa a palavra "vida" (leben) deve ser encarada no sentido que foi dada pelo filósofo Martin Heidegger, que está muito próximo a "Dasein", ou seja, só se poderá compreender a pre-sença se houver uma elaboração prévia da questão sobre o sentido do ser em geral. Pode-se, portanto, entender a palavra "vida" sob a concepção do pensamento Heideggeriano ao se proceder a uma análise do que Heidegger¹⁷⁰ qualifica como existência:

Chamamos existência ao próprio ser com o qual a pre-sença pode se comportar dessa ou daquela maneira e com a qual ela sempre se comporta de alguma maneira. Como a determinação essencial desse ente não pode ser efetuada mediante a indicação de um conteúdo quídidoativo, já que sua essência reside, ao contrário, no fato de dever sempre assumir o próprio ser como seu, escolheu-se o termo pre-sença para designá-lo enquanto pura expressão de ser¹⁷¹.

¹⁶⁹ ROMESÍN, Humberto Maturana. GARCÍA, Francisco J. Varela. Tradução: Juan Acuña Llorens. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 12.

¹⁷⁰ SAFRANSKI, Rudiger. Tradução: Lya Luft. **Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal**. São Paulo: Geração Editorial, 2000, p. 19/22. O autor apresenta a cronologia da vida de Martin Heidegger, mencionando dentre outras coisas que: "*Martin Heidegger, filósofo alemão, nasceu em 26 de setembro de 1889, na cidade de Messkirch (Grão-ducado de Baden)/Alemanha, filho de Friedrich Heidegger (7 de agosto de 1852 – 2 de maio de 1924), zelador de objetos sacros e sacristão em Messkirch e de Johanna Heidegger, nascida em Kempf (21 de março de 1858 – 3 de maio de 1927). Sua morte ocorreu em 26 de maio de 1976, sendo enterrado em Messkirch no dia 28 de maio de 1976*".

¹⁷¹ HEIDEGGER, Martin. Tradução: Márcia de Sá Cavalcante. **Ser e tempo**. Parte I. 6.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 39.

A partir desse pensamento resta claro que a vida somente pode ocorrer a partir de um modo de ser-no-mundo, mas, para se ter um modo de ser-no-mundo é necessário que haja pre-sença, ou seja, deve haver um “ser”, ou seja, um “ser aí”. Há um fenômeno ôntico, que se caracteriza justamente por ser perceptível, por se enxergar a existência do humano, na medida em que o “ser aí” pode no que se refere à vida ser equiparado ao “homem”, tido como objeto referencial, como pré-sença. Por outro lado, ao reconhecer o caráter “ôntico” do “ser aí”, como passível de percepção, automaticamente já se pode afirmar que já houve uma compreensão ontológica, que consiste justamente em reconhecer também fenômenos não perceptíveis sensorialmente, por terem a característica de ocorrerem antes dos fenômenos perceptíveis, uma vez que só se sabe o que é perceptível na medida em que houve o seu reconhecimento como tal, para tanto foi necessário já tê-lo percebido como tal, como “pré-sença”.

Para Heidegger “pre-sença sempre se compreende a si mesma a partir de sua existência, de uma possibilidade própria de ser ou não ser ela mesma. Essas possibilidades são ou escolhidas pela própria pre-sença ou um meio em que ela caiu ou já sempre nasceu e cresceu. No modo de assumir-se ou perder-se, a existência só se decide a partir de cada pre-sença em si mesma. A questão da existência sempre só poderá ser esclarecida pelo próprio existir. A compreensão de si mesma que assim se perfaz, nós a chamamos de compreensão existenciária. A questão da existência é um ‘assunto’ ôntico da pre-sença. Para isso não é necessária a transparência teórica da estrutura ontológica da existência. O questionamento dessa estrutura pretende desdobrar e discutir o que constitui a existência. Chamamos de existencialidade o conjunto dessas estruturas. A análise da existencialidade não possui o caráter de uma compreensão existenciária e sim uma compreensão existencial. A tarefa de uma analítica existencial da pre-sença já se acha prelineada em sua possibilidade e necessidade na constituição ôntica da pre-sença”.¹⁷²

¹⁷² Ibid., (HEIDEGGER) p.135.

Evidencia-se necessária à compreensão a partir do pensamento de Martin Heidegger, uma vez que se pode ter a aplicabilidade da “bioética”, nos Tribunais decorrente de uma análise do caso concreto não como um meio mecânico de subsunção¹⁷³ legal, mas sim realizada esta, levando-se em consideração o “ser-aí” presente em cada sujeito que compõe a relação processual, decorrente de um fato concreto de um acontecimento factual; tendo ainda, concomitantemente, que se admitir já haver, além do reconhecimento desse “ser aí”, uma questão que o precede, que é a própria pré-compreensão necessária para que o tenha como tal, como está sendo referido, há nesse caso uma antecipação da compreensão.

Como se pode constatar, já há nesse momento de definição do que seria “vida” a necessidade de “interpretação”, pois, de acordo com a área de conhecimento e o seu respectivo estudioso, intérprete ou pesquisador, se terá um tipo de visão ou conceituação da palavra. Por essa razão não se concebe mais que essa interpretação se dê nos moldes determinados pela hermenêutica clássica.

A concepção e aceitação de uma interpretação tomada a partir da hermenêutica filosófica é totalmente viável no que diz respeito à definição do vocábulo “vida”, uma vez que esta não se achará mais numa situação de objetificação, como uma palavra interposta entre o sujeito e o objeto, como uma terceira coisa, mas sim vista num sentido muito mais amplo, como condição de possibilidade. A partir do momento em que se admite a linguagem como condição de possibilidade, a palavra “vida”, passa a integrar a condição de ser-no-mundo que vai determinar o próprio sentido que ela deverá ter ou ocupar dentro do caso

¹⁷³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.448. Como menciona a autora: “*Subsunção é a aplicação da norma geral ao caso individual. A tarefa da subsunção apresenta duas dificuldades: a) falta de informação sobre os fatos do caso, que é solucionada por presunções legais e pelo ônus probandi; e b) indeterminação semântica dos conceitos gerais contidos na norma, resolvida pela introdução de definições explícitas. Daí a necessidade de interpretação para saber qual a norma que incide sobre o caso sub judice.*”

concreto, o que fará com que haja a concretização da bioética, como um modo-de-ser-no-mundo.

Essa conscientização faz com que o sentido da palavra “vida” se amplie ou não, dependendo da pré-compreensão do intérprete acerca dela, no que diz respeito a esta concepção e a visão heideggeriana, não se pode deixar também de mencionar que Heidegger talvez quisesse dar a ela uma conotação bem mais ampla do que qualquer outro estudioso em razão de que suas obras foram escritas no idioma “alemão”, daí a importância maior de se situar a temática dentro de seu pensamento, pois, este engloba toda uma estrutura prévia de sentido acerca das coisas.

Embora suas obras tenham sido traduzidas em várias outras línguas, o fato que persiste é que sua versão original foi desenvolvida no idioma alemão, e este possui uma peculiaridade somente sua, ou seja, de caráter personalíssimo, que é a possibilidade de formação de palavras compostas, o que amplia a inteligência quando há a necessidade de se explicar ou dar uma denotação mais detalhada acerca de algum assunto¹⁷⁴, podendo ainda ressaltar que há a possibilidade maior de ampliação de seus significados e conteúdos, principalmente a partir da utilização de metáforas¹⁷⁵.

¹⁷⁴ BORGES, Fabio. **Textecendo o texto Freudiano**. Artigo intitulado: Via. Língua. Linguagem. Linguaviagem. Vialinguaviagem. Textecer o texto Freudiano. Um dos dezoito Seminários apresentado em agosto de 1986, no Círculo Psicanalítico de Minas Gerais, p. 21. O autor ao escrever sobre o idioma “alemão” preleciona que: *“A língua alemã é aglutinativa e tem como característica marcante a possibilidade de formação de palavras compostas. É quase infinita a possibilidade de montar e desmontar as palavras..., ...a língua alemã permite, além disto, a montagem de substantivos com substantivos, verbos com substantivos, com adjetivos, etc. ...em alemão, podemos utilizar apenas uma palavra que vai aglutinando as outras formando assim uma palavra composta, que traz em si um novo conceito. Isto nos remete ao que Freud descreveu como condensação, ou seja, numa só palavra ou figura estão concentrados vários sentidos”*.

¹⁷⁵ BLACKBURN, Simon. Tradução: Desidério Murcho et al. **Dicionário Oxford de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 246/247. Com relação ao termo metáfora: *“A mais importante figura de estilo, em que um assunto (por vezes chamado teor) é referido por um termo ou frase (o veículo) que não o descreve literalmente: o cogumelo nuclear, a luz da fé etc. Os problemas filosóficos relativos à metáfora incluem a questão de saber como se deve estabelecer a divisão entre o significado literal e o significado metafórico (Nietzsche, por exemplo, considerava que a verdade literal não era mais que uma metáfora morta ou fossilizada); como conseguimos interpretar as metáforas com a rapidez e a certeza com que freqüentemente conseguimos fazê-lo, e se as metáforas podem por si mesmas ser veículos de compreensão, ou se devem apenas ser*

Portanto, é importante salientar que não se pode situar as questões de bioética e nem mesmo a conceituação da palavra “vida”, sob uma ótica de interpretação arcaica, que não lhe dará o sentido amplo que lhe é inerente e devido, devendo reconhecer-se a necessidade da adoção da hermenêutica filosófica, mesmo no momento de definir-se em que ela consiste.

vistas como meros remetentes para as verdades e falsidades literais acerca do assunto em questão. Discussões filosóficas específicas podem também abordar a questão de se saber quão metafórica é uma expressão, como quando os filósofos falam dos fundamentos do conhecimento, das crenças na cabeça, da bondade de Deus ou de objetos abstratos. Numa metáfora mista, ou catacrese, a combinação de propriedades torna-se ilógica ou ridícula, embora a interpretação possa não falhar, como quando Hamlet pensa em pegar em armas contra um mar de adversidades”.

2.2 – A noção científica de vida

Como já anteriormente mencionado, há várias maneiras de se conceber a palavra “vida”, no entanto, a noção científica de vida é muito diferente da noção filosófica de vida.

Sob a vertente do pensamento humano filosófico a denotação de “vida”, está intimamente ligada ao “ser”, à sua pré-compreensão acerca do acontecimento “vida”¹⁷⁶, enquanto, que cientificamente, se tenta explicar, a sua

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. Traducción: R. S. Carbó. **El futuro de la naturaleza humana: hacia una eugenesia liberal?** Barcelona: Paidós, 2002, p. 24. *“Es esta la situación en la que nos encontramos hoy. El avance de las biociencias y el desarrollo de las biotecnologías no sólo amplían las posibilidades de acción ya conocidas sino que posibilitan un nuevo tipo de intervenciones. Lo que hasta ahora «dado» como naturaleza orgánica y como mucho podía «cultivarse» entra ahora en el ámbito de la intervención orientada a objetivos. En la medida en que también se haga entrar al organismo humano en este ámbito de intervención, la distinción fenomenológica de Helmuth Plessner entre «ser corpo» (Leib) y «tener cuerpo» (korper) adquiere una sorprendente actualidad: se desvanece la frontera entre la naturaleza que «somos» y la dotación orgánica que nos «damos». Para los sujetos productores surge con ello una nueva manera de autorreferencia, capaz de llegar a las profundidades del sustrato orgánico. Pues ahora depende de la autocomprensión de estos sujetos cómo quieran aprovechar el alcance de los nuevos espacios de decisión: autónomamente, según consideraciones normativas que afectan a la formación democrática de la voluntad, o arbitrariamente, de acuerdo con preferencias subjetivas que puedan satisfacerse en el mercado. No se trata, pues, de una afectación cultural contra los laudables avances del conocimiento científico, sino únicamente de sí (y en determinados casos*

origem, a sua manutenção, a sua formação, de uma maneira técnica, através da epistemologia¹⁷⁷.

É importante ressaltar que a ciência ocupa um espaço de destaque porque na maioria das vezes procura firmar seus conceitos através de uma comprovação racional alcançada a partir da utilização de métodos ou experimentos, baseados sempre em algum tipo de raciocínio, tais como: a indução, o hipotético-dedutivo, o experimental e a analogia.

Mas, o que realmente importa é que a “vida” é um fato humano e, portanto, deve ser observado cientificamente pelas denominadas “ciências humanas”¹⁷⁸ também. Até porque, as questões de “bioética” são questões ligadas e pertinentes à vida, a sua qualidade e a sua valoração.

No entanto, a noção científica de vida está intimamente ligada a duas teorias desenvolvidas, a primeira chamada de “mutações aleatórias” e a segunda “seleção natural”, ambas reconhecidas como importantíssimas quanto aos seus aspectos, influenciando na evolução biológica¹⁷⁹. Posteriormente a essas teorias,

cómo) la implementación de estas conquistas afecta a nuestra autocomprensión como seres que actúan de forma responsable.”

¹⁷⁷ MARGULIS, Lynn. SAGAN, Dorion. Tradução: Vera Ribeiro. **O que é vida?** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 289,p.

¹⁷⁸ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. 2.ed. São Paulo: Moderna, 1993, p. 161/162 e 167. Com relação às ciências humanas: *“No século XIX o desenvolvimento das ciências da natureza atinge a discussão dos fatos humanos, com a exigência de que também as ciências humanas se tornassem autônomas, desligadas do pensamento filosófico. ...a procura do estatuto epistemológico das ciências humanas não se faz sem dificuldade. Ora porque lhes é negado o caráter de cientificidade, isto é, não são consideradas ciências (é nisto que consiste o chamado veto positivista); ora porque só são considerados os métodos calcados nas ciências da natureza (tendência naturalista); ora porque elas procuram o próprio método, distinto de tudo o que já tinha sido visto até então, tendo em vista a especificidade do seu objeto (tendência humanista)... Enquanto todas as outras ciências têm como objeto algo que se encontra fora do sujeito cognoscente, as ciências humanas têm como objeto o próprio ser que conhece.* Prelecionam ainda, que por esta razão há várias dificuldades enfrentadas pelas ciências humanas, principalmente com relação ao estabelecimento de métodos, diante de tal constatação mencionam quanto ao método que: *“...o método utilizado, depende, de certa forma, dos pressupostos filosóficos que embasam a visão de mundo do cientista”.*

¹⁷⁹ CAPRA, Fritjof. Tradução: Newton Roberval Eichenberg. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 179/180. Com relação às teorias da mutação aleatória e a da seleção natural, vejamos: *“A primeira teoria da evolução foi*

outras surgiram, com a finalidade precípua de se tentar explicar o que é a vida, sua origem e até finalidade, tais como as teorias de hereditariedade dos seres vivos desenvolvidas pelo frade Johann Gregor Mendel¹⁸⁰, que embora estejam obsoletas para a época atual, tiveram sua importância.

A questão da “vida”, no meio científico encontra-se em constante mutação, porque o “leque” de conhecimentos se ampliou e persiste num processo contínuo de alargamento, hoje se tendo estudos na área da microbiologia, da biologia celular, da bioquímica, da ecologia microbiana, da engenharia genética, da biossegurança, etc.

Toda essa evolução técnica científica acaba afetando as relações humanas, trazendo questões relevantes para a “vida” e para o pensamento humano com relação a elas mesmo no âmbito científico; na sua maioria controversas, como por exemplos: a descoberta do “genoma humano”, a determinação da ocorrência de morte cerebral que ensejaria um posicionamento quanto à prática ou não da eutanásia, dentre outros; gerando conflitos de

*formulada no princípio do século XIX por Jean Baptiste Lamarck um naturalista autodidata que introduziu o termo 'biologia' e fez extensos estudos de botânica e de zoologia. Lamarck observou que animais mudavam sob pressão ambiental, e acreditava que eles podiam transferir essas mudanças para a sua prole. Essa transferência das características adquiridas era para ele o principal mecanismo da evolução. Embora se comprovasse que Lamarck estava errado a esse respeito, seu reconhecimento do fenômeno da evolução – a emergência de novas estruturas biológicas na história das espécies – foi uma idéia revolucionária que afetou de maneira profunda todo pensamento científico subsequente. Em particular, Lamarck exerceu forte influência sobre Charles Darwin, que começou sua carreira científica como geólogo mas se interessou por biologia durante sua famosa expedição às ilhas Galápagos. Suas cuidadosas observações a respeito da fauna da ilha estimularam Darwin a especular sobre o efeito do isolamento geográfico na formação das espécies, e o levaram, finalmente, a formular sua teoria da evolução. Darwin publicou sua teoria em 1859, em sua obra monumental *On the Origin of Species*; e a completou doze anos mais tarde com *The Descent of Man*, na qual a concepção de transformação evolutiva de uma espécie em outra foi estendida de maneira a incluir seres humanos. Darwin baseou sua teoria em duas idéias fundamentais – variação casual, que seria posteriormente denominada mutação aleatória, e seleção natural. No centro do pensamento darwinista está a intuição segundo a qual todos os organismos vivos são apresentados com ancestrais comuns. Todas as formas de vida emergiram desses ancestrais por meio de um processo contínuo de variações ao longo de todos os milhares de anos de história geológica. Nesse processo evolutivo, são produzidas muito mais variações do que as que podem sobreviver, e, dessa maneira, muitos indivíduos são eliminados por seleção natural, conforme algumas variantes apresentam crescimento excessivo e sufocam a produção de outras.”*

¹⁸⁰ JOHANN GREGOR MENDEL (1822-1884). <http://www.biomania.com.br/textos/mendel.htm>

interesses que necessitam ser decididos no âmbito judicial; por essa razão há a necessidade de situar a questão da vida na sua concepção científica que já não é a mesma de outrora.

Hodiernamente, se tem afirmado no meio científico, de maneira peremptória, que o ser vivo que pensa e, portanto, tem “vida” é aquele que é determinado geneticamente. Após a descoberta do mapeamento genético, que se deu com a decifração do genoma humano¹⁸¹, houve uma redução do pensar-se a vida humana, como sendo tão somente uma estrutura possível a partir de um código genético.

No entanto, a vida humana não pode simplesmente ser reduzida tão somente a um elemento próprio do objeto da bioquímica ou da biologia, pois, pensar-se dessa maneira seria estagnar o pensamento, mesmo no âmbito científico onde toda constatação passa por todo um processo empírico.

Mesmo justificando suas hipóteses não através de fatos, mas de experiências testadas e comprovadas, a ciência tem reconhecido equívocos por ela cometidos, portanto, a biologia não pode ser tida como a maior das ciências e, quanto ao genoma humano e a maneira como tem sido visto, como a “descoberta do século” ou então, sendo referido como o “alfabeto da vida humana”, também não se pode pensar de modo diferente, ou seja, não há que ser tido como argumento último e como a solução para todos os problemas humanos, mesmo sendo reconhecida importância.

Explicando a questão do Genoma Humano, Darcy Fontoura de Almeida relata:

¹⁸¹ DAVIES, Kevin. Tradução: Rosaura Eichenberg. **Decifrando o genoma: a corrida para desvendar o DNA humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 56/83. O autor explica em sua obra o que é o genoma humano, inclusive se refere a ele como sendo: “*o Livro da Vida, o Manual do Homem, o Código dos Códigos*”.

“A publicação da seqüência completa do genoma humano (GH), ainda que apenas na forma de rascunho, causou um impacto que vem em apoio da hipótese, muitas vezes pronunciada, de que a Biologia é, ou será, a ciência do século. O impacto atingiu não somente os próprios cientistas, como também, e de maneira especial, o público em geral, devido à inusitada difusão do evento, tanto na imprensa leiga/laica quanto na especializada. Em ambas observa-se uma profusão de exclamações que, não raro, são muito exageradas. E correm o risco de veicular informações que não correspondem à realidade, o que é bem mais grave. Assim, entre os próprios cientistas, o seqüenciamento do GH foi saudado como a revelação do ‘livro da vida’ ou a descoberta do ‘Graal da Biologia’, enquanto que o público não especializado passou a nutrir ilusões que vão desde a cura de toda espécie de doença até ao conhecimento dos genes ‘determinantes da condição humana’. ...O projeto GH tem duas faces. A primeira, óbvia, é a de que se trata de um projeto científico. Mas não de um projeto como tantos outros; o projeto GH tem dimensões monumentais, que de certo trará profundas repercussões sobre a vida de nossa espécie. A segunda, menos aparente, é a face do empreendimento financeiro, que compreende interesses comerciais de grande monta, como a obtenção de patentes de seqüências gênicas, visando à utilização, seja em terapia gênica, seja no desenvolvimento de drogas específicas para tratamento de determinadas doenças, seja na discriminação de portadores de risco de doença genética.”¹⁸²

Em que pese à sociedade e a ciência reconheçam a importância da decifração do código genético, o conceito de vida humana se acha muito além desta descrição, até porque as pesquisas não param de ser desenvolvidas e

¹⁸² BAYMA, Fátima. KASZNAR, Istvan. (Organizadores) **Saúde e previdência social: desafios para o terceiro milênio**. São Paulo: Pearson Education, 2002, p. 97. O autor relata o mencionado em seu artigo intitulado: **O gene: presente e futuro – repercussões sobre a Genômica**.

ampliadas, o que significa que o que hoje pode ser provado de maneira empírica e ser tido como uma verdade, amanhã pode não sê-lo, basta uma nova descoberta para que haja a descaracterização ou superação da teoria anteriormente apresentada.

O reconhecimento de que tal fato possa vir a acontecer, enseja uma outra postura intelectual a respeito do conceito científico que se tem sobre a “vida”, ampliando seu universo para um pensamento científico filosófico, que não fica adstrito na antropologia física. A antropologia física, também denominada antropologia fisiológica, sustenta uma concepção de vida a partir da sua objetificação, tendo-a como uma manifestação e objeto da bioquímica e da genética, colocando-a numa posição de “coisa genética”, reduzindo-a à materialidade da coisa, sob o argumento empírico da existência de um DNA¹⁸³, de um Genoma Humano.

No entanto, não se pode fixar a conceituação de “vida” somente baseada na antropologia física, mas há que ampliar os horizontes, a partir de uma antropologia filosófica que reconhece a importância da genética, como instrumento de comprovação de um sistema vivo materializado, porém, insuficiente para determinar o que é “vida”. A antropologia física apresenta-se frágil ante o fato de que para aceitar seus argumentos, de imediato há que se reconhecer à existência

¹⁸³ A esse respeito inclusive pode ser citado como exemplo à “quimera genética”, que apesar de ser rara, já foi diagnosticada pela ciência como sendo a existência de pessoas portadoras de dois perfis de DNA, um diferente do outro. Tal descoberta trará grandes dificuldades para aqueles que lidam com problemas legais e faziam uso de um diagnóstico de DNA. Principalmente, aqueles, que usavam a técnica para embasar suas decisões, pois, o fenômeno trará dúvidas na solução de crimes. A exclusão ou a confirmação do envolvimento de um suspeito em casos de: homicídios, estupros, identificação de ossadas e testes de paternidade resta prejudicada, assim como os casos de investigação de paternidade, já que o sangue da pessoa pode apresentar um DNA diferente na amostra coletada em um dos tecidos do organismo do suspeito. Essa “quimera biológica” foi descoberta pelos médicos do Centro Médico de Beth Israel Deaconess, em Boston, EUA, ao examinarem uma paciente de 52 anos, identificada apenas por Jane que necessitava de um transplante renal, ocasião em que houve a constatação de que seus filhos biológicos não poderiam ser seus doadores. As análises de DNA da paciente comprovaram que quando a mãe de Jane ficou grávida de gêmeos dizigóticos (não idênticos), eles acabaram se fundindo no útero durante a gestação. Com isso nasceu Jane, uma “quimera tetragamétrica” – uma pessoa com dois tipos de células. **CIÊNCIA CRIMINAL.** Ano 1 – nº 2 – ISSN: 1809-9068. São Paulo: Segmento, 2006, p. 48/49.

de uma pré-compreensão com relação a todos os argumentos que expõe, inclusive, nesse sentido pondera Ernildo Stein:

“Apesar de nossa tendência de encerrarmos a vida humana no todo de uma positividade, essa está superada pelo processo da autocompreensão implícita na pré-compreensão em que sempre nos movemos. ...Hoje, estamos situados diante da primeira questão e parece que as biociências nos respondem com o mapeamento do genoma o que a natureza humana faz do homem. Entretanto a Antropologia filosófica de que hoje se espera uma função *a priori*, estruturante, ordenadora e englobante, supera a Antropologia fisiológica e a antroponômica. ‘Ciganos à margem do Universo’, como acaso filogeneticamente bem-sucedidos somos também ‘ciganos à margem da totalidade’ a que nos quisera reduzir a bioquímica pelo genoma humano uma vez que, essa totalidade da ciência já está sempre envolvida na totalidade de uma pré-compreensão que faz parte de um *mundo* humano que, enquanto ser no mundo, compreende sua formação bioquímica com a estrutura prévia de sentido. É assim que a vida humana, como existência, ultrapassa a natureza humana como um dado.”¹⁸⁴

Portanto, já não atende aos anseios da “bioética” uma visão do sentido da vida sob um prisma voltado e reduzido nos critérios da Antropologia física, mas sim, é de vital importância aceitar os ditames da Antropologia filosófica, que aceita o círculo da pré-compreensão, admitindo que o argumentar sobre o ser vivo como uma coisa genética já implica numa antecipação de sentido, baseada numa pré-compreensão do que seja esse fenômeno bioquímico. A partir dessa conscientização, fica fácil aceitar uma nova concepção científica de vida que não pode estar adstrita tão somente ao Genoma Humano, mesmo que reconhecida

¹⁸⁴ Op. Cit. Nota 16 (STEIN), p. 190/191.

incontestavelmente sua importância no desenvolvimento do conhecimento acerca do ser humano.

2.3 – A vida como objeto de valoração econômica

Quando se faz menção à “vida”, logo se pensa em um direito indisponível, portanto, imensurável, sem preço, sem valor econômico. A princípio realmente a vida, - tanto em se tratando da vida num sentido geral/amplo, quanto da vida humana em particular -, não possui valor econômico, portanto, é insuscetível de mensuração pecuniária.

No entanto, apesar dessa constatação, as pesquisas que envolvem a engenharia genética¹⁸⁵, tanto de material humano como de animal, levantam questões de ordem econômica, tais como o registro de patentes¹⁸⁶ dos organismos vivos manipulados, a cobrança pecuniária quanto à utilização de

¹⁸⁵ Op. Cit. Nota 182 (BAYMA), p. 101. Em artigo intitulado **Ciência ou tecnologia: um falso dilema?**, o geneticista Dr. Marcos Palatnik ensina que: “A biotecnologia é considerada como o uso de microorganismos para realizar várias tarefas; mas a confusão aparece quando se trata de diferenciar biotecnologia de engenharia genética. A engenharia genética é um procedimento para isolar e expressar material genético. Envolve genes-alvo com propriedades específicas e transferência para outros organismos, abrangendo o controle e a regulação dos genes inseridos no organismo hospedeiro.”

¹⁸⁶ CASABONA, Carlos Maria Romeo (Organizador). **Biotecnologia, direito e bioética: perspectivas em direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC de Minas, 2002, p. 263.

alguma técnica desenvolvida em laboratório, utilização de tecnologia genômica pelos laboratórios farmacêuticos, a venda de órgãos humanos¹⁸⁷, etc.

Também, quando se trata de questões que envolvem posicionamentos religiosos¹⁸⁸, na maioria das vezes dependendo da opção que se tem a respeito de algum assunto, este dá ensejo a pedidos vultosos de indenizações, como se em questões envolvendo a vida se pudesse quantificar com relação à perda.

O cerne da questão é que não se pode estar alienado quanto a esses fatos; embora a vida e tudo o que esteja ligado a ela não tenha preço, ou pelo menos, se fosse para haver uma quantificação, esta seria impossível vez que, para se atribuir um valor, este teria que ser “inestimável”, pois, pensar-se de modo diverso seria uma excessiva simplificação do valor da vida¹⁸⁹, que se encontra além do que possa ser material.

Há que se adotar um outro posicionamento, nesse sentido Marciano Vidal propõe uma superação dessa ambigüidade adotando-se uma ética fundamental e coerente para a vida humana:

“La ambigüedad ha de ser resuelta mediante la coherencia. Para salir de la situación ambigua en que se encuentra la estimación y la presentación del valor de la vida humana es necesario hacer una propuesta coherente de la ética de la vida humana. Asignanos dos cualidades a una presentación ética de la vida humana que pretenda ser válida para el momento actual: Ética fundamental. El valor de la vida

¹⁸⁷ BERLINGUER, Giovanni. GARRAFA; Volnei. Tradução: Isabel Regina Augusto. **O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo**. Brasília: UNB, 1996, p. 147/152.

¹⁸⁸ Pode ser citado como exemplo principalmente os casos envolvendo os Testemunhas de Jeová, no que se refere ao procedimento clínico em que haja necessidade de transfusão de sangue ou transplante de órgãos.

¹⁸⁹ MAFFETTONE, Sebastiano. **Il valore della vita: un'interpretazione filosofica pluralista**. Milano: Arnoldo Mondadori Editore, 1998, p. 92. Com relação a valoração econômica da vida o autor italiano preleciona que: “*La mia impressione è che, dietro il rifiuto di prendere sul serio l'idea di un valore economico della vita, si nasconda una eccessiva semplificazione della questione del valore della vita.*”

humana precisa ser expuesto de modo fundamental, es decir, justificado en su raíz. En los tratados morales sobre la vida humana suele existir una laguna a este respecto. Se abordan las situaciones concretas: aborto, eutanasia, pena de muerte, etc. Pero falta un tratamiento fundamental y general del valor de la vida humana en cuanto a tal. Ética coherente. Realizada la fundamentación del valor moral de la vida humana, es necesario hacer una exposición coherente del mismo. Ello supone sacar las conclusiones pertinentes, aplicándolas a las diversas situaciones en que se verifica el valor de la vida humana; utilizar idéntica argumentación al valorar todos y cada uno de los problemas relacionados con el valor de la vida humana; denotar la amplitud y la unidad de significado del valor de la vida humana.”¹⁹⁰

Embora Marciano Vidal tenha feito um esforço no sentido de encontrar uma solução viável para a atribuição de valor à vida humana, baseia sua tese no sentido de que haja a adoção de uma idêntica argumentação, uma unidade de significado para o valor da vida humana, o que é impossível, ante o fato de que também se estaria tratando de um modo simplório e dando um tratamento de “coisa”, “objeto”, à vida humana, que não é de modo algum passível de mensuração, inclusive sob um critério generalista, não podendo ser vista como um meio para aquisição de valor pecuniário.

Na tentativa de mensurar um valor econômico para a vida, esquece-se de seu sentido espiritual e filosófico¹⁹¹, como se estes não fossem agregados ao próprio sentido da vida e, portanto, à própria vida. Não se pode ignorar que a biologia tem se mantido vinculada somente aos fatos físicos externos,

¹⁹⁰ VIDAL, Marciano. **Bioética: estudios de bioética racional**. 3.ed. Madrid: Tecnos, p. 29/30.

¹⁹¹ JONAS, Hans. Tradução: Carlos Almeida Pereira. **O princípio vida: fundamentos para uma biologia filosófica**. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 11/16. O autor possui um posicionamento com relação ao sentido espiritual e filosófico da vida e explica: “*Uma filosofia da vida tem como objeto a filosofia do organismo e a filosofia do espírito. ...Pois o apontar seus limites externos implica nada menos do que a afirmação de que mesmo em suas estruturas mais primitivas o orgânico já prefigura o espiritual, e que mesmo em suas dimensões mais elevadas o espírito permanece parte do orgânico.*”

desprezando a dimensão da interioridade humana e de sua importância dentro de um contexto social e que, este pensamento se transporta para o mercado econômico.

A pessoa humana dotada de vida, “animus”, deve ser considerada para além dos fenômenos, ou seja, há que se re-descobrir a pessoa na sua totalidade corpórea-espiritual, reconhecendo-a como substância e não como “coisa” e, portanto, possuidora de uma base ontológica¹⁹² e não apenas fenomenológica; desta forma, não há como aceitar a mensuração da vida como possível.

A vida não deve ter um preço, tanto a vida num sentido geral, quanto à vida humana, individualmente considerada, pois há uma dependência ampla de todos para com a “terra” e todos os seres vivos, e, vice-versa¹⁹³.

O que é passível de mensuração econômica são fatos envolvendo a “vida” e não propriamente esta; quando se coloca a questão de atribuir-se um valor material à vida é no sentido de reconhecer que o fato acontecido de alguma

¹⁹² CUNHA, Paulo Ferreira da. (Organizador) **Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 110/111. Roberto Adorno, em seu artigo intitulado “Pessoa substância ou pessoa consciência?: um risco para os direitos do homem”, pondera: *“A pessoa, considerada como substância, tem certas características que nos assinalam mais claramente a sua presença. São elas, segundo a maior parte dos autores: a) a racionalidade, ou a abertura para o universal e o transcendental, isto é, a faculdade de identificar em cada ser aquilo que é comum a todos os outros do seu tipo (“universal”) e aquilo que é comum a todos os seres (“transcendental”), b) a liberdade, isto é, a aptidão de se autodeterminar para a realização de seus próprios fins, c) a interioridade, que se refere ao facto de o homem constituir o único animal capaz de se recolher sobre si mesmo, sobre o seu mundo interior. Os seres irracionais, em contrapartida, têm uma vida ‘orientada para o exterior’. ...O que queremos realçar acima de tudo é que o conceito de pessoa, numa perspectiva realista, tem uma base ontológica, e não apenas fenomenológica. O conceito de pessoa faz referência à raiz constitutiva dos actos e das estruturas que caracterizam o homem. Uma visão realista do homem não permite limitar a atribuição do título de pessoa ao sujeito que explicita a sua racionalidade, mas exige que tal atribuição atinja todo o ser vivo pertencente à natureza racional.”*

¹⁹³ MORIN, Edgar. KERN, Anne Brigitte. Tradução: Paulo Azevedo Neves da Silva. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2000, p. 65. O autor menciona que: *“A Terra é uma totalidade complexa física/biológica/antropológica, em que a vida é uma emergência da história da terra, e o homem uma emergência da história da vida terrestre. A vida é uma força organizadora biofísica em ação na atmosfera que ela criou, sobre a terra, debaixo da terra, nos mares, onde ela se espalhou e se desenvolveu. A humanidade é uma entidade planetária e biosférica.”*

maneira atingiu a ela, portanto, pelo menos materialmente se deve minorar o prejuízo sofrido.

Portanto, devem estar evidenciados valores maiores do que somente o econômico, devendo sua quantificação existir quando for para de alguma maneira se resguardar algum direito que se ache ou que tenha sido lesado e que este tenha correlação com a vida, somente aí, se justifica a aferição de um valor pecuniário a esta, mas não no sentido de que este poderá substituir este bem maior.

2.4 – Proteção à vida, qualidade de vida e morte

A necessidade de proteção da vida de um modo geral e principalmente da vida humana particularmente, não basta para que os valores buscados pela “bioética” sejam alcançados.

Para tanto, deve haver por parte de todos um comprometimento para com o estabelecimento de posturas que levem a garantia de uma “qualidade de vida”. O cientista Steen Willadsen, afirmou que “o papel do cientista é desafiar as leis da natureza”¹⁹⁴, mas até que ponto se pode desafiar tais leis e a que preço?

Com base nessa indagação se pode afirmar que há uma dicotomia quanto à resposta, de um lado, defensores da manutenção da vida a qualquer custo, sempre na esperança de que haverá a descoberta de uma nova técnica que reverterá à situação. Por exemplo, de um paciente em fase terminal e, de outro, aqueles que entendem ser dispensável qualquer tipo de aparelhagem ou técnica afirmando que a vida tem que seguir seu curso natural, ou seja, a morte.

¹⁹⁴ WILLADSEN, Steen M. **Nuclear transplantation in sheep embryos.** EUA: Revista Nature, v.320, 6 de março de 1986, p. 63.

Entretanto, sacrificar-se a qualidade de vida na busca de uma pseudolongevidade, - o que atinge não somente a pessoa que se submete a tal circunstância, mas a todos aqueles seres humanos que de alguma maneira se acham vinculados à situação -, a qualquer custo, mantendo um corpo através de um tratamento que propicia a substituição das funções vitais por processos artificiais, no sentido de se prolongar à existência, nada mais é do que eleger para a ciência e a tecnologia objetivos no mínimo equivocados.

O desenvolvimento da ciência e tecnologia deve buscar objetivos mais elevados, como o de se colocar presente na vida humana, fornecendo mecanismos aptos a prevenir ou minorar males que afetam individualmente ou de maneira geral a todos, como por exemplo, a AIDS¹⁹⁵, o câncer em suas mais variadas representações, o mal de Parkinson, a doença de Alzheimer, etc.

Almejar ampliar a utilização dos meios científicos e tecnológicos a toda a população e não somente beneficiar alguns poucos privilegiados, como exemplo se pode citar o tratamento para câncer de próstata, que se denomina “braquiterapia”¹⁹⁶, tido hoje como o mais moderno e capaz de debelar a patologia, mas por seu custo elevado somente beneficia uma parte da sociedade; restringir a divulgação e publicidade enganosa dos avanços da ciência e tecnologia como verdadeiras panacéias, capazes de resolver a maior parte dos problemas que atingem a espécie humana, colocando os seres humanos numa condição de disputa e esquecimento de sua própria condição de “ser humano” e, portanto, falível. Exemplo de tal situação pode ser observada na promoção da tecnologia

¹⁹⁵ GARRETT, Laurie. Tradução: Margarida Dorfman Black, Sonia Siessere e Marina Appenzeller. **A próxima peste: as novas doenças de um mundo em desequilíbrio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995, p. 275/376.

¹⁹⁶ NAG, Subir. **Principles and practice of Brachytherapy**. New York: Futura Publishing Company 2nd E., 1997. e http://www.einstein.br/web_oncologia/pdf/braquiterapia.pdf A palavra braquiterapia tem origem grega (brachys – curto; terapia – tratamento) e define uma forma de tratamento desenvolvida pela colocação de materiais radioativos junto ao tumor. Os materiais determinam a liberação de altas doses de radiação apenas nas proximidades da área de implantação, sem que um grande número de células normais seja atingido. Os implantes podem ser temporários ou permanentes. O tratamento do câncer de próstata pela implantação de “sementes” é um exemplo de braquiterapia intersticial (em meio ao tecido) permanente.

como magia sem riscos sustentada pela genômica e pesquisas com células tronco que visam a denominada terapia gênica¹⁹⁷.

Ao se referir à vida, não se pode deixar de mencionar que vida, sua qualidade e morte estão intimamente ligadas, a cada fase desta, sentida e vivenciada através do tempo. Todos os seres humanos passam por elas, por todos os problemas oriundos de sua própria condição epocal e suas conseqüências, não bastando almejar por soluções simples para os problemas complexos de cada etapa¹⁹⁸.

Necessitando tais situações de valoração, que dependerá da maneira como cada ser humano encara o fato vivenciado; esta atribuição de valor, por sua vez, resta evidenciada quando envolve de forma patente e cristalina, questões que dizem respeito à vida e por ter essa característica, englobam um interesse geral,

¹⁹⁷ FOLSCHIED, Dominique. MINTIER, Brigitte Feuillet-Le. MATTEI, Jean-François. **Philosophie, éthique et droit de la médecine.** Thémis Philosophie. Paris : Presses Universitaires de France, 1997, p. 463/466. *“C’est cette avancée technologique qui a, par ailleurs, permis d’imaginer la correction d’un déficit biologique dans les cellules du patient lui-même. Il apparaît, en effet, plus satisfaisant de remplacer un gène déficient par un gène normal «greffé» directement sur le génome du sujet malade, c’est ce qu’on appelle «la thérapie génique in vivo». ...Comme on peut s’en rendre compte, la thérapie génique en est seulement au stade des premières applications chez l’homme. Elle connaît encore beaucoup d’incertitudes et reconte de très nombreuses difficultés. Il n’en demeure pas moins qu’elle représente, incontestablement, «la voie d’avenir» fantastique. Il est donc indispensable de suivre, et mieux encore, de précéder son évolution. Il faut, pour cela, préparer nos mentalités et modifier nos raisonnements, puisqu’il s’agit rien moins que de corriger les erreurs de la nature. Il faut aussi se doter des moyens nécessaires pour maîtriser l’évolution de ce nouveau chapitre de la médecine qui s’ouvre sous nos yeux, au service de ceux pour lesquels la médecine reste encore bien souvent impuissante.”*

¹⁹⁸ MORIN, Edgar. (Org.) **O desafio do século XXI: religar os conhecimentos.** Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 213/214. No capítulo 05, intitulado Da longevidade humana, de autoria de Étienne-Émile Baulieu, há um esclarecimento sobre a questão da longevidade, do envelhecimento e a qualidade de vida humana, como se passa a expor: *“Em primeiro lugar, deve distinguir-se duas noções: a longevidade, ou extensão do tempo passado a viver, e o envelhecimento, mais cedo ou mais tarde inevitável, que evoca uma alteração das qualidades da vida em que os seres humanos têm muito prazer. ...Encontramo-nos num período revolucionário como provavelmente a Humanidade nunca teve ocasião de conhecer, visto que a esperança de vida aumenta, actualmente, um ano em cada quatro. ...Para a sociedade este facto origina problemas muito importantes de estrutura (economia, reforma, famílias com quatro ou cinco gerações...). Todas as doenças clássicas diminuiram durante os anos recentes. Contudo, a contrario, aparecem outras que colocam inúmeras questões à prática, à pesquisa e à organização médicas. ...Com efeito, toda a gente pensa que a duração de vida da espécie é directamente determinada pela combinação dos genes, como se existisse uma espécie de relógio interno e, evidentemente, levando ao extremo, como se existisse um «gene da duração de vida». Esta noção não é necessariamente válida e, em todo o caso, a longevidade acrescida que se observa actualmente apresenta muitas questões...”*

despertando um olhar a partir da “bioética”, num espaço de discussão que lhe pertence.

No entanto, no que se refere à qualidade de vida, esta deixa de ser uma questão controvertida se os seres humanos passarem a observar o que é bom para o homem, a partir de uma ética vivenciada através da própria aceitação da condição humana, que deve viver, sendo presente no mundo, buscando sempre melhores condições para si mesmo e para os outros e, ao chegar o momento do fim, que se dará com a morte; aceitá-la, pois, já viveu o suficiente para deixar o seu legado, tanto de bem como de mal, aos seus herdeiros.

O problema é que o ser humano não lida de maneira tranqüila com a questão do fim da vida humana¹⁹⁹, não há aceitação da morte, esta provoca a lembrança acerca dos limites do homem, inerentes da sua própria condição humana, nesse momento o homem se vê impotente.

A morte é um fato, próprio da condição humana e, dela não se têm como escapar é o fim de todos; o que se tenta garantir é um prolongar da vida humana, é mantê-la a qualquer custo, com a utilização da tecnologia presente, no entanto, sem êxito porque é só uma questão de tempo²⁰⁰, a finitude se dará e o

¹⁹⁹ SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado de direito funerário**. Tomo I. São Paulo: Método, 2000, p. 04/06. O autor com referência à morte apresenta suas considerações, da seguinte maneira: *“Sem dúvida alguma, a morte é o problema central do homem, problema este de tal magnitude que até se poderia dizer que consiste no problema por excelência. Diante dele, todos os demais aparecem apenas como pequenas questões contingentes, passíveis de controle. ...Houve, há e sempre haverá uma grande preocupação com a morte. Esta preocupação apresenta-se na forma de medo, temor, respeito, veneração, reflexão e até mesmo na forma de mercantilismo. A morte como preocupação extrema do homem, é uma constante em todas as sociedades, sem descontinuidade no processo histórico da civilização. Vem dos tempos mais remotos e persistirá enquanto o homem for homem. O que se altera é o modo como essa preocupação se manifesta ou a forma como é encarada. Numa palavra: A conotação social que toma.”*

²⁰⁰ ENGELHARDT, H. TRISTRAM JR. Tradução: Luciana Moreira Pudenzi. **Fundamentos da bioética cristã ortodoxa**. São Paulo: Loyola, 2003, p. 385. Ao fazer referência a morte, ao desenvolvimento científico e a questão ética que a envolve, o autor menciona: *“Ainda que as ciências que estruturam nossa cultura não confirmam um sentido último, a medicina sugere que a dor é controlável, que o sofrimento é evitável, e que a morte é cada vez, mais postergável. A medicina fracassa: tais promessas não podem ser mantidas. O sofrimento, no fim, não pode ser evitado. A morte um dia chega. No ethos do controle e do progresso, essas falhas impelem à busca de sentido, em face do sofrimento, da deficiência e da morte.”*

pior, na tentativa de se prolongar à existência material nessa manutenção sem limites, não há garantia de sua qualidade²⁰¹.

A qualidade da vida humana está vinculada ao critério e conceituação adotada para a saúde, que consiste num equilíbrio entre o físico, o psíquico e o social²⁰², portanto, qualquer situação que contrarie essa realidade, foge da normalidade, devendo ser levada a uma discussão nos termos propostos pela bioética, pois, a tecnologia e a ciência é que devem estar a serviço do homem e não o contrário.

Inclusive, para Pe. Augusto A. Mezzomo o sentido de saúde possui uma amplitude ainda maior que não o conceito antigo de que esta seria um estado ou condição de ausência de doenças ou mesmo, a definição dada pela Organização Mundial de Saúde – OMS de que seria um estado de completo bem-estar físico, mental e social. Apontando que “a priori”, houve um avanço quanto aos conceitos, ao sair do negativo (exclusão de elementos negativos – doenças) para o positivo (bem-estar referindo-se aos efeitos gerados por um “estado”), no entanto, em ambos os casos, o conceito é incompleto.

A constatação de que o conceito de saúde é incompleto é revelada quando há a admissão de um sentido ainda maior, baseado no fato de que:

“O ser humano não se limita ao físico, mental e social. Não há como não reconhecer a realidade transcendental, e espiritual, e esta interfere no ‘bem estar’. Não se pode ignorar que um estado de ‘remorso de consciência’, interfira e impeça um ‘estado de completo bem-estar’. Não se pode incluir essa parte nos limites do ‘mental’ pois se trata de uma

²⁰¹ SÊNECA. Translation: Moses Hadas. **The stoic philosophy of Sêneca**. New York: Norton, 1958, p. 70 e 207. Sêneca entendia que “*O bem não é viver, mas viver bem. O homem sábio, portanto, vive tanto quanto deve, não o máximo que pode. ...Ele sempre pensará na vida em termos de qualidade, não de quantidade.*”

²⁰² Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), de 22 de julho de 1948: Segundo definido na sua introdução, saúde consiste em: “*um estado de bem-estar total, físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.*”

instância superior e além. ...A OPAS – Organização Pan Americana de Saúde, inclui essa dimensão definindo saúde como: ‘Um estado de completo bem-estar físico, mental, social e espiritual’. É absolutamente certo que a ‘paz de espírito’ é condição para um estado de ‘completo’ bem-estar.”²⁰³

Ademais, há que se deixar claro que a manutenção da vida humana, por qualquer meio tecnológico possível, independentemente da qualidade que esta vida irá ter, cria uma “força normativa da ficção”, impondo aos pesquisadores e cientistas um trabalho incessante e sem limites na busca técnicas que garantam a perpetuação da espécie humana e de alguma maneira, alcancem a superação da morte, porém, até o presente momento, sem o êxito pretendido.

Essa “força normativa da ficção” é explicada por Dietmar Mieth²⁰⁴:

“Por muito tempo se tem falado da força normativa dos fatos. Muitos são da opinião de que nenhum argumento ético é válido contra os fatos, que a ética passa a ser um instrumento dos fatos. Porém não são tanto os fatos científicos que fazem pressão por novas atitudes da sociedade. Trata-se, antes, de opções que ocorrem nas cabeças das pessoas por meio de novos conhecimentos e experiências prometedoras, embora sua viabilidade não esteja de nenhuma maneira garantida pelo progresso real. Exemplo disso é a terapia genética. Inicialmente pensada como um sucedâneo para a informação genética nas células, logo se transformou em um sistema de transferência onde por meio de vetores (“táxis genética”) se deveriam introduzir novas informações e processos modificados em

²⁰³ MEZZOMO, Pe. Augusto A. **Fundamentos da humanização hospitalar: uma versão multiprofissional**. São Paulo: Loyola, 2003, p. 20/21.

²⁰⁴ Dietmar Mieth é fundador do Centro de Ética da Universidade de Tübingen; no período de 1994 a 2001, membro da Comissão de Ética da União Européia e ainda atua como assessor para as questões envolvendo a biomedicina e a tecnologia genética. Desde o ano de 2000, é membro da Comissão de Proteção ao Embrião para a Convenção de Direitos Humanos para a Biomedicina e é doutor em teologia.

células enfermas. Até agora foram registrados apenas pequenos êxitos neste terreno, e desde 1999, após violenta discussão em torno de alguns casos fatais nos EUA ocasionados pela periculosidade dos vetores (vírus), o ceticismo passou a ser compartilhado também pelos geneticistas. De maneira análoga também se pode considerar como possível, mas de forma alguma garantida, a esperança de corrigir órgãos e células. ...Também a chamada medicina 'predictiva' (ou previsiva) a rigor não passa de uma ficção. Pois só nas doenças monogênicas, cuja probabilidade pode ser comprovada e cuja gravidade pode ser estabelecida com exatidão, é que se pode predizer alguma coisa – e a resposta ainda está longe de constituir uma terapia.”²⁰⁵

Martin Heidegger, muito bem fundamenta essa questão, pois, na medida em que é, o “Dasein” tem, que ser, perpetuidade de um “ainda não”; chegando ao seu fim, ele não é mais e o fim do “Dasein” é a sua própria morte, há a perda do ser-no-mundo, porém, esse morrer não significa não-mais-ser-no-mundo²⁰⁶. A morte, portanto, é uma possibilidade ontológica singular²⁰⁷.

²⁰⁵ MIETH, Dietmar. Tradução: Carlos Almeida Pereira. **A ditadura dos genes: a biotecnologia entre a viabilidade técnica e a dignidade humana**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 22/23.

²⁰⁶ CASSORLA, Roosevelt M.S. (Coordenador) **Da morte: estudos brasileiros**. 2.ed. Campinas: Papyrus, 1991, p. 119/120. No ensaio “A idéia de morte no idoso – uma abordagem compreensiva”, Magali Roseira Boemer, Maria Lúcia Zanetti e Elizabeth R. Martins do Valle, fazem a seguinte observação: “A idéia de morte próxima experimentada pelo paciente terminal leva-o a conviver com a realidade de que sua finitude é próxima e, nesse sentido, o trabalho realizado por Boemer (1986) trouxe subsídios para a compreensão do paciente terminal em seu morrendo, fundamentado no discurso de Heidegger (1974). Assim, para esse filósofo, a morte é uma possibilidade que está presente, determinando a vida desde o nascimento; é a possibilidade extrema que engloba e exclui todas as demais e, em seu entender, trata-se de uma possibilidade geral, visto que atinge todos os homens; é intransferível, pois nenhum homem pode morrer no lugar de outro, sendo assim insuperável, certa e, contudo, incerta quanto ao momento de seu advento. A morte não é o fim da vida humana no sentido de ser o fim de um caminho que pode ser alcançado ao término de um trajeto. Para Heidegger, a existência não é dada ao homem como um caminho bem arranjado no fim do qual está a morte; mas a morte, como possibilidade, atravessa sua existência e a qualquer momento pode surpreendê-lo. Desde o seu nascimento, diz Heidegger, o homem já é suficientemente velho para morrer. Entretanto, o pensamento deste filósofo não encontra ressonância na sociedade ocidental, que encara a morte como algo indesejado, tolerável apenas quando o indivíduo já viveu e produziu o bastante para poder morrer.”

²⁰⁷ HEIDEGGER, Martin. Tradução: Márcia de Sá Cavalcante. **Ser e tempo**. Parte II. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 18/19. Com referência a interpretação da morte, nos ensina que: “Interpretar o movimento de passagem da pre-sença para o ser apenas simplesmente dado perde

Para entender a questão da morte, não se deve partir do pressuposto de que ela não é experimentável, pensamento usual, vez que a morte é sempre vivenciada através do luto, a partir da morte do outro; portanto, além de não se poder substituir alguém na tarefa de morrer, não há necessidade de sequer utopicamente, de pensar e vislumbrar tal possibilidade para que se possa compreender a “morte” e como ela se dá, mas pode se ter uma idéia do que ela seja, a partir do momento em que há pré-compreensão por parte do “ser-aí” acerca dela, a partir da morte ocorrida com outro.

Mas, para entender a questão da morte segundo é colocado por Heidegger, se deve tê-la como sentido existencial, no sentido de que o “Dasein” vive para o fim, vai à direção do fim e pré-compreende toda a sua situação humana através da linguagem, que nesse caso está caracterizada pelo próprio acontecer do óbito de outrem.

Desse fim, ninguém jamais escapou a não ser, em obras de ficção e romance em que o personagem vive através dos anos²⁰⁸ ou de algum modo se eterniza como, por exemplo, as histórias do Conde Drácula²⁰⁹, não havendo para esses a morte.

a base fenomenal da medida em que o ente remanescente não é uma mera coisa corpórea. Do ponto de vista teórico, mesmo o cadáver dado é ainda objeto possível da anatomia patológica, cuja tendência de compreensão se orienta, não obstante, pela idéia de vida. O ser ainda simplesmente dado é 'mais' do que uma coisa material, destituída de vida. Nele se encontra algo não vivo, que perdeu a vida. Entretanto, mesmo essa caracterização do que ainda resta não esgota inteiramente os dados fenomenais determinados pela pre-sença. O 'finado' que, em oposição ao morto, foi retirado do meio dos que 'ficaram para trás' é objeto de 'ocupação' nos funerais, no enterro, nas cerimônias e cultos dos mortos. E isso porque, em seu modo de ser, ele é 'ainda mais' do que um instrumento simplesmente dado no mundo circundante e passível de ocupação. Junto com ele, na homenagem do culto, os que ficaram para trás são e estão com ele, no modo de uma preocupação reverencial. Assim, a relação ontológica com o morto também não deve ser apreendida como uma ocupação do que está à mão. Nesse ser-com o morto, o próprio finado não está mais 'ai' presente como fato. Nesse caso, ser-com indica sempre conviver no mesmo mundo. O finado deixou nosso 'mundo' e o deixou para trás. É a partir do mundo que os que ficam ainda podem ser e estar com ele."

²⁰⁸ WILDE, Oscar. **O retrato de Dorian Gray**. 3. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2000.

²⁰⁹ STOKER, Bram. Tradução: Vera M. Renoldi. **Drácula**. São Paulo: Nova Cultural, 2002, 366.p.

As ponderações sobre a qualidade de vida e a morte são importantes quando se trata de ter que se decidir sobre a questão, pois há uma dicotomia entre qualidade de vida e sacralidade da vida, principalmente quando se tem que decidir a partir de critérios discriminantes, como por exemplo: um feto mal formado, um paciente ancião que se encontre em estado de coma ou uma patologia tida como irreversível por se desconhecer a cura.

Nesse sentido, através do pensamento de Heidegger, é possível compreender que o “Dasein” vive para o fim, que a morte é inevitável e, dependendo do caso concreto que se apresente à vida não é de todo intangível, como um valor totalmente absoluto e a própria legislação pátria entende dessa maneira quando previu os casos de excludentes de ilicitude.

PARTE II – BIOÉTICA E OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

CAPÍTULO I – A QUESTÃO DA VIDA FRENTE À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E A BIOÉTICA

1.1 – A Influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição

Depois da ocorrência das duas grandes guerras, passou a fazer parte da preocupação dos internacionalistas a reconstrução do direito internacional para

que os indivíduos e os grupos sociais passassem a ter garantido seus direitos protegidos na esfera internacional, através do reconhecimento de sua capacidade processual. No entanto, tal tarefa não foi fácil, primeiramente ante ao fato de que tal capacidade não era reconhecida e ainda, por não haver qualquer tipo de órgão internacional que colaborasse no sentido de promover o estabelecimento legal dos direitos humanos.

Esta realidade se protraiu no tempo, fazendo com que problemas relacionados aos direitos individuais ficassem a mercê do corpo diplomático; como consequência duas questões surgiram: uma que considerava arbitrária a intervenção de um Estado em outro por intermédio da prática diplomática, pois, tal atitude não era legitimada por um órgão permanente com diretrizes traçadas através de um órgão competente em determinar normas de caráter geral internacional sobre os direitos humanos e outra, que levantava o fato de ser fragilizado esse tipo de proteção, em razão de possibilitar a tutela a uma parcela reduzida de indivíduos.

Conforme ensina Antônio Augusto Cançado Trindade, “a capacidade processual dos indivíduos passou a ser gradualmente reconhecida em sucessivas experiências internacionais que se estenderam de fins do séculos XIX (sistema de navegação do rio Reno) até o final do primeiro meado do século XX (e.g., Corte Internacional de Presas, propugnada pela II Conferência de Paz da Haia de 1907; Corte Centro-Americana de Justiça, que, durante sua década de existência – 1907-1917 – examinou casos movidos diretamente por indivíduos). Na era da Sociedade ou Liga das Nações, por, exemplo, há que se destacar os *sistemas de minorias e de mandatos*. ..., as petições dos habitantes dos territórios sob o mandato eram enviadas à Comissão Permanente dos Mandatos da Liga, ainda que no mais das vezes através das autoridades dos Estados Mandatários. Tal sistema veio a ter, como sucessor, na era das Nações Unidas, o sistema de tutela, sob o qual também se reconhece o direito de petição individual. Estas sucessivas experiências de direito internacional vieram a sepultar o mito de que os indivíduos

não poderiam beneficiar-se e *diretamente* de mecanismos de proteção previstos em tratados e instrumentos internacionais. A capacidade processual internacional dos indivíduos contou, assim, com reconhecimento em experiências de direito internacional antes mesmo da adoção, em um intervalo de poucos meses em 1948, das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos, ponto de partida do processo de *generalização* da proteção internacional dos direitos humanos.”²¹⁰

Enfrentando os obstáculos mencionados, representantes de algumas nações conscientes dos desrespeitos já perpetrados contra seres humanos enfrentaram os argumentos postos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹¹, surgiu e foi promulgada na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948²¹², colocando em destaque o ser humano, logo no seu art. 1º, dispondo que:

²¹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p.53/55.

²¹¹ ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997, p. 26/27. O autor fazendo referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos, explica que: “Adotada e proclamada na terceira sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em Paris, pela Resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com seus trinta artigos, define de maneira clara e singela os direitos essenciais, iguais e inalienáveis de todos os seres humanos como alicerces da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Evita fundamentá-los do ponto de vista religioso ou filosófico, atribuindo-os tão-somente à ‘dignidade inerente a todos os membros da família humana’. ...Com destinação universal, necessariamente acomodatória dos diferentes valores de comunidades díspares, a redação da Declaração de 1948 é enxuta e secular, desprovida de referências metafísicas. ...Contrariamente ao que se costuma afirmar, a Declaração não representa um ‘mínimo denominador comum’ de distintos sistemas e culturas. Ela se proclama ‘o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações’”.

²¹² CABRA, Marco Gerardo Monroy. **Los derechos humanos**. Bogotá: Temis Librería, 1980, p. 44/45. “Esta Declaración fue redactada y aprobada por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (24 de mayo al 18 de junio de 1948) por doce votos a favor, ninguno en contra y cuatro abstenciones: Rusia, Ucrania, Bielorrusia y Yugoslavia. Luego, el Consejo Económico y Social la aprobó y, por último, la Asamblea General, en su tercera sesión celebrada en 1948 en París, la proclamó mediante resolución 217. La Declaración fue aprobada por 48 votos a favor y 8 abstenciones: República Socialista Soviética de Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Arabia Saudita, República Socialista de Ucrania, Unión Sudafricana, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia. Reconoce no solo los derechos civiles y políticos sino los derechos económicos, sociales y culturales, de conformidad con el nuevo concepto social del derecho.”

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”²¹³.

A partir da promulgação dessa Declaração, esta se tornou modelo/paradigma²¹⁴ para as legislações adotadas posteriormente, dado ao comprometimento dos países que acharam por bem ratificar seu conteúdo, que indicava princípios inerentes à proteção da dignidade humana, ali inserida²¹⁵, embora não tivesse força coercitiva.

No entanto, para que se pudesse alcançar o termo atual, do que se apresenta hoje como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, vários passos foram necessários, dentre os quais a elaboração de diversos textos legais

²¹³ **Declaração Universal dos Direitos Humanos:** Carta das Nações Unidas.../ supervisão editorial Jair Lot Vieira. Bauru/SP: EDIPRO, 1993, p.10.

²¹⁴ KUHN, Thomas S. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 126. Ao explicar a diferença entre revoluções políticas e revoluções científicas, o autor demonstra que um paradigma surge quando o paradigma estabelecido anteriormente deixa de atender ao fim a que foi proposto, embora tal teoria tenha recebido críticas no sentido de que tanto a ciência como a cultura, não se desenvolvem a partir de rupturas epistemológicas radicais que levem a crer haver uma tábula rasa, esquecendo-se o que foi desenvolvido no passado, o fato é que a Declaração Universal de Direitos do Homem tem se apresentado como um paradigma universal, portanto, passível de mudança caso haja uma “revolução” no pensamento humano, forçando sua atualização à situação apresentada, nesse sentido o autor preleciona: *“As revoluções políticas iniciam-se com um sentimento crescente, com frequência restrito a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar. De forma muito semelhante, as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma. Tanto no desenvolvimento político como no científico, o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução.”*

²¹⁵ BOBBIO, Norberto. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. **A era dos direitos.** 15.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 29/30. Sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos o autor preleciona que: *“A Declaração conserva apenas um eco porque os homens, de fato, não nascem nem livres nem iguais. São livres e iguais com relação a um nascimento ou natureza ideais, que era precisamente a que tinham em mente os jusnaturalistas quando falavam em estado de natureza. A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser. Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.”*

e de reivindicações junto aos representantes das iniciativas propostas, até que pudesse se chegar a um consenso a respeito deles, o que se deu por um longo processo histórico²¹⁶.

A divergência entre os pensamentos, comumente existente nos limites de um Estado, onde os cidadãos enfrentam dificuldades em se submeter de modo geral às letras dos Códigos, se estende ainda de maneira mais intensa, quando se trata de impor às nações a submissão a um estatuto universal, daí a existência de todo um processo histórico, que forçosamente inspirou uma tendência à aceitação de regras comuns, referentes aos direitos do homem²¹⁷.

²¹⁶ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 6.ed. São Paulo: Ícone, 1989, p. 251/252. A respeito da evolução pela qual perpassou a história dos Direitos do Homem, até culminar na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 10 de dezembro de 1948, há o relato: *“Ademais, recordemos os marcos que foram assentados pelos caminhos, difíceis e distantes, das iniciativas e conclaves internacionais: A Carta de Henrique III, de 1225, na qual o soberano concedeu ‘todas as liberdades’, ‘de acordo com os homens livres’, da Inglaterra. A ata de Westfália, lavrada em 1648, em latim, estabelecendo a liberdade religiosa após a guerra dos Trintas Anos e bem assim regulando a situação política dos países co-participantes. A Declaração de Direitos da Virgínia, pela qual, em 12 de junho de 1776, antecipando a Revolução Francesa, os americanos afirmavam que ‘Todos os homens nascem igualmente livres e independentes’ e que ‘Toda a autoridade pertence ao povo’. A Declaração de 1789, adotada pela Assembléia Nacional Constituinte da França, a 26 de agosto, pela qual ‘os homens nascem e se conservam livres e iguais em direitos’ e a Declaração inserida no Preâmbulo da Constituição de 24 de junho de 1793, pela qual ‘O fim da sociedade é a felicidade comum’ e ‘Todos os homens são iguais por natureza e perante a lei’. O Tratado da Santa Aliança, firmado pessoalmente em Paris em setembro de 1815 por Francisco II, Imperador da Áustria; Frederico Guilherme III, Rei da Prússia e Alexandre I, Imperador da Rússia, composto de três artigos compactos e complexos e onde se continha na sua disposição final: - Art. III – Todas las potencias que quisieren solenemente confesar los principios sagrados que han dictado el presente acto, serán recibidas con tanto anhelo como afecto en esta santa alianza. As declarações corajosas das Conferências de Moscou, de 1943; o convênio das Nações Unidas, do mesmo ano, para socorros e reabilitação; as conferências do Cairo e Teerã, com as suas notas incisivas, igualmente de 1943; o Ato de Chapultepec, de 3 de março de 1945, pelo qual os Estados Americanos se uniram para a defesa deste hemisfério, ‘animados de profundo amor à justiça’ e ‘sinceramente dedicados aos princípios de direito internacional’. A penúltima estação da Declaração Universal dos Direitos do Homem foi, inquestionavelmente, a Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, cuja organização ‘é baseada no princípio da igualdade de todos os seus membros’. Foi ela o apresto da Declaração e os seus 111 artigos fixam disposições pertinentes à paz, segurança, cooperação, acordos, territórios, tutelas e sobre uma Corte Internacional de Justiça.”*

²¹⁷ BARRETO, Vicente de Paulo (Coordenação). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 246/248. Diversos fatos deram ensejo à proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, dentre outros, um fator importante foi o desconhecimento e o desprezo aos direitos humanos através da prática de atos de barbárie que necessitavam de coibição, também, a busca por relações amistosas entre as nações que acreditam no respeito à dignidade humana e na igualdade entre os seres humanos e por fim, a busca pelo progresso nacional de cada nação através de um conceito mais ampliado de liberdade. Esse ideal foi delineado, havendo a indicação de que *“O reconhecimento de que o respeito ao ser*

Tais dificuldades com o decorrer do tempo foram superadas por alguns Estados e, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assume a sua importância ante ao fato de que a partir dela foi possível dar-se um embasamento para outras legislações baseado em valores, posto que, os direitos do homem são aqueles que garantem uma tutela mínima capaz de permitir ao indivíduo viver uma vida digna, traçando ao redor da pessoa humana uma espécie de couraça privada e inviolável, como um ideal comum a ser perseguido e protegido por toda a humanidade²¹⁸.

humano enseja a demanda pela satisfação das condições mínimas de uma existência digna promove a busca por valores compartilhados que possam ser descritos sob a rubrica de direitos universais e igualitários. Trata-se, portanto, de um ideal, mas de um ideal compartilhado não apenas por filósofos iluministas e políticos idealistas, mas pela humanidade, na medida em que esse termo compreende nós que aqui vivemos e que sustentamos um certo ideal de sociedade. Ideais compartilhados que exprimem a nossa auto compreensão enquanto seres humanos foram assim expressos tanto na Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, quanto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa, e, em nossa época, na Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas de 1948. A principal idéia contida nesses três documentos e nas diversas declarações de direitos humanos que se seguiram é a de que apesar de suas várias diferenças biológicas, socioeconômicas, psicológicas e culturais os seres humanos devem ser considerados iguais em algum aspecto supremamente importante sob o ponto de vista moral. Deixando, portanto, de lado a possibilidade de fundamentarmos tal idéia, partimos para a tarefa, não menos árdua, de identificar e justificar o aspecto em questão. Trata-se de identificar uma qualidade ou capacidade comum a todos os seres humanos e que de alguma forma seja definidora da sua realização enquanto pessoa humana.”

²¹⁸ **DIREITOS HUMANOS NO COTIDIANO: Manual.** 2.ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001, p. 28/29. Contribuição e experiência do NEV/USP – Núcleo de Estudos da Violência da USP. *“Direitos humanos são os direitos que todas as pessoas têm em virtude de sua condição de seres humanos dotados de razão e consciência. Cada povo e cada nação têm uma concepção específica dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, tem uma importância fundamental para a humanidade porque, sem negar o valor das concepções específicas, estabelece um ideal comum a ser promovido e protegido por todos os povos e todas as nações com relação aos direitos humanos. O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece os princípios fundamentais que dão conteúdo a este ideal comum: a liberdade, a igualdade em dignidade e direitos e a fraternidade de todas as pessoas. Destes princípios derivam todos os direitos humanos expressos na própria Declaração, no Pacto Internacional dos Direitos Civis, no Protocolo Facultativo ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, documentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Mas para que serve essa declaração de princípios? Como esses princípios são implementados? Que diferença faz a implantação desses princípios? Os princípios contidos na Declaração foram estabelecidos logo após a 2ª. Guerra Mundial, o genocídio cometido pelos nazistas e a explosão da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki pelos Estados Unidos. Foram estabelecidos, portanto, com o objetivo de definir um ideal capaz de se contrapor à realidade e de motivar as pessoas, os povos e as nações a modificarem uma realidade indesejável, marcada pela falta de liberdade, de igualdade e de fraternidade. Todos os Estados que fazem parte da Organização das Nações Unidas e assinaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos se comprometeram a desenvolver esforços para modificar essa realidade, promovendo e protegendo os princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Desde a*

Mas, a definição de direitos do homem não pode ser vista sob uma ótica simplista, pois, num primeiro momento se deu como sendo prerrogativas oferecidas ao indivíduo, mas, que teve o seu sentido ampliado aos grupos, esse alargamento demonstra a evolução histórica pela qual perpassou o conhecimento humano, que não se contenta, ainda, em ficar estático. O estabelecimento de proteções mínimas, que visam garantir aos seres humanos uma vida digna impõe a autoridade política uma obrigação consistente em garantir o seu respeito sem qualquer tipo de usurpação por parte dos poderes do Estado, que não podem agir de maneira arbitrária.

Para Guy Haarscher, o espaço privado do indivíduo surge, com efeito, como dirigido à primeira vista, contra o Estado (suas invasões, seu despotismo, seu arbítrio); mas, num outro sentido (também considerado essencial), este espaço implica exatamente o inverso, isto é, um apelo ao Estado, dado que os direitos do homem devem valer também contra os outros membros da sociedade, e que, para isso, é necessário que o indivíduo possa apelar...à sanção estatal.

Vê-se assim que desde a partida - esse problema tornar-se-á bem mais explosivo com a «segunda geração» dos direitos do homem, ou seja, os direitos «econômicos e sociais» -, a posição da instância política surge como essencialmente ambígua: trata-se por um lado de enfraquecer o Estado (limitar, restringindo suas tendências despóticas, o seu «poder a mais»), e ao mesmo tempo de reforçar (fazer de modo que ele tenha força – que ele possua o monopólio da violência política – necessária para sancionar os atentados aos direitos fundamentais que ocorram, se assim se pode dizer, «entre governados»). Deste modo, o Estado deve, por um lado, evitar a todo o custo limitar a liberdade

promulgação da Declaração em 1948, a liberdade, a igualdade e a fraternidade se tornaram objetivos fundamentais das organizações internacionais, organizações governamentais e organizações não-governamentais comprometidas com os direitos humanos. Independentemente dos seus objetivos específicos, os esforços de proteção e promoção dos direitos humanos passaram crescentemente a ter como objetivo a realização dos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade.”

dos governados, mas deve pô-la em causa quando essa liberdade se torna «criminosa», isto é, atenta contra a de outrem.²¹⁹

Portanto, sua utilidade não consiste somente no fato de servir para fundamentar as bases legislativas de um Estado, mas também, insta salientar que mesmo com a constatação de que é impossível acabar-se com as diferenças, com os abusos – muitas vezes já praticados, inclusive sob a égide de uma legislação vigente invocada no sentido de justificar as práticas perpetradas ou mesmo negá-las, como ocorreu na época do holocausto aos judeus ²²⁰-, e principalmente desrespeito pela condição humana; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no mínimo serve de parâmetro, de modelo de um ideal social, para uma convivência harmônica entre os seres, que constantemente deve ser lembrada, invocada e perseguida por todos.

Esse modelo a ser perseguido, como uma obstinação à concretização de um sistema de direitos do homem é uma necessidade para Norberto Bobbio:

“No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-Americanos e da Revolução Francesa (um pouco depois), e postas na base de uma nova concepção do Estado – que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência – a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos.”²²¹

²¹⁹ HAARSCHER, Guy. Tradução: Armando Pereira da Silva. **Filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 14/15.

²²⁰ GOLDENSOHN, Leon. Tradução: Ivo Korytowski. **As entrevistas de Nuremberg: Conversas de um psiquiatra com os réus e as testemunhas**. 2ª. Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, 551,p.

²²¹ Op. Cit. (BOBBIO), p.29. Nota 215.

Os direitos do homem se apresentam, então, com uma tríplice finalidade, sendo num primeiro momento, formal, pois, é um instrumento de resistência contra os desmandos, o uso arbitrário do poder e, em um segundo, substancial no sentido de que procura concretizar um certo número de valores, os quais se apresentam em “gerações de direitos”, ou também como “dimensões de direitos”²²², que traduzem também seu caráter filosófico, quando se observa o evoluir do pensamento humano na formação dos mesmos, sem desprezo aos anteriores direitos ²²³.

²²² ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 154. “O século XX foi generoso para com o direito e a filosofia. No direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um plus (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o welfare state não passou de um simulacro.”

²²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 38/40. A respeito da distinção e estabelecimento dos termos “dimensão de direitos” e “gerações de direitos” veja-se: “Tomando inicialmente a dimensão analítica, em que se há de elaborar precisamentos conceituais, em trabalho verdadeiramente construtivista (no sentido de HIPPEL, 1952), defrontamo-nos com a possibilidade – que logo se revela, igualmente, uma necessidade teórica – de situarmos os direitos fundamentais em várias dimensões, quando, então, assumem conotações e uma diversidade tal, que torna recomendável distingui-las, nomeando-as diferentemente. Uma primeira dessas distinções é aquela entre ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’. De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, ‘direitos morais’ (cf. A.Ruiz Miguel, 1990; Gregorio Robles, 1992, p.25s.; Vernengo, 1992/1993, p.213s.; Luis Prieto, 1994, p.181s.; Villalon, 1994, p.160s.), situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de Direito interno (cf. Muller, 1990; Perez Luño, 1991, p.45; Roig, 1992, p.32s.; Haberle, 1994, p.94s.; Comparato, 1996, p.44 e s.). Já no âmbito do próprio direito interno, há que se distinguir direitos fundamentais dos ‘direitos de personalidade’, por serem esses direitos que se manifestam em uma dimensão privatista, onde também se manifestam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, reflexa, como mostra a doutrina alemã da eficácia perante terceiros (Drittwirkung) desses direitos. ...Um outro sentido em que se pode falar em dimensões dos direitos fundamentais é naquele em que se vem falando em ‘gerações’ desses direitos, distinguindo-se a formação sucessiva de uma primeira, segunda, terceira e, para alguns, como nosso Mestre Paulo Bonavides, também, já de uma quarta geração. A primeira geração é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, ‘direitos de liberdade’ (Freiheitsrechte), que são direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omitta-se de interferir em uma sua esfera juridicamente intangível. Com a segunda geração surgem os direitos sociais a prestações pelo Estado (Leistungsrechte) para suprir carências da coletividade. Já na terceira geração concebe-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o

Num outro momento, sua finalidade também resta demonstrada, pelo fato de que impõe uma responsabilidade ao Estado, que deixa seu status nacionalista²²⁴, para adotar os princípios universais presentes na Declaração, como valores, que passam a integrá-lo, não somente como um mero texto/instrumento legal, mas, como uma atitude consciente através de um posicionamento, no sentido de veementemente estar contra qualquer outro que desrespeite ou abuse de maneira aviltante os direitos do homem, sob pena de se tornar tão somente um mero texto legal, sem efetividade²²⁵.

próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento. Que ao invés de 'gerações' é melhor se falar em 'dimensões de direitos fundamentais', nesse contexto, não se justifica apenas preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos 'gestados' em uma geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também, para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.”

²²⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez (Coordinador). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 33/34. *“Nunca como hoy se había sentido tan intensamente la exigencia de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales, independientes de las contingencias de la raza, la lengua, el sexo, las religiones o las convicciones ideológicas. Pero, como contrapunto regresivo, a los ideales humanistas cosmopolitas se oponen ahora el resurgir de nacionalismos de zafio cuño tribal y excluyente que, como los nacionalismos de cualquier época, han hecho cabalgar de nuevo a «los cuatro jinetes del Apocalipsis»: el hambre, la peste, la guerra y la muerte, en aquellos lugares en los que la barbarie nacionalista ha impuesto su sinrazón. El nacionalismo constituye un absurdo lógico y ético, no obstante lo cual ha gozado en el pasado y goza en el presente de una amplia aceptación política. Desde el punto de vista lógico el nacionalismo representa una de las manifestaciones más burdas de la falacia naturalista (Naturalistic Fallacy), que hace referencia a la inconsecuencia lógica que entraña derivar el «deber ser» del «ser»; denunciada por David Hume...El discurso nacionalista parte siempre de la descripción de una serie de obviedades fácticas: que determinadas personas o grupos tienen rasgos distintivos en función del color de su epidermis, o de sus cabellos, o de los sonidos guturales que emiten, o de su sistema de creencias, apetitos o temores colectivos. Tras esos hechos notorios inmediatamente derivan prescripciones sobre la superioridad de determinadas razas, o el mejor derecho de unas tribus sobre otras. En todo caso, lo que hace de esas derivaciones algo éticamente inaceptable es que la apelación a la diferencia tiende a establecer discriminaciones en favor de quienes la postulan. ...El nacionalismo particularista y discriminatorio choca frontalmente con el ideal universalista, que es inherente a la propia idea de los derechos humanos y de un constitucionalismo común de la humanidad. Por eso, el nacionalismo entraña un disvalor moral frente a la valoración ética positiva que merecen otras actitudes para las que la comprobación de diferencias fácticas no legitima la discriminación, sino que las lleva a postular, en el plano del «deber ser», la paridad de trato en función del dato común de la racionalidad, la dignidad o las necesidades de todos los hombres (iusnaturalismo racionalista, humanismo democrático, igualitarismo, cosmopolitismo...).”*

²²⁵ HOFFE, Otfried. Traducción: Rafael Sevilla. **Derecho intercultural**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2000, p. 166/168. *“Las primeras dificultades de índole política comienzan con el hecho de que una declaración de derechos humanos puede quedar en eso: en mera declaración sin*

Procurando explicar a adoção do conteúdo da Declaração por parte dos Estados, Antonio Cassese defende que para tanto deve haver por parte dos mesmos uma postura de reciprocidade:

“Proclamar que cada Estado ha de respetar en su propio interior ciertos preceptos fundamentales sobre el ordenamiento de su aparato de gobierno y sobre la esfera de libertad que pueden disfrutar todos los individuos que viven en su territorio, significa una cosa muy importante: significa que de ahora en adelante – por lo menos en ciertos aspectos fundamentales de la dignidad humana – cada Estado ha de rendir cuentas a los demás países y a ciertos organismos internacionales, sobre qué a ellos, sino también a sus propios ciudadanos. Cada Estado ha de convertirse en una casa de cristal. Y cualquier otro sujeto internacional tiene derecho a mirar en su interior; si observa algo que no funciona bien, y si se trata de «desviaciones» macroscópicas, puede pedir cuentas del porqué y exigir que todo se restablezca en conformidad con los imperativos internacionales.”²²⁶

No entanto, a referência a “geração de direitos” não pode se ater simplesmente a abordagens vazias acerca das temáticas indicadas em cada geração/dimensão, pois, se tornariam meros meios de classificação dos direitos, que como é de conhecimento amplo, se traduzem da seguinte maneira: os direitos civis e políticos são referidos como sendo os de primeira geração, os econômicos sociais e culturais de segunda geração e os direitos de solidariedade, consistentes

mayores consecuencias. ...Para que los derechos humanos, en lugar de quedar en meras palabras, adquieran la fuerza de la realización, han de convertirse en componente sólido del mundo social. Según la tradición jurídica europeo-norteamericana, estos derechos entran con esta finalidad a formar parte de la constitución, unas veces, de la escrita, otras, de la no escrita, obligando desde ahí a los poderes públicos y abriendo la posibilidad de presentar demanda ante un tribunal contra una infracción de la ley. ...Allí donde los derechos humanos entran a formar parte de la constitución, desde la cual obligan entonces a los poderes públicos, éstos, que antes eran sólo parte integrante de la moral jurídica universalista, se convierten ahora en elementos del derecho positivo, en derechos fundamentales de una comunidad jurídica particular.”

²²⁶ CASSESE, Antonio. Traducción: Atilio Pentimalli Melacrino y Blanca Ribera de Madariaga. **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**. Barcelona: Ariel, 1993, p.233/234.

no desenvolvimento através do respeito ao meio ambiente, como de terceira geração, mas, há de se adotar tais apontamentos a partir de uma interpretação dada a eles de um programa histórico-político que implica através do evoluir do pensamento humano no surgimento de novas questões, trazendo como consequência aos atores sociais, sempre uma adequação de posturas frente aos novos problemas surgidos.

Com a constatação de que há a possibilidade de enfrentamento dos novos problemas, surge o reconhecimento de que tais obstáculos podem ser apontados em qualquer uma das “gerações de direitos”, fazendo com que estes não possam ser tidos como exaustivos ou estáticos, ou seja, não se trata de mera abordagem, mas sim, de situar essas novas questões dentro da classificação que receberam, para uma melhor interpretação das mesmas, na busca da solução mais adequada, que deve ser alcançada através de um diálogo amplo entre as nações ou como proposto no Estado Francês de uma conciliação entre os direitos do homem e as liberdades públicas adotadas²²⁷, para que aqueles possam ser efetivamente aplicados.

Num sentido metafórico Johan Galtung defende a universalidade que poderá ser alcançada pelo respeito às diversas culturas existentes:

“Direitos de geração azul, vermelho e verde – e depois? Os direitos civis e políticos (10 de Dezembro de 1948 – a Declaração Universal) e os direitos econômicos sociais e culturais (16 de Dezembro de 1966 – o Convênio ESC) são freqüentemente referidos como direitos de primeira e segunda geração, com os direitos de solidariedade (o desenvolvimento, o ambiente limpo e a paz) como uma possível terceira geração. A distinção faz sentido se à «geração» for dada a interpretação de um programa histórico-político, implicando novas questões em vez de

²²⁷ SAINT-JAMES, Virginie. **La conciliation des droits de l’homme et des libertés en droit public français**. France : Université de Limoges – Faculté de droit et des sciences économiques, 1995, 476 p.

novas abordagens. ...Em 10 de Dezembro de 1948 surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, dada à luz pela Assembléia Geral das Nações Unidas. O resultado reflecte bem a cultura judaico-cristã, incluindo a tendência dessa cultura para se ver a si própria como universal. Veja-se isto como uma paragem na jornada, longa, possivelmente interminável: há mais paragens, novos passageiros entram, há diálogo lá dentro. Talvez alguns passageiros saiam. Há mais paragens e novas declarações, reflectindo um *dialogue des civilisations* cada vez mais profundo e alargado. Cada cultura dá qualquer coisa. Cada cultura fica agradecida que outras tenham qualquer coisa para contribuir. Cada cultura sente que «se aceitarem qualquer coisa de mim, eu retribuirei». E, à medida que a viagem progride, todos beneficiamos da verdadeira universalidade como um processo interminável, envolvendo todas as culturas.”²²⁸

Além dessas utilidades, os princípios inseridos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, servem, outrossim, para indicar qual a atitude que se deve ter frente aos avanços alcançados pela ciência e tecnologia²²⁹, que não devem ter outro objetivo, que o de proporcionar o respeito pela condição humana e sua qualidade, evitando-se atitudes que pelo contrário, provocam a ruptura com a veneração à vida.

²²⁸ GALTUNG, Johan. Tradução : Margarida Fernandes. **Direitos Humanos – uma nova perspectiva**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 226/230.

²²⁹ MORANGE, Jean. **Droits de l’homme et libertés publiques**. 5.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2000, p. 227/228. L’ATTITUDE DEVANT LA SCIENCE. – “*Les questions nouvelles suscitées par les plus récentes découvertes biologiques et leur mise en oeuvre technique ou médicale se posent donc presque exclusivement en Amérique du Nord, Europe de L’Ouest, Japon, Australie. Elles s’y discutent dans um climat de liberte politique qui n’exclut cependant pas un certain conformisme. Celui-ci ne joue pas tellement par rapport aux valeurs mais peut-être plutôt par rapport à une certaine idée de la science. Les nations libérales sont fières, à juste titre, de leurs succès scientifiques, auxquels elles attribuent, non sans raisons, leurs prospérité. Ne sont-ils pas, par ailleurs, la prevue de la valeur de la liberté? La liberte de la recherche procure des avantages tangibles dont toute la population beneficie. Il n’est pas question de dénoncer ou de critiquer de Telles propositions. Il convient de ne pas oublier que la science est par elle-même neutre dans la plupart des cãs. Presque toutes les grandes découvertes sont susceptibles d’applications soit positives, soit négatives. Ce qui est scientifiquement ou techniquement possible n’est pas nécessairement moralement ou socialement bon. Toute l’histoire humaine est lá pour le prouver, ce qui n’empêche pas nos sociétés d’éprouver une crainte superstitieuse lorsqu’il s’agit de légiférer sur ce qui est presente comme un «progrès».*”

Não se trata de estar na contra mão da história, numa atitude simplista, reducionista ou mesmo ignorante, com a pretensão de achar que há a possibilidade de conter ou mesmo estagnar os avanços científicos e tecnológicos, pelo contrário, estes devem ser incentivados, desde que haja a devida consideração para com a condição humana que em hipótese nenhuma pode ser relegada ao esquecimento.

A ciência e a tecnologia devem sempre estar a serviço do ser humano e não o contrário, portanto, não se deve temer o novo, mas sim, estabelecer critérios para o seu desenvolvimento, do contrário se estará promovendo a ditadura daqueles que estão a serviço dos laboratórios de ciência e pesquisa, que colocam, na maioria das vezes não o ser humano em evidência, mas sim, a prosperidade individual que pode ser de ordem econômica, cultural, social, dentre outras.

A possibilidade de uma dicotomia quanto à utilização da ciência e da tecnologia para o bem e para o mal foi por Ibsen de Gusmão Câmara evidenciada:

“...Ciência e Tecnologia sempre interagem, por vezes tornando difícil uma separação nítida. Do ponto de vista ético, Ciência é neutra. A obtenção de conhecimentos científicos é sempre benéfica, uma vez que permite ao homem melhor compreender a realidade que o cerca. Quanto ao desenvolvimento tecnológico voltado para a utilização prática do conhecimento, pode ser ou não ético, conforme o ponto de vista considerado. É admissível, por exemplo, que o aprimoramento de uma tecnologia para uso bélico não seja eticamente aceitável, posto que se destina, por definição, à destruição de algo. Mas, mesmo assim, as linhas divisórias são imprecisas. O enorme impulso dado ao aperfeiçoamento da aviação comercial nas últimas décadas é um subproduto das pesquisas tecnológicas voltadas para o aumento de eficiência dos aviões militares; sem que elas tivessem sido encetadas, provavelmente ainda estaríamos

voando em aviões a hélice. ...A Tecnologia não é, em si, boa ou má; depende da utilização que dela se faz. Tem sido dito, com plena razão, que o homem é extremamente capaz de imaginar e gerar novas tecnologias, mas pouco sábio em sua aplicação.”²³⁰

A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem sua efetivação quando os preceitos ali mencionados são acolhidos por legisladores de outros Estados, em razão de haver uma passagem que vai do direito pensado ao direito realizado, pois, quando esta se dá ocorre à concretização dos direitos do homem.

Embora a princípio pareça haver a perda da universalidade destes direitos por se tornarem parte integrante da legislação de um determinado país, eles continuam com a característica de serem direitos do homem, – cidadão do mundo –, mas tutelados como direitos do cidadão enquanto membro de um determinado Estado, que os garante perante sua legislação, não somente podendo, mas devendo se imiscuir na vida de um cidadão individualmente considerado, quando houver necessidade de salvaguardar um direito universalmente reconhecido²³¹.

²³⁰ TRIGUEIRO, André (Coordenador). **Meio ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 160/161. Ibsen de Gusmão Câmara, Vice-Almirante reformado, mestre e doutor em Ciências Navais, presidente da Rede Nacional Pró-Unidades de Conservação, coordenador do Grupo de Trabalho Especial para os Mamíferos Aquáticos do Brasil, do Ibama, membro do Grupo de Trabalho em Biodiversidade, do CNPq, dedicando-se aos estudos sobre a natureza desde o ano de 1940, particularmente nos campos da Zoologia, Ecologia, Paleontologia e Evolução Orgânica, apresenta seu posicionamento quanto aos avanços da Ciência e Tecnologia, no capítulo intitulado Meio ambiente, ciência e tecnologia: problema ou solução?.

²³¹ Como exemplo do que foi mencionado, cabe citar e transcrever, decisão jurisprudencial estrangeira, como se segue. MILLER, Jonathan M. GELLI, María Angélica. CAYUSO, Susana. **Constitución y derechos humanos: jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación**. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991, p. 838/840. Derecho a la vida: “A.Q., J.R. CApelCivCom San Martín, Sala II, ED, 125-541. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA. San Martín, 11 de noviembre de 1986. Considerando: 1º) Frente a la necesidad de realizar una transfusión de sangre a una recién nacida como tratamiento médico indicado para preservar su vida, los padres de la menor se oponen a ello por razones religiosas. El jefe del servicio de neonatología del hospital en que ésta se encontraba internada, luego de dar intervención al servicio social de la institución, requirió autorización al juez de menores para efectuar tal práctica médica, aun contra la voluntad de los padres, señalando que se trata de un caso de emergencia médica y que la cuestionada es la única y absoluta terapéutica según normas de atención. Previo dictamen coincidente del perito médico departamental, el juez de la causa

otorgó la autorización requerida mediante resolución de fs.7. Contra tal decisorio, los padres de la menor interponen recurso de revocatoria con apelación en subsidio y reserva del caso federal, siéndoles denegado el primero y concedida la segunda, conforme providencia de fs.31. En virtud de ello, corresponde decidir a este tribunal sobre la cuestión así planteada. 2º) Dos son los argumentos que esgrimen los recurrentes. Uno de índole médica, por el que atacan la terapéutica aconsejada por el profesional actuante. En apoyo de su postura acompañan el dictamen de un médico particular, según el cual la hiperbiliruminemia que afecta a la menor no es causa de muerte, la transfusión de sangre, en cambio, conlleva un 30% de posibilidades de mortalidad, y existe además una terapia de alternativa, consistente en la lámpara de luz ultravioleta o, en su defecto, la exposición directa de la luz solar. El segundo argumento es de índole religiosa, alegando el recurrente que tanto él como su esposa son Testigos de Jehová, y que la transfusión de sangre autorizada vulnera el resguardo debido a los aspectos extremados de sus conciencias. Avalando esta posición, acompaña copia de la circular 526 del Ministerio de Salud Pública, que lleva fecha 28 de junio de 1983, mediante la cual se pone en conocimiento de los establecimientos de salud, el dictamen emitido sobre el tema por la Asesoría General de Gobierno. 3º) La resolución de fs.31, que deniega la revocatoria impetrada es a juicio de este tribunal inobjetable y el recurso traído no puede prosperar. Como bien lo señala el judicante, el presunto informe médico que acompaña el quejoso no constituye dictamen pericial, por cuanto, aparte de haberse realizado fuera de toda forma procesal y sin control judicial alguno, ignoramos incluso si se encuentra realmente suscripto por un médico. Amén de ello, las observaciones que contiene constituyen meras generalidades en torno a la enfermedad de la paciente, no resultando siquiera que la haya examinado y apareciendo, por otra parte, que la terapia de alternativa que aconseja, ya ha sido practicada a la enferma sin resultado positivo. Frente a esta mera opinión – que ni siquiera aparece emitida por un medio que la autentique – se alzan las recomendaciones de los médicos del equipo del Policlínico Mariano Castex que atienden a la menor y la del perito departamental, que coinciden en que la transfusión de sangre es la única terapéutica a realizar según lo indica la práctica médica actual. No se puede dudar entonces – máxime frente a la premura con que hay que tomar una decisión para que sea oportuna, lo que no permite un examen científico-técnico más profundo de la cuestión – que la única opción valiosa desde la perspectiva de la integridad física y aun de la vida de la menor, es la tomada por el judicante. 4º) En orden a la cuestión religiosa y la objeción de conciencia planteada, con fundamento en el art.19 de la Const. Nacional, cabe concluir con el juzgador que no aparecen vulneradas. La libre profesión de cultos y el ejercicio que le es consecuente, garantizados por el art.14 de la Const. Nacional, tienen como valla el no poner en peligro cierto ni la vida ni la salud de terceros, aun cuando se trate del propio hijo menor. El art.19 de dicho cuerpo legal supremo es claro y específico a este respecto cuando pone como límite a la libertad en las acciones privadas de los hombres, el que no perjudiquen a un tercero. En este ámbito entran no sólo las actitudes derivadas de las propias convicciones morales o ideológicas, sino también las que son consecuencia del credo religioso que se profesa. Es que la obligación de no dañar – que es de derecho natural – está puesta en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, e involucra la obligación de no exponer voluntariamente a otro a un daño cierto. Dejando de lado el tema de si el Estado puede inmiscuirse en la vida privada de una persona capaz para evitar que se dañe a sí misma, no cabe duda alguna que sí le compete hacerlo cuando se trata de salvaguardar la indemnidad de un tercero, más allá del credo religioso o de la ideología en virtud de los cuales se intente justificar el hecho y aun cuando pretendan hacerse prevalecer, como en la especie, los atributos de la patria potestad, dado que ésta es reconocida por la ley para la protección y formación integral de los hijos (art.264, Cód. Civil según ley 23.264), siendo contrario a los fines de su institución prevalecer de ella para impedir que el menor sujeto a su imperio, reciba el tratamiento médico adecuado a la afección que padece. Debe entrar aquí la función tutelar del Estado, regulada en nuestra provincia por la ley 10.067, pues no encontramos frente a un caso de abandono, tipificado por ella en el art.10, inc.b. En el caso de autos si se trata de salvaguardar la salud y aun la vida de un recién nacido, los jueces deben acudir para ello a la ciencia médica en su actual desarrollo, por ser quienes la ejercen los únicos autorizados por el ordenamiento para realizar el diagnóstico y practicar el tratamiento adecuado, el cual para prevenir y evitar los riesgos razonables que le son inherentes, deberá efectuarse como indica la pericia de fs.6 y dispone el judicante a fs.7, previa evaluación de los riesgos y extremando los recaudos preventivos. Por ello,

Portanto, hodiernamente se pode afirmar que a maior parte dos estatutos legais vigentes com referência aos princípios adotados pelos Estados advieram da Declaração Universal dos Direitos Humanos²³², sem contar o fato de que o estabelecimento doutrinário da evolução histórica dos direitos teve como ponto de partida este marco histórico, em que pese à diversidade cultural que entre os Estados se encontra subjacente.

O fato de ter sido a Declaração Universal dos Direitos Humanos um instrumento modelo para a adoção legal de seus princípios por vários Estados apesar da diversidade cultural existente entre os povos, foi corroborado e defendido por Antônio Augusto Cançado Trindade:

“É, com efeito, a partir das particularidades ou da diversidade do gênero humano que se buscam os valores universais, que se manifesta uma consciência universal. Mesmo os que tivessem preferido que os redatores da Declaração Universal dos Direitos Humanos houvessem levado mais em conta também o legado de antigas civilizações asiáticas e distintas religiões, admitem, no entanto, que a Declaração Universal de 1948 alcançou um determinado grau de universalidade que a tornou aceita por seres humanos de todas as civilizações e culturas, - a ponto de seu elenco de direitos consagrados vir a permear gradualmente as Constituições nacionais, e a ser invocado ante tribunais nacionais, de numerosos países de todo o mundo. A Declaração Universal tornou-se possível, apesar das distintas cosmovisões dos seres humanos e de sua diversidade cultural. A universalidade da Declaração de 1948 erigiu-se, com efeito, no respeito a estas distinções e à

y atento al dictamen de la asesora de menores, a cuyos fundamentos adhiere el tribunal, se resuelve: 1) confirmar el decisorio apelado; 2) tener presente el caso federal planteado. RAÚL E. CABANAS – HORACIO A. MARES (Secr.: ALBERTO G. CIBRARO).”

²³² GALTUNG, Johan. Op. Cit., p. 9/31. Nota 228.

diversidade do gênero humano, subjacente à proclamação de direitos inerentes à pessoa humana.”²³³

Atualmente a estreita relação entre a Bioética e os Direitos Humanos, restou comprovada através da homologação de um documento no qual houve um consenso internacional acerca da proteção a esses direitos e às questões que envolvem a bioética, ocorrido em Paris, no dia 19 de outubro de 2005, pelos Estados-Membros da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), na sua 33^a. Sessão da Conferência Geral, dando origem a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, significando um grande avanço para a humanidade.

Esse avanço para a humanidade não consiste no fato de achar que em razão da existência da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, se terá uma garantia de que esses direitos serão respeitados por todos, mas sim, que dia-a-dia os espaços de discussão estão se ampliando, havendo um despertar para a conscientização de que se deve, respeitar limites e principalmente, que esses parâmetros foram definidos depois que houve um consenso envolvendo diversos representantes de várias nações, o que não deixa de ser um considerável avanço.

Há que se reconhecer, a existência de um movimento cada vez maior, que demonstra a preocupação com a observância e respeito aos direitos humanos, que se traduzem nessas Declarações e em específico na Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, pois, anteriormente a esta, como exemplo, a UNESCO já havia adotado a partir do ano de 1997, a Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos e em 2003, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos.

²³³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 306/307.

Como já referido anteriormente, em que pese à inexistência de força coativa dessas declarações, elas têm seu papel de fundamental importância, restando claro o sentido de servir de parâmetro para as condutas que envolvem os direitos humanos, principalmente no que diz respeito aos limites impostos à ciência e tecnologia na conquista e manutenção da paz mundial.

Pertinente citar um trecho da Conferência apresentada no VI Congresso Brasileiro de Bioética e I Congresso de Bioética do Mercosul, realizado em Foz do Iguaçu em 2005, proferida por Pierre Sané, onde relata qual o papel da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos:

“Algumas vezes me dizem que as declarações da UNESCO são ineficientes porque não são obrigatórias. Bem, é verdade que a UNESCO não possui força armada e tem muito pouco dinheiro. Não podemos fazer imposições ao mundo. Isso não é verdade somente com relação à UNESCO, mas também, suponho, com relação à maioria das pessoas. Mas ainda podemos fazer uma diferença que é ainda melhor que aquela que faríamos se fôssemos poderosos, porque o que nós fazemos é convencer. Nós queremos mudar culturas e práticas, induzir a transformação social. Coerentemente com nossa crença fundamental nos Direitos Humanos, queremos mudar o mundo fazendo com que pessoas queiram transformá-lo e ajudando-as a fazê-lo.”²³⁴

Portanto, o reconhecimento que se faz à Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos é no sentido de que assim como as demais declarações, o seu caráter educativo está evidente, tendo sido inserida a necessidade de se observar os limites e o respeito aos direitos humanos frente às

²³⁴ REVISTA BRASILEIRA DE BIOÉTICA - RBB. Volume 1 – nº 3/2005. SANÉ, Pierre em artigo intitulado **Bioética e Direitos Humanos**, p. 243.

novas situações²³⁵ provocadas pelo desenvolvimento científico e tecnológico, sendo um instrumento internacional que renega quaisquer tipos de experimentos não éticos que envolvam seres humanos.

Os objetivos principais da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos foram delimitados, tendo sido estabelecido que cabe aos Estados signatários: a) prover uma estrutura universal de princípios e procedimentos para orientar os Estados na formulação de sua legislação, políticas ou outros instrumentos no campo da Bioética; b) orientar as ações de indivíduos,

²³⁵ GARRAFA, Volnei. COSTA, Sérgio Ibiapina F.(Organizadores). **A bioética no século XXI.** Coleção: saúde, cidadania e bioética. Brasília: UnB, 2000, p. 18/21. Essas novas situações podem ser apresentadas de diversas maneiras, trazendo posicionamentos dicotômicos, que colocam prós e contras trazidos pelo progresso da ciência e da tecnologia, como exemplo do mencionado, se pode citar o relato de Volnei Garrafa, Sérgio Ibiapina F. Costa e Gabriel Oselka, a respeito dos "testes preditivos": *"Um livro publicado nos EUA sobre pontos de vista opostos em Bioética trata exatamente das dificuldades anteriormente apontadas. Em um dos capítulos, Catherine Hayes, diretora de uma entidade norte-americana que congrega famílias que possuem membros portadores da doença de Huntington, defende ferrenhamente os benefícios individuais e familiares dos testes preditivos. Sua base argumentativa inspira-se no alívio que os exames geram naquelas pessoas que recebem resultados negativos e na possibilidade de aqueles que tenham um resultado positivo virem a organizar os anos que lhes restam, e mesmo assim com a esperança da descoberta providencial de uma terapêutica salvadora. A doença de Huntington desenvolve-se insidiosamente entre os trinta e os cinquenta anos de idade, levando o paciente à morte após 10-15 anos do diagnóstico, com degeneração crescente dos tecidos cerebrais que leva à demência. Uma oposição oposta a essa é defendida no capítulo seguinte da mesma obra pela procuradora da justiça Theresa Morelli, cujo pai teve um diagnóstico presuntivo da doença de Huntington. Embora ela não apresentasse nenhum sintoma da doença e sequer tivesse realizado exames preditivos, seu nome foi automaticamente incluído na 'lista negra' das companhias norte-americanas de seguro-saúde como possível portadora do problema. O possível diagnóstico do seu pai foi estampado na capa de seu prontuário, no banco de dados nacional das companhias seguradoras, sediado em Boston, alijando-a da possibilidade de acesso a qualquer tipo de seguro-saúde. Esse incidente levou a Sra. Morelli a contactar entidades de direitos humanos, denunciando com vigor a utilização dos testes genéticos pelos empregadores e pelas companhias seguradoras. ...Dessa forma, os testes preditivos passam a ir além dos procedimentos médicos, criando verdadeiras categorias sociais, empurrando o indivíduo para quadros estatísticos. Os problemas sociais são reduzidos às suas dimensões biológicas. As doenças mentais, a homossexualidade, o gênio violento ou o próprio sucesso no trabalho são atribuídos à genética. As dificuldades escolares – antes explicadas pelas desigualdades culturais ou nutricionais – são hoje imputadas a desordens psíquicas de origem genética, excluindo quase que completamente os fatores sociais a elas relacionados. Após testes pré-natais, companhias seguradoras ameaçam não cobrir as despesas médicas de uma criança cuja mãe teria sido alertada que um dia esta criança seria vítima de um problema genético. Entre números, estatísticas e exames, os empregadores já se valem de testes para previsões orçamentárias a longo prazo. O indivíduo-cidadão passa a ser desconsiderado e criam-se 'categorias de indivíduos', os pacientes/coletivos da nova medicina. Mesmo na ausência de sintomas, o risco genético é endeusado como a própria doença. Assim, já existem registros de recusas para a concessão de empregos em tais ou quais casos, para a obtenção de carteira de motorista ou para inscrição no seguro-saúde, como dito anteriormente."*

grupos, comunidades, instituições e empresas públicas e privadas; c) promover o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, assegurando o respeito pela vida dos seres humanos e pelas liberdades fundamentais, de forma consistente com a legislação internacional de direitos humanos; d) reconhecer a importância da liberdade da pesquisa científica e os benefícios resultantes dos desenvolvimentos científicos e tecnológicos, evidenciando, ao mesmo tempo, a necessidade de que tais pesquisas e desenvolvimentos ocorram conforme os princípios éticos dispostos nesta Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais; e) promover o diálogo multidisciplinar e pluralístico sobre questões bioéticas entre todos os interessados e na sociedade como um todo; f) promover o acesso equitativo aos desenvolvimentos médicos, científicos e tecnológicos, assim como a maior difusão possível e o rápido compartilhamento de conhecimento relativo a tais desenvolvimentos e à participação nos benefícios, com particular atenção às necessidades de países em desenvolvimento; g) salvaguardar e promover os interesses das gerações futuras; e h) ressaltar a importância da biodiversidade e sua conservação como uma preocupação comum da humanidade.²³⁶

Cabe ainda ressaltar, que além da função didática, as declarações possuem um papel transformador, de forçar a adequação de práticas e culturas numa observância de critérios éticos quanto aos direitos humanos, influenciando e forçando o processo legislativo dos Estados, para que as leis por eles elaboradas visem à proteção das gerações futuras, garantindo-se dessa maneira a vida e sua qualidade.

Atualmente, se fala em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração/dimensão, como já anteriormente salientado, apontando a importância do passar do tempo, do processo histórico²³⁷, quanto à adoção de valores por uma

²³⁶ <http://www.bioetica.catedraunesco.unb.br>

²³⁷ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. CASCÓN, Angel Llamas. LIESA, Carlos Fernández. **Textos básicos de derechos humanos: con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional.** Navarra: Aranzadi, 2001, p. 269. “*Las denominadas*

dada sociedade, que num determinado momento evidencia certos direitos e em outra tantos outros, de acordo com a necessidade vivenciada do momento²³⁸, como bem, salienta José Luis Bolzan de Moraes:

“...como adverte Norberto Bobbio em seu ‘A Era dos Direitos’, dentre tantos outros autores, os direitos humanos não nascem todos de uma vez, eles são históricos e se formulam quando e como as circunstâncias sócio-histórico-político-econômicas são propícias ou referem a inexorabilidade do reconhecimento de novos conteúdos, podendo-se falar, assim, em gerações de direitos humanos, cuja primeira estaria ligada aos direitos civis e políticos – as liberdades negativas, - uma segunda geração atrelada aos conteúdos das liberdades positivas, como os econômicos, sociais e culturais e uma terceira vinculando as questões

generaciones de los derechos humanos permiten entender su carácter histórico y el desarrollo progresivo que tienen los derechos como reacciones de consenso de los sujetos de la comunidad internacional, frente a los nuevos problemas y realidades internacionales. El derecho internacional de los derechos humanos es un producto histórico y cultural de la sociedad internacional. Es el resultado de un debate permanente en una sociedad internacional heterogénea desde el punto de vista económico, político, social y cultural. Una sociedad en la que es necesario fomentar la aceptación de un conjunto de valores universales y ampliar el consenso en torno al contenido esencial y universal de los derechos humanos.”

²³⁸ HAARSCHER, Guy. Op. Cit., p.13/14 e 43/55. Nota 216. Veja-se: “...os direitos do homem constituem as protecções mínimas que permitem ao indivíduo viver uma vida digna desse nome, defendido das usurpações do arbítrio estatal (ou outro); são por conseguinte uma espécie de espaço «sagrado», intransponível, traçam à volta do indivíduo uma esfera privada e inviolável; em resumo, definem uma limitação (pelo menos no que respeita à «primeira geração» dos direitos do homem) dos poderes do Estado, à qual correspondem as chamadas «liberdades fundamentais» do indivíduo. ...liberdades fundamentais ...nasceram no contexto do aparecimento e desenvolvimento das burguesias europeias, da luta destas últimas contra estruturas, instituições, mentalidades de «Antigo Regime» que entravavam a sua evolução. ...esta primeira geração define-se a partir de um individualismo comum – ou que o deveria ser – a toda a concepção dos direitos do homem, e ao mesmo tempo a partir de um individualismo específico, que tem a marca de uma época especial da história económico-social da Europa. E o autor continua: “os direitos do homem da primeira geração caracterizam-se por um traço comum: são liberdades reivindicadas «contra» ou «face» ao Estado; com efeito, como se trata de preservar para o indivíduo um espaço de liberdade agora especificado, pode-se dizer que, num sentido essencial (mas não, como veremos, em todos os sentidos), se pede ao Estado que limite o seu poder, que «fique à porta» do círculo reservado à autonomia do indivíduo. Em resumo, essas liberdades são aquilo a que os Anglo-Saxões chamam «freedoms from»: elas implicam uma emancipação da (from) dominação estatal (o arbítrio do Príncipe, o intervencionismo no domínio das liberdades de circulação, de consciência, etc.). ...com os chamados direitos do homem da «segunda geração» ...os «freedoms from» transformam-se em «freedoms to»: em vez de reclamar uma não-intervenção do Estado, pede-se a sua intervenção; no lugar de uma abstenção, exige-se um prestação. Tais direitos, ditos económicos, sociais e culturais, são os seguintes: direito à saúde, à educação, ao trabalho, à segurança social, a um nível de vida decente, etc.”

que afligem os homens em conjunto, como os relativos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, etc.”²³⁹

A Constituição do Brasil inseriu em seu bojo os direitos humanos, para serem observados tanto no âmbito das relações nacionais (como modo de atuar interno) como nas internacionais, - a exemplo do disposto no art. 7º, da Constituição Portuguesa²⁴⁰, que menciona: **(Relações internacionais) 1.** Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade. e **7.** Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma. e do art. 16, que dispõe: **(Âmbito e sentido dos direitos fundamentais) 1.** Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras

²³⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 60/61.

²⁴⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV – Direitos fundamentais. 2.ed. Portugal: Coimbra Editora Ltda, 1993, p. 146/148. Fazendo referência a influência da Declaração dos Direitos Humanos na Constituição Portuguesa, o autor menciona ao comentar o art. 16: “I – Como se sabe, a ratio do art. 16, nº 2, vem a ser dupla. Por um lado, este dispositivo situa os direitos fundamentais em Portugal num contexto mais vasto e mais sólido que o da Constituição em sentido instrumental, situa-os no contexto da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Por outro lado, vai impregnar a Constituição dos princípios e valores da Declaração como parte essencial da idéia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, toda a ordem jurídica portuguesa – têm de ser pensadas em prática. A própria evolução da interpretação dos princípios da Declaração, em função da transformação das idéias e das preocupações da comunidade internacional, não põe em causa esta finalidade de garantia e de conformação, porque ocorre mais ou menos lentamente e sem deixar de atender ao sentimento jurídico da comunidade mundial (ou, se se quiser, à opinião pública internacional). Não se trata de mero alcance externo. Trata-se de um sentido normativo imediato, com incidência no conteúdo dos direitos formalmente constitucionais. São importantes as influências da Declaração Universal sobre numerosas Constituições, mas nenhuma terá ido tão longe como a portuguesa e, através desta, a espanhola (art.10, nº 2) a santomense, de 1990 (art.17, nº 1) e a cabo-verdiana de 1992 (art. 16, nº 3). ...II – O art. 16, nº 2, manda interpretar os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal. Projecta-se, pois, a Declaração desde logo sobre as próprias normas constitucionais, moldando-as e emprestando-lhes um sentido que caiba dentro do sentido da Declaração ou que dele mais se aproxime.”

aplicáveis de direito internacional. **2.** Os preceitos constitucionais e legais relativos aos **direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.** -, quando inseriu no seu art. 4º, inciso II, que o Brasil rege-se nas suas relações internacionais, dentre outros, pela prevalência dos direitos humanos; delimitando dessa forma a maneira de agir do Estado.

A respeito dos limites jurídicos impostos ao Estado, acerca das relações nacionais e internacionais, com a adoção de princípios e regras que lhe garantam uma convivência harmônica entre os países, explica J. J. Gomes Canotilho que hoje os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, em medida crescente, de princípios e regras jurídicas internacionais. Estes princípios e regras estão, em grande número, recebidos ou incorporados no direito interno português fazendo parte *of the law of the land* (CRP, art.8º/1 e 2). Nenhum Estado pode permanecer *out*, isto é, fora da comunidade internacional²⁴¹.

Em virtude desse fato, J.J. Gomes Canotilho ressalta, o Estado submete-se às normas de direito internacional quer nas relações internacionais quer no seu próprio atuar interno. Por essa razão, a doutrina mais recente acentua a **amizade** e a **abertura ao direito internacional** como uma das dimensões caracterizadoras do Estado de Direito, ou seja, em termos mais concretos a vinculação do Estado ao direito internacional começa, logo, pela observância e cumprimento do chamado **jus cogens** internacional. Embora a doutrina ainda não tenha recortado de forma clara e indiscutível o núcleo duro deste 'direito forte' ('direito cogente') existem alguns princípios inquebrantavelmente limitativos do Estado, como por exemplo, o princípio da paz, o princípio da independência nacional, o princípio do respeito aos direitos do homem, o direito dos povos à autodeterminação, o princípio da independência e igualdade entre os povos, o

²⁴¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** Portugal: Almedina, 1998, p. 225.

princípio da solução pacífica dos conflitos, o princípio da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados.”²⁴²

Para o autor português:

“Estes princípios constam de ‘textos internacionais’ (declarações, resoluções, tratados) e nos textos constitucionais mais recentes eles também não deixam de ter acolhimento como normas de conduta e como limites jurídicos do actuar estadual. ...Em segundo lugar, os direitos fundamentais tal como estruturaram o Estado de direito no plano interno, surgem também, nas vestes de **direitos humanos** ou de **direitos do homem**, como um núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas. Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes *pactos internacionais* (exemplo: Pacto Internacional de Direitos Pessoais, Cíveis e Políticos; Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais), nas grandes *declarações internacionais* (Declaração Universal dos Direitos do Homem) e noutras grandes *convenções* de direito internacional (exemplo: Convenção Europeia dos Direitos do Homem).”²⁴³

Ainda, reconhece Karl Loewenstein quanto à importância da Declaração Universal de Direitos do Homem, como mecanismo legal de limitação a possíveis arbitrariedades a serem perpetradas pelo poder estatal e de instrumento a ser utilizado pelo próprio homem na defesa de seus direitos frente ao Estado, como uma garantia estabelecida especificamente no seu art. 21, que determina “todo homem tem direito de tomar parte no Governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”, apresentando:

²⁴² Ibid., (CANOTILHO), p. 225.

²⁴³ Ibid. (CANOTILHO), p.226.

“La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas de 1948 elevó el derecho de participar en el Gobierno (artículo 21) a la categoría de Derecho Fundamental clave y decisivo en un orden social libre. Dentro de la dinámica del proceso del poder estos ámbitos de libertades individuales funcionan como controles verticales sobre el poder político. Por medio de este muro que protege de las intervenciones de cada uno y de todos los detentadores del poder, los destinatarios del poder pueden aspirar a su felicidad personal, en el supuesto de que el ejercicio de sus derechos no viole los derechos de los demás, que están igualmente dotados del derecho de autodeterminar su vida. Estas zonas protegidas fijan límites que no podrán ser sobrepasados por el poder estatal. Pero, a la inversa, estas zonas constituyen el ámbito en el que se puede movilizar la actividad política de los destinatarios del poder, a partir del cual dicha actividad será llevada al proceso político. Son los instrumentos para que la voluntad del pueblo pueda formarse desde abajo y realizarse de esta manera en el proceso político.”²⁴⁴

Portanto, não é negada a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos exercida frente à legislação constitucional de países que reconhecem a necessidade de se aderir aos valores implícitos em seus princípios, embora estes não sejam dotados de obrigatoriedade²⁴⁵, mas tão somente de confirmação, ratificação ou aceitação por parte dos Estados signatários, que por uma questão moral os aceitam inserindo-os em seu ordenamento jurídico; como consequência passando a fazer parte do modo de ser dos cidadãos.

Ao fazer reflexões acerca dos direitos sociais, tidos como direitos de segunda dimensão, Vicente de Paulo Barreto demonstra a influência dos

²⁴⁴ LOEWENSTEIN, Karl. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1964, p. 391/392.

²⁴⁵ ROBERT, Jacques. DUFFAR, Jean. **Droits de l’homme et libertés fondamentales**. 6.ed. Paris: Montchrestien, 1996, p. 82/83.

princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, como fator de amadurecimento histórico dos direitos humanos:

“A conceituação e o reconhecimento das garantias dos direitos humanos nos diferentes sistemas normativos, nacionais e internacionais, resultaram do seu progressivo amadurecimento histórico. Quando avaliamos a evolução política e legal dos direitos humanos, constata-se que a cidadania democrática contemporânea, além de ser a vinculação jurídica do indivíduo a um estado soberano, compreende também uma série de direitos e exigências morais.”²⁴⁶

A aderência por parte da maioria dos Estados dos princípios constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem se acha comprovada através do conteúdo dos textos legais de cada um deles, não sendo diferente segundo Flávia Piovesan com relação à Constituição do Brasil de 1988, que os integrou em seu bojo:

“A Carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado brasileiro nas relações internacionais. Na realidade, trata-se da primeira Constituição brasileira a consagrar um universo de princípios a guiar o Brasil no cenário internacional, fixando valores a orientar a agenda internacional do Brasil – iniciativa sem paralelo nas experiências constitucionais anteriores. ...Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Este princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito

²⁴⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. Coimbra: Separata do Boletim de Ciências Econômicas XVI, 2003, p.05.

internacional, não implica apenas no engajamento do país no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas implica na busca da plena integração de tais regras à ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, no compromisso em adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.”²⁴⁷

Por todas as razões expostas, não se pode deixar de evidenciar a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na adoção de direitos e no estabelecimento de garantias, positivados a partir de seu reconhecimento pelos Estados; os quais, hoje, se acham inseridos na Constituição do Brasil, possibilitando através da sua observância, a efetivação dos critérios fornecidos pela bioética, para que haja a contenção dos abusos praticados em nome do progresso científico e tecnológico, garantindo-lhe os fundamentos necessários para tal. E ainda, a relevante contribuição norteadora da recente proclamada Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, que tem a função específica de reconhecer o importante papel desempenhado pela ciência e tecnologia, como mecanismos possíveis de conquista da paz e do bem estar da humanidade.

²⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 65/69.

1.2 – Os fundamentos constitucionais brasileiros e a bioética

A “bioética” que se apresenta como um ramo da ética prática²⁴⁸ busca, se firmar como uma nova disciplina que traça parâmetros às questões relacionadas à vida, sempre ampliando os espaços sociais de discussão, quando há o abuso ou a possibilidade dele, em virtude do avanço e do mau uso das técnicas ou da ciência em detrimento dos seres humanos²⁴⁹, por essa razão, a “bioética” também se apresenta como condição de possibilidade para a interdisciplinaridade, haja vista, que para defender às questões pertinentes à vida,

²⁴⁸ BELLINO, Francesco. Tradução: Nelson Souza Canabarro. **Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais.** Bauru/SP: EDUSC, 1997, p. 47/48. O autor preleciona que: “A bioética, como ética aplicada ao bioreino, estrutura-se epistemologicamente segundo o paradigma da complexidade. As dimensões que o ético deve tecer (no sentido do complexus), do discernimento moral, são essencialmente: as situações, os princípios ou valores e a consciência moral pessoal. Em sua prática a bioética deve ajudar a consciência moral do homem a discernir, até a inventar, o próprio modo de agir em uma dada situação em conformidade aos princípios e aos valores morais.”

²⁴⁹ SKINNER, B. F. Tradução: João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. **Ciência e comportamento humano.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 04. No que diz respeito ao descaso da ciência para com os seres humanos, o autor relata: “Talvez não seja a ciência que está errada, mas sua aplicação. Os métodos da ciência têm tido um sucesso enorme onde quer que tenham sido experimentados. Apliquemo-los, então aos assuntos humanos. Não precisamos nos retirar dos setores onde a ciência já avançou. É necessário apenas levar nossa compreensão da natureza humana até o mesmo grau.”

sua qualidade e morte, deve manter um diálogo freqüente e ininterrupto com as mais variadas áreas do conhecimento.

Com relação à aplicabilidade da bioética, esta enfrenta os mesmos tipos de problemas referentes à ética aplicada, como assinalados por Klaus Steigleder²⁵⁰. O primeiro obstáculo é a constatação de que à ética aplicada não pode ficar adstrita tão somente em aplicar princípios abstratos a um determinado caso, por essa razão, a ética aplicada não pode dispensar os critérios fornecidos pela ética fundamental, por outro lado, a ética fundamental não pode figurar como um mero material investigatório, pois, até que se chegasse a uma conclusão acerca da questão concreta, já se teria deixado a ética aplicada cair no ostracismo.

Também, há que se dizer que a ética aplicada necessita enfrentar um segundo obstáculo que se acha vinculado ao fato do incontido desenvolvimento da ciência, que exige cada vez mais um conhecimento específico acerca dos seus mecanismos, gerando uma complexidade enorme e normalmente impondo um distanciamento entre seus objetivos, critérios e fundamentos e, o saber individual do pensador ético.

Tal constatação evidencia o que Sócrates (469-399 a.C.)²⁵¹ preconizou, quando em sua conhecida máxima afirmou “só sei que nada sei”, no entanto, não se referiu dessa forma num sentido de expressar ceticismo, mas sim como indicando de forma clara a impossibilidade humana de se alcançar todo o conhecimento existente.

Além de ser impossível conhecer-se tudo, talvez, o maior de todos os problemas a serem enfrentados pela ética aplicada é o que de forma paradoxal se apresenta entre a implementação cada vez maior dos meios de comunicação, com

²⁵⁰ STEIGLEDER, Klaus. **PROBLEMI DI ETICA APPLICATA** – “*Concilium*” 3 – 1989, p. 112/123 Cf. MASSARENTI, A. DA RE. **L’ETICA DA APPLICARE**. Milão, 1991.

²⁵¹ Op. Cit. (DUMONT), p. 223/234. Nota 43.

o intuito de dentre outros benefícios, fornecer o maior número de conhecimentos possíveis a qualquer um que esteja interessado e, o fato de que mesmo estando ao alcance de todos essa imensidade de informações, os seres humanos além de não conseguir sua assimilação, também cada vez menos, compreendem a si mesmos, aos outros e ao mundo.

Esse problema traz reflexos para a ética aplicada, em razão de afetar diretamente a sua objetividade central, que consiste em compreender, relevar, interagir áreas do conhecimento e adequar as relações que já não encontram respostas em áreas/disciplinas particulares, no entanto, buscar a interdisciplinaridade faz com que cada vez mais se busque o conhecimento especializado, o que é muito difícil de se alcançar levando-se em conta a infinidade de conteúdos existentes.

Em conseqüência dessa impossibilidade de conhecerem-se as mais variadas especializações, a alternativa que resta é a viabilização do conhecimento, não somente através da interdisciplinaridade de conteúdos das áreas, mas também de pessoas e pensamentos ligados a elas, formando o que hoje se denomina “sujeito coletivo”²⁵², dessa maneira, talvez se possa superar tal obstáculo.

²⁵² JANTSCH, Ari Paulo. BIANCHETTI, Lucídio. (Organizadores). **Interdisciplinaridade: para além da filosofia do sujeito**. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 16. Com relação a existência de um “sujeito coletivo”, explicam: “A fragmentação do conhecimento leva o homem a não ter o domínio sobre o próprio conhecimento produzido, o que se supõe perigoso pelo fato de que o sujeito (pensante) – também se supõe – não consegue ser mais o ordenador do caos que é o mundo (também suposição), especialmente o mundo do saber. A fragmentação do conhecimento ou a especialização, passa a ser assumida como uma ‘patologia’, ou, pior ainda, como uma ‘cancerização’, isto é, como uma doença que fatalmente compromete a produção do conhecimento. A fragmentação do conhecimento – processo e produto – é, pressupõe-se, um mal em si, só podendo ser superado pelo ato de vontade de um sujeito (pensante) que, por força interna e opção/decisão, faz a cirurgia extirpadora dos tumores. A soma de sujeitos pensantes que, com base em sua vontade, decidem superar o conhecimento fragmentado é, pressupõe-se, a fórmula acertada. Expressando-nos de outro modo, podemos dizer que a interdisciplinaridade só é fecunda no trabalho de equipe, onde se forma uma espécie de sujeito coletivo. O sujeito coletivo é capaz de viver a interdisciplinaridade em qualquer espaço de atuação...”

E por fim, outra questão problemática a ser enfrentada pela ética aplicada, consiste no fato de que frente à complexidade existente no próprio desenvolvimento da ciência e tecnologia, que passa por diversas etapas e essas envolvem diversos recursos materiais e humanos, às vezes fica difícil atribuir-se ou cobrar “responsabilidade”²⁵³ de alguém ou um grupo em específico; há uma dificuldade em determinar: a quem cabe a responsabilidade, perante a qual pessoa há responsabilidade (ex.: embriões humanos produzidos em laboratório) e como é preciso ter responsabilidade.

Portanto, como um ramo da ética aplicada, a bioética também enfrenta os mesmos tipos de obstáculos enfrentados por ela; frente a esta situação, a princípio, visando um embasamento teórico que lhe forneça o suporte necessário para o enfrentamento de tais questões, a bioética, tem buscado soluções através de: discussões, encontros de pesquisadores, publicações relacionadas à temática, estudo de casos apresentados aos Comitês de Ética e Bioética, e principalmente contribuições doutrinárias de vários cultores, tais como: Tom L. Beauchamp e James F. Childress que procuraram delimitar seu espaço de atuação através da adoção de alguns princípios que lhe serviriam de base para a sua fundamentação.

Esse posicionamento no sentido de apontar princípios basilares para bioética e crer que através deles, se teria o suficiente para que houvesse sua

²⁵³ Inclusive a questão referente à responsabilidade atingiu status de princípio com as ponderações feitas por Hans Jonas, ao propor a “ética da responsabilidade”, quando faz referência a um “nihilismo moderno”, consubstanciado em uma alienação do ser humano na ciência. Essa nova postura é necessária ante a indiferença do homem em relação à vida, fruto de um excesso de poder da ciência e da tecnologia, que pode gerar conseqüências irreversíveis e imprevisíveis para o futuro. O papel da ética, portanto, é de cunho reflexivo, no sentido, de propor um uso responsável do poder científico e tecnológico, ante a vulnerabilidade em que se encontra o planeta. Com referência a esse pensamento, temos que a reflexão sobre a ética frente às questões que envolvem o poder científico e tecnológico, não podem ficar adstritos a um ideal, mas sim deve haver tal reflexão responsável por ser um indicador de sobrevivência, garantindo-se a preservação e proteção à vida, como possibilidade de garantia à perpetuação das espécies humana, vegetal e animal, como adverte RICOEUR, Paul. **A região dos filósofos.** São Paulo: Loyola, 1996, p. 237 ao propor que *‘Age de tal maneira que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida autenticamente humana sobre a terra’; ‘Age de tal modo que os efeitos de tuas ações não sejam destruidores da possibilidade de vida futura’; ‘Não coloques em perigo as condições de continuidade indefinida da humanidade sobre a terra’; ‘Inclui em tua escolha presente, como objeto também o teu querer, a integridade futura do homem’.*

fundamentação, a princípio se justificou porque, analisando a origem etimológica da palavra “princípio”, que advém do latim *principium*, pode-se verificar que significa ponto de partida, fundamento de um processo qualquer²⁵⁴; portanto, tem-se que o início da base doutrinária da disciplina teria como suporte o apontamento dos princípios que seriam o seu “alicerce”, sua “alma”.

No que diz respeito à “bioética”, alguns princípios ainda hoje lhe dão embasamento e suporte, tais como os já anteriormente citados: princípio da autonomia, princípio da generosidade, princípio da precaução, princípio da justiça, princípio da solidariedade, princípio da responsabilidade, princípio da não-maleficência e princípio da beneficência; cada um deles tendo sua vital importância em razão do fato de estabelecerem um parâmetro para a emissão de juízos de valores com relação às questões pertinentes a vida e por fazerem parte do processo histórico de formação da mesma²⁵⁵.

Embora a “bioética” tente estabelecer princípios próprios para lhe dar sustentáculo, estes são insuficientes quando há o surgimento de um caso

²⁵⁴ ABBAGNANO, Nicola. Tradução: Alfredo Bosi. **Dicionário de filosofia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 792. *Os dois significados “ponto de partida” e “fundamento” ou “causa”, estão estreitamente ligados na noção desse termo, que foi introduzido em filosofia por Anaximandro (Simplício, Fís., 24, 13); a ele recorria Platão com frequência no sentido de causa do movimento (Fed., 245 c) ou de fundamento da demonstração (Teet., 155d); Aristóteles foi o primeiro a enumerar completamente seus significados. Tais significados são os seguintes: 1º ponto de partida de um movimento, p. ex., de uma linha ou de um caminho; 2º o melhor ponto de partida, como p. ex., o que facilita aprender uma coisa; 3º ponto de partida efetivo de uma produção, como p. ex. a quilha de um navio ou os alicerces de uma casa; 4º causa externa de um processo ou de um movimento, como p. ex. um insulto que provoca uma briga; 5º o que, com a sua decisão, determina movimentos ou mudanças, como p.ex. o governo ou as magistraturas de uma cidade; 6º aquilo de que parte um processo de conhecimento, como p. ex. as premissas de uma demonstração. Aristóteles acrescenta a esta lista: “Causa” também tem os mesmos significados, pois todas as causas são princípios. O que todos os significados têm em comum é que, em todos, princípio é o ponto de partida do ser, do devir ou do conhecer”.*

²⁵⁵ VÁZQUEZ, Rodolfo (Compilador). **Bioética y derecho: fundamentos y problemas actuales**. 2.ed. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México – ITAM, 2002, p.64. Ensayo de Manuel Atienza – III – Juridificar la bioética – Los principios de la bioética: la versión estándar y algunas propuestas alternativas. *“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 em cualquier discusión que uno emprenda con médicos, sanitarios, biólogos, bioeticistas, etcétera, a propósito de la eutanasia, los transplantes 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.”*

concreto envolvendo uma decisão com relação à vida, o que resta demonstrado quando se tem a necessidade de levar a discussão bioética para ser resolvida no âmbito jurídico²⁵⁶. Por essa razão é que se deve buscar suporte nos princípios constitucionais.

Dependendo da questão apresentada, o espaço de discussão deve ser ampliado, indo para além dos Comitês ou Comissões de Bioética; isso ocorre quando há um fato que extrapola os limites teóricos da bioética, ensejando uma decisão com relação à vida, sua qualidade ou mesmo morte, o que acaba sendo levado para o Poder Judiciário a quem cabe por lei constitucional apresentar uma solução, pois todo caso que depender necessariamente de um posicionamento judicial, não poderá deixar de ser por ele apreciado.

Apesar de não ter a pretensão de alcançar efetividade de per si, a bioética se apresenta frágil, em que pese haver definidos seus princípios basilares; tal fragilidade existe justamente por não terem sido traçados e definidos os seus fundamentos jurídicos, o que lhe faz ter um aspecto de “abstrata” na maioria das vezes, inclusive, não sendo, por alguns autores reconhecido o neologismo que lhe originou.

Quando isso se dá, doutrinadores da área jurídica tentam se apropriar da palavra, modificando-a para “biodireito”²⁵⁷, pois, na sua maioria, as questões relativas à vida, provocam conflitos de interesses, de grande repercussão social, inclusive pelo fato de se tornarem evidentes e se destacarem na imprensa falada, escrita e televisiva, tendo que buscar sua solução diante dos Tribunais, como já mencionado anteriormente. Porém, o emprego do neologismo “biodireito” não

²⁵⁶ Ibid. (VÁZQUEZ), p.84/85.

²⁵⁷ Dentre outros defensores da adoção da terminologia “biodireito”, se pode citar: DE SÁ, Maria de Fátima Freire (Coordenadora). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

possui lastro que possa lhe dar sustentáculo, traduzindo tão somente um pensamento metafísico que já não encontra mais respaldo.

Além da repercussão trazida pela mídia, os casos que envolvem questões éticas relacionadas à vida têm essa característica de provocar o clamor público em virtude da possibilidade de ocorrência posterior de igual característica com qualquer ser humano que se ache numa mesma circunstância ocorrida, ou seja, há o despertar do interesse geral pelo simples vislumbre de no futuro qualquer pessoa poder estar passando pelo mesmo tipo de problema que um seu semelhante encontra-se vivenciando.

Os que defendem a utilização do neologismo “biodireito” afirmam que bioética e biodireito possuem objetos próprios e, portanto, são diferentes; a bioética seria uma decorrência da ética geral e, portanto, objeto de estudo e questionamento da filosofia, enquanto que o biodireito seria um ramo do direito, que teria nascido da preocupação ética dos operadores das Ciências Biológicas que de alguma maneira necessitaram da opinião/decisão dos juristas.

Para sustentar seu posicionamento, tais defensores argumentam sempre sobre a diferenciação entre direito e moral, adotando critérios hermenêuticos²⁵⁸ já superados nesse contexto, como ficará demonstrado oportunamente.

²⁵⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Organizadora). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 369/370. Em artigo intitulado “Da interpretação à hermenêutica constitucional, Vicente de Paulo Barreto, explica de onde adveio a hermenêutica, mencionando: “A palavra ‘hermenêutica’ origina-se do latim tardio, ‘hermeneuticus’, que por sua vez deita sua raiz no grego, ‘hermeneuein’. A palavra, tanto em grego, como em latim, refere-se às atividades da inteligência humana que, de uma forma ou de outra, lembram as façanhas do deus grego Hermes. ...Como mensageiro dos deuses, Hermes tinha três qualidades: conhecia a língua dos deuses e a língua dos homens e, mais importante, sabia como interpretar a vontade dos deuses. Por todos os esses feitos, Hermes é um deus hábil, mais interessado em convencer do que em impor sua vontade, sendo conhecido por seus dotes de disfarce, mágicos, de engano, e por isso foi chamado nos Hinos Homéricos de ‘príncipe dos ladrões’. ...A capacidade de interpretar a vontade de Zeus transmitindo-a aos homens mortais fizeram de Hermes o inspirador da idéia de que se torna necessário haver uma mediação entre a formulação da lei e a sua compreensão por parte dos homens.”

Em que pese os princípios inerentes à própria “bioética”, há na Constituição Federal princípios que devem ser utilizados para fundamentar as decisões que envolvem a vida, no entanto, sem que se possa afirmar que há uma apropriação por parte do mundo jurídico da “bioética”, mas sim, que através da lei se encontra uma maneira de torná-la efetiva, tutelando um direito do qual nenhum ser humano pode dispor, que é a vida.

Seria possível argumentar que a vida tem sido protegida através dos tempos por meio da lei, existindo mecanismos positivados nesse sentido, como por exemplo, o instituto do Tribunal do Júri, cuja objetividade jurídica dos crimes ali definidos têm como objeto à “vida”, no entanto, as questões ligadas a bioética referem-se aos abusos praticados em nome das inovações trazidas pela ciência e tecnologia que atingem a vida.

Os novos resultados apresentados no que diz respeito às pesquisas, frutos do progresso científico e tecnológico que ocorrem sem cessar, de maneira contínua, não se acham positivados embora necessitem de limites estabelecidos pela ordem jurídica. Com a finalidade de evitar danos aos seres humanos, houve um despertar para que fossem estabelecidos limites a essas práticas.

Mesmo com o consagrado furor legiferante existente, não há como legalizar ou prever as mais variadas situações surgidas em decorrência desses avanços, que em sua maioria atingem a vida. A maneira de viabilizar os limites necessários às pesquisas envolvendo seres humanos e à vida nos seus mais variados aspectos é buscando seus fundamentos a partir da Constituição Federal.

A efetivação da “bioética” como uma disciplina ou espaço garantido para as discussões envolvendo questões relativas à vida, através da utilização do direito, a partir dos fundamentos constitucionais estabelecidos na Magna Carta é a maneira encontrada de se garantir e justificar cientificamente a “bioética”, que nada mais é que um ramo da ética.

Embora pareça quase impossível encontrar-se uma maneira de se justificar cientificamente a “bioética”, tal posicionamento não pode ser visto como absoluto, uma vez que este tipo de justificação pode perfeitamente se dar a partir de uma ciência e no caso, essa ciência é a do direito, desde que adotado um critério hermenêutico filosófico.

A busca em se estabelecer e admitir uma justificação científica para a ética levou Amit Goswami, Richard E. Reed e Maggie Goswami a fazerem referência a Ivan e Alyosha, personagens do inesquecível romance de Dostoievski, escrito no ano de 1880: “Os Irmãos Karamazov”, que vivem obsessivamente dilacerados por considerações éticas sobre o certo e o errado, ou seja, também naquela época tal preocupação já ocupava o pensamento das pessoas. No entanto, indagam “com que freqüência o homem e a mulher modernos dão tal importância à ética em suas ações?” A adoção implícita de uma visão cognitiva científica-behaviorista de nós mesmos – a idéia de que somos máquinas clássicas e, portanto, governadas pela genética e condicionamento ambiental – tem desempenhado um papel de vulto na erosão da importância da ética e de valores na sociedade. Nossos valores morais são, com uma freqüência grande demais, filtrados através das hipocrisias do pragmatismo político e de uma racionalização que prefere honrar a letra ao espírito da lei. Cheios de cobiça, aceitamos imagens que nos levam a sermos explorados como consumidores sobre o que constitui uma boa vida. Numa cultura desse tipo, valores tradicionais são como um leme quebrado, com pouca capacidade para nos levar em um curso seguro por entre as opções, grandes e pequenas que nos poderão por a pique. De maneira semelhante há falta de orientação segura quando há a tentativa de focalizar as dimensões científica e tecnológica de projetos, tais como os de engenharia genética e corrida armamentista. E por fim, indagam: poderemos algum dia justificar cientificamente a ética? Poderemos acaso descobrir uma base

científica para ela? Se for possível, então, talvez, a ciência possa, mais uma vez, servir à humanidade no nível fundamental.”²⁵⁹

No entanto, sob o enfoque desse pensamento, se não houver uma fundação científica para a ética, como poderia ela influenciar a ciência e a tecnologia, ainda mais, se nossos atos são determinados por forças além de nosso controle, parece tolo invocar a ética ou valores para orientá-los.

Nossa ciência desacreditou paulatinamente o preconceito religioso e o dogma rígido e minou a prática de rituais primitivos e a adoção de estilos de vida místicos, mas comprometeu também o que é duradouro nos ensinamentos religiosos, nos rituais e nos mitos – valores e ética. O resgate desses valores através da comprovação por parte da própria ciência de que a ética é parte do esquema universal de coisas é necessário.

Sem uma base científica, a ética continua a ser expressa de uma maneira arbitrária e influenciada pela cultura. Como exemplo, pensemos no humanismo científico, que promove valores humanos. Dizem os humanistas que devemos fazer aos outros, aquilo que queremos que nos façam, porque, se assim não agirmos, não seremos aceitos na comunidade humana. Esta fórmula, no entanto, não funciona. É uma postura reativa e a ética é fundamentalmente proativa. Todos os padrões arbitrários são antitéticos à ciência. Analogamente, é vazia a conversa recente sobre o estabelecimento de padrões éticos na prática da ciência e tecnologia, a menos que a ética possa ser erigida sobre princípios científicos firmes, sendo essencial reconhecer o estabelecimento de ética e valores como atividades científicas autênticas.”²⁶⁰

Não se pode negar, ao se fazer referência a questões do tipo: alimentos transgênicos liberados ao mercado para o consumo de seres humanos;

²⁵⁹ GOSWAMI, Amit. REED, Richard E. GOSWAMI, Maggie. Tradução: Ruy Jungmann. **O universo autoconsciente: como a consciência cria o mundo material**. 3.ed. Rio de Janeiro: Record – Rosa dos Tempos, 2000, p. 296.

²⁶⁰ Ibid. (GOSWAMI), p.297.

a prática da eutanásia; xenotransplantes; novos métodos de fecundação; a natureza e utilização do embrião humano por laboratórios de forma indiscriminada; aborto; transplantes de órgãos humanos; clonagem humana e animal; clonagem terapêutica; patenteamento do genoma humano; aids; etc; que inexista qualquer tipo de relação entre um pensar a partir da bioética e o direito, pois, são todas questões que necessitam, reclamam e envolvem a interferência direta do poder estatal.

Essa ingerência, tanto deve existir por parte do Poder Legislativo que deverá estabelecer através da elaboração de leis os limites para tais práticas e quais são as condutas tidas como permitidas ou não e lícitas ou ilícitas, mas tal regulamentação não pode ser feita de maneira arbitrária ou atendendo a interesses particulares, ao alvedrio dos representantes do poder legiferante, que deverá ter respeito e seguir os ditames e indicadores previstos na Lei Maior²⁶¹, como do Poder Judiciário que deverá cuidar, para que a lei seja observada e cumprida, mas também sob o que determina a Carta Constitucional vigente.

Portanto, não se pode negar a influência da Constituição do Brasil e do Direito Constitucional nas questões que envolvem a bioética, suas imprescindíveis presenças se tornam evidente ante o fato de que é através deles que se acham fundamentadas e tuteladas: a dignidade da pessoa humana, a vida humana, a inviolabilidade do corpo humano, dentre outros direitos.

Como exemplo se pode citar o art. 1º, III e o art. 5º, III, ambos da Constituição do Brasil, que têm como objetividade jurídica à proteção à dignidade

²⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Organizador). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13/16. Em resposta à pergunta do então Ministro Eros Roberto Grau, em debate acerca da Constituição Dirigente, no que diz respeito à Vinculação do Legislador, J. J. Gomes Canotilho responde: “..., em termos jurídico-programáticos, uma Constituição dirigente – já explicitiei isso várias vezes – representa um projecto histórico pragmático de limitação dos poderes de questionar do legislador, da liberdade de conformação do legislador, de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional. Nesta medida, penso que continuamos a ter algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional. Esta a primeira sobrevivência da Constituição dirigente em termos jurídicos-programáticos.”

humana, o que significa que através do respeito a esses preceitos fica limitada à liberdade total da pesquisa em seres humanos; o art. 5º, IX, do mesmo diploma legal, a garantir a liberdade de criação científica; dentre outros que compõem a matriz de nosso ordenamento jurídico.

A observância da Constituição do Brasil se justifica por ser ela a matriz, o ponto de referência, o sistema vetorial de todo o ordenamento jurídico, fazendo o elo entre o político e o jurídico, não significando tão somente “um pedaço de papel”, como quis fazer crer Ferdinand Lassalle²⁶², mas sim, é o “local”, o “espaço”, onde se fundamenta o sentido jurídico, através da indicação de pressupostos realizáveis, que mesmo em caso de eventual confronto garantem-lhe a sua força normativa, como devidamente explicado por Konrad Hesse²⁶³.

Se a Constituição do Brasil fosse um mero “pedaço de papel”, não haveria necessidade de toda uma estrutura normativa e nem mesmo de sua fixação como uma disciplina científica dentro da ciência do direito, bastaria simplesmente observarem-se os pressupostos e requisitos das ciências da realidade, quais sejam: a sociologia e a ciência política²⁶⁴, o que caracterizaria

²⁶² LASSALLE, Ferdinand. Tradução: Walter Stonner. **A essência da Constituição**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 33.

²⁶³ HESSE, Konrad. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. **A força normativa da Constituição. (Die Normative Kraft Der Verfassung)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25. *“A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura ‘impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder’, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realisierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.”*

²⁶⁴ Ibid. (HESSE, KONRAD), p.26. Com referência ao mencionado: *“..., o Direito Constitucional não está obrigado a abdicar de sua posição enquanto disciplina científica. Se a Constituição jurídica possui significado próprio em face da Constituição real, não se pode cogitar de perda de legitimidade dessa disciplina enquanto ciência jurídica. Ele não é – no sentido estrito da Sociologia ou da Ciência Política – uma ciência da realidade. Não é mera ciência normativa, tal como imaginado pelo positivismo formalista. Contém essas duas características, sendo condicionada tanto pela grande dependência que o seu objeto apresenta em relação à realidade político-social, quanto pela falta de uma garantia externa para a observância das normas constitucionais. Em verdade, esse fato mostra-se mais evidente na Ciência do Direito Constitucional do que em outras disciplinas jurídicas. A íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do*

uma visão limitada, reduzida a respeito do próprio direito, que estaria caracterizado como um “não direito”²⁶⁵.

No entanto, admitir-se a Constituição do Brasil como matriz do ordenamento jurídico e do Estado por ela estruturado, dotada de força normativa, não significa tê-la como aos seus fundamentos, como um texto, como uma coisa, como um objeto à disposição de qualquer sujeito, visão particular do paradigma metafísico da filosofia da consciência, pelo contrário, sua eficácia dependerá da correlação entre seus pressupostos e os fatos concretos da vida que deverão, a ela estarem submetidos, a partir de uma compreensão prévia de sentido, de uma postura de ser, como um modo-de-ser²⁶⁶.

direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com o seu objeto, o Direito Constitucional se conscientize desse condicionamento da normatividade. Para que suas proposições tenham consistência em face da realidade, ele não deve contentar-se com uma complementação superficial do ‘pensamento jurídico rigoroso’ através da adoção de uma perspectiva histórica, econômica, ou de outra índole. Devem ser examinados todos os elementos necessários atinentes às situações e forças, cuja atuação afigura-se determinante no funcionamento da vida e do Estado. Por isso, o Direito Constitucional depende das ciências da realidade mais próximas, como a História, a Sociologia e a Economia.”

²⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Coleção Mário Soares – Cadernos Democráticos - Lisboa: Gradiva, 1999, p. 11/14. O autor ao apresentar a diferenciação entre Estado de Direito e Estado de não direito, coloca em questão justamente o vínculo que deve existir entre o Estado e a sociedade no que diz respeito à lei, para tanto: “Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo direito. «Estado de não direito» será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito. ...o «Estado de não direito», três idéias bastam para o caracterizar: (1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (2) é um Estado em que o direito se identifica com a «razão do Estado» imposta e iluminada por «chefes»; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito. ...Estado de não direito – eis a segunda idéia básica – é aquele que identifica o direito com a «razão do Estado», com o «bem do povo», com a «utilidade política», autoritária ou totalitariamente impostos. O «direito» é tudo – mas não mais do que isso – o que os «chefes», o «partido», a «falange», decretarem como politicamente correcto. Facilmente se intuem as conseqüências trágicas desta identificação do direito com uma hipotética «utilidade social» ou com uma abstracta razão de Estado. A «razão de Estado» - com este ou com outros nomes, como por exemplo, «amizade do povo», «bem da nação», «imperativos da revolução», «interesses superiores do Estado»- justificou campos de concentração, pavilhões psiquiátricos e mesmo genocídios colectivos para os adversários políticos ou para os povos a que estes pertencem. O «bem do povo» e os «interesses do Estado» são (e foram) invocados a torto e a direito para dar cobertura a privilégios de classes dirigentes, insinuando-se a escandalosa identificação dos interesses das castas político-governantes com o bem comum dos cidadãos. Retomemos a terceira idéia: a da radical injustiça e da flagrante desigualdade na aplicação do direito. Nos «Estados de não direito» há dois pesos e duas medidas na aplicação das normas jurídicas (leis) consoante as pessoas em causa.”

²⁶⁶ Ibid. (CANOTILHO), p.32. O autor preleciona: “Saber se o «governo de leis» é melhor do que o «governo de homens», ou vice-versa, é, pois, uma questão mal posta; o governo dos homens é

O modo-de-ser deve refletir as diretrizes estabelecidas na Constituição, a partir da observância de seus fundamentos e principalmente pela busca incessante da concretização do Estado Democrático de Direito. O papel exercido pelo “direito” deve ser o de um instrumento de transformação social, ou seja, deve atuar como um objeto de ação concreta do Estado através do desenvolvimento de ações, como indicador/vetor do “modo”, de como deve ser esse atuar.

O “modo de atuar”, sob a égide do Estado Democrático de Direito é explicado como um processo histórico por Lenio Luiz Streck:

“...a Constituição, antes de mais nada, é além de ser o elo contudístico que une ‘política e direito’ em um determinado Estado, é também um (eficiente) remédio contra as maiorias. E ao se constituir em remédio contra maiorias (eventuais ou não), tem-se a Constituição, enquanto explicitação do contrato social, traz ínsito um núcleo político que somente pode ser extirpado/solapado a partir de uma ruptura institucional. Essa é a regra do jogo democrático e o custo que representa viver sob a égide do Estado Democrático de Direito. É dessa intrincada engenharia política que exsurge um novo papel para o Direito e, por conseqüência, para a Constituição. No Estado Liberal, o Direito tinha a função ordenadora e fixadora das bases da legislação para se contrapor ao antigo regime e tudo que ele representava. Para essa tarefa, havia que se superar o jusnaturalismo. O triunfo da vontade geral traz ínsito um deslocamento da esfera de tensão e poder do Executivo (que representava o absolutismo) para a vontade popular-revolucionária (representada no Legislativo) que triunfou. Sem qualquer legitimidade, o Judiciário é colocado à margem desse processo. A própria noção de Constituição não assume lugar cimeiro no velho continente, porque tratava do público, em

sempre um governo sob leis e através de leis. É, basicamente, um governo de mulheres e de homens segundo a lei constitucional, ela própria, imperativamente informada pelos princípios jurídicos radicados na consciência jurídica geral.”

tempos de triunfo do privado. A relevância estava no Código Civil, e não no texto constitucional. A crise desse modelo liberal engendra a necessidade de alterações no papel do Estado e do Direito.”²⁶⁷

O “modo de atuar” sob a vigência de um Estado Democrático de Direito é fruto de um processo histórico, onde do problemático absentismo exigia-se um Estado que impedisse a revolução que poderia surgir da incapacidade do liberalismo em gerar uma sociedade que compatibilizasse progresso com distribuição de renda e justiça social. É o cenário próprio para o aparecimento do Estado de feição intervencionista, onde o pólo de tensão do poder desloca-se em direção ao Executivo. Afinal, para realizar políticas públicas corretivas, era necessário um Estado forte e de um Direito apto a albergar os (necessários) atos promovedores de tais políticas. Muda a feição do Estado; altera-se a feição do Direito e das Constituições. O segundo pós-guerra produz uma terceira forma de Estado de Direito, onde há a preocupação com os direitos fundamentais e a democracia engendram textos constitucionais que avançam nitidamente em relação aos fundamentos do velho liberalismo e à noção puramente intervencionista do Estado Social. A democracia e os direitos fundamentais passam a ser os dois sustentáculos desse novo modelo, donde não haver retrocesso.²⁶⁸

Por isso, para utilizar uma linguagem hermenêutica, é possível dizer que a noção de Estado Democrático de Direito que a tradição nos legou é um existencial. Qualquer problematização que se pretenda elaborar acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espaço, onde ocorre o sentido do Direito e da democracia. O Estado Democrático de Direito é, assim, um ‘desde-já-sempre’, condicionando nosso agir-no-mundo, porque faz parte de nosso modo de-ser-no-mundo. O Estado Democrático de Direito não é algo

²⁶⁷ ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. **Anuário do programa de pós-graduação em direito: mestrado e doutorado – 2001 – Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS.** São Leopoldo: UNISINOS, 2001, p. 89/90.

²⁶⁸ Ibid. (ANUÁRIO - 2001), p. 90.

separado de nós. Como ente disponível, é alcançado pré-ontologicamente. Ele se dá como um acontecer.²⁶⁹

Esse atuar deve ser pautado nos ditames constitucionais em razão do fato de que a função social do Estado ainda não foi efetivada, somente podendo ser concretizada através do direito, como o meio utilizado para promover transformações sociais tão necessárias ao desenvolvimento do país, para tanto, é importante que haja a valorização do papel do direito nas relações²⁷⁰, tanto mais naquelas em que estão envolvidas questões de bioética.

Há então, pontos de confluência entre a expressão bioética e a expressão constitucional, pois, ambas possuem em comum o fato de existirem a partir de um consenso resultante de forças sociais sobre valores e idéias, parte da cultura dos povos e ainda, a adoção de valores idênticos, tais como: a conservação da vida, a dignidade humana, a liberdade, a solidariedade, dentre outros. No neologismo bioética está presente a “ética”, do *ethos* que deverá ser introduzido na prática do direito, a partir do reconhecimento material do texto

²⁶⁹ Ibid. (ANUÁRIO - 2001), p. 91.

²⁷⁰ OST, François. Tradução: Joana Chaves. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 21/22. Os anseios da sociedade com relação ao direito estão ligados ao fato de que este sempre deve promover transformações sociais e ao mesmo tempo possibilitar a proteção às situações novas, o que somente é possível por uma “reinterpretação permanente da lei” : “...o direito é instituição, no sentido mais profundo do termo. Ele institui a «sua» realidade, ele impõe a «sua» visão das coisas, ainda que tomando-a por ficção. Pouco importa, desde que a ficção seja operatória e traduza um sentido colectivamente decidido. Essa é a função essencial do direito, tantas vezes esquecida hoje em dia: afirmar o sentido da vida em sociedade. Para além de suas funções repressivas e administrativas, o direito é, antes de mais, isso mesmo: uma palavra, socialmente autorizada, que denomina, classifica e arbitra. O modo que lhe é próprio não é, por conseguinte, tanto o indicativo que descreve ou o imperativo que ordena (a ordem é também acção do tirano), mas sim o performativo que cria uma realidade, pelo simples facto de a enunciar. Assim, o direito poderá qualificar determinados elementos da natureza de «patrimônio comum da humanidade», impor deveres em nome de uma responsabilidade com respeito às gerações futuras, ou ainda declarar indisponível o corpo humano, mesmo que as práticas efectivas vão no sentido contrário e que a «realidade» não dê crédito a tais ficções. Produtor de ficções operatórias, o direito atribui o social a uma transcendência que se opõe à simples instrumentalização da lei, prestando-se simultaneamente a uma reinterpretação permanente sob a forma do debate argumentado: a transcendência em causa não conduz, com efeito, a um absoluto saturante..., mas actua antes como uma casa vazia, um princípio irresolúvel, que autoriza a busca permanente da sua formulação mais justa.”

constitucional, onde os princípios traduzem o lugar da institucionalização da moral no direito, num “ideal de vida boa”²⁷¹.

Dessa constatação tem-se que o papel do Judiciário atualmente não é o de um mero instrumento procedimental²⁷², visto como uma coisa, um objeto, mas, condição de possibilidade para a sociedade de ter garantido um espaço de discussão e decisão para resgate dos valores, almejando uma mudança a partir dessa postura.

Porém, não se trata de ser adotado pelo Poder Judiciário uma postura radical, no sentido de posicionar-se pelo “substancialismo” ou pelo “procedimentalismo”, como se fosse uma questão meramente de ter que sustentar um “lado” frente a uma dicotomia teórica, mas sim, de que é necessário o reconhecimento tanto de uma estrutura procedimental, como, para que essa se torne efetiva há que se aceitar a existência de uma ordem de valores substanciais.

Com relação ao não reconhecimento tanto de uma teoria, como de outra pelos Tribunais, Lenio Luiz Streck, adverte:

“Importa ressaltar, entretanto, que, no plano do agir cotidiano dos juristas no Brasil, nenhuma das duas teses (procedimentalismo e substancialismo) é perceptível. Ou

²⁷¹ LEAL, Rogério Gesta. **Matrizes fundacionais do pensamento de Jürgen Habermas: aspectos epistemológicos e sociológicos**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado – 2002 – Centro de Ciências Jurídicas Unisinos – Organização: Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 216. Esse “ideal de vida boa” demonstra uma impossibilidade de cisão entre ética e direito, contrariando a posição de Weber quanto ao papel da moral no direito: *“Desta forma, o conceito de justificação discursiva elimina o abismo entre as questões teóricas e questões normativas que, especialmente em Weber e nos positivistas modernos, considera unicamente as proposições descritivas, ou relativas a valores, pertencem à esfera da mera opinião, e não são, a rigor, nem verdadeiras nem falsas. Com sua teoria da validação consensual de afirmações e recomendações (proposições normativas) Habermas tenta revogar esse interdito positivista, voltando à tradição grega, para a qual as questões relativas à vida desejável eram, mais que quaisquer outras, suscetíveis de serem verdadeiras.”*

²⁷² BETTATI, Mario. **Intervention, ingérence ou assistance**”. Paris: Revue des droits de l’Homme, nº 19, 1994, p.s/n. Como uma crítica: *“...o direito está sempre atrasado em relação à ética, ele ignora muitas vezes a urgência e prefere os processos”*.

seja, estamos longe da postura substancialista – e a prática nos tem demonstrado tal assertiva, em face da inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição e da postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, além da falta de uma filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores a Constituição -, por outro lado também não se pode afirmar que convivemos com uma prática procedimentalista do tipo proposto por Habermas. Ora, a submissão do Congresso à reiterada utilização indiscriminada de medidas provisórias por parte do Poder Executivo ...deixam claro o quanto estamos distante de promover o que Habermas denomina de ‘combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada e não institucionalizada’, enfim, o quanto estamos distantes da criação democrática de direitos e da garantia da preservação dos procedimentos legislativos aptos a estabelecer a autonomia dos cidadãos.”²⁷³

Ao reconhecer que o Judiciário deve desempenhar uma função que vai além do apontamento de procedimentos²⁷⁴ que teriam por fim assegurar a

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 51.

²⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. Tradução: Flávio Beno Siebeneicher. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. V.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 326. O autor se posiciona no sentido de adotar analiticamente o procedimentalismo, indicando o papel da Constituição: “... a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas e equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que correspondem à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e interdependência dos poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e depende, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação

formação democrática da opinião e da vontade²⁷⁵ adota-se um posicionamento que não é absoluto, mas caracteriza-se por um pendor, uma tendência a aceitar a corrente “substancialista”, que enxerga o Judiciário como intérprete dos preceitos constitucionais e, reconhecedor dos conteúdos axiológicos ali tutelados²⁷⁶.

democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição.”

²⁷⁵ Op. Cit. Nota 99 (HABERMAS), p. 269/284. O autor explica sua posição quanto a adoção do “procedimentalismo”, como uma terceira alternativa aos modelos democráticos, sendo um baseado na concepção liberal e outra na concepção republicana, da seguinte forma: “A teoria do discurso, que obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático. A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito. Ela não opera por muito tempo com o conceito de um todo social centrado no Estado e que se imagina em linhas gerais como um sujeito acional orientado por seu objetivo. Tampouco situa o todo em um sistema de normas constitucionais que inconscientemente regem o equilíbrio do poder e de interesses diversos de acordo com o modelo de funcionamento do mercado. Ela se despede de todas as figuras de pensamento que sugiram atribuir a práxis de autodeterminação dos cidadãos a um sujeito social totalizante, ou que sugiram referir o domínio anônimo das leis a sujeitos individuais concorrentes entre si.”

²⁷⁶ (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade.**) Op. Cit., p. 316/317. Nota 274. Fazendo uma crítica ao modelo substancialista, o autor apresenta uma comparação entre as normas e os valores, ressaltando que não pode ser adotado o mesmo critério para sua aplicação, de maneira igualitária, como se apresenta: “Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação as proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo ‘sim’ ou ‘não’, ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. A passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões. Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de

Tal justificativa, a partir do apontamento da diferenciação entre as duas teses “substancialista” e “procedimentalista” se faz imperiosa, uma vez que se busca viabilizar a “bioética” através dos fundamentos constitucionais brasileiros que lhe dariam o necessário suporte. No entanto, a Constituição não pode ser vista, assim como seus fundamentos, como um mero instrumento/objeto disponível, para o sujeito, como um fundamento último, como um modelo rígido/absoluto, como se houvesse um critério dedutivo de onde o Poder Jurisdicional partiria do conhecimento geral da “coisa” para poder prever uma observação específica.

Por outro lado, também não pode ser levado em consideração somente o conjunto de “valores” ali existentes, sob pena de estar se admitindo a implantação de uma “tirania de valores”, com desprezo dos procedimentos²⁷⁷; ainda, tendo que ser mencionado que em se admitindo o império de valores como se “absolutos” fossem, também se estaria regredindo ao pensamento metafísico próprio da dogmática jurídica²⁷⁸.

validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.”

²⁷⁷ (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade.**) Op. Cit., p. 316. Nota 274. O autor cita o posicionamento de Bockenforde a respeito do Tribunal Constitucional Alemão e de Carl Schmitt para explicar a partir do pensamento desse último a adoção de seu posicionamento contra o “substancialismo”: “..., Bockenforde toma a autocompreensão metodológica do Tribunal Constitucional Federal ao pé da letra e a critica, servindo-se da tese de Carl Schmitt sobre a ‘tirania dos valores’, sem perceber que o verdadeiro problema reside na adaptação de princípios do direito a valores”. No entanto, esquece o autor de mencionar qual o critério hermenêutico que será utilizado para adaptar os “princípios” ali existentes aos “valores”, que segundo a proposta aqui defendida somente seria possível hodiernamente através da hermenêutica filosófica, que não admite uma concepção metafísica, própria da hermenêutica clássica.

²⁷⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade.** Vol.II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 45. Sobre esse tipo de posicionamento em que se evidencia a adoção da “dogmática jurídica”, veja-se: “..., a dogmática jurídica se apresenta como uma ciência sem epistemologia, com contornos incertos entre as opiniões rapsódicas e os raciocínios sistemáticos. É uma atividade que se assenta mais em atitudes epidérmicas e emotivas, traduzidas em raciocínios aparentemente rigorosos, do que em autêntico trabalho de teorização. Lhe negamos, portanto, o ‘status’ de cientificidade. Não se pode buscar efetuar hoje um trabalho que pretende exhibir o título de científico sem o nível epistemológico. A tarefa teórica no campo jurídico deve partir da idéia de que tanto uma idealização conceitual, produzida alheia à história, como uma participação operativa, uma inserção na história, sem um esquema teórico, não servem para controlar os fetichismos, as representações

Na Constituição, podem ser encontrados fundamentos que justifiquem a “bioética”, como um ponto de partida, um referencial, através do qual essa disciplina passa a ter um espaço próprio para discussão, implementação e efetivação das questões que envolvem a garantia do direito à vida, no entanto, esse ponto de partida é peculiar a cada nova circunstância apresentada, uma vez que, é necessário que haja o acompanhamento do mundo jurídico e as interações humanas, principalmente no que diz respeito aos progressos alcançados, contínuos e incessantes da área científica e tecnológica.

Daí se extrai que a Constituição tem o condão de fundar sem ser fundamento, pois, indica um ponto de partida a cada novo caso que é sugerido ao Poder Judiciário, porém, sendo e se apresentando como um movimento repetitivo, cíclico, uma vez que esse início sempre ocorre, sucessivas vezes, a partir do modo-de-ser-no-mundo do intérprete, que já carrega no seu âmago uma manifestação prévia que indica antecipadamente a existência de um modo de compreender, inclusive, sobre esse aspecto:

“..., a partir de uma perspectiva hermenêutica que sustenta hoje meus escritos, a Constituição não é um texto em si; também a Constituição não é um objeto que esteja à disposição do sujeito (relação S-O própria do paradigma metafísico da filosofia da consciência). A Constituição, no interior do paradigma que sucede e supera a filosofia da consciência, deve ser atendida como um-modo-de-ser. Eu diria que a Constituição, nesse contexto, não teria sentido sem uma compreensão prévia de sentido, mas também não teria sentido falarmos com um sentido mesmo da Constituição, num nível cotidiano e da interação social. A Constituição não é algo que está a nossa disposição; para

imaginárias que condicionam a interação social. Sem um controle epistemológico, crítico com relação à articulação teoria-prática, não poderá superar-se a esfera do saber exclusivamente ideológico. Se a produção epistemológica se limita à reconstituição crítica de um sistema proporcional mas acrítica com relação à realidade social, os limites entre a opinião e a teoria desaparecem por completo. Na epistemologia ninguém pode, se deseja acompanhar os processos de transformação social, esquecer-se de dialetizar explicação e realidade.”

tanto, utilizo a crítica que Heidegger faz da manualidade, de algo que está a nossa disposição como instrumento. A Constituição também não é um universal do qual possamos deduzir particulares (singularidades). ...Ou seja, depois da crítica a metafísica objetivista como fundamentação, não se pode pretender algum fundamento último, ou qualquer modelo de fundamentação objetivista. Esse nível de referência ligado a um modo prático de ser-no-mundo desde sempre operando nossa compreensão, é o que legitima qualquer discurso no contexto da subjetividade, intersubjetividade, diálogo, etc.”²⁷⁹

A possibilidade de haver compreensão acerca daquilo que se apresenta faticamente, está vinculada a se ter uma pré-compreensão, um pré-conhecimento²⁸⁰ do que está sendo posto em discussão, que se dá através da linguagem, do contrário não se tem como tornar presente o que se pretende demonstrar, mesmo que em algum lugar haja a sua existência comprovada²⁸¹.

²⁷⁹ Op. Cit. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda.) , p. 82/83. Nota 261.

²⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. Tradução: Ênio Paulo Giachini. **Verdade e método II: complementos e índice.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 125. Essa maneira de compreender: “...não significa mais um comportamento do pensamento humano dentre outros que se pode disciplinar metodologicamente, conformando assim a um procedimento científico, mas perfaz a mobilidade de fundo da existência humana.”

²⁸¹ PIRSIG, Robert M. Tradução: Celina Cardim Cavalcanti. **Zen e a arte da manutenção de motocicletas: uma investigação sobre os valores.** 11.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984, p. 39. Num sentido metafórico, que não quer sugerir como postura o “nihilismo”, mas tão somente servir de exemplo, veja-se: “...- O homem de hoje também tem seus fantasmas e espíritos, não é? – E quais são? – Bom, as leis da física e da lógica...Os sistemas numéricos...O princípio de substituição algébrica. São os nossos fantasmas. Só que a gente tem uma fé tão grande neles, que eles parecem reais. – Para mim, eles são bem reais – contesta John. – Não estou entendendo nada – reclama Chris. – Pois bem. Por exemplo, parece perfeitamente natural pressupor que a gravidade e a lei da gravidade existiam antes que Isaac Newton as descobrisse. Pareceria loucura pensar que até o século XVII não existia gravidade. – Claro. – Então, qual a origem dessa lei? Teria ela sempre existido? John franze o cenho, imaginando onde quero chegar. – O que tenho em mente – digo eu – é a idéia de que antes que a terra se formasse, antes que o sol e as estrelas surgissem, antes que qualquer outra coisa fosse criada, a lei da gravidade já existia. – É óbvio. – Mesmo assim, parada ali, sem massa nem energias próprias, sem estar na cabeça de ninguém, porque ninguém existia, nem situada no espaço, porque também não havia espaço, parada ali no nada, ela ainda existia? Agora John já não tem mais tanta certeza. – Se a lei da gravidade já existisse, eu francamente não saberia quais as condições que as coisas deveriam atender para não existirem. Parece-me que a lei da gravidade passou por todos os testes possíveis de inexistência. Não se pode imaginar sequer uma propriedade de inexistência que não se aplique à lei da gravidade. Nem tampouco uma propriedade de existência que se aplique a ela. Ainda assim, todo mundo acha natural acreditar que ela já existia. – É, acho que eu tenho que pensar melhor sobre o assunto – reconhece John. - Bom, calculo que se você pensar bastante, depois de dar

Os fundamentos constitucionais brasileiros somente vão servir de embasamento para a bioética, no sentido do que se pretende a hermenêutica filosófica, se houver a conscientização de que para tanto, o intérprete já deverá ter uma pré-compreensão a respeito deles e que esta vai variar de sujeito para sujeito, ou seja, do ser do ente ali representado pelo representante do Poder Judiciário, não como “fantasmas” ou como “um mundo ilusório”, mas como manifestação de um modo-de-ser no mundo.

Em virtude desse fato, tais fundamentos constitucionais se apresentam como fundamentos sem fundo, pois eles acontecem somente em razão de uma manifestação prévia de sentido, que faz parte do processo de compreensão que ocorre através da linguagem, mas, tanto a bioética como as normas de Direito

umas quinhentas mil voltas vai chegar a uma única conclusão possível, inteligente e racional: a lei da gravidade, e até mesmo a própria gravidade não existiam antes de Isaac Newton. Não existe conclusão mais coerente. E isso quer dizer – prossigo, antes que ele me interrompa – isso quer dizer que a lei da gravidade existe apenas nas nossas cabeças! É um fantasma! Ficamos derrubando os fantasmas dos outros, dando uma de arrogantes e presunçosos, mas somos tão ignorantes, primitivos e supersticiosos quanto eles. – Então, por que é que todo mundo acredita na lei da gravidade? – Hipnose em massa. Disfarçada sob uma forma bastante ortodoxa, chamada ‘educação’. – Quer dizer que você acha que o professor hipnotiza as crianças para elas acreditarem na lei da gravidade? – Claro. – Mas isso é ridículo. – Já ouviu falar na importância do contato visual em sala de aula? Qualquer educador enfatiza isso, mas ninguém explica o porque dessa importância. John balança a cabeça e me serve mais uísque. Depois cobre a boca com uma das mãos, dirigindo a Sylvia um aparte irônico: - Puxa, ele parecia tão normal o tempo todo... – Esta é a primeira coisa normal que eu digo desde há muitas semanas. A maior parte do tempo passo fingindo que aderi à loucura do século vinte, assim como vocês, só para não chamar a atenção. Mas eu repito que nós acreditamos que a essências das palavras de Sir Isaac Newton estava boiando no nada bilhões de anos antes que ele nascesse, e que ele, milagrosamente, descobriu essas palavras. Achamos que elas sempre existiram, mesmo não se aplicando a coisa nenhuma. Quando, finalmente, surgiu o nosso mundo, elas se aplicaram a ele. Aliás, foram essas palavras que formaram o mundo. Ora, John, isso é ridículo. – O problema – prossigo eu -, a contradição que intrigou os cientistas foi a razão. A mente não tem matéria nem energia, mas não se pode negar sua predominância sobre tudo o que faz a ciência. A lógica está na mente. Os números são produtos puramente mentais. Eu não me perturbo quando os cientistas dizem que os fantasmas existem apenas na nossa imaginação. É isso apenas que me intriga. A ciência também reside apenas nas nossas mentes, só que isso não a transforma numa coisa prejudicial. O mesmo acontece com os fantasmas. Eles ficam olhando para mim, e eu continuo: - As leis da natureza foram inventadas pelos homens, assim como os fantasmas. As leis da lógica e da matemática também foram inventadas pelos homens, assim como os fantasmas. Tudo que existe foi inventado pelos homens, inclusive a idéia de que não foi. O mundo não existe sob nenhuma forma fora da imaginação humana. Tudo são fantasmas, e na antiguidade o mundo era até considerado uma ilusão, este mesmo bendito mundo em que vivemos. É governado por fantasmas. O que vemos é mostrado por esses fantasmas, Moisés, Cristo, Buda, Platão, Descartes, Rousseau, Jefferson, Lincoln, e assim por diante. Isaac Newton é um ótimo fantasma. Dos melhores. O nosso senso comum nada mais é que a voz de milhares e milhares desses fantasmas vindos do passado. Fantasmas e mais fantasmas. Fantasmas procurando um lugar entre os viventes.”

Constitucional trazem em comum o objetivo de regulamentar a coexistência da humanidade como um esforço incessante de diminuição dos conflitos sociais, a partir de um consenso formado sobre a base de valores aprovados e vivenciados pela sociedade.

Como “instrumentos”²⁸² de e para concretização da fundamentação, além dos princípios constitucionais consagrados, - desde que o direito começou a ser aplicado -; os que com ele lidam lançaram mão da utilização de determinados outros princípios²⁸³, que de início receberam a nomenclatura de princípios gerais de direito²⁸⁴.

Mas, no que diz respeito às questões que envolvem a bioética, alguns princípios foram se formando e se estabelecendo como próprios/específicos da disciplina, pois, desde o momento em que houve a sua inserção no contexto social foi necessário embasá-la por princípios próprios, tais como: não maleficência, beneficência, autonomia, justiça, generosidade, solidariedade, responsabilidade, etc, já anteriormente citados. Além desses, quando há a necessidade de uma

²⁸² A utilização da palavra “instrumento”, não quer identificar que os princípios fundantes estejam como algo que está a disposição, num sentido de tê-los como modelos acabados, absolutos e incontestáveis, para uma fundamentação objetivista, mas tão somente como indicando a existência um mecanismo que poderá ter a função elementar de indicação de postura, conduta a ser observada, como ponto de partida inicial na formação do convencimento para uma possível decisão ao caso concreto.

²⁸³ ESSER, Josef. Traducción: Eduardo Valentí Fiol. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

²⁸⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da. DIP, Ricardo. **Propedêutica jurídica: uma perspectiva jusnaturalista**. Campinas: Millennium, 2001, p. 78/79. Ensinam os autores que: “A situação normal é a seguinte: o Direito natural contém grandes princípios, os quais serão depois concretizados em cada caso concreto por direito positivo, por leis, por regulamentos, por costumes jurídicos, por jurisprudência etc. Evidentemente que se pode perguntar quais são estes princípios do Direito natural, e há alguns céticos. Mas, tal é a ligação e a dependência do Direito positivo perante o Direito natural, que uma boa parte de tais princípios já se considera em vigor no próprio direito positivo. Os princípios jurídicos fundamentais ou princípios gerais de Direito, como quer que se lhes chame, são, afinal, muitos dos princípios do Direito natural por nós conhecidos no tempo presente. Porque, como sabemos, os princípios são cumulativos, vão sendo acrescentados por novas ‘descobertas’, por novos direitos. ... É, pois, com base em princípios como estes (os quais, como se vê, não são esotéricos, secretos, confusos ou estranhos, mas apenas gerais) que o Direito positivo vai estabelecer concretamente os regimes jurídicos para as necessidades específicas de cada tempo e lugar”.

decisão judicial, o representante do poder jurisdicional lança mão de princípios²⁸⁵ que se encontram inseridos no Direito Constitucional.

Portanto, alguns princípios do Direito Constitucional podem ser citados como referencial para as decisões que envolvem questões de “bioética”, esses são: princípio da igualdade²⁸⁶, princípio da legalidade, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da reserva legal, princípio da inviolabilidade e indisponibilidade da vida humana, princípio da preservação da saúde do ser humano como direito social, princípio da liberdade e consentimento da pessoa humana para as práticas médicas, dentre outros que lhe dariam fundamento, mas, tão somente o apontamento de diversos princípios não basta para que haja efetivamente a prática e o respeito para com a bioética ou se garanta os objetivos por ela propugnados, em razão inclusive, de que princípios não são regras²⁸⁷, mas vetores que podem auxiliar na escolha do melhor caminho a ser traçado.

²⁸⁵ LARENZ, Karl. Tradução: José Lamego. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 316. Para o autor: “os princípios são pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à idéia do Direito.”

²⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23/24. No que se refere à adoção desse princípio nas questões relacionadas a bioética este é de extrema utilidade principalmente no que diz respeito ao aparecimento de uma nova técnica desenvolvida, onde normalmente há uma demanda maior do que a oferta do tratamento ou da tecnologia a ser utilizada, evitando-se através dele “favoritismos”, ou seja, a tendência de se beneficiar somente a um determinado grupo ou a uma determinada pessoa, assim com referência ao princípio da igualdade o autor preleciona: “Com efeito, a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinado à rubrica constitucional ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos. Ora, a lei que, na forma aludida, singularizasse o destinatário estaria, ipso facto, incorrendo em uma dentre as duas hipóteses acauteladas pelo mandamento da isonomia, porquanto corresponderia ou à imposição de um gravame incidente sobre um só indivíduo ou à atribuição de um benefício a uma única pessoa, sem ensachar sujeição ou oportunidade aos demais. Seria o caso da norma que declarasse conceder tal benefício ou impusesse qual sujeição ao indivíduo X, filho de Y e Z.”

²⁸⁷ ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2.ed. México: BEFP – Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2002, p. 13/14. O autor tem um posicionamento peculiar sobre as regras e os princípios, menciona que as regras são gênero que admite duas espécies as regras e os princípios, sendo estes últimos “mandatos de otimização”, na medida em que na condição de espécie de norma ordena a realização de um ato da melhor maneira possível, observando as condições fáticas e jurídicas, nesse sentido, explica: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fáticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En

A indicação de todos esses princípios, no entanto, não é inócua, pelo contrário sua utilidade resulta do fato de que serve para demonstrar claramente a crise por que passa a hermenêutica clássica, com seus critérios de interpretação, que já se encontram um tanto quanto ultrapassados/superados, o problema em se fixar em conceitos e princípios gerais é que se perde a condição de possibilidade de se enfrentar as possíveis e existentes complicações da vida²⁸⁸.

Quando há a impossibilidade de se enfrentar as possíveis complicações advindas da convivência humana e do desenvolvimento científico e tecnológico, faz com que se tenha como consequência a inviabilidade de continuar a sustentar a tese dogmática, não se podendo afirmar que a interpretação de uma norma, ou de um caso concreto se dê em três momentos distintos, ou seja, com a compreensão, a interpretação e posteriormente a aplicação, pois, de acordo com a nova visão que se tem da hermenêutica, que se apresenta como uma crítica ao modelo já antiquado, a interpretação realmente ocorre com a aplicação; onde é o momento em que o ser vai se manifestar, com sua pré-compreensão, com o seu ser-ai (Dasein) no mundo, utilizando-se como meio a “linguagem”.

A utilização de um outro método que não seja o hermenêutico filosófico leva as decisões do Poder Judiciário a uma estagnação, porque baseadas em um critério reducionista, advertindo David Zimmerman e Antônio Carlos Mathias Coltro que não se pode de maneira alguma aceitar visões redutivas da função jurisdicional:

cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.”

²⁸⁸ SCHULZ, Fritz. Traducción: Manuel Abellán Velasco. **Principios del derecho romano.** Madrid: Civitas, 1990, p. 63. O autor a respeito dos princípios comenta: “os conceitos e as regras gerais no campo do direito correm sempre o risco de produzir danos, porque ao estabelecer as regras de direito não se consegue dominar plenamente as possíveis complicações da vida”.

“A concepção tradicional da *função jurisdicional* é extraordinariamente redutiva, não apanhando a complexidade da atividade judicial. Nessa visão, percebe-se o juiz como um mero aplicador mecânico de leis preexistentes, atuando o magistrado de forma objetiva e neutra. A solução do litígio que o juiz deve resolver encontrar-se-ia já formulada no ordenamento jurídico, cabendo ao julgador simplesmente indicá-la, sem nenhuma contribuição pessoal. Essa visão, na verdade, está umbilicalmente vinculada a percepção mais ampla, abrangendo a posição do judiciário dentro do Estado e da relação deste com a sociedade civil. As raízes de uma tal concepção encontram-se já no século XVII, com a formação e o desenvolvimento do jusnaturalismo laico, desabrocha no século seguinte com o iluminismo francês, e robustece-se, mais tarde, com o idealismo alemão. De fato, a melhor sustentação ideológica da separação entre Estado e sociedade civil foi fornecida pela filosofia hegeliana do Estado como Estado ético e pelo positivismo jurídico, decorrência direta da doutrina idealista de Estado.”²⁸⁹

Portanto, a partir de uma concepção do Estado como sendo o portador de interesses gerais, numa posição alheia aos conflitos vivenciados na sociedade civil e acima das partes, seria uma decorrência do dever de fidelidade do juiz à lei do Estado. Unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico, fidelidade do juiz à lei, natureza meramente técnica da atividade judiciária, representam a base teórica sobre a qual está edificada a justiça burguesa. Esta idéia da função jurisdicional foi incorporada na reforma napoleônica do Judiciário, como adverte David Zimerman e Antônio Carlos Mathias Coltro, deixando marcas no solo francês, assim como em todas as organizações judiciárias que sofreram essa influência (Europa Ocidental e América Latina)²⁹⁰.

²⁸⁹ ZIMERMAN, David. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millennium, 2002, p. 397.

²⁹⁰ Ibid. (ZIMERMAN), p.398.

Neste modelo, a justiça restou eivada dos seguintes aspectos: a) uma definição exclusivamente funcional do Poder Judiciário, onde aos juízes é atribuído unicamente o exercício da função jurisdicional, ficando a critério do legislativo e do executivo a criação do direito e a determinação quanto à política judiciária; b) uma concepção restritiva da independência judiciária, que tem como titulares juízes considerados individualmente e não o Poder Judiciário; c) uma idéia simplista da função jurisdicional, excluindo o controle da atividade do Poder Legislativo e do Poder Executivo, vinculando de forma rígida a atividade jurisdicional ao império da lei; d) a adaptação orgânica dos tribunais no Estado-aparato, com suas conseqüências, tais como: Juiz-funcionário, carreira judiciária, organização hierárquica e burocrática do Poder Judiciário. Esses quatro aspectos trouxeram como resultado um substancial consenso no âmbito jurídico, até bem pouco tempo, de que os tribunais não tinham o poder e nem tampouco a legitimação para introduzir elementos pessoais na atividade de interpretação/aplicação do direito, o que transformaria o juiz em criador do direito, ao passo que caberia a ele tão somente encontrar a norma pertinente e aplicá-la.²⁹¹

Com vistas ao que até o momento fora mencionado, para que haja a adoção, até mesmo como parâmetro de um determinado princípio, é necessário que se tenha em mente que já houve uma pré-compreensão, um pré-julgamento por parte do representante do Poder Jurisdicional de que aquele princípio adotado seria o pertinente ao caso “sub judice”, nesse momento o “dasein” já está se manifestando, é a explicitação de seu “livre convencimento”, o que vai se dar no momento da “applicatio”.

Ainda, com relação ao juiz é fato que sua formação técnica segue determinados critérios, baseados na lei vigente, nos princípios²⁹² e nas demais

²⁹¹ Ibid. (ZIMERMAN), p.399.

²⁹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 243. O autor ao explicar os princípios gerais de direito, se posiciona no sentido de afirmar: *De qualquer modo, ainda que se entenda que possam*

fontes do direito, no entanto, não se pode desprezar a existência de um pré-conhecimento que foi adquirido no decorrer de sua vida e que vai se tornar explícito quando houver sua atuação, manifestado/evidenciado na aplicação; sendo inclusive o responsável pela possibilidade de apreensão do conhecimento técnico.

No entanto, a adoção de tais princípios faz parte da dogmática jurídica tradicional que defende que o juiz deve se ater aos ditames da lei, ou seja, deve seguir e desenvolver um trabalho técnico, nele haverá o esquecimento de que existe o ser que o desenvolve. E este ser é um ser de um ente e, aquele que vai se submeter a tal decisão também é um ser de um ente; ambos se manifestando através da linguagem, num processo confirmado através da pré-compreensão que ambos os sujeitos possuem com relação ao objeto (coisa)²⁹³.

Tais afirmações podem ser confirmadas a partir do estudo acerca dos mencionados princípios e a maneira como devem ser vistos a partir dos pensamentos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, que demonstram que a hermenêutica e a fenomenologia podem ser vistas de uma outra forma, e ainda, no que diz respeito à hermenêutica voltada para o direito, esta se concretizou sob uma nova vertente apresentada nos estudos desenvolvidos por Lenio Luiz

ser aplicados diretamente na solução de conflitos, trata-se não de normas, mas de princípios. Ou seja, não são elementos do repertório do sistema, mas fazem parte de suas regras estruturais, dizem respeito à relação entre as normas do sistema, ao qual conferem coesão.”

²⁹³ CALAMANDREI, Piero. Tradução: Leandro Farina. **Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados.** Campinas: Minelli, 2003, p. 83/84. *“A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou. Mas quantas vezes a fundamentação é a reprodução fiel do caminho que levou o juiz até aquele ponto de chegada? Quantas vezes pode, ele próprio, saber os motivos que o levaram a decidir assim? Representa-se escolasticamente a sentença como o produto de um puro jugo lógico, friamente feito de conceitos abstratos, ligados por uma inexorável concatenação de premissas e de conseqüências, mas, na realidade, no tabuleiro de xadrez do juiz os peões são homens vivos, dos quais irradiam invisíveis forças magnéticas, que encontram eco ou reação – ilógica mas humana – nos sentimentos de quem veio a júizo. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos destas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, nem o mais severo, consegue fugir?”*

Streck²⁹⁴, o que contribuiu sobremaneira para um maior progresso e aplicabilidade das normas jurídicas.

A questão levantada em torno dos princípios pode à primeira vista parecer desnecessária e até fútil, no entanto, mister se faz demonstrar que uma vez que estes são utilizados largamente para fundamentar petições, sentenças, pareceres e até acórdãos. Deve-se fazer uma reflexão acerca dessa utilização, questionando-se o absolutismo doutrinário que se criou em volta deles, assim como de outros institutos jurídicos, fazendo na maioria dos casos com que a

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. 4 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.92/93. Como ensina o autor, fazendo referência a um outro princípio, o “princípio da verdade real”, mas que aqui tem pertinência, servindo de analogia: *“Segundo a dogmática jurídica, o juiz singular, ao prolatar uma sentença, está fazendo um trabalho técnico, é dizer, técnico-científico. Nesse sentido, torna-se imprescindível que se enfoque a questão envolvendo dois mitos que circulam no imaginário dos juristas: o mito da verdade real e o mito da neutralidade do juiz. ...Pode-se dizer, então, que a verdade, assim como é trabalhada pela dogmática jurídica no âmbito do processo penal, p.ex., é uma verdade ontológica (no sentido clássico) e, portanto, metafísica. A verdade seria decorrência da captação de uma ‘essência’ das coisas. Existiria, assim, um-mundo-em-si, cuja estrutura o jurista (no caso o juiz) pode apreender/conhecer através da razão e depois comunicar aos outros pela linguagem, via sentença judicial. Ora, a verdade dita ‘material’ não se diferencia da assim chamada ‘verdade formal’. Nesse sentido, a contribuição da hermenêutica é de fundamental importância, a partir da idéia de que ‘a verdade’ no campo jurídico é uma verdade-hermenêutica, é dizer, a experiência de verdade a que se atém a hermenêutica é essencialmente retórica, com profundos coloridos pragmáticos, como se pode tirar das lições de Vattimo. ...Assim, conforme Warat e Cunha, a afirmação de que o juiz pode desvendar e reproduzir no plano do conhecimento a verdade inscrita na realidade implica duas teses: a primeira insistiria em que a verdade que proclama é dado extraído da realidade, purgado dos elementos e distorção que o envolvem, contemplado pelo juiz e reproduzido na forma de um conceito; a segunda afirmaria que não sendo esta verdade um conceito produzido sobre a realidade, mas, fundamentalmente, a revelação da essência de determinadas situações materiais, tal revelação consistiria na própria reprodução do real. Assim, a ‘declaração’ do real (enfim, da verdade material) não estaria contaminada, condicionada pelo instrumental analítico do juiz, por sua formação teórica e pela particular situação histórica em que está imerso. Ora, complementam Warat e Cunha, conhecimento não é idêntico à matéria ou ao concreto que é o seu objeto! Porém, sustentar tal identidade de instâncias é fundamental para a própria sobrevivência da dogmática jurídica. Assim, se para o senso comum teórico dos juristas conceito e realidade podem ter o mesmo estatuto, se são exatamente a mesma coisa, se o juiz atua inspirado em um interesse impessoal, se o juiz, esquecido de si mesmo, mediador e despojado de sua ideologia, proclama a verdade material, então essa verdade descomprometida, desinteressada, inquestionável, há de ser aceita por todos os homens de boa vontade... No fundo, o princípio da verdade real é um estereótipo, que sugere mais do que uma aceitação teórica e reivindica práticas de solidariedade e submissão que não se conformam exatamente à função de um princípio científico. Vê-se, assim, que a concepção de verdade vigorante no campo da dogmática jurídica tradicional, que abarca os mitos da verdade real e da neutralidade judicial, guarda profundos coloridos metafísicos. O pensamento dogmático do Direito continua refém da filosofia da consciência, onde a linguagem é apenas uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto. Continua buscando, assim, o ente como o ente, ignorando aquilo que Heidegger denominou de diferença ontológica”.*

justiça não se efetive, gerando crises internas e externas ao poder judicante, além de críticas veementes por parte da sociedade, principalmente com relação à morosidade do judiciário.

1.3 – Bioética ou biodireito? – o papel da linguagem

A tentativa de se responder à indagação sobre em qual e em que momento se deve utilizar o neologismo bioética ou o neologismo biodireito, faz-se necessária porque ambas as terminologias têm sido objeto de polêmica, tanto no meio acadêmico, como nas áreas de interesse das mesmas.

Sobre o surgimento do neologismo “bioética”, este já foi mencionado anteriormente, mas, cabe lembrar que um dos motivos de seu nascimento foi um movimento de contestação da área médica frente ao seu descontentamento com relação à utilização de técnicas científicas, fruto do desenvolvimento tecnológico. Embora tenha surgido a princípio no âmbito da área médica e ali tenha sido utilizado, pela própria análise da terminologia há a verificação de ser ela multidisciplinar, não se tratando de uma palavra a ser utilizada somente com relação à ética médica.

A partir do crescimento de sua utilização, - inclusive em grande proporção, nos meios acadêmicos -, verificou-se que para a compreensão do

termo “bioética” haveria a necessidade de ampliação das discussões para outras áreas de atuação; para tanto, precisando da colaboração das mesmas.

Para a utilização e enquadramento da palavra “bioética”, nos casos surgidos, a princípio dentro dos Conselhos de Ética e Comitês existentes em hospitais, santas casas e nas universidades, os responsáveis por esses centros tiveram que buscar subsídios para seus questionamentos em outras disciplinas, tais como: filosofia, psicologia, direito, sociologia, teologia, etc.

Desde então, o neologismo “bioética” passou a ser utilizado para compor uma universalidade de casos, alguns deles dirimidos dentro das próprias Comissões de Ética das Instituições de Saúde, outros, entretanto, pelo conflito de interesses que geraram e pela seriedade com que deveriam ser tratados, acabaram por terem que ser resolvidos nos Tribunais, a partir de então, o direito passou a fazer uso da terminologia e ainda, tentando manter o mesmo sentido lançou outros neologismos, tais como: “biodireito”, “bionomótica”, “biojurídica” e “direito da saúde”.

Apesar da reconhecida importância dos Comitês, Dominique Thouvenin, professora de direito na Universidade de Paris e diretora do Centre d'Études du Vivant, com relação ao direito e a bioética, apresenta sua crítica:

“A criação na França, em 1983, do Comité Consultatif National d'Éthique para as ciências da vida e da saúde contribuiu para assentar a idéia de que toda uma série de problemas postos pela pesquisa no domínio biológico e médico era desprovida de soluções, pela falta de regras adequadas. Encarregado de emitir pareceres, o Comitê, por um lado, estigmatizou a insuficiência das regras existentes, o 'vazio jurídico' sendo evidenciado para denunciar a defasagem do direito em relação às inovações científicas no domínio médico; por outro lado, propôs um número de soluções novas. Os pareceres do Comitê, assim como a

intensa reflexão ética que se seguirá à sua inauguração, criaram a ilusão de que bastaria transferir um conteúdo de um recipiente para outro – da ética para o direito – para que as soluções discutidas pelos meios envolvidos fossem adotadas pelo legislador. Mas isso é esquecer que a edificação de regras legais se opera levando-se em conta interesses contraditórios. Precisamente as práticas médicas que entram no campo da bioética não são centradas no interesse de um indivíduo particular; por isso, elas ferem o modelo tradicional de exercício médico, pois são levadas a privilegiar os interesses de certas categorias de pacientes em relação aos de outras categorias (este é o caso, por exemplo, da retirada de órgãos), até mesmo a colocar o interesse geral à frente do interesse pessoal (por exemplo, o da pesquisa biomédica). Elas precisam então estabelecer regras, das quais uma das funções é conciliar esses interesses divergentes.²⁹⁵

Essa situação gerou a necessidade de utilização das regras legais, uma vez que se é pertinente que as regras éticas às quais se referem esses pesquisadores e esses médicos sirvam à auto-regulação de suas práticas internas, já não é mais o caso quando eles se baseiam nelas para fixar as condições de sua intervenção sobre terceiros. As reflexões éticas, assim como os pareceres do Comitê serviram de base para a construção das regras jurídicas, apesar dos percalços ocorridos nessa passagem da ética para o direito. Além disso, é necessário que haja um acautelamento com relação a esses textos construídos na medida em que contribuem para mascarar interesses divergentes quanto às práticas, merecendo uma análise profunda das mesmas, ainda mais que são exercidas essencialmente no hospital público e em pessoas que entraram nele para serem curadas, mas que serão solicitadas a servirem a um interesse diferente do seu.²⁹⁶

²⁹⁵ GOUYON, P-H. LECOURT, D. Tradução: Nicolás Nyimi Campanário. **A bioética é de má-fé?** São Paulo: Loyola, 2002, p. 59/61.

²⁹⁶ Ibid., (GOUYON), p. 61/62.

O problema a ser enfrentado pelo direito está vinculado à questão do uso social das técnicas decorrentes do avanço progressivo das ciências na medida em que aqueles que lidam com elas têm o conhecimento suficiente para antever os problemas suscitados por esses progressos, tendo consciência de que tais técnicas vão ser aplicadas diretamente sobre os seres humanos.

O uso social das técnicas é o mínimo que se pode esperar delas, pois, o benefício alcançado pelas pesquisas, pelo desenvolvimento científico e tecnológico deve servir aos seres humanos que necessitem da “técnica inovadora”, disponibilizando-a para todos, sem qualquer tipo de discriminação.

Mas, não se restringe somente a esse problema, não há um único ponto determinante, mas outra possibilidade se enquadra, constante do fato de que a criação de comitês e regras deontológicas próprias e que se atenham somente ao universo das ciências da saúde é um tanto cômodo.

Essa comodidade está clara quando se verifica que através delas se evita um controle mais severo por parte do Estado, que ficará alheio a partir do estabelecimento de regras éticas, que evidencia um sistema de auto-regulação interna formando um corporativismo entre os membros da classe médica.

Por essa razão, tentando se evitar uma “padronização ética”, que se daria “interna corporis”, sujeita ao tendencionismo de uma classe, deve ser promovido o estreitamento entre o direito e a bioética, uma vez que tais questões acabam por ter que serem decididas no âmbito judicial.

A estreita relação existente entre o direito e a bioética no sentido de ser ela uma ramificação da ética, como já mencionado, é reconhecida e foi ressaltada pelo autor espanhol Diego Gracia, “...embora sejam coisas distintas, ética e direito se acham internamente vinculadas.”²⁹⁷

²⁹⁷ GRACIA, Diego. **Fundamentos de bioética**. Madrid: Eudema, 1989, p. 576.

E quanto a esse vínculo está claro, porém a autonomia de ambos deve ser respeitada de tal modo “...que permita sua influência recíproca: da ética como instância crítica do direito e do direito como expressão positiva e prática da ética.”²⁹⁸

O problema é que o mencionado autor não se decide, nem mesmo quanto à utilização dos termos ética e bioética e também entre direito e biodireito, utilizando-se de todos como se fossem similares.

Talvez essa insegurança quanto à utilização terminológica, que não é um privilégio somente do referido autor, resida no fato de que a utilização de várias nomenclaturas não possua um lastro doutrinário que possa lhe dar sustentáculo, traduzindo tão somente um pensamento metafísico, já tornado obsoleto.

Os defensores da utilização do neologismo “biodireito” sustentam que bioética e biodireito possuem objetos próprios e, portanto, são diferentes. A bioética seria uma decorrência da ética geral, cujo objeto de estudo e questionamento pertencem à filosofia, enquanto o biodireito seria um ramo do direito nascido da preocupação ética dos operadores das Ciências Biológicas que de alguma maneira, necessitaram para a sua formação da opinião doutrinária e decisão dos juriconsultos.

Procurando dar sustentação a essa justificativa tais defensores utilizam o argumento de que há diferenciação entre direito e moral, portanto, existindo o mesmo entre biodireito e bioética, adotando critérios hermenêuticos já ultrapassados para esse contexto.

Para demonstrar que há diferença entre biodireito e bioética, Bruno Torquato de Oliveira Naves justifica a necessidade da distinção:

²⁹⁸ Ibid., (GRACIA), p.576.

“Ainda é comum o uso indistinto dos termos Bioética e Biodireito para designar o mesmo objeto. Mas serão perspectivas idênticas do mesmo fenômeno? Se não são idênticas, será que a utilização indistinta dos termos, deve-se a não haver ainda direito que trate das interferências biológicas no ser humano, mas tão-somente ordem normativa ética? O Biodireito, conforme exposto acima, teve seu nascedouro na preocupação ética dos operadores das Ciências Biológicas. Assim, a ética biológica ou Bioética é parte da ética geral e, portanto, objeto de estudo e questionamento da filosofia. Trata-se, na verdade, de duas ordens normativas diferentes: direito e moral. O direito, enquanto ordem pragmática de solução de conflitos, pode ser investigado por uma perspectiva dogmática e seus estudiosos são técnicos do direito. Já a moral é ordem normativa auxiliar, fornece subsídios para formulação e aplicação do direito, sem, no entanto, com ele se confundir. A Bioética, dessa forma, tem relevância para o direito, pois faz parte da zetética jurídica. Vejamos primeiro, de forma rápida, a relação entre direito e moral, passando, depois à análise do (bio)direito, enquanto, dogmática, e da moral bioética, enquanto zetética jurídica.”²⁹⁹

A justificativa persiste quando situa a bioética como pertencente à zetética jurídica, por ser a ética biológica quem analisa a Ciência Biológica indicando como ela deva ser. É ramo da filosofia, pois faz questionamentos abertos, infinitos, ainda que partindo de premissas provisórias e precárias, respondendo de modo filosófico. Por sua vez, o biodireito possui espaço garantido na dogmática, através de normas de direito positivo que fornecem uma estrutura de soluções intra-sistêmicas. Portanto, a dogmática jurídica não ultrapassa o direito vigente na medida em que faz uma abordagem intra-sistematicamente, por outro lado, a filosofia, através de uma abordagem

²⁹⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coordenadora). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 131/132. O texto mencionado faz parte integrante dessa obra, sob o título: **Introdução ao biodireito: da zetética à dogmática**.

transistemática, interessa-se pela situação vigente apenas em relação a seu valor.”³⁰⁰

Já o autor argentino Caldani³⁰¹ refere-se ao biodireito como sendo um ramo jurídico “transversal”, por servir de complemento para outros ramos do direito. Portanto, ante os exemplos apresentados, há por parte de alguns doutrinadores a adoção de critérios hermenêuticos já ultrapassados para esse contexto, que já não atendem aos anseios da própria sociedade com relação ao direito³⁰².

Um posicionamento nesse sentido despreza justamente todos os problemas existentes na sociedade, que se acha dotada de uma complexidade conseqüência de diferenças culturais e econômicas significantes, que inclusive se acham acentuadas pelo progresso da ciência e da tecnologia e os abusos decorrentes do mau uso dessas técnicas, fazendo com que o direito fique sem condições de enfrentar os conflitos decorrentes destas situações em virtude da adoção de um critério baseado na dogmática jurídica, que resta arcaico e, portanto, incapaz de atender à demanda existente.

O fato é que o desenvolvimento científico e tecnológico faz com que hajam situações novas passíveis de serem contempladas pela bioética. Às vezes, justamente pela inovação não se acham com a possibilidade de serem amparadas por uma lei específica. Haja vista que é um fato presente no mundo jurídico, que muitas vezes situações semelhantes ocorrem sucessivamente sem a existência de uma legislação que garanta o direito discutido e somente depois de passado muito tempo é que esta vem a ser amparada por uma lei, em que pese o furor legiferante existente no país.

³⁰⁰ Ibid., (SÁ), p. 135.

³⁰¹ CALDANI, Miguel Angel Ciuro. **La elaboración de las normas del bioderecho.** Jurisprudencia Argentina, número especial de Bioética, Bs. As. , nº 6113 de 28 de outubro de 1998.

³⁰² A esse respeito vide: Nota 270 (OST – A natureza a margem da lei).

Mas como presente inclusive em lei, o representante do poder judiciário não pode eximir-se de seu mister alegando a ausência ou omissão da lei, devendo lançar mão de outros critérios para que possa garantir a tutela de direitos.

Com relação a esta afirmação cabe salientar que a princípio esta teria a aparência de um problema, baseado no fato de que o magistrado não estaria obrigado a realizar o que a doutrina chama de subsunção³⁰³, ou seja, a adequação “perfeita”, do caso concreto à lei vigente³⁰⁴.

No entanto, não é bem assim, o obstáculo que se apresenta consiste no fato de que o magistrado deve fazer a adequação do caso concreto à lei vigente, vez que a base do Estado brasileiro é o Estado Democrático de Direito, não se devendo de forma alguma desvirtuar do que determina ou prevê a legislação vigente, sob pena de se estabelecer uma situação de insegurança jurídica³⁰⁵.

³⁰³ (HESSE, Konrad – A força normativa da Constituição). Op. Cit., p.22. Nota 263. A respeito da subsunção: “..., a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”

³⁰⁴ COING, Helmut. Tradução: Elisete Antoniuk. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. 5.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 343. Veja-se: “...o juiz está tampouco limitado a uma operação conclusiva lógica, como o oficial, que deve cumprir um comando; ele deve muito mais, na situação concreta, dar validade à decisão de interesses do legislador, ele não deve, portanto, simplesmente, ‘subsumir’, mas deve analisar o caso conforme os interesses nele confrontados, e valorar os interesses constatados conforme as valorações de interesses de seu tempo, as quais o legislador pretendeu.”

³⁰⁵ PELAYO, Manuel García. **Las transformaciones del Estado contemporâneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 52. Esse desvirtuamento da lei, não significa que se deva de uma maneira “cega” seguir o que determina um ordenamento jurídico, como se fosse uma “ditadura legal”, seja ela qual for, pois, obedecer-se a lei, em algumas situações, também pode se gerar injustiças. Servindo de analogia Manuel García-Pelayo, relata com relação ao Estado de Direito que: “...Estado de Derecho es, en su formulación originaria, um concepto polémico orientado contra el Estado absolutista, es decir, contra el Estado poder y, especialmente, contra el Estado policía, que trataba de fomentar el desarrollo general del país y hacer la felicidad de sus súbditos a

O que não se pode aceitar é ter-se uma visão obtusa da decisão proferida pelo órgão julgante tão somente como uma subsunção legal, sob uma ótica puramente dogmática, na qual o sistema jurídico permanece intocado frente a pressupostos tidos como verdadeiros e inatingíveis, porém sem a afirmação de que tal postura seja acrítica, pelo contrário existe uma análise, adstrita aos limites da norma legal.

Qualquer decisão (despacho, decisão ou sentença) prolatada pelo magistrado, envolve muito mais que uma simples adequação do caso concreto à legislação vigente, mas sim, implica em uma atribuição de sentido daquilo que se apresenta factualmente para ser analisado, apreciado e posteriormente julgado; para julgar antes o magistrado interpreta a lei e todo o contexto probatório constante nos autos, mas, sempre coloca em sua decisão, sua essência, seu pensamento a respeito das coisas, por isso lhe é possível fazer uma atribuição de sentido ao que lhe fora apresentado.

O magistrado no ato da interpretação indaga o que se encontra “por detrás” dos problemas e pressupõe tal fato, não somente com base na legislação pertinente existente, mas também na sua visão (pré)-via (aquilo que ele antes-vê – “antevia”), sobre o que está sendo questionado, qual a atitude que deva por ele ser tomada, portanto, não se pode afirmar que ele forme o seu convencimento e decida com uma atitude que demonstre uma postura de ser ele meramente uma “tabula rasa”³⁰⁶, pelo contrário há que se reconhecer que há “pré-conceitos ocultos

costa de incómodas intervenciones administrativas en la vida privada y que, como corresponde a un Estado burocrático, no era incompatible con la sujeción de los funcionarios y de los jueces a la legalidad. El Estado de Derecho, en su prístino sentido, es un Estado cuya función capital es establecer y mantener el Derecho y cuyos límites de acción están rigurosamente definidos por éste, pero, bien entendido que Derecho no se indentifica con cualquier ley o conjunto de leyes con indiferencia hacia su contenido – pues, como acabamos de decir, el Estado absolutista no excluía la legalidad – sino con una normatividad acorde con la idea, de la legitimidad, de la justicia, de los fines y de los valores a los que debía servir el Derecho, en resumen, con una normatividad acorde con la «idea del Derecho». El Estado de Derecho significa, así una limitación del poder del Estado por el Derecho, pero no la posibilidad de legitimar cualquier criterio dándole forma de ley...”

³⁰⁶ PINKER, Steven. Tradução: Laura Teixeira Motta. **Tabula rasa: a negação contemporânea da natureza humana**. 1ª. Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 569/570. Sobre a “tábula rasa”, adverte: “A tábula rasa não é um ideal que todos devemos desejar e rezar

e por essa razão ele os coloca em evidência através da linguagem, no momento em que aplica a lei ao caso que lhe foi trazido.

Portanto, o que realmente interessa não é a existência ou não de um biodireito, mas sim o fato de que não há como efetivar o direito sem ética; nas questões envolvendo a vida e principalmente a vida humana não há que se falar em aplicação do direito sem bioética.

Por outro lado, a bioética somente vai se tornar possível, no sentido de não restar como um mero “modismo”, fruto de um posicionamento epocal se for fundamentada a partir dos fundamentos constitucionais existentes e estes somente vão subsistir se houver a superação do paradigma metafísico.

A partir desse pensamento tem-se que o processo de interpretação deixa de ser meramente reprodutivo para ser produtivo, enquanto que o “produzido” traz a constituição de uma estrutura prévia do sentido, baseada na pré-compreensão acerca da “questão”, tornando, a partir desta possível a compreensão, a interpretação e a aplicação.

Essa aplicação é o que foi “pro-duzido” e ao mesmo tempo de maneira simultânea traduz a existência dessa “visão prévia”, comprovando que para se ter chegado a essa concepção final houve anteriormente “pré-compreensão”, por esse motivo, é impossível ao intérprete da norma ou do caso “sub judice”, colocar-se em lugar do outro, pois cada ser existente no “ente” possui toda uma essência

para que seja verdade. Não – ela é uma abstração teórica antivida e anti-humana que nega nossa humanidade comum, nossos interesses inerentes e nossas preferências individuais. Embora tenha pretensões de celebrar nosso potencial, faz o contrário, pois nosso potencial provém da intereção combinatória de faculdades maravilhosamente complexas, e não da brancura passiva de uma tabula raspada. Independentemente de seus efeitos bons e maus, a tabula rasa é uma hipótese empírica sobre o funcionamento do cérebro, e tem de ser avaliada com base na verdade ou falsidade dessa hipótese. As modernas ciências da mente, cérebro, genes e evolução cada vez mais estão demonstrando que ela não é verdadeira. O resultado é um esforço de retaguarda para salvar a tabula rasa, desfigurando a ciência e a vida intelectual: negando a possibilidade de objetividade e verdade, reduzindo questões a tolas dicotomias, substituindo fatos e lógica por posturas políticas.”

que resta aflorada quando “pro-duz” a partir de sua prévia concepção manifestada pela linguagem.

Esse “círculo vicioso” demonstra que a interpretação sempre vai ocorrer a partir do que Hans-Georg Gadamer denominou de uma “fusão de horizontes”³⁰⁷:

“Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.”³⁰⁸

A questão da temporalidade existente nesse “círculo vicioso”, que vai da pré-compreensão, perpassando pela compreensão e interpretação, fundindo-se a partir de uma compreensão atualizada, manifesta e patente na “applicatio”, determina a “fusão de horizontes”, quando se fundem o horizonte do passado existente na essência do ser do ente e o horizonte do presente também parte de sua essência, por um movimento da tradição e do intérprete.

³⁰⁷ Op. Cit. Nota 83 (OST – Contar a lei), p. 38. Com relação à fusão de horizontes descreve: *“Entre o mundo do texto e o mundo do leitor, arrisca-se um confronto, às vezes uma fusão de horizontes, e tanto mais quanto o leitor não é uma terra virgem, mas um ser já envolvido em histórias, em busca de sua própria identidade narrativa.”*

³⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. Tradução: Flávio Paulo Meurer. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 457.

O reconhecimento da “fusão de horizontes” é de extrema importância para a hermenêutica em razão do fato de que quando o intérprete manifesta sua essência explícita na aplicação, somente possível em virtude de uma pré-compreensão baseada numa antecipação de sentido, é que há a superação do texto.

Essa superação do texto, não no sentido da adoção de um posicionamento que o desrespeita como uma “superioridade/arrogância do intérprete”, mas sim, solucionando a tensão existente entre o texto e o momento histórico vivenciado através de uma situação fática concreta, o que faz com que essa “fusão de horizontes” não seja a consequência da formação de um “horizonte único”, elaborado a partir de horizontes que se destacam uns dos outros. Pelo contrário, a “fusão de horizontes” traduz uma situação hermenêutica, que sempre vai se dar quando houver o encontro com a tradição e a consciência histórica projetando um horizonte.

Sob essa visão que adota um posicionamento anti-metafísico, a partir de uma hermenêutica filosófica que se caracteriza por reconhecer que o compreender e o interpretar somente foram possíveis e viabilizados em razão da pré-compreensão, explícita e evidente no momento da “aplicatio”. Torna-se sem sentido a discussão sob a adoção da terminologia “biodireito”, que se caracterizaria como um modismo de linguagem adotado para questões que já se acham amparadas tanto pelo direito como pela bioética, sendo que com relação a essa última, tem ela um espaço garantido como ramo da ética prática.

Corroborando Pedro Federico Hoof, admite o conflito existente entre os neologismos biodireito e bioética, considerando mais adequado que haja referência a relações ou vínculos entre “bioética e biodireito”:

“As razões que fundamentam essa preferência – sempre aberto aos novos argumentos e as novas reflexões – são as seguintes: a. A escolha dos termos não carece sem dúvida

de importância, visto que cada termo ou conceito tem uma história diferente que envolve mudanças nos significados, como observam com acerto Beauchamp e Childress. ... b. Pelo contrário, o neologismo 'biodireito' carece dessa mesma rica tradição. Por conseguinte, sua utilização apresentaria o perigo de uma perda do frutífero diálogo interdisciplinar próprio da bioética: o desenvolvimento do 'biodireito' redundaria de fato em detrimento da 'ética da bioética' diante dos riscos de um desenvolvimento de um biodireito alto-suficiente e autônomo, perante o qual as outras disciplinas que convergem horizontalmente no discurso bioético se transformariam meramente nas clássicas 'ciências auxiliares do direito' para além das boas intenções daqueles que tendem a adotar o mencionado neologismo. c. Se aceitamos o termo 'biodireito', por razões análogas, por exemplo, caberia referirmos da mesma maneira a 'bioenfermagem', 'biopsicologia', 'biosociologia', etc; quando se tratar de analisar as relações da enfermagem, da psicologia, da sociologia, etc. com a bioética. Além disso, esse recurso a um 'terceiro gênero' (biodireito) originaria dificuldades disciplinares no momento de considerar as relações da bioética com ramos particulares do direito que gozam de uma aceita tradição acadêmica."³⁰⁹

Ainda fundamentando as razões que justificam a não adoção da terminologia biodireito, esta indica e assinala uma forte pertinência ao âmbito jurídico, porém trazendo certos perigos de uma excessiva formalização. Tanto no que diz respeito à jurisprudência como à doutrina, a utilização do termo 'bioética' no momento da formulação e da decisão com referência às questões jurídicas originadas nesse campo não ofereceram dificuldades que não puderam ser superadas. Por outro lado, trouxe o enriquecimento ao debate na medida em que

³⁰⁹ HOOFT, Pedro Federico. **Bioética e direito?, ou bioética e biodireito? Biodireito: uma crítica ao neologismo.** Artigo publicado na obra: **Bioética: poder e injustiça.** Organizadores: Volnei Garrafa e Leo Pessini. São Paulo: Loyola, 2003, p. 506/508.

fortaleceu as tentativas de solução e abrandamento dos problemas no campo de atuação das ciências da saúde³¹⁰.

Além do mais, há uma necessária relação de complementação entre a bioética e o direito que não deve propiciar uma excessiva “legalização”, que como consequência propiciaria um exagerado formalismo dos procedimentos, gerando burocratização e desprezo para com as questões éticas, reduzindo-as meramente ao seguimento de uma regra. Por outro lado, não se pode desprezar de todo a formalização dos procedimentos, deve haver uma ponderação a respeito dos mesmos, esse equilíbrio entre os elementos jurídicos-formais possibilitará o controle da discricionariedade, minimizando a arbitrariedade quanto à tomada de decisões, buscando assegurar a equidade, o tratamento igualitário e a proteção dos direitos fundamentais.”³¹¹

Diante do que foi mencionado, o que realmente importa não é o neologismo “bioética” ou “biodireito”, mas sim a ampliação que se dê ao espaço de diálogo entre as mais variadas áreas, pois, não se pode ter uma visão compartimentada acerca dos fatos, devendo-se estabelecer um elo entre as disciplinas sem que uma queira se apropriar da outra.

Mas, há que se reconhecer que a utilização da terminologia “bioética” está se firmando por estar sendo admitida como uma disciplina capaz de indicar vetores para as questões referentes à vida, como um ramo da ética prática reconhecida tradicionalmente, inclusive, pelos representantes das principais Nações.

Nesse sentido, atualmente, os estudiosos da bioética têm procurado ampliar seu espaço de discussão, tanto é assim que com o apoio da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), recentemente foram criadas: a) a “Redbioética”, que é uma Rede Latino-

³¹⁰ Ibid., (HOOFT), p. 508.

³¹¹ Ibid., (HOOFT), p. 508.

Americana e do Caribe de Bioética, com a finalidade de interligar em rede os especialistas na área pertencentes a essa região e, b) uma Cátedra de Bioética na UNB – Universidade Nacional de Brasília, com a finalidade de assegurar uma discussão mais ampla da temática junto à academia, envolvendo representantes dessa e cidadãos, num debate público³¹².

De outro lado, se houver a admissão de tais posturas o prejuízo será para toda a humanidade, uma vez que haverá o esquecimento do ator principal que é o “Dasein”; o representante do Poder Jurisdicional deve sim aplicar a lei ao caso concreto, mas de uma maneira justa levando em consideração não o que propunha a hermenêutica clássica, mas sim, uma postura de elevado nível que envolve o seu ser, desde a pré-compreensão, a compreensão e a interpretação, se concretizando no momento em que se dá a aplicação, a partir da visão “bioética” com o apontamento dos seus fundamentos constitucionais.

³¹² **BOLETIM SBB – Sociedade Brasileira de Bioética** – Jornal Trimestral da SBB – Ano VI – nº 10 – Janeiro – Março de 2006, São Paulo: Loyola, 2006, p. 04.

CAPÍTULO II – FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DA BIOÉTICA: A CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA O DESVELAMENTO DA BIOÉTICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL

2.1 – A bioética como modo de ser do homem no mundo, o direito e a crise da hermenêutica clássica.

Assim como com relação a outros institutos, não se pode afirmar que se tenha uma verdade absoluta com relação a bioética, mas sim que o posicionamento com relação às questões suscitadas que envolvem a “vida”, variará de caso a caso, ou seja, deve esta ser contextualizada com relação ao fato, a época, a situação, o momento em que se deu, não se podendo determinar de forma incontestada que exista um mesmo pensamento bioético, uniforme para casos semelhantes ou não.

Os casos que envolvem questões ligadas à vida, sua qualidade e morte, são polêmicos e divergentes as opiniões acerca deles, não se podendo adotar uma postura rígida, no sentido de afirmar não serem passíveis de discussão e nem ao menos que se tenha à certeza quanto a uma solução única para casos semelhantes ou mesmo esta seja a única correta.

Com base nessa afirmação é que se apresenta o problema ou “crise” da hermenêutica clássica (onde a interpretação se daria em três momentos distintos: primeiro se compreende, depois interpreta, para finalizando aplicar), demonstrando que esta sempre teve cunho epistemológico-metodológico, determinando métodos para que se pudesse interpretar³¹³, como se houvesse uma receita para tanto.

Ao contrário a nova hermenêutica tem um cunho ontológico, ou seja, coloca em evidência o “ser”, e os três momentos da hermenêutica clássica – compreensão – interpretação e aplicação – ocorrem todos em um só, ou seja, na aplicação, através da espiral hermenêutica.

Para Martin Heidegger esse cunho ontológico não pode ser confundido com “ôntico”, pois, são dois tipos de fenômenos diferentes, enquanto o fenômeno ôntico se apresenta como “perceptivo”, o fenômeno ontológico é aquele

³¹³ CORDON, Juan Manuel Navarro. MARTÍNEZ, Tomas Calvo. **História da filosofia**. 3.v. Portugal: Edições 70, 1995, p. 193. Veja-se: “A hermenêutica é uma questão antiga mas também um dos problemas fundamentais da filosofia contemporânea. É um problema muito complexo, não só devido às diferentes interpretações de sua natureza e procedimentos (desde Dilthey, Nietzsche e Heidegger, até Gadamer, Apel e Ricoeur), mas também por causa de sua relação estreita com outras correntes do pensamento contemporâneo, tais como a filosofia analítica, a psicanálise e a teoria crítica da sociedade. Por **hermenêutica** entende-se a teoria ou arte da interpretação, ou seja, o método adequado para uma interpretação correcta de um texto. Em finais do século XIX, a hermenêutica era considerada a metodologia das ‘ciências do espírito’, por oposição à metodologia das ‘ciências da natureza’. Nesse sentido, o âmbito da hermenêutica era muito particular, restringindo-se a algumas ciências, e a sua significação era basicamente ‘metodológica’: consistia na observação precisa de uma série de regras que permitissem a interpretação correcta em determinadas ciências. Foi a crise radical da cultura (Nietzsche) e a procura das condições ontológicas que instituem a compreensão como um modo de ser do homem (Heidegger) que conferiram à hermenêutica o carácter de universalidade, e a tarefa de radicalidade e de fundamentação. Foi esta a diligência a que Gadamer se propôs”.

não perceptivo sensorialmente, pois, este já se mostrou sempre, necessariamente antes para os fenômenos perceptíveis³¹⁴.

Somente há possibilidade de se perceber alguma coisa, se já havia o pré-conhecimento acerca desta mesma coisa, pelo ser do ente, que estará evidenciado no “Dasein”, através de uma estrutura prévia da compreensão (pré-estrutura da compreensão) que se apresenta não como uma dicotomia sujeito-objeto, mas no contexto do mundo que já contém sujeito e objeto, inclusive, para Richard E. Palmer:

“ A esperança de uma interpretação «sem preconceitos e sem pressupostos» desapareceu ultimamente, face ao modo como a compreensão opera. O que aparece do «objeto» é o que deixamos que apareça, é aquilo que a tematização do mundo actuante na compreensão, traz à luz. Seria ingênuo pretender que «o que ali está realmente» é «auto-evidente». A própria definição de auto-evidência assenta num corpo de pressupostos que passam despercebidos, mas que estão presentes em toda a construção interpretativa feita pelo intérprete «objectivo» e sem «pressupostos». É este corpo de pressupostos já dados e admitidos que Heidegger põe a nu na análise que fez da compreensão.”³¹⁵

Cabendo frisar, que esse modo de ser do homem sofre a influência de “valores” adotados por uma sociedade em determinada época ou mesmo por algum ou alguns seres humanos, determinando seu posicionamento quanto aos

³¹⁴ HEIDEGGER, Martin. Tradução: Gabriella Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. **Seminários de Zollikon**. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 35. Veja-se: “*Aceita-se o que aparece, o fenômeno. Há dois tipos de fenômenos: a) os fenômenos perceptivos, que são fenômenos óticos, por exemplo – a mesa, b) fenômenos não perceptíveis sensorialmente, por exemplo – o existir de algo, fenômenos ontológicos. Os fenômenos ontológicos não perceptíveis sensorialmente, já se mostraram sempre, necessariamente antes para os fenômenos perceptíveis. Para podermos perceber uma mesa como a mesa que ela é, é necessário já ter percebido antes que há algo como uma presença. Os fenômenos ontológicos são, pois, hierarquicamente os primeiros, mas, para serem pensados e vistos, são posteriores.*”

³¹⁵ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Coleção – O saber da filosofia. Portugal: Edições 70, 1999, p.140.

fatos, baseado numa revelação ontológica onde encontra seu fundamento não na subjetividade, mas na faticidade do mundo e na historicidade da compreensão.

No entanto, a análise destes princípios ou valores adotados pela bioética como norteadores e que já foram anteriormente citados está correta sob o ângulo da hermenêutica clássica, que concebe sua maneira de ser nos moldes de um método, onde há primeiramente a compreensão do que seriam esses princípios, posteriormente esses mesmos princípios são interpretados e a utilização ou não dos mesmos justificada, através da sua efetiva aplicação.

Pelo contrário, sob a visão da hermenêutica filosófica³¹⁶, não há nem ao menos que se admitir esses próprios princípios como regras a serem utilizadas num modelo de subsunção, pois, neles há uma presunção amplamente questionável de imposição de uma “verdade” por parte de quem os instituiu como sendo os pilares ou linhas mestras para adoção de critérios “bioéticos”.

Diante desse fato apontado é possível afirmar serem esses de difícil aplicação, senão de impossível aplicação, uma vez que estes princípios retratam “pré – juízos inautênticos”, quando tidos por absolutos num sistema meramente de adequação dos mesmos ao caso concreto não se levando em consideração a faticidade e a historicidade, ali presentes, conforme Lenio Luiz Streck adverte:

“..., o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista (operador do direito *lato sensu*) poder dizer o Direito permaneceu confinado a um conjunto de representações permeado pelas crises de paradigmas, isto é, de um lado a

³¹⁶ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2.ed. Coleção Filosofia – 40. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 48. Sobre a hermenêutica filosófica: *“Estabelecer a racionalidade de uma verdade e de um discurso que não pode ser provado nem empiricamente, nem através de um fundamento último, essa é a tarefa da hermenêutica. É a tarefa que está embutida dentro da concepção de uma hermenêutica filosófica. Podemos ver que a hermenêutica filosófica se coloca ali onde não temos nem o empírico como fundamento nem o puramente lógico-tautológico como fundamento – nem aquilo que é afirmado dentro de um contexto rígido, determinado, nem aquilo que pode ser estabelecido tendo por base o fundamento último, mas aquilo que se dá na fluidez da própria história, da própria cultura. Não é, entretanto, tão simples dizer que é dentro da história, da cultura, que se dá a verdade da filosofia hermenêutica.”*

doutrina e a jurisprudência trabalham ainda sob a perspectiva de um modelo liberal-individualista-normativista, e de outro, como que a avaliar esse (velho) modelo, estão o paradigma epistemológico da filosofia da consciência e o paradigma essencialista aristotélico-tomista. Graças a isso, os operadores do Direito (professor, advogado, juiz, promotor, estudante de direito) se conforma(ra)m com aquilo que é (e, portanto, estava) pré-dito acerca do Direito na sociedade brasileira. Não ocorreu, pois, uma insurreição contra essa fala falada, submergindo o jurista no mundo de uma tradição inautêntica, onde os *pré-juízos* (inautênticos) provoca(ra)m um (enorme) *prejuízo*³¹⁷.

Esse prejuízo é caracterizado pela falta de compreensão do sentido do texto pela adoção de modelos rígidos, quando estes determinam que ao interpretar o intérprete deve extrair o que o legislador pensou para aquele texto, como se fosse possível alguém se posicionar no lugar do outro, extraíndo tudo o que pensa de um texto a partir do pensado pelo outro, o que leva a não concretização de suas possibilidades, que poderão ir muito mais além do que aparentemente está apresentado, pois, ser detentor de um horizonte é ter consciência de que se pode avançar para além dele.

Entretanto, para demonstrar tal fato, necessário e indispensável é explicitar como esse pensamento evoluiu, a partir das teorias de Martin Heidegger³¹⁸ e Hans-Georg Gadamer³¹⁹, delineadas e explicitadas na obra

³¹⁷ (STRECK, Lenio Luiz) Op. Cit. p. 43. Nota 104.

³¹⁸ SAFRANSKI, Rudiger. Tradução: Lya Luft. **Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal.** São Paulo: Geração Editorial, 2000, p. 19/22. O autor apresenta a cronologia da vida de Martin Heidegger, mencionando dentre outras coisas que: Martin Heidegger, filósofo alemão, nasceu em 26 de setembro de 1889, na cidade de Messkirch (Grão-ducado de Baden)/Alemanha, filho de Friedrich Heidegger (7 de agosto de 1852 – 2 de maio de 1924), zelador de objetos sacros e sacristão em Messkirch e de Johanna Heidegger, nascida em Kempf (21 de março de 1858 – 3 de maio de 1927). Sua morte ocorreu em 26 de maio de 1976, sendo enterrado em Messkirch no dia 28 de maio de 1976.

³¹⁹ REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da filosofia: do romantismo até nossos dias.** v.3. São Paulo: Paulinas, 1991, p. 626/628. O autor relata que: “*Aluno de Heidegger, Hans-Georg Gadamer (nascido em 1900), professor em Lípsia, depois em Francoforte e, por fim, em Heidelberg, refinado e agudo intérprete, sobretudo da filosofia antiga, mas também de Hegel e dos historicistas, publicou em 1960, uma obra hoje considerada clássica para a teoria da*

Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito, de Lenio Luiz Streck.

A forma de se pensar metafisicamente já não é e nem se apresenta como a ideal³²⁰, uma vez que não se pode admitir ser a linguagem uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, mas sim que esta ocupa um espaço que é o de ser a condição de possibilidade para ambos, no entanto, a linguagem, no pensamento metafísico esteve relegada ao esquecimento e, por alguns ainda hoje continua sendo vista desta forma; os defensores de uma dogmática nos moldes da hermenêutica clássica não vêem a linguagem como aquela que possibilita a manifestação do “Dasein”.

Da mesma maneira, também houve modificação quanto à forma de se conceber a interpretação, hodiernamente é inconcebível aceitar-se que haja sua ocorrência em três momentos distintos como quer a hermenêutica clássica, ou seja, como se fosse uma estrutura tripartite, onde, primeiro se compreende, para depois interpretar e finalmente aplicar, mas sim, a interpretação se dá no momento em que há a aplicação, sob uma concepção a partir da hermenêutica filosófica, que através de seus pressupostos superou essa maneira de interpretar que já não atende aos anseios da modernidade³²¹.

hermenêutica, Verdade e método, onde tanto as questões técnicas como as perspectivas filosóficas da hermenêutica fundem-se em um todo coerente”.

³²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. p. 197. Nota 104. A respeito dessa mudança, veja-se: “A partir da viragem lingüística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinngebung*). É nesse sentido que Hans-Georg Gadamer vai dizer que o caráter da interpretação é sempre produtivo. Esse aporte produtivo forma parte inexoravelmente do sentido da compreensão. É impossível ao intérprete se colocar em lugar do outro. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*horizontverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos”.

³²¹ Entenda-se por “anseios da modernidade”, a gama de súplicas que se encontram implícitas na falibilidade presente nas várias instituições públicas; dentre outras solicitações, a superação da tradição metafísica com relação aos textos legais, no sentido de possibilitar, dentro de uma experiência de mundo, uma compreensão que torne possível a “pro-dução”, e não meramente a re-pro-dução dos textos legais, a partir do reconhecimento de uma estrutura prévia de sentido, que se manifesta através da linguagem.

Portanto, a interpretação passa a ter um caráter produtivo e não de reprodução, ou seja, o intérprete não é aquele que repete o texto, mas produz outro texto no momento em que interpreta, porque o seu “ser” encontra-se naquilo que produziu a partir do texto de origem.

Para se interpretar necessita compreender, mas para que haja compreensão é necessário que já exista uma pré-compreensão, que somente ocorre da concepção de ser mundo, de ser em, de estar inserido em um determinado contexto, ou seja, é necessário se conhecer a linguagem, uma vez que a compreensão só se dá com e pela linguagem³²².

No entanto, o pensamento não caminhou sempre nesse sentido. A partir da fenomenologia de Edmund Husserl³²³, passou-se a conceber a filosofia como análise da consciência na sua intencionalidade, pois a consciência é intencionalidade, uma vez que sempre se tem consciência de alguma coisa, de algo, ou seja, a maneira como alguma coisa pode ser um dado para a consciência, para o sentido, para o pensado, para o percebido.

A fenomenologia pura não é uma ciência de fatos, mas sim, uma ciência *eidética*³²⁴ que pressupõe a essência dos atos através dos quais a

³²² GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit., p. 687. Nota 308. Com relação à linguagem: “O ser que pode ser compreendido é linguagem. O fenômeno hermenêutico devolve aqui a sua própria universalidade à constituição ôntica do compreendido, quando a determina, num sentido universal, como linguagem, e determina sua própria referência ao ente, como interpretação. ... O que se pode compreender é linguagem. Isso quer dizer: É tal que se apresenta por si mesmo à compreensão. A estrutura especulativa da linguagem se confirma também desse ângulo. Vir-à-fala não quer dizer adquirir uma segunda existência. Aquilo como o que algo se apresenta a si mesmo, faz parte de seu próprio ser. Portanto, em tudo aquilo que é linguagem, está em questão uma unidade especulativa, uma diferenciação em si mesmo: ser e representar-se – uma diferenciação que, no entanto, tem de ser ao mesmo tempo uma indiferenciação. ... Pois a relação humana com o mundo é lingüística e portanto compreensível em geral e por princípio. Nesse sentido, a hermenêutica é, como vimos, um aspecto universal de filosofia e não somente a base metodológica das chamadas ciências do espírito.

³²³ ABBAGNANO, Nicola. Tradução: Conceição Jardim, Eduardo Lúcio e Nuno Valadas. **História da filosofia**. 12.v. Lisboa: Editorial Presença, 2001, p. 11. *Edmund Husserl nasceu em Prossnitz (Moravia) a 8 de abril de 1859 e morreu em Friburgo de Brisgóvia a 26 de abril de 1938. Ensinou filosofia na Universidade de Gotinga e depois na de Friburgo até 1929”.*

³²⁴ LALANDE, André. Tradução: Fátima Sá Correia. Maria Emília V. Aguiar. José Eduardo Torres. Maria Gorete de Souza. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. 3.ed. São Paulo: Martins

consciência refere-se à realidade. Para tanto, deve haver a suspensão total do juízo (*epoché*).

Mas, ao falar-se de consciência, há a referência à consciência de alguma coisa, ou seja, a consciência é relacionada aos seus objetos, ao modo como estes se apresentam a ela. Essa maneira de como a consciência percebe os objetos e como estes se dão a ela, se caracteriza como um juízo predicativo, que também é chamado “juízo apofântico”.

Ao referir-se à consciência, há o remetimento ao pensamento. Por sua vez o pensamento não é o pensamento de nada, mas sim é o pensamento de alguma coisa, sobre alguma coisa, presente a um objeto em geral, mesmo que esse objeto seja um objeto imaginário; essa correlação existente entre o ato de pensar e o objeto/coisa pensada determina o “ente”. Embora a fenomenologia tenha contribuído para a formação do pensamento filosófico, este não ficou estático, posto que não basta somente a essência do homem, mas sim localizá-lo como um ser estar no mundo.

Esse caráter apofântico é justamente a possibilidade de revelação do ser, que se dá com a pré-compreensão das coisas, ou seja, há um caráter intencional na consciência, tendo sido este fato que possibilitou a viragem radical, ocorrida a partir de Heidegger, pois, esse filósofo buscou estabelecer a diferença ontológica superando a metafísica³²⁵, demonstrando através de seu pensamento

Fontes, 1999, p. 292/293. Eidética: termo criado em 1920 por E.R. Jaensch (de Marburgo) para designar uma disposição (*eidetische Anlage*) para ver facilmente coisas imaginárias, em particular recordações recentes, de tal forma que elas se projetam no exterior, à maneira de uma imagem consecutiva. Jaensch chama a estas imagens especiais *Anschauungsbilder*, que se pode traduzir por “imagens eidéticas”. ... Husserl chama eidética àquilo que concerne às essências das coisas e não à sua existência ou à sua presença. A “redução eidética” é para ele a substituição da consideração da experiência, no sentido comum, por essa consideração das essências. Ele chama *eidetische* ou *Wesen-Wissenschaften* às ciências que têm por objeto considerar as relações entre formas ideais, como o fazem a lógica ou a geometria.

³²⁵ STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 67/68. “Não entificar o ser, identificando-o com o ente ou um ente, significa, para Heidegger, superar a metafísica. ... Só se é capaz de não confundir o ser com algum ente, quando ele é pensado a partir da compreensão do ser. É para isso que o homem é *Da-sein*. Sendo

que a metafísica³²⁶ havia se esquecido do ser, não pensando o ser chamou este fato de hermenêutica da faticidade. A faticidade referida por Heidegger tem a conotação de ser o nome dado ao caráter do ser, de seu existir próprio, pois ser é viver de fato, é existir.

Essa viragem foi possível com a demonstração de Heidegger de que a ontologia tradicional (metafísica) era insuficiente para explicar o ser, embora fizesse referência a ele, acabava por esquecê-lo, tratando o ser como “objeto”, excluindo o “dasein” (ser), que como substantivo significa vida, a existência humana (modo de ser), mas como verbo pode ser traduzido por existir, por estar aqui.

No entanto, Heidegger menciona que “o ser é sempre o ser de um ente”³²⁷, porque o ser sempre se manifesta através e por um ente, o ente como ente é inacessível, daí decorre a diferença entre ôntico e ontológico³²⁸, pois a

essa expressão o constructo para definir, primeiramente, a transcendentalidade e, depois, o acontecer da história do ser. Na relação entre ser e ente se estabelece, assim, não apenas uma diferença, mas uma diferença absoluta (que não provém do ente). É essa diferença que aparece em Heidegger como o núcleo de sua fenomenologia e nela se decide a possibilidade do surgimento do significado e sua relação com o objeto”.

³²⁶ INWOOD, Michael. Tradução: Luísa Buarque de Holanda. **Dicionário Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 111. Segundo consta: “‘Metafísica’ vem de uma expressão grega que significa ‘as coisas depois [meta] da física’, atribuída pelos editores de Aristóteles à obra em que trata da ‘primeira filosofia’. A primeira filosofia deveria estudar: 1. os aspectos comuns a todos entes [ta onta] (tal como o fato de que nenhum ente pode ser e não ser ao mesmo tempo) e 2. a natureza do ser primordial ou mais elevado, Deus ou o motor imóvel. Dentre as razões de Aristóteles para localizar Deus na primeira filosofia estão o fato de que Deus não se move ou muda, não sendo, assim, objeto da física, e o fato de que a reflexão acerca do ser mais elevado ilumina todo o resto. Heidegger considera a metafísica como equivalente à ‘ontologia’ (XXIX, 73; NII, 209/niv, 154s). Mas devido à sua associação com Deus, que persiste desde Aristóteles até Hegel, ele freqüentemente a designa de ‘ontoteologia’ (XXXII, 140ss; NII, 321, 348/niii, 241, niv, 210; EWM, 373 s/275f; ID, 50ss/54ss)”.

³²⁷ HEIDEGGER, Martin. Op. Cit, p. 35. Nota 171.

³²⁸ HEIDEGGER, Martin. Tradução: Irene Borges-Duarte e outros. **Caminhos da floresta**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 206. “Ontológico significa realizar a reunião do ente com a sua entidade. Ontológica é aquela essência que, em conformidade com a sua natureza, se encontra nesta história, na medida em que a suporta sempre em conformidade com o não-estar-encoberto do ente. Podemos dizer, por conseguinte, que a consciência, no seu representar imediato do ente, é a consciência ôntica. Para ela, o ente é o objecto. Mas, o representar do objecto representa, embora por-pensar, o objecto enquanto objecto. Ela [consciência] já reuniu o objecto na sua objectualidade e é, por isso, consciência ontológica. Porém, porque não pensa a objectualidade enquanto tal, embora já a represente, a consciência natural é e não é ontológica. Dizemos que a consciência ôntica é pré-ontológica. Enquanto tal, a

compreensão ôntica seria a existência do homem (dasein) e a compreensão ontológica³²⁹ seria do próprio existir (porque é ôntico, porque pré-compreende). Assim, para ele a hermenêutica consiste em levar o ser do ente a manifestar-se como fenômeno³³⁰, sendo a ontologia fundamental a interrogação teórica pelo sentido do ser³³¹.

consciência natural, ôntico-pré-ontológica, é de modo latente a diferenciação entre o verdadeiro ôntico e a verdade ontológica. É porque ser-consciente significa ser esta diferenciação, que a consciência é, a partir de sua natureza, a aferição entre o representado onticamente e o representado ontologicamente. Enquanto aferição, é no pôr-à-prova. Em si mesma, o seu representar é um submeter-se-à-prova natural”.

³²⁹ MAIA, Alexandre da. **Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 33/34. “A metafísica ontológica busca a idéia de uma análise última no ser em si, o que, para muitos filósofos, daria a impressão de que estabelecer uma série de objetos de análise por parte de um sujeito configuraria uma ontologia. Todavia, em um viés mais amplo, a ontologia seria uma forma de manifestar os fundamentos do ser, ou seja, algo que nenhuma ciência pode deixar de ter. Logo, inclui-se aí a idéia de essência do ser, que seria fundamental a toda e qualquer forma de conhecer, havendo, então, uma equivalência entre as idéias de metafísica e de ontologia. Todavia, há o reconhecimento de que existem modos particulares de ser, muito embora tais formas localizadas sejam uma consequência dos meios metafísico-ontológico mais gerais. O direito possuiria, por seu turno, sua própria ontologia, desde que baseada em princípios mais gerais que serviriam não apenas a ele, mas a todas as formas de ser e conhecer. Existe, pois, para essa forma peculiar de pensamento, uma ‘necessidade do ser’. E, por existir tal necessidade, a idéia de essência seria própria da metafísica. A questão que poderia ser debatida deveria, então, girar em torno da possibilidade ou não de haver mais de um significado à idéia de essência. Todavia, vale ressaltar que tal idéia de essência, mesmo que com um sentido único, não dá à ciência um caráter sublime, como havia na metafísica religiosa; trata-se, apenas, de se estabelecer a explicação das próprias coisas existentes”.

³³⁰ STRECK, Lênio Luiz. Op.Cit. p. 177. Nota 104. “...em Heidegger, hermenêutica é levar o ser do ente a se manifestar como fenômeno (phainomenon = o que se manifesta), sendo a ontologia (fundamental) a interrogação explícita e teórica pelo sentido do ser. A ontologia só é possível, aqui, como fenomenologia, que terá como temática o ser dos entes, o sentido dos entes. Não mais, pois, a ontologia clássica, isto porque enquanto a metafísica é uma fatalidade porque suspende as coisas humanas no interior do ente, sem que o ser do ente possa ser jamais conhecido, a ontologia (fundamental) vai se preocupar com o ser. Não mais o ente enquanto ente, mais, sim, o ser (e o sentido) do ente, uma vez que o ser sempre se manifesta nos entes. Só há ser no ente. A metafísica sempre pensou o ente, mas nunca pensou o ser que possibilita o ente... para Heidegger, compreender não é um modo de conhecer, mas é um modo de ser, isto porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão (o homem já sempre compreende o ser)!”

³³¹ HEIDEGGER, Martin. Versión: Jaime Aspiunza. **Ontología: hermenéutica de la facticidad**. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 18. Menciona o autor: “Según el uso lingüístico actual ‘ontología’ equivale a teoría Del objeto, em principio, de carácter formal; en ese aspecto viene a coincidir con la ontología antigua (‘metafísica’). La ontología moderna no es, sin embargo, una disciplina aislada, sino que mantiene um peculiar engarce com aquello que se entiende por fenomenología em sentido estricto. Solo con la fenomenología surge um concepto apto para la investigación. Ontología de la naturaleza, ontología de la cultura, ontologías materiales: tales son las disciplinas en las que se pone de relieve, en función de su carácter temático-categorial, el contenido de objeto de esas regiones. Lo que así se logra sirve de hilo conductor en el problema de la constitución, las condiciones de la génesis y la estructura de la conciencia de objetos de uno u otro género. Pero es a la inversa: solo desde la fenomenología puede levantarse la ontología correspondiente sobre una

Para Heidegger, no entanto, o fato de não entificar o ser, tratando-o como ente significa ultrapassar a metafísica³³², passa-se a compreender que não há como confundir ser com algum ente, ao contrário do que ocorreu com a metafísica.

Tal diferenciação é de extrema importância para o presente trabalho, uma vez que como já referido este busca apontar quais seriam os fundamentos constitucionais da bioética, indagando a possibilidade de realmente o representante do órgão julgante estar preparado para o enfrentamento das questões que envolvem a bioética.

Essas questões levantam os mais variados questionamentos que são decorrentes dos avanços galopantes, da ciência e tecnologia³³³, fazendo com que haja na valoração dos mesmos o esquecimento de se “guardar o incontornável como inacessível”, na imposição da adoção de regras, princípios ou de valores determinantes³³⁴, através do apontamento de qual seria a solução mais adequada

base firme y mantenerse em un camino adecuado. Al mirar a la conciencia de... lo que también se ve, lo que sólo de esa manera se ve es aquello-de-lo-cual, es decir, el carácter de objeto de un ente en cuanto tal. Y de eso es de lo que se trata em las ontologías, de los caracteres de objeto de la región del ser correspondiente. Justamente no del ser en cuanto tal, esto es, sin objeto. La fenomenología en sentido estricto es fenomenología de la constitución. La fenomenología en sentido amplio incluye también la ontología.”

³³² STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 71/72. O autor explica que: “...na interpretação de Heidegger, a metafísica, enquanto busca o fundamento, percorre várias épocas da história ocidental, caindo sempre na armadilha inevitável de pensar o ser através de um ente determinante. Heidegger chamará isso de entificação do ser, que tem como consequência o encobrimento deste, tornando-se a metafísica a história do esquecimento do ser”.

³³³ SEGRE, Marco. (org.). **A questão ética e a saúde humana**. São Paulo: Atheneu, 2006, 251p.

³³⁴ BLANC, Mafalda de Faria. **Estudos sobre o ser**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p.19. Com relação à ontologia e as ciências empíricas veja-se: “Toda a ciência parte de conceitos fundamentais, que articulam a compreensão prévia de região ôntica, sobre a qual vai incidir a sua investigação empírica. Ora, na experiência pré-científica está já presente uma compreensão dos domínios do ser e das diversas regiões, em que eles se subdividem. É desta compreensão já veiculada pela atitude pré-científica, que a investigação científica extrai os seus conceitos fundamentais (por exemplo: mundo, natureza, espaço, tempo, etc...), adaptando-os, a fim de servirem de guia para uma exploração objectiva das diversas regiões ônticas. Significa isto que os conceitos fundamentais da ciência não possuem uma evidência intrínseca, visto que foram obtidos de uma compreensão do ente dado, que ela mesma não foi objecto de elucidação. Ora, se dos conceitos primários de uma ciência depende o alcance do conhecimento por ela fornecido, então a garantia do seu real progresso só pode ser obtida através da elucidação e conseqüente legitimação dos seus conceitos fundamentais. Mas isto é já tarefa da ontologia, mais propriamente

ao caso que se apresenta concretamente, como se isso fosse possível, como uma “operação aritmética” com resultado determinado, não significando de maneira alguma a negação de que inexista uma resposta correta, somente não se pode admitir haja a padronização.

O domínio da técnica, a objetificação das ciências que as leva à especialização e o pensamento dogmático que as acompanham, faz com que haja a entificação do ser encobrendo-se a diferença, fazendo que o ser apareça como nada; como explica Ernildo Stein:

“...a especialização, enquanto limite, surge da limitação que a ciência sofre em ter que aceitar o *incontornável como o inacessível* que é a diferença ontológica – ‘que já no ente é pensado e dito o ser’. Aprender a guardar (proteger) essa diferença é o que preserva a ciência da total objetificação, o que somente resulta da destruição, desconstrução e superação da metafísica, que entificou o ser e assim encobriu a diferença, sobretudo na modernidade. Por isso, mostrar os limites da objetificação das ciências – significa, para Heidegger, ‘superação da metafísica moderna e isto significa, ao mesmo tempo, superação da metafísica ocidental. Superação, porém, significa aqui o questionar originário da pergunta pelo sentido, isto é, pelo âmbito do projeto e com isso, pela verdade do ser, questão que, ao

das ontologias regionais, que devem proceder ao levantamento das estruturas fundamentais do ser dos entes estudados pela ciência e, com base nelas, à formação dos conceitos primários correspondentes, que determinam o sentido essencial dos respectivos domínios científicos. A investigação ontológica é como que o nível de direito, em que deve entroncar a investigação empírica. Como confirma Heidegger, ‘...ela é lógica produtiva, no sentido em que projecta um determinado domínio do ser, explora antes de mais nada a sua constituição de ser e oferece as estruturas assim obtidas às ciências positivas, enquanto indicações evidentes da interrogação’. Porque fornece, de per si, uma interpretação global do sentido do ser, seus modos e derivados, a ontologia é a única resposta adequada às questões, já referidas, do estatuto ontológico do discurso científico e da organização interna do ser do ente. A epistemologia, pelo contrário, na medida em que se propõe resolver aquelas questões a um nível meramente gnoseológico, só pode fornecer respostas aleatórias, já que necessariamente repousam numa decisão acerca do que em geral se entende por ser, que em si mesma carece de uma justificação adequada. ..., a ontologia não se reduz a uma elucidação do conhecimento científico. Teoria geral da experiência, ela é mais profundamente a experiência integral que o espírito faz de si mesmo e, nessa medida, não tanto ciência entre as ciências como gnose total.”

mesmo tempo, se desvela como a pergunta pelo ser da verdade'. *Guardar o incontornável como inacessível*, somente pode tornar-se a 'experiência da essencial limitação das ciências', através da superação da metafísica."³³⁵

O pensamento dogmático do Direito evidencia-se pelo esquecimento da diferença ontológica, na qual o ser é sempre o ser de um ente, ou seja, se realmente for encontrado um denominado "fundamento", seja ele axiológico ou jurídico, este assim o será para o ser que o declarar como tal. Tanto é assim, que com relação à adoção de valores, enquanto objetos da experiência fenomenológica, estes não constituem nem bens nem fins; bem é a coisa que incorpora um valor; o fim é o termo de uma aspiração e de uma tendência que tanto pode ter valor como não ter, ou seja, vai depender do ser, através de sua "experiência emotiva"³³⁶.

Ao contrário, o pensamento dogmático do Direito, conceituando tudo o que há no mundo jurídico, visa estabelecê-lo através de normas e princípios, atendo tão somente aos entes e esquecendo-se dos seres, sendo superficial, uma vez que puramente ôntico. Através do pensamento de Heidegger, esse conceito vai modificar-se colocando em evidência o ser, pois, as normas, os princípios são feitos para alguém, para algo, ligando o ente ao seu ser no mundo e, portanto, não se podendo utilizar tais princípios ou fundamentos como se fossem verdades prontas, absolutas e acabadas, da maneira como até hoje tem sido utilizado.

Mas, Martin Heidegger não estagnou seu pensamento somente na apreciação da viragem ontológica, mas também em comprovar como é que ela ocorre, como é que pode ser comprovada, no modo como a mesma ocorre, e para tanto, mostrou que há necessidade de desvelar-se o ser para que haja a revelação do ente, como enfatiza Lenio Luiz Streck:

³³⁵ STEIN, Ernildo. Op. Cit., p.97. Nota 325.

³³⁶ ABBAGNANO, Nicola. Op. Cit., p.35. Nota 254.

“À evidência, a tarefa hermenêutica da Nova Crítica do Direito – de des-ocultamento do que tem-sido-velado pelo pensamento dogmático – pressupõe a possibilidade de (re) significá-lo, de dizê-lo. ...É aí que a Nova Crítica do Direito que aqui proponho, calcada na filosofia hermenêutica, pretende construir condições (caminhos) para o-abrir-da-clareira: é por ela que será possível levar o ser desse ente a se manifestar como fenômeno, sendo o *Dasein* o ser do ente que compreende esse ser, e onde o aí (*Da*) é o lugar em que o ser (*Sein*) se mostra, mas ao mesmo tempo tende (inexoravelmente) a ocultar-se, o que nos deve levar ao (inquietante) trabalho de desocultá-lo”³³⁷.

Esse trabalho de desocultamento consiste em alcançar-se uma compreensão ontológico-existencial, na qual então será possível verificar que não é possível a aplicabilidade da “bioética”, como propõe a doutrina clássica com relação a diversos outros institutos.

A bioética, não deve ser pensada da maneira como usualmente tem sido abordada, ou seja, não se deve esquecer que o juiz, ou qualquer outro profissional da área jurídica ao admiti-la está esquecendo-se de que ela sempre vai estar eivada com a pré-compreensão que a gerou, para que se possa entender o que isto significa, basta fazer-se uma analogia tomando-se por base o exemplo dado por Heidegger com relação aos sapatos de camponês³³⁸.

³³⁷ STRECK, Lênio Luiz. Op.Cit. p. 284. Nota 104.

³³⁸ HEIDEGGER, Martin. **A origem da obra de arte**. Lisboa: Edições 70, 1977, p.24/26. “...um par de sapatos de camponês. Para a sua descrição, não é preciso ter à frente autênticas peças deste tipo de apetrechos de uso. Toda a gente os conhece. Mas como se trata de uma descrição directa, talvez seja bom facilitar a presentificação intuitiva (*Veranschaulichung*). Para fornecer esta ajuda, basta uma representação pictórica. Para tanto escolhemos uma conhecida pintura de Van Gogh, que pintou várias vezes calçado deste gênero. Mas o que é que há aí de especial para ver ? Toda a gente sabe o que faz parte de um sapato. Se não são socos ou chanatos, há uma sola de couro e o cabedal que cobre, ajustados um ao outro por costuras e pregos. Um apetrecho deste tipo serve para calçar os pés. Consoante a serventia, se para o trabalho no campo, ou para dançar, assim diferem a matéria e forma. ... A camponesa no campo traz os sapatos. Só aqui eles são o que são. E tanto mais autenticamente o são, quanto a camponesa durante a lida pensa neles, ou olha para eles ou até mesmo os sente. Ela está de pé e anda com eles. Eis como os sapatos servem realmente. Neste processo de uso do apetrecho, o carácter instrumental de apetrecho deve realmente vir ao nosso encontro. Enquanto, pelo contrário, tivermos presente um par de

Portanto, mesmo que não haja a percepção quando da análise de um caso concreto de que se suponha tenha lançado mão da utilização dos “princípios da bioética” ou dos “princípios amparados constitucionalmente”, não se pode afirmar que realmente esta tenha ocorrido, pois o juiz não pode através deste mecanismo captar a “essência” das coisas, apreendendo seu significado racionalmente e depois torná-la pública e passível de conhecimento através da utilização da linguagem, por meio da prolação de uma sentença judicial, na qual manifesta a sua consciência acerca dos fatos apresentados.

Pelo contrário, o detentor do poder jurisdicional quando de sua atuação frente a uma questão bioética, que atinge a concretização com a aplicação da lei ao caso apresentado, sempre manifesta o seu ser-aí, através da linguagem que restará implícita, desocultada nas sentenças e decisões judiciais proferidas.

sapatos apenas em geral, ou olharmos no quadro os sapatos vazios e não usados que estão meramente aí, jamais apreenderemos o que é, na verdade, o carácter instrumental do apetrecho. A partir da pintura de Van Gogh não podemos sequer estabelecer onde se encontram estes sapatos. Em torno deste par de sapatos de camponês, não há nada em que se integrem, a que possam pertencer, só um espaço indefinido. Nem sequer a eles estão presos torrões de terra, ou do caminho do campo, algo que pudesse denunciar a sua utilização. Um par de sapatos de camponês e nada mais. E todavia... Na escura abertura do interior gasto dos sapatos, fita-nos a dificuldade e o cansaço dos passos do trabalhador. Na gravidade rude e sólida dos sapatos está retida a tenacidade do lento caminhar pelos sulcos que se estendem até longe, sempre iguais, pelo campo, sobre o qual sopra um vento agreste. No couro, está a humildade e a fertilidade do solo. Sob as solas, insinua-se a solidão do caminho do campo, pela noite que cai. No apetrecho para calçar impera o apelo calado da terra, a sua muda oferta do trigo que amadurece e a sua inexplicável recusa na desolada improdutividade do campo do inverno. Por este apetrecho passa o calado temor pela segurança do pão, a silenciosa alegria de vencer uma vez mais a miséria, a angústia do nascimento iminente e o tremor ante a ameaça da morte. Este apetrecho pertence à terra e está abrigado no mundo da camponesa. É a partir desta abrigada pertença que o próprio produto surge para o seu repousar-em-si-mesmo. Mas tudo isto o vemos possivelmente no apetrecho para calçar que está no quadro. Pelo contrário, a camponesa, traz pura e simplesmente os sapatos. Como se este simples trazer fosse assim tão simples. De cada vez que, já noite alta, a camponesa, com um cansaço forte, mas saudável, tira os sapatos e, de cada vez que, de madrugada, ainda escura, volta a lançar mão deles, ou de cada vez que, em dia de festa, passa por eles, tudo isto ela sabe sem considerar e observar”.

2.2 – O tempo, os valores e a sua adoção pela sociedade

A questão da temporalidade é extremamente importante com relação aos valores e sua adoção pelo grupo, porque estes variam de acordo com o momento histórico vivenciado por uma sociedade³³⁹. Portanto, não há que se confundir valor com axiologia³⁴⁰, sendo esta, a disciplina que estuda os valores.

Desde os primórdios, pode-se afirmar que já havia a preocupação com a questão da beleza, da justiça, do bem, da santidade, dentre outros valores que

³³⁹ CASTORIADIS, Cornelius. Tradução: Guy Reynaud. **A instituição imaginária da sociedade**. 5.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 222/223. A respeito da instituição do tempo veja-se: *“Toda sociedade existe instituindo o mundo como seu mundo, ou seu mundo como o mundo, e instituindo-se como parte deste mundo. Desta instituição, do mundo e da sociedade, pela sociedade, a instituição do tempo é sempre componente essencial. ...O homem sensato sacode os ombros diante dessas argúcias filosóficas: existe tempo, os homens se vêem crescer, mudar, morrer, observam o sol e as estrelas que se levantam e se põem, etc. ..., sabemos cada vez mais o que é o tempo. Como sempre, o homem sensato refere-se à ciência tanto mais facilmente quanto mais a ignora. Seria preciso levá-lo – o que geralmente ele não aceita – a entrar em contato com o físico contemporâneo, que lhe dirá que ele, pelo menos, não sabe o que é o tempo, se é verdadeiramente distinto de espaço e como o é, se é infinito ou finito, aberto ou cíclico, corresponde a algo de separável do observador ou somente a uma maneira obrigatória para este de examinar uma multiplicidade.”*

³⁴⁰ ABBAGNANO, Nicola. Op. Cit., p. 101. Nota 254. *“Axiologia. A ‘teoria dos valores’ já fora, há alguns decênios, reconhecida como parte importante da filosofia ou mesmo como a totalidade da filosofia pela chamada ‘filosofia dos valores’ e por tendências congêneres quando, no início de nosso século, a expressão ‘axiologia’ começou a ser empregada em seu lugar.”*

passaram a existir por si mesmos e com a capacidade humana de pensar sobre coisas/objetos.

No entanto, quanto à atribuição de qualidade ou não, de valor ou desvalor³⁴¹ a uma coisa/objeto, devem ser respeitadas as limitações existentes quanto ao grau de cultura e momento histórico vivenciado pelo observador³⁴² que atribuía seu juízo de valor sobre o objeto; como exemplo do que está sendo referido, cabe citar a questão da valoração feita por Platão com relação à “arte”, pois para este, ela não significava nada, a não ser fator de depreciação das coisas naturais e a demonstração de pequenez humana retratada pelo apego às coisas passageiras/efêmeras³⁴³, demonstrando o descaso com relação a elas pela superfluidade que representavam para ele.

³⁴¹ FRONDIZI, Risieri. **Que son los valores?** 17.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 19/21. “*Una característica fundamental de los valores es la polaridad. Mientras que las cosas son lo que son, los valores se presentan desdoblados en un valor positivo y el correspondiente valor negativo. Así, a la belleza se le opone la fealdad; lo malo, a lo bueno; lo injusto, a lo justo, etcétera. No se crea que el desvalor, o valor negativo, implica la mera ausencia del valor positivo: el valor negativo existe por sí mismo y no por consecuencia del valor positivo. La ‘fealdad’ tiene tanta presencia efectiva como la ‘belleza’; nos encontramos con ella a cada rato. Lo mismo puede decirse de los demás valores negativos como la injusticia, lo desagradable, la deslealtad, etcétera. Se ha dicho muchas veces que la polaridad implica la ruptura de la indiferencia. Frente a los objetos del mundo físico podemos ser indiferentes. Em cambio, tan pronto se incorpora a ellos un valor, la indiferencia no es posible; nuestra reacción – y el valor correspondiente – serán positivos o negativos, de aproximación o rechazo. No hay obra de arte que sea neutra, ni persona que se mantenga indiferente al escuchar una sinfonía, leer un poema o ver un cuadro.*”

³⁴² WHITROW. G.J. Tradução: Maria Ignez Duque Estrada. **O que é tempo?: uma visão clássica sobre a natureza do tempo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 49. Quanto à influência da cultura e a maturidade do humano na noção individual de tempo pode ser observado que: “*A vida emocional também influencia nossa experiência de tempo. As diferenças temperamentais entre aqueles que se comunicam rápido ou agem conforme seus pensamentos e aqueles que só agem, depois de muito atraso e instigação, podem ser vistas como variações da experiência de tempo. Isso torna-se claro ao compararmos o conceito de tempo de adultos normais, criados nas tradições da civilização ocidental, com as diferentes idéias de tempo de pessoas de outras culturas. Hoje tendemos a considerar instintivo e inevitável o reconhecimento da natureza linear progressiva do tempo. Não há dúvida de que essa idéia é influenciada pelo fato de o processo de pensamento ter a forma de uma seqüência linear. No entanto, a capacidade de sintetizar, em uma ordem de tempo única, unidimensional, as experiências associadas aos diferentes sentidos é um produto tardio e sofisticado da nossa evolução não só biológica como também social.*”

³⁴³ MAGEE, Bryan. Tradução: Marcos Bagno. **História da filosofia.** São Paulo: Loyola, 1999, p. 29/30. Com relação à hostilidade com que Platão tratava as artes, veja-se: “*Platão acreditava que para uma pessoa inteligente o objetivo final da vida devia ser romper a superfície das coisas e penetrar no nível da realidade subjacente. Isso, por sua vez, pode ser entendido como um tipo de misticismo intelectual, pois significa adquirir o domínio daquele mundo de idéias em que a alma já*

Por outro lado, em um outro momento histórico que se protraí até a atualidade, várias pessoas a valorizam e muito, cuidando inclusive para que não seja depreciada ou mesmo deteriorada pela ação do tempo, cuidando das mesmas, promovendo contínuas restaurações, depósitos em museus, inclusive, conferindo sobre algumas o título de “patrimônio da humanidade”.

A observância humana voltada para a instituição e fixação de valores determinou direitos na Declaração Universal de Direitos Humanos, - anteriormente referida -, e também se pode afirmar que a “bioética”, manifestada pelo “ser-aí”, não faz outra coisa senão valorar ou dar importância a “valores” para que possa servir de subsídios para a emissão posterior de decisões por quem tem o poder de exercer “jurisdição”.

No entanto, esse espaço garantido não é reservado para os “valores” em si, mas sim, para o “ser-aí”, que emitiu sua pré-compreensão, sua compreensão, sua interpretação acerca deles, sendo responsável por seu decidir dentro de uma época, manifestando-se através da aplicação no que se refere à “bioética” e as questões que por ventura são levantadas através dela³⁴⁴.

Mas em que pese à existência de valores, esses, como já mencionado anteriormente, sofrem influência do tempo quanto à sua valorização ou não pelos

existe e continuará a existir por toda a eternidade. Nesse sentido, assemelha-se a um ensaio para a morte – é exatamente isso que faz o filósofo, como diz Sócrates no Fédon. Para alcançar tal meta, é claro, o indivíduo precisa enxergar através das coisas efêmeras e decadentes que constituem o mundo dos sentidos, para libertar-se de seus atrativos e seduções. É essa necessidade que leva Platão a ser hostil às artes. Ele as vê como, por natureza, representacionais e donas de um apelo poderoso aos sentidos – e, é claro, quanto mais bela a arte, mais poderoso esse apelo. As obras de arte, a seu ver, são duplamente decepcionantes, pois são semelhanças ilusórias de coisas que são semelhanças ilusórias. As artes dão encanto às coisas fugidias deste mundo e estimulam nosso apego emocional a elas, desviando-nos assim de nossa vocação verdadeira, que é elevar-nos acima delas até a realidade atemporal e não-sensorial do além. São, portanto, um perigo para nossas almas. Numa sociedade ideal elas seriam proibidas.”

³⁴⁴ Op. Cit. (D’AGOSTINO) p. 45. Nota 15. A propósito dessa afirmação: “Essa é, aliás, a função do direito, entendido não como um sistema normativo extrínseco abstrato, mas como o natural aporte do coexistencialismo nas suas diferentes e possíveis cristalizações sociais. Como estrutura orientada tipicamente a defender ‘a capacidade de todo homem de ser sujeito (e não mero objeto) de relação’, o direito segue naturalmente as diversas articulações da práxis e opera para que permaneçam fiéis a si mesmas (esse é justamente o profundo sentido da mensagem jusnaturalista, que nos fala de uma normatividade que está insita em cada uma das dimensões próprias do real).”

seres humanos³⁴⁵, porque esses são independentes, estão presentes no mundo, porém, sua validade ou não, vai se dar numa determinada época a partir de um “ser-aí” que o enxergue como um “valor”; por essa razão Heidegger recusa toda e qualquer ontologia da avaliação e principalmente da ética do valor³⁴⁶.

O representante do Poder Jurisdicional não pode eximir-se de sua responsabilidade para com seu ato de julgar, meramente atribuindo-o a um “valor”. A moralidade de sua ação não deve estar restrita ao “valor”, mas sim, no fato de que “quis assim decidir”, extraindo do texto legal esse “valor” que é o seu fundamento “moral”.

³⁴⁵ OST, François. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 101/102. Com relação a essa “temporalidade corrente”, explica: “O «*presente omnitemporal*» é, pois, o tempo próprio para o raciocínio jurídico: trata-se, em cada caso, de sugerir a verdade permanente dos princípios evocados pondo estes ao abrigo das mudanças do contexto histórico. Objecto de uma ruminação argumentativa permanente, o texto jurídico é incessantemente trabalhado, apropriado, reapropriado, afastado, redescoberto, reduzido, alargado, transposto por gerações de autores. Sempre diferente, e contudo sempre parecido, poderíamos compará-lo a um «palimpsesto». Um «palimpsesto», explica Gérard Genette, «é um pergaminho em que se raspa a primeira inscrição para escrever uma nova que não a esconde totalmente, de forma que podemos ler nele, à transparência, o antigo sob o novo». O palimpsesto torna-se, pois, o modelo da «literatura em segundo grau»: aquela que reúne as «obras derivadas de obras anteriores por transformação ou imitação». Ora se tratará da presença de um texto «num» outro por via de citação, de referência ou de compilação (citações doutrinárias, referências aos precedentes...); noutros casos, um texto remeterá para o seu paratexto (minutas, esboços, preâmbulos..., em direito, temos por exemplo os trabalhos preparatórios da legislação que remetem eles próprios para uma série de autoridades); ora se tratará de um texto que remete para outro (metatexto) que propõe o seu estudo crítico (em direito, a doutrina é um gigantesco metatexto enxertado na jurisprudência e na legislação); finalmente, e em quase todos os casos, o texto jurídico derivará de um texto anterior por via de transformação, de imitação ou de individualização.”

³⁴⁶ INWOOD, Michael. Op. Cit., p. 194/195. Nota 326. O autor explica o posicionamento contrário de Heidegger com relação à filosofia-do-valor mencionando que: “No período de ST, Heidegger faz objeções à noção de Wert (valor) por três principais motivos: 1. A filosofia-do-valor considera a verdade como um ‘valor’ ao lado de outros valores. Isto só faz sentido se a verdade estiver confinada às proposições, primordialmente proposições teóricas. Se a verdade é desvelamento, nosso ser-no-mundo global, nós não podemos escolher perseguir a verdade ou sacrificá-la em nome de outros valores. A não ser que estejamos ‘na verdade’, nós não podemos escolher absolutamente nada. 2. Os neokantianos e Hartmann concordaram com Descartes em que os entes primários, e os entes com os quais primariamente entramos em contato, são coisas naturais, descritíveis em termos neutros-de-valor como ‘extensão’. Valores são sobrepostos a tais coisas de modo que se tornam ‘coisas-carregadas-de-valor’, tais como utensílios e obras de arte. ...3. Heidegger recusa toda ontologia da avaliação e, especialmente, a ‘ética do valor’. ...Uma ética da decência cotidiana está implícita na cotidianidade mediana. Em momentos cruciais, Dasein quer decisivamente além de, talvez contra, as exigências da decência cotidiana. Nem a ética cotidiana nem a filosofia podem nos dizer se ou quando devemos querer decisivamente, ou a que devemos querer: ‘Querer o que? Agora todos que realmente nada querem além de ter-que, próprio ao seu ser-aí’”.

No entanto, para que possa ser reconhecido esse “valor” inserido no texto, há a necessidade de que o intérprete tenha-o pré-compreendido, o que somente vai estar clarividente quando o seu “ser-aí” for manifestado na aplicação – quando restará, pois evidente que quis essa decisão específica que envolveu uma pré-compreensão acerca dos fatos, a partir da constatação da existência de uma consciência temporal real de que as coisas são instrumentos do “fazer-se do ser”, “pelo ser” e, por esta razão não se podendo meramente atribuir-se o mérito tão somente ao reconhecimento de um valor pré-determinado:

“Para Heidegger, a consciência é a revelação da existência (para Husserl, a consciência revela uma objetividade eidética, das essências). A existência do sujeito é existir-no-mundo. Daí sua fenomenologia ser denominada existencial. Segundo ele, a existência (no sentido de Kierkegaard) coincide com a temporalidade, e não existem categorias ou formas ou conceitos que não se resolvam na temporalidade. ...Heidegger entende que não existe o conceito de tempo, senão o tempo real, concreto; e o ser está no perene retorno-a-si mesmo.³⁴⁷”

Portanto, com relação ao tempo pode-se afirmar que esse somente existe por uma criação humana (personificação do tempo³⁴⁸), o tempo existe junto-

³⁴⁷ RIBEIRO JÚNIOR, João. **Introdução ao existencialismo**. Campinas: Edicamp, p. 46.

³⁴⁸ **ENCICLOPÉDIA DE CONHECIMENTOS**. Novo Tesouro da Juventude. V.VI. São Paulo: Opus, 1995, p. 93/94. Desde sempre se procurou personificar o tempo: “As divindades greco-romanas dividiam-se em quatro classes, que eram: os grandes deuses, os deuses menores, os semideuses ou heróis e as divindades alegóricas. Os grandes deuses eram em número de vinte, dos quais doze formavam o conselho celestial, que se compunha de igual número de deuses e deusas. Todos são mais conhecidos pelo nome latino, que é o que se vai usar em primeiro lugar, transcrevendo-se entre parênteses seus nomes gregos: Júpiter (Zeus), Netuno (Possêidon), Marte (Ares), Vulcano (Hefesto), Mercúrio (Hermes) e Apolo (Febo). As seis deusas eram: Vesta (Héstia), Juno (Hera), Vênus (Afrodite), Ceres (Deméter), Diana (Ártemis) e Minerva (Palas Atena). Os outros oito eram: o Céu (Urano), o Destino (Hados), Saturno (Cronos), Plutão (Hades), Baco (Dionísio), Cupido (Eros), Cibele (Réia) e Prosérpina (Perséfone). Os Deuses menores não assistiam ao conselho divino: eram, por exemplo, Pã, Flora, etc. Os semideuses ou heróis eram os que tinham por pai ou mãe alguma divindade ou que, por suas relevantes qualidades, tinham merecido a colocação no número dos deuses, como Perseu, Teseu, Hércules, Dédalo, Jasão, Orfeu, Órion, Meleagro, Cadmo, Édipo, etc. As divindades alegóricas eram constituídas pelas virtudes e pelos vícios divinizados: a Justiça, a Verdade, a Discórdia, a Piedade, a Paz, a Fé, o Silêncio, etc. Entre todos os deuses havia os que tinham poder no céu, na terra, no mar e nos

com o “ser-aí”³⁴⁹, por essa razão valores e tempo não se conflitam, não havendo o que temer, com relação ao divórcio que sempre é suscitado pela bioética entre a lei³⁵⁰ ou sua não existência frente a um “caso conflitante” possibilitado pelo avanço científico e tecnológico.

*infernos. Daí deriva a classificação de deuses celestiais, terrestres, marinhos e infernais. Os elementos que configuram o quadro mitológico greco-romano são os seguintes, e breves palavras: o mundo surgiu do Nada, ao qual sucedeu o Caos, que foi organizado por um Demiurgo, segundo Platão admite em uma de suas obras de filosofia. Caos é o princípio primordial e criador que continha em germe tudo o que havia de constituir o universo. Produziu o Érebo e a Noite, que geraram o Éter e o Dia. Imediatamente depois do Caos aparecem Géia e Eros. Géia (a Terra) é a mãe universal e nutrícia dos seres, e Eros é a força atrativa que leva em si os elementos para uní-los e combiná-los. Géia deu origem a Urano (o Céu) e logo se uniu a ele, de cuja união vieram os Titãs, seis de cada sexo. Estes eram: Oceanos (Oceano), Ceo, Crio, Hipérion, Jápeto e Cronos, que tinham por irmãs a Tétis, Téia, Têmis, Mnemósine, Febe e Réia. ...De acordo com Géia, Cronos (o Tempo) mutilou seu pai, cujo sangue, ao cair sobre a Terra, fez nascer os Gigantes e as Fúrias; o que caiu o mar deu nascimento a Afrodite (Vênus). Cronos sucedeu seu pai no trono e casou-se com Réia. Os frutos desta união eram devorados pelo pai, a quem Urano havia predito que seria destituído por um de seus filhos. **Esta alegoria quer significar que o tempo engole a seus filhos, isto é, o século engole os anos, os anos tragam os meses, os meses comem os dias, os dias, as horas..., que são seus próprios filhos.**” (grifo nosso). **DICIONÁRIO DE MITOLOGIA GRECO-ROMANA.** Editor: Victor Civita. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 166, SATURNO – “Nome latino de Cronos. Filho do Céu e da Terra, é o mais jovem dos Titãs. A pedido da Terra, mutilou o pai e ocupou seu lugar no trono do universo. Esposou a titânia Cibele e teve Vesta, Ceres, Juno, Plutão e Júpiter. Como um oráculo da Terra lhe tivesse predito que seria destronado por um de seus filhos, ele os devorava à medida que nasciam. Entretanto, quando Júpiter nasceu, Cibele escondeu-o e, em seu lugar, deu ao marido uma pedra, que ele devorou. Mais tarde, Júpiter ofereceu-lhe uma droga que o fez vomitar os filhos. Auxiliado pelos outros Titãs, Saturno combateu Júpiter, mas, ao fim de dez anos, foi destronado pelo filho e preso no Tártaro. De acordo com uma variante romana da lenda, expulso do Olimpo por Júpiter, Saturno seguiu para a Itália, sendo hospitaleiramente acolhido por Jano. Instalou-se no Capitólio, onde fundou a cidade de Saturnia. Prossequindo a tarefa civilizadora de Jano, ensinou aos homens o cultivo da vinha. De acordo com outras tradições, reinou na África, na Sílcia e em todo o ocidente mediterrâneo, durante a Idade do Ouro. Quando sobreveio a Idade do Bronze e os homens se tornaram maus, Saturno voltou para o Olimpo. A tradição órfica, apresenta-o reconciliado com Júpiter, habitando a ilha dos Bem-Aventurados. Em sua honra, realizavam-se, no fim de dezembro, as festas Saturnálias. Durante as celebrações invertiam-se as posições sociais: os escravos davam ordens aos senhores e estes o serviam à mesa. Saturno era representado munido de uma foice.”*

³⁴⁹ HESSE, Hermann. Tradução: Herbert Caro. **Sidarta.** 28.ed. São Paulo: Record, s.d., p. 115. Ao se referir ao tempo: “Convivia com Vasudeva em estreita amizade. Às vezes, ambos trocavam palavras, poucas palavras ponderadas com bastante antecedência. Vasudeva não gostava de falar muito e somente em raras ocasiões deixava-se induzir a uma conversa. – Dize-me se o rio também te comunicou o misterioso fato de que o tempo não existe? – perguntou-lhe Sidarta certa feita. O rosto de Vasudeva iluminou-se num vasto sorriso. – Sim, Sidarta. – respondeu. – Acho que te referes ao fato de que o rio se encontra ao mesmo tempo em toda a parte, na fonte tanto como na foz, nas cataratas e na balsa, nos estreitos, no mar e na serra, em toda a parte, ao mesmo tempo; de que para ele há apenas o presente, mas nenhuma sombra de passado nem de futuro. Não é isso que queres dizer? – Isso mesmo – tornou Sidarta. – E, quando me veio essa percepção, contemplei a minha vida, e ela também era um rio. O menino Sidarta não estava separado do homem Sidarta e do ancião Sidarta, a não ser por sombras, porém, nunca por realidades”.

³⁵⁰ FROSINI, Vittorio. **Derechos humanos y bioética.** Santa Fe de Bogotá/Colômbia: Temis S.A., 1997, p. 46/49.

No que diz respeito ao avanço tecnológico, este não pode ser confundido meramente com um simples conjunto de técnicas a serviço de alguns seres humanos, pois, a profundidade da própria palavra, remete a outro entendimento, como adverte Marcio Tavares d’Amaral:

“Caberia uma pequena pausa entre os dois núcleos da palavra: tecno-logia. A palavra é formada por dois radicais que, durante 2.500 anos, mais ou menos, quando andavam juntos – e sempre andaram juntos -, apresentaram-se num regime de subordinação. Uma coisa de grande dignidade é o logos, este que aparece na palavra tecno-logia em segundo lugar, no segmento ‘logia’. O logos é a força de reunião de tudo que se apresenta, que se põe numa presença, reunião tal que permite que se dê ao que se apresenta um nome e, no ato de nomeá-lo, se capture a sua essência. O logos era, no pensamento grego, que ainda vai sendo a nossa referência arqui-clássica, a própria sede da verdade. Ele e todas as suas ‘logias’ – antropologia, psicologia, ecologia, ou outra qualquer – sempre significaram o conhecimento verdadeiro: da psique, do *óikos* (quer dizer, da habitação humana), do homem, ou o que for. Logos é o lugar, é a força da verdade que se produz na possibilidade que a palavra precisamente expressa, de impedir a dispersão de tudo que se apresenta como múltiplo e variável, reunindo, trazendo para a presença e mantendo presente essa dispersão e, na presença, dizendo ‘é isto’. Dar um nome significa reter e conservar na linguagem essa dispersão dos muitos, da multidão dos diversos que nos cercam e que compõem o cosmo, o mundo, o real.³⁵¹”

Ainda fazendo menção à palavra “tecnologia”, continua:

“Outra coisa é a *techné*, a capacidade humana de, segundo um plano, produzir algo que não estava presente, ou seja,

³⁵¹ d’AMARAL, Marcio Tavares. (et.al.). **Tempo dos tempos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 18.

pôr na presença o que nela não estava anteriormente nem presente nem ausente, algo que não havia, que era preciso produzir, *producere*. Esse *ducere*, do qual veio duque, o *duce* do fascismo e o *aqueduto*, quer dizer *conduzir*. E *pro* significa trazer de outro lugar para cá. Conduzir, trazer para cá o que aqui não estava, portanto *criar*. A *techné* é o ato propriamente humano da criação de algo que, antes desse ato, não existia nem estava para existir.³⁵²

Mas ressalte-se que definir o que vem a ser tecnologia no momento presente é para que possa haver a seguinte análise: se *techné* é trazer a criação algo que não existia e nem estava para existir, e *logia* nos remete a força de reunião de tudo que se apresenta, não se tem mais um problema a ser enfrentado. Para o julgamento de um caso envolvendo a tecnologia, basta adotar-se a hermenêutica filosófica e não a interpretação jurídica como produto de um método.

Continuando o raciocínio podemos afirmar que a todo tempo nos deparamos com situações novas e o julgador também, situações estas que trazem como demanda serem “desolcultadas”, “clareadas”³⁵³; e não vistas com os olhos

³⁵² Ibid., p. 19.

³⁵³ FOLTZ, Bruce V. Tradução: Jorge Seixas e Sousa. **Habitar a terra: Heidegger – ética ambiental e a metafísica da natureza**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 119/120. A este respeito comenta: “...quando voltamos à noção da essência da tecnologia, surge um problema anterior. Se a essência ou modo-de-ser da tecnologia é o modo pelo qual perdura na desocultação, como pode este modo ser ocultado? Uma vez mais, interpõe-se o caráter misterioso da tecnologia. A essência da tecnologia – que não é «técnica» ou «mecânica» do mesmo modo que a essência da árvore é o verde – é demasiado próxima e penetrável para ser facilmente apreendida. De um modo que não é característico, Heidegger adquire a requerida distância através de uma comparação entre a tecnologia moderna e a *techné* dos gregos. Em «A Questão Acerca da Tecnologia», a sua interpretação da *techné* parte de uma consideração de *poiêsis* grega e começa com uma passagem do *Symposium* de Platão, que Heidegger traduz assim: «Cada ocasião {aitia} para qualquer coisa que passe e venha à presença {to on} daquilo que não é presencear {mê onton}, é *poiêsis*, é produção. Heidegger defende que *poiêsis* não significa meramente a produção (*Hervorbringen*) do artesão ou do artista; na sua total abrangência significa pro-dução (*Hervorbringen*) enquanto tal. Assim, *poiêsis* não é apenas o trabalhar de um cálice ou o esculpir de uma escultura; é também a emergência do trigo no campo, o levantar do sol e da lua no céu. Segundo o seu significado originário, *poiêsis* ou produção não excluía a *phusis*, a emergência espontânea de qualquer coisa; ao contrário, incluía-la como o seu sentido mais elevado e exemplar. Tal como a *phusis*, *techné* é também uma pro-dução, e aquilo que produz é precisamente aquilo que não se produz a si próprio ou – numa tradução convencional - «por natureza». Tanto *phusis* como *techné* são formas de *poiêsis*, produzir até à aparência. Mas enquanto «aquilo que chega à presença por meio da *phusis* {das phusei Anwesende} tem a origem {Aufbruch} da pro-dução, por exemplo, o

da metafísica que reduz o ente à simples presença tomando-o só na dimensão temporal do presente, sendo restritiva a valores e ao próprio tempo³⁵⁴.

A criação de técnicas inovadoras traduz a manifestação dos entes³⁵⁵, no entanto, por se tratar de algo que se apresenta como novo, há de ser desvelado para que possa vir à pré-sença, nesse sentido, fazendo referência aos problemas trazidos pela tecnologia e como estes podem ser resolvidos a partir do pensamento heideggeriano, Michael E. Zimmerman explica:

“Uma das maneiras mais importantes através das quais essa manifestação de si mesmos dos entes pode ocorrer é

rebentar {Aufbrechen} de um botão na flor, em si mesmo (en heautô) {...} aquilo que é produzido pelo artesão ou pelo artista, por exemplo o cálice de prata, tem a origem da produção não em si mesmo mas num outro (em allô), no artesão ou artista.”

³⁵⁴ GRACIÁN, Baltazar. Tradução: Pietro Nassetti. **A arte da prudência.** São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 32. Veja-se: “Os sujeitos de qualidades extraordinárias dependem do tempo em que vivemos. Nem todos tiveram a época que mereciam, e muitos que tiveram não souberam aproveitá-la. Alguns mereceram tempos melhores, pois nem tudo o que é bom triunfa sempre. Todas as coisas têm suas estações, até os valores estão sujeitos à moda. Mas o sábio tem uma vantagem: é eterno. Se este não é seu século, muitos outros serão.

³⁵⁵ FRANCK, Didier. Tradução: João Paz. **Heidegger e o problema do espaço.** Lisboa: Instituto Piaget, 1986, p. 22/24. Essa referência ao fato de que as criações técnicas inovadoras constituem manifestações dos “entes” podem ser melhor compreendidas: “O ser é o ser do ente e a totalidade do ente articula-se em domínios que se dão ao saber. Todo o conhecimento científico é por essência regional e pressupõe no seu fundamento uma determinação ontológica da região ôntica que explora. Mas as ontologias regionais da natureza ou da história, por exemplo, supõem, por seu lado, uma ontologia que versa sobre o ser em geral, verdadeiro foco da filosofia. A questão do ser é absolutamente primeira e «visa não apenas uma condição a priori da possibilidade das ciências que estudam o ente enquanto tal ou tal e se movem, deste modo, sempre já numa compreensão do ser, mas também a condição de possibilidade das próprias ontologias que precedem as ciências ônticas e as fundamentam. Qualquer ontologia, por mais rico e compacto que seja o sistema de categorias de que dispõe, permanece, no fundo, cega e contrária à sua intenção mais própria quando não elucida previamente e suficientemente o sentido de ser e não concebe essa elucidação como a sua tarefa. Esta prioridade ontológica da questão do ser é acompanhada por um primado ôntico. As ciências regionais constituem os comportamentos do Dasein em relação ao ente que ele não é. O que significa, desde logo, que essas ciências possuem o modo de ser do Dasein que se distingue pela existência, isto é, por ter uma relação de ser com o seu ser, por ser aquele para o qual, no seu ser, está em causa o seu próprio ser, em suma, pela compreensão e a abertura ao seu ser. «A compreensão do ser é ela própria uma determinação de ser do ‘Dasein’. A distinção ôntica do Dasein reside em o Dasein ser ontológico». O que significa, em seguida, que o Dasein apreende necessariamente o sentido de ser do ente que ele não é e com o qual se relaciona. «É por isso que a ontologia fundamental, da qual todas as outras não podem senão derivar, tem de ser procurada na analítica existencial do ‘Dasein’». A prerrogativa do Dasein, o direito de ser interrogado em primeiro lugar e antes de qualquer outro ente, resulta da função central que ocupa no desdobramento da questão do ser e fundamenta-se num triplo primado: ôntico – apenas ele existe -; ontológico – ao existir; ele compreende o ser -; ôntico-ontológico – é condição de possibilidade de todas as ontologias.”

por virtude de uma obra de arte, a forma mais elevada de techne. Techne é muitas vezes traduzida tanto como «arte» (no sentido de belas-artes), como «artesanato», mas Heidegger insiste em que a techne grega «nada tem a ver com o entendimento 'primitivo' do mundo que é o horizonte do trabalho manual especializado por ocasião ao nosso supostamente mais elevado horizonte físico-matemático». Além disso, para Heidegger, a obra de arte não pode ser entendida como emergindo do trabalho manual; pelo contrário, o trabalho manual e o equipamento podem atingir o respectivo poder ontologicamente desvelador apenas «dentro dos parâmetros» do mundo aberto pela obra de arte. O significado primário de techne é, portanto, «arte», definida enquanto capacidade para desvelar alguma coisa, para trazê-la à presença, para permitir que seja vista. Conseqüentemente, até a própria techne moderna ou «tecnologia» é um modo de desvelamento artístico, embora altamente constringido.³⁵⁶

Portanto, ao se fazer referência à tecnologia como um “modo de desvelamento” está havendo o reconhecimento de que para tanto, houve a manifestação dos entes presente na produção dessa tecnologia que se apresenta como nova e é manifestada através da “palavra/linguagem”, portanto, necessário tornou-se o seu “desocultamento”³⁵⁷, reconhecido a partir do momento em que na

³⁵⁶ ZIMMERMAN, Michael E. Tradução: João Sousa Ramos. **Confronto de Heidegger com a modernidade: tecnologia, política e arte.** Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 338/339.

³⁵⁷ Esse movimento constante de encobrimento e desencobrimento, de velamento e desvelamento, ocultação e desocultação tornou-se objeto de reflexão em: GADAMER, Hans-Georg. Traducción: Ana Águd y Rafael de Agapito. **Acotaciones hermenéuticas.** Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 251/252. *“Aquello que sale a la luz y se expone cuando el pensamiento se dirige a ello, y el lenguaje lo enuncia, es al mismo tiempo algo que queda resguardado en las palabras, y que tal vez permanece así en ellas, incluso cuando una parte suya ha salido ya a la luz y ha quedado «desprotegida». Esto coincide con la intención conceptual de Heidegger, que gusta de representarse la experiencia del ser como un juego de ocultamientos y desocultamientos. ¿Qué consecuencias tiene todo esto para el lenguaje del pensamiento filosófico? ¿No hay que contar en él también con el misterio de la palabra, esto es, de la palabra que porta el concepto, que no se limita a remitir a algo distinto de sí, como cualquier signo, sino que oculta siempre en su interior algo más? Es cosa de los signos dirigir la atención fuera de ellos mismos. Y es algo grande poder entender los signos como tales signos. Un perro no puede. No es capaz de mirar a donde le señalamos con el dedo, sino que pega su nariz al dedo mismo. Nosotros, por el solo hecho de entender signos, somos ya pensadores. ¡Y no digamos nada si además lo que entendemos son*

relação com a coisa aquele que a expressa através da linguagem somente pode agir assim porque compreendeu antecipadamente seu sentido e dentro desse parâmetro inteligível do “ente” foi possível produzir coisas trazendo-as à vista³⁵⁸, como “ser” de algo.

Sobre o porquê desse “desvelamento”, “desencobrimento”, “desocultamento”, Heidegger explica:

“A essência da técnica moderna repousa na com-posição. A com-posição pertence ao destino do desencobrimento. Estas afirmações dizem algo muito diferente do que a frase tantas vezes repetida: a técnica é a fatalidade de nossa

palabras! Que no es simplemente entender cada palabra por sí misma, sino entenderlas tal como se las dice, en el conjunto de su fluir melódico en el discurso, porque éste sólo se hace capaz de convencer por su manera de articularse todo entero. Las palabras están siempre en el nexo de un discurso, y hablar es algo más que recorrer una estructura de palabras portadoras de significado. Basta pensar en el vacío de sentido de las frases que aparecen como ejemplos en cualquier buena gramática de un idioma extranjero. Están construidas deliberadamente sin sentido alguno, para que la atención no se desvíe a su contenido sino que se centre en las palabras mismas. No son discurso real. El habla es lo que uno dice a otro, y se expresa por el tono en que se habla. Hay tonos verdaderos y falsos, hay maneras de hablar que convencen y otras que no, digan o no digan la verdad. ¡Cuántas cosas salen del ocultamiento y se muestran a la luz cuando se habla!”

³⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. Pierre Fruchon (org.). Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. **O problema da consciência histórica.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 40/41. Para tornar mais explícito esse processo de “compreensão” que torna possível o “trazer à vista”, Gadamer explica: “Certamente o verbo alemão *verstehen* (‘compreender’) possui dois sentidos: primeiro, tem o mesmo sentido quando dizemos, por exemplo: ‘Eu compreendo o significado de alguma coisa’. Vamos dar um exemplo deste último caso: *er versteht sich nicht auf das Lesen* – que se traduz por ‘no que concerne à leitura, ele não é um entendido’ – significa ele não ‘sabe’ ler. Em outras palavras, o verbo *verstehen* significa, além do seu primeiro sentido, um ‘saber-fazer’, um ‘poder’, uma ‘capacidade para’ desempenhar uma tarefa no nível prático. Mas, neste último sentido, ele parece distinguir-se essencialmente da compreensão que se obtém num conhecimento científico. E todavia, ao examinarmos mais de próximo, encontramos ainda alguma coisa comum às duas acepções do termo: um ato de conhecer, um ‘ser entendido em alguma coisa’, um ‘saber como se situar’. Quem ‘compreende’ um texto, para não dizer uma lei, não apenas se projeta, no esforço da compreensão, em direção a um significado, mas adquire pela compreensão uma nova liberdade de espírito. Isso implica novas e numerosas possibilidades, como interpretar um texto, ver as relações escondidas que ele dissimula, tirar conclusões etc; todas as coisas que definem precisamente o que queremos dizer quando falamos da compreensão ou do conhecimento de um texto. Paralelamente, quem ‘é entendido’ em mecânica, ou quem ‘é entendido’ neste ou naquele ofício como, por exemplo, o sábio que ‘é um entendido’ em hermenêutica, sabe bem como ‘se ocupar’. Em suma, mesma que pareça perfeitamente evidente que a compreensão simplesmente prática de um fim racional possua outras normas que não a compreensão de um texto, por exemplo, ou de qualquer outra expressão da vida, não é menos verdade que todas as compreensões se reduzem, finalmente, ao nó comum de um ‘eu sei como me ocupar’, isto é, a uma compreensão de si em relação a alguma outra coisa.”

época, onde fatalidade significa o inevitável de um processo inexorável e incontornável. Quando pensamos, porém, à essência da técnica, fazemos a experiência da com-posição, como destino de um desencobrimento. Assim já nos mantemos no espaço livre do destino. Esta não nos tranca numa coação obtusa, que nos forçaria uma entrega cega à técnica ou, o que dá no mesmo, a arremeter desesperadamente contra a técnica e condená-la, como obra do diabo. Ao contrário, abrindo-nos para a essência da técnica, encontramos-nos, de repente, tomados por um apelo de libertação. A essência da técnica repousa na com-posição. Sua regência é parte do destino. Posto pelo destino num caminho de desencobrimento, o homem, sempre a caminho, caminha continuamente à beira de uma possibilidade: a possibilidade de seguir e favorecer apenas o que se des-encobre na dis-posição e de tirar daí todos os seus parâmetros e todas as suas medidas. Assim, tranca-se uma outra possibilidade: a possibilidade de o homem empenhar-se, antes de tudo e sempre mais e num modo cada vez mais originário, pela essência do que se des-encobre e seu desencobrimento, com a finalidade de assumir, como sua própria essência, a pertença encarecida ao desencobrimento.”³⁵⁹

A possibilidade em admitir-se a tecnologia como um “modo de desvelamento”, somente corrobora o fato de que aquele que descobre uma técnica inovadora revela aquilo que está para ser trazido à vista, através de um desvelar antecipado na pro-dução de algo que se acha pré-imaginado, pré-compreendido, que ainda não havia se apresentado a si mesmo, como exemplo pode ser citado:

“..., é apenas porque a árvore já emergiu por si própria que o marceneiro pode usar a sua madeira como material para uma cama. No entanto, mesmo sendo o marceneiro

³⁵⁹ HEIDEGGER, Martin. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Marcia Sá Cavalcante Schuback. **Ensaio e conferências**. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 28/29.

recrutado, não pode fazer uso da madeira meramente segundo a sua vontade ou arbitrariamente. Ao contrário, tem que estar ajustado ao modo contínuo da auto-emergência da própria madeira. Ele deve «responder e acusar acima de tudo os diferentes tipos de madeira e as formas nela latentes – a madeira tal como entra na morada {Wohnen} do homem com toda a plenitude oculta da sua natureza {Wesen}. De facto, é esta relação com a madeira que sustenta todo o mister». ³⁶⁰

Portanto, o caráter da desocultação na tecnologia, segundo o pensamento heideggeriano reside na questão de como a tecnologia traz o ente para a desocultação e ao mesmo tempo, ao assim proceder-se, este “revelar” se oculta a si próprio. A tecnologia é o meio através do qual os entes são revelados e não o modo como essa revelação acontece. A maneira como essa revelação acontece se apresenta complexa, pois para além da ação de revelar existem três aspectos que devem ser levados em consideração ao buscar-se sua determinação: o primeiro consiste em admitir-se que existe o processo de revelar enquanto tal; o segundo consubstancia-se no tipo de revelação que vai ser manifestada como resultado e em terceiro, o estatuto ontológico que se caracteriza pelo modo de ser daquilo que é desocultado/revelado, ou seja, a revelação ocorre sob a égide de um processo.

Tal constatação leva a uma outra que se apresenta através da dicotomia existente entre a dominância do desenvolvimento acelerado da tecnologia e da ciência no nosso mundo e a inabilidade humana para o confronto das transformações oriundas destas de maneira reflexiva para que não haja sua utilização de modo a provocar o mal.

Diante dessa constatação de que o ser humano está despreparado para lidar com os avanços científicos e tecnológicos por ausência de uma reflexão

³⁶⁰ (FOLTZ) Op. Cit., p.120. Nota: 353.

constante, de maneira a ponderar os prós e os contras de sua utilização sem regramento, adverte Michael E. Zimmerman, sobre o perigo das conseqüências trazidas pela “desumanização”:

“Produção autêntica, techne, não é portanto uma questão de um «agente» usando «força» para impelir o material a moldar-se a uma forma específica. Pelo contrário, é um desvelamento dos entes para respectivo benefício próprio. Este conceito de techne é consistente com a disputada posição de Heidegger de que o próprio ser do Dasein humano é «cuidado». Existir autenticamente significa ter consigo mesmo, com os outros e com as coisas, de maneira apropriada. O aspecto destrutivo da tecnologia moderna é pois directamente relacionado com o constrangimento da capacidade do Dasein humano para adoptar um cuidado genuíno. A alienação desta capacidade foi a pior forma de «desumanização» e conduziu aos mais terríveis crimes tanto contra humanos como contra não humanos.”³⁶¹

Uma vez ciente de que há necessidade da adoção de um posicionamento voltado para o “cuidado”, para a reflexão de uma relação existente entre a tecnologia e o mundo, incluindo nesta a própria relação com a natureza e com os entes, esse tipo de pensamento leva a uma reflexão mais profunda, de cunho antropológico que difere de uma reflexão meramente instrumental, na qual a tecnologia é vista tão somente como um meio para atingir-se um fim.

Frente aos avanços decorrentes da ciência e da tecnologia, Heidegger alerta para a necessidade de cultivar a serenidade, por ocasião de seu discurso na Celebração dos 175^o aniversário de nascimento do compositor Conradin Kreutzer, em Messkirch, a 30 de outubro de 1955, relatando em termos gerais que pode acontecer de ficarmos sem pensamentos ou do pensamento ser pobre, desprovido de conteúdo reflexivo, mesmo frente a toda a possibilidade de oferta de

³⁶¹ Ibid., p. 339.

informações. Essas informações são oferecidas de maneira rápida/galopante e econômica, incorporando-lhe uma característica que gera como consequência, numa mesma proporção, o esquecimento, pois, tudo o que se viu de maneira rápida e econômica sobre essas mesmas informações, acaba por ser esquecido.

Mas, ressalta que mesmo havendo ausência de pensamentos, não significa estarmos desprovidos da capacidade de pensar, que vai momentaneamente estar improdutivo, mas não incapaz de produzir, traduzindo um momento vivenciado pelo homem atual que, segundo ele, “está em fuga do pensamento”, embora não queira ver e nem mesmo reconhecer essa “fuga”.

Embora cause estranheza essa posição que a princípio parece ser antagônica, frente ao fato de se ter o desenvolvimento científico e tecnológico e afirmar-se haver uma “fuga de pensamento”, esta não se apresenta contraditória como esclarece Heidegger:

“...quando concebemos um plano, investigamos ou organizamos uma empresa, contamos sempre com condições prévias que consideramos em função do objectivo que pretendemos atingir. Contamos, antecipadamente, com determinados resultados. Este cálculo caracteriza todo o pensamento planificador e investigador. Este pensamento continua a ser um cálculo, mesmo que não opere com números, nem recorra à máquina de calcular, nem a um dispositivo para grandes cálculos. O pensamento que calcula (*das rechnende Denken*) faz cálculos. Faz cálculos com possibilidades continuamente novas, sempre com maiores perspectivas e simultaneamente mais econômicas. O pensamento que calcula corre de oportunidade em oportunidade. O pensamento que calcula nunca pára, nunca chega a meditar. O pensamento que calcula não é um pensamento que medita (*ein besinnliches Denken*), não é um pensamento que reflecte (*nachdenkt*) sobre o sentido que reina em tudo o que existe. Existem, portanto, dois tipos

de pensamento, sendo ambos à sua maneira, respectivamente, legítimos e necessários: o pensamento que calcula e a reflexão (*Nachdenken*) que medita. É a esta reflexão que nos referimos quando dizemos que o Homem actual foge do pensamento.”³⁶²

Nesse sentido urge necessário premente reconhecer que o homem obediente aos avanços trazidos pelo progresso da ciência e da técnica precisa exercitar seu pensamento de cálculo, útil sob a vertente dos benefícios que produz principalmente quanto à instrumentalização, à operacionalidade que proporciona. Inclusive, porque não se trata de querer conter e nem mesmo utopicamente achar que há um poder para frear esse tipo de desenvolvimento, mas sim que o homem não pode em momento algum “fugir do pensamento”, da “reflexão” acerca daquilo que se manifesta como criação, limitando-se tão somente a um tipo de pensamento, isso significa que pode e deve adotar o “pensamento de cálculo”, mas por outro lado também deve pensar sobre as transformações oriundas desse atuar humano, para tanto, Heidegger explica:

“...a evolução da técnica decorrerá cada vez mais rapidamente e não será possível detê-la em parte alguma. Em todos os domínios da existência as forças dos equipamentos técnicos e dos autômatos apertarão cada vez mais o cerco. Os poderes que, sob a forma de quaisquer equipamentos e construções técnicos, solicitam, prendem, arrastam e afligem o Homem, em toda a parte e a toda a hora, já há muito tempo que superaram a vontade e a capacidade de decisão do Homem porque não são feitos por ele. Porém, também faz parte da novidade do mundo técnico o facto de as suas realizações serem o mais rapidamente possível conhecidas e admiradas publicamente. Assim, todos podemos ler hoje em qualquer revista, habilmente dirigida, ou ouvir no rádio, o que este discurso refere sobre o mundo técnico. Contudo, uma coisa é termos ouvido ou lido

³⁶² HEIDEGGER, Martin. Tradução: Maria Madalena Andrade e Olga Santos. **Serenidade**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 13/14.

algo, isto é, termos tomado conhecimento disso, outra é conhecermos, isto é, reflectirmos (*bedenken*) sobre o que ouvimos e lemos. Neste Verão de 1955, em Lindau, teve novamente lugar o encontro internacional dos nobelizados. Disse o químico americano Stanley, por essa ocasião, o seguinte: «Está próxima a hora em que a vida será posta na mão dos químicos, que irão decompor, reconstituir e modificar a substância viva como lhes aprouver.» Tomamos conhecimento de uma tal declaração. Até admiramos a ousadia da investigação científica e não pensamos mais nada. Não reflectimos que se prepare aqui, com os meios tecnológicos, uma agressão à vida e à natureza humana, comparada com a qual a bomba de hidrogênio pouco significa.»³⁶³

Sob este aspecto temos que o problema maior não se atém em um único fato determinante, como por exemplo, a questão de adotar-se ou não valores rígidos, onde estaria sendo proporcionado um retorno ao pensamento metafísico; nem tampouco o obstáculo a ser enfrentado estaria vinculado a uma contenção do desenvolvimento da ciência e da técnica, mas sim, reside no fato de que o homem não está apto a enfrentar um mundo cada vez mais técnico, com transformações múltiplas, contínuas e incontidas, porque não consegue pôr em prática o pensamento que medita, que reflete e, portanto, como consequência caminha num sentido contrário ao da serenidade. Ele teria o dom de desvelar o sentido daquilo que emerge, evitando seu uso em desfavor do humano.

³⁶³ Ibid., p. 20/21

2.3 – A hermenêutica filosófica, a nova crítica do direito e sua influência na formação dos julgados envolvendo questões de bioética

Dentro do novo critério hermenêutico - hermenêutica filosófica -, e do que se tem a respeito do existente no ordenamento jurídico e de como este deve ser interpretado, não há espaço – inclusive ante a tudo o que foi exposto anteriormente - para a maneira como a bioética tem sido conduzida no âmbito jurídico. Nos moldes propostos pela doutrina tradicional que não se desvincula dos hábitos praticados pela metafísica.

A partir das concepções dadas por Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e principalmente pelo posicionamento e contribuições voltadas para a área jurídica desenvolvidas por Lenio Luiz Streck, ocorreram mudanças que demonstraram a necessidade de uma crítica ao pensamento metafísico com relação às normas legais e aos princípios jurídicos.

Pois, como citado por Ernildo Stein:

“A crítica de Heidegger a Platão, entretanto, é mais radical, pois, para ele, a metafísica iniciou uma história na qual

sempre se objetificou aquilo que propriamente permite a mobilidade do pensamento nas coisas humanas. Confundindo o ente com o ser e atribuindo a esse uma excelência entitativa, Platão nos levou, segundo Heidegger, para um definitivo mundo das essências. Assim, com o encobrimento do ser, a humanidade perdeu a capacidade de pensar a diferença do ente. E isso significa que ela perdeu o acesso ao caminho que conduz para além dos objetos positivos e que, justamente, nos levaria a relativizá-los, colocando-os sobre um fundo em que assumiriam suas verdadeiras proporções numa possibilidade de acontecerem e virem ao encontro. Com isso, foi inaugurada uma história na qual nos tornamos prisioneiros do mundo objetivo e na qual perdemos o espaço para mantermos a verdadeira medida com relação aos objetos e às coisas que estão à nossa disposição³⁶⁴.

Portanto, a bioética como tem sido tratada traduz um conceito metafísico, pois quer se fazer crer que o juiz de direito tem a possibilidade de alcançar, através de atos de ofício ou utilizando os institutos presentes no ordenamento jurídico positivado ou reconhecidos pela doutrina, - do tipo da “subsunção legal”, ou de princípios como o da “busca da verdade real” -, a justiça necessária³⁶⁵, com a ética imperiosa nos fatos que envolvem a vida.

³⁶⁴ IHU ON-LINE. Publicação semanal do Instituto Humanitas Unisinos – São Leopoldo, 20 de outubro de 2003 – Ano 3 – n.º 80 – **O que é filosofia ? Filósofo gaúcho discute Heidegger e Popper**. Entrevista com Ernildo Stein, p. 18/19.

³⁶⁵ HESPANHA, António. (Organizador). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Texto apresentado pelo autor à 4ª. Conferência Européia de Estudos Críticos do Direito, em Coimbra no ano de 1986, intitulado: **Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, setembro de 1993, p. 29/30. O autor menciona: *“Questão que, segundo me parece, decorre do facto de que a imagem que os juristas (e não apenas eles) têm da lei e as esperanças que nela depositam não correspondem ao âmbito real de eficácia dos mecanismos legislativos, sendo antes um produto da imagem deformada das tecnologias de controlo social produzida pela ideologia política liberal. Esta imagem adequava-se ao contexto do universo político oitocentista (dando conte dele e legitimando-o). Depositou-se na ciência jurídica e política de então; institucionalizou-se em ‘escolas’ e ‘doutrinas’; e, a partir desse capital científico, continua hoje eficaz. Só que, hoje, ela nem dá conta da realidade política, nem a consegue legitimar. Muitos juristas e políticos do direito correm atrás da ficção e têm a ilusão de poderem deter ou ignorar a evolução do real, restaurando o ‘paradigma legalista’ na sua pureza de outrora, normalmente através de uma política de ‘lei e ordem’. Outros, são mais condescendentes com a sociedade e assumem uma quota-parte da responsabilidade: ‘a sociedade não é tão má como*

As questões que envolvem a bioética prescindem da emissão de um julgamento a ser realizado pelo juiz de direito, através de critérios presentes na hermenêutica filosófica, aplicando a norma ao caso concreto, estando presente a pré-compreensão que possui acerca do mundo, esta adquirida por sua existência, sua vivência, pois o ser somente compreende aquilo que ele já tinha presente em sua mente (em seu ser, em seu consciente, em seu pensamento).

Essa constatação de que o intérprete somente compreende aquilo que para ele já estava presente em sua mente é apontado por David Couzens Hoy, como uma característica de Heidegger a respeito da viragem hermenêutica, tomada como uma “ruptura revolucionária em relação à tradicional ênfase filosófica relativa aos problemas do conhecimento e à dicotomia entre subjetividade e objectividade”³⁶⁶.

Para tanto, o intérprete deverá utilizar os princípios de bioética e os princípios constitucionais, que se traduzem em verdadeiros direitos individuais, mas não como condição para justificar uma “subsunção legal”. Tal posicionamento sofre restrição, que se manifesta através da constatação de que os representantes

isso; o que já não se faz são leis como dantes!; ou mesmo (versão modernista) 'a sociedade mudou; vêm aí as novas tecnologias; já não se pode fazer leis como dantes!.'

³⁶⁶ GUIGNON, Charles B. (Direcção). Tradução: João Carlos Silva. **Poliedro Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 187 e p. 191/192. Ainda com relação à viragem hermenêutica adverte: *“Enquanto as interpretações comuns são mais ou menos automáticas a Interpretação filosófica destas interpretações comuns é reflexiva em dois sentidos. Primeiro, é reflexiva na medida em que tem de articular de forma explícita ou tematizar os acontecimentos de uma forma mais imediata e menos explícita na vivência quotidiana. Segundo, é logicamente auto-reflexiva na medida em que tem de ser em si mesma uma manifestação possível entre outras do entendimento primário; não será uma representação de algo que se situa numa outra ordem, mas da do mesmo gênero do que apreende. A Interpretação filosófica pode ser «verdadeira para» a actividade fenomenal das interpretações normais do mundo porque ela própria é a configuração do mesmo fenómeno, se bem que uma forma mais articulada ou explícita. Deste modo, a Interpretação filosófica não é simplesmente arbitrária, nem ameaçada pelo problema do relativismo, visto ser uma matéria de entendimento primário que tenta apreender. A Interpretação filosófica pode ser refinada, ou pode ser suplantada por redescrições posteriores sobre o que a filosofia deve ser, mas se se chegar a acordar que existe um entendimento primário sobre o mundo, então a articulação filosófica desse entendimento estará ligada a um nível adequado às manifestações fenomenais do entendimento, que inclui a própria filosofia. Existe alguma forma de testar a Interpretação filosófica de Heidegger? Tal Interpretação não terá apenas como objectivo clarificar o uso corrente de termos como «entendimento», «explicação» e «conhecimento», mas irá reinterpretá-los e reordená-los. É este reordenamento que tem lugar quando Heidegger argumenta que algo é derivado de outra coisa qualquer.”*

do Poder Jurisdicional de um lado necessitam de instrumentos de garantia de efetivação destes mesmos direitos (como por exemplo, se pode citar que “todos têm direito de ir e vir”, mas quando esse direito é lesado ou por ilegalidade ou por abuso de poder tem que buscar proteção mediante a garantia deste direito que é o remédio constitucional do “habeas corpus” – ar. 5º, LXVIII, CF/88) e por outro, mesmo sendo direitos individuais amparados constitucionalmente, - inclusive através de cláusula pétrea (art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988) – possuem exceções caso o interesse social seja maior que o individual (como exemplo pode-se mencionar a proteção individual de que “ninguém pode ser privado de sua liberdade, nem de seus bens sem que haja o devido processo legal” – art. 5º, LIV, CF/88, no entanto, caso alguém se ache em flagrante delito será privado de sua liberdade, antes que tenha havido o devido processo legal, porque nesse caso o interesse maior, traduzido na segurança de uma dada sociedade, sobrepõe-se ao interesse individual – art. 5º, LXI, CF/88).

Quando existe um caso concreto no qual foi necessária a aplicação do direito em virtude da utilização de um dispositivo legal ou de um princípio jurídico, é porque houve a ocorrência de uma situação na qual está implicado um processo de atribuição de sentido, que é totalmente o oposto do que a doutrina denomina de “subsunção”³⁶⁷.

Quando há menção a ocorrência de atribuição de sentido, significa que não há definições que possam ser generalizadas, que tenham o condão de abarcar todos os aspectos mundanos, ou seja, as palavras não refletem a essência das coisas como quis demonstrar Platão, não há que se falar em

³⁶⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 05. O autor menciona: “*A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano*”.

reificação³⁶⁸, uma vez que esta perdeu seu lugar quando da viragem lingüística-ontológica ocorrida no decorrer do século XX³⁶⁹.

As definições não podem ser generalizadas em razão da própria existência, que provoca situações diferentes, com atores diversos; critérios estes que devem ser avaliados ao ser aplicada a norma legal ao caso concreto, individualmente considerado, com suas particularidades próprias e ainda, contando com a pré-compreensão do representante do órgão julgante das coisas existentes no mundo e de como elas são vistas ou foram apresentadas a ele desde que tomou consciência de que é um ser-ai no mundo.

Ademais, esta maneira de redirecionar os princípios jurídicos e as normas legais somente foi possível através da tarefa desempenhada pela hermenêutica que fez com que houvesse o des-ocultamento³⁷⁰ do que tem sido

³⁶⁸ ANTUNES, Ricardo. RÊGO, Walquiria Leão. (organizadores). **Lukács: um Galileu no século XX**. MAAR, Wolfgang Leo. A reificação como realidade social: práxis, trabalho e crítica imanente em história e consciência de classe. São Paulo: Boitempo, 1996, p. 35. Como preleciona o autor do capítulo: “...Não se trata de uma teoria positiva (descritiva ou científico-operacional) e sim de uma teoria negativa da constituição do objeto (e nisto se baseiam principalmente os frankfurtianos) centrada no conceito de reificação. Ou seja: uma inversão estrutural no plano da objetividade (realidade transformada em coisa)...Isto é: enquanto dimensão estrutural da realidade produzindo os termos de sua manifestação fenomênica invertida e falseadora, e deste modo impelindo à sua transformação. Aponta-se assim a gênese da dinâmica dialética da história pela qual a realidade consegue se conhecer em sua manifestação necessária como coisa, e simultaneamente prenuncia a reconstituição da realidade a partir desta sua forma reificada”.

³⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. Op.Cit. p. 687/688. Nota 308. O autor ensina: “O ser que pode ser compreendido é linguagem. O fenômeno hermenêutico devolve aqui a sua própria universalidade à constituição ôntica do compreendido, quando a determina, num sentido universal, como linguagem, e determina sua própria referência ao ente, como interpretação. ...O que se pode compreender é linguagem. Isso quer dizer: É tal que se apresenta por si mesmo à compreensão. A estrutura especulativa da linguagem se confirma também desse ângulo. Vir-à-fala não quer dizer adquirir uma segunda existência. Aquilo como o que algo se apresenta a si mesmo faz parte de seu próprio ser. Portanto, em tudo aquilo que é linguagem, está em questão uma unidade especulativa, uma diferenciação em si mesmo: ser e representar-se – uma diferenciação que, no entanto, tem de ser ao mesmo tempo uma diferenciação. O modo de ser especulativo da linguagem mostra assim seu significado ontológico universal. O que vem à fala é, naturalmente, algo diferente da própria palavra falada. Mas a palavra só é palavra em virtude do que nela vem à fala. Somente está aí em seu próprio ser sensível para subsumir-se no que é dito. Inversamente, também o que vem à fala não é algo dado com anterioridade e desprovido de fala, mas recebe na palavra sua própria determinação”.

³⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. Traducción: Angela Ackermann Pilári. **Los caminos de Heidegger**. Barcelona: Herder, 2003, p. 320/321. “En Ser y tiempo, Heidegger ya destacó la importancia del lenguaje para el análisis existencial. Pero cuando trata la significación del lenguaje y del discurso, en el fondo todo esto es la explicación de un monólogo, incluso cuando Heidegger mismo es

velado pelo pensamento dogmático. Tenta-se inverter a distorção que ocorre diuturnamente, apresentando uma falsa aparência, conseqüência do esquecimento do “Dasein”, que é o ser do ente, demonstrando que todo aplicador já traz consigo a pré-compreensão acerca das coisas (limite de sistema de domínio consistente no que há de apreendido) e tal fato traduz-se pela linguagem expressada de alguma maneira por ele.

Para chegar à verdade (Aletheia – palavra grega que decorre de uma outra palavra grega “lethein”, que tem como significado passar despercebido, não ser visto e “lethe”, que significa esquecer. Partindo-se dessas palavras houve um acréscimo a elas do prefixo “a”, ficando “aletheia” que passou a designar aquilo que não está escondido, portanto, des-cobrimiento, que é a característica

consciente de ello y subraya que el discurso se dirige a alguien. Lo que queda al margen es que sólo el diálogo es el lenguaje que irradia su propia luz. Esto cambia en el Heidegger tardío. En el intento de romper la estrechez de la cultura científica de Occidente para volver a encontrar otros caminos y trasfondos de la existencia humana, hizo esfuerzos casi violentos para escuchar la voz del ser en los presocráticos, de la que creía que aún no estaba atada por las cadenas de la lógica. Los primeros textos que poseemos, de Parménides y Heráclito, no pueden confirmar sus intentos. Sólo abren la vista a una prehistoria del lenguaje. Heidegger era consciente de que siempre estaba sólo en camino al lenguaje; y esto, evidentemente, no quiere decir en camino al lenguaje sino en su pensamiento sobre el lenguaje. ¿O acaso también en camino al lenguaje en el sentido de la palabra buscada? Donde mejor se puede mostrar esto podría ser tal vez en la interpretación heideggeriana de aletheia. Heidegger traduce esta palabra por Unverborgenheit, la condición de estar desoculto. Desde el uso lingüístico griego tal vez sería más correcto decir con Humboldt y otros: Unverhohlenheit – sinceridad, sin encubrimiento de algo -. En efecto, encontramos aletheia la mayoría de las veces y en primer lugar en relación con el decir: decir la verdad, o bien engañar. Odisea era el héroe admirado de la mentira, que incluso hacía las delicias de los dioses. Pero detrás del centelleo del brillo aparente de la mentira se halla la ocultación en la oscuridad. Este fondo oscuro está detrás de todo decir y ver. El concepto griego de pseudos aún no le dio su definición conceptual, y bajo este aspecto, de hecho es más acertada la expresión «desocultamiento» - Entbergung – para aletheia. El lenguaje «arranca» algo del «ocultamiento», lo trae al descubierto, a la palabra y a la arriesgada empresa del pensar. El ser y la apariencia – no la sinceridad y la mentira – son el gran tema nuevo del pensamiento occidental desde Parménides. Pero aquello que se descubre de esta manera, que queda desocultado, que había estado escondido, está al mismo tiempo resguardado como lo rescatado – geborgen – cuando retorna a la palabra. Ésta es la dimensión ontológica de aletheia, que queda del todo escondida debido al concepto de Bewusstsein – conciencia – y su predominio en el pensamiento moderno, aunque tematice el concepto de ser. El «ser» se convierte aquí en objeto. El objeto es resistencia. El objeto se entiende desde un principio a partir de la energía con la que la voluntad trata de superar la resistencia. En el concepto de «objeto» se confiesa la voluntad de dominio. Por eso, Heidegger evitó tanto el concepto de conciencia como el de objeto. Él sabía que en nuestra posición del dominio metódicamente asegurado de las cosas objetivadas sólo podemos llegar hasta las experiencias dentro del límite de nuestro sistema de dominio. Dentro de semejante «saber de dominio» no sólo desaprenderemos el saber de la salvación, sino también todos los otros modos de saber, si no aprendemos de nuevo y de manera diferente.”

fundamental do que já apareceu e que deixou relegado ao passado o encobrimento³⁷¹), há a necessidade de proceder-se ao desvelamento do ente no seu ser, quando este ocorre tem-se a denominada “verdade ontológica”, ou seja, a demonstração do ser-em no mundo que é a condição de se alcançar qualquer conhecimento, portanto, do momento em que se tem a consciência de que existe um ser-no-mundo é porque este possui pré-compreensão a respeito de algo.

Esta idéia, que é uma reminiscência do século V manifestada através do pensamento de Heráclito de Éfeso no denominado “princípio do devir incessante”, foi expressa no seu fragmento:

“Não é possível entrar duas vezes no mesmo rio, nem tocar duas vezes uma substância mortal no mesmo estado; graças à velocidade do movimento, tudo se dispersa e se recompõe novamente, tudo vem e vai”.³⁷²

A partir desse fragmento, subentende-se que no Universo tudo modifica, nada perdura, não permanece, não se mantém, pelo contrário não é mais que um contínuo devir no qual a lei da identidade, ou seja, a identidade de cada coisa consigo mesma, carecendo de vigência, pois todas as coisas estão sujeitas a uma contínua transformação/metamorfose.

O pensamento de Heráclito³⁷³ trouxe uma contribuição importantíssima para o que temos hoje na hermenêutica filosófica, pois equivocou-se quando colocou a questão sob a ótica da absoluta irracionalidade do real, não vislumbrando em momento algum o papel do “Dasen”, do “ser-aí”.

³⁷¹ HEIDEGGER, Martin. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. **Heráclito: a origem do pensamento ocidental: lógica: a doutrina heraclítica do logos**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1998, p. 185/186.

³⁷² ABBAGNANO, Nicola. Op. Cit. p. 497. Nota 323.

³⁷³ ABBAGNANO, Nicola. Op. Cit. p. 33. Nota 323. O autor ensina que: “Heráclito de Éfeso pertence à nobreza da sua cidade; foi contemporâneo de Parmênides e floresceu como ele por alturas de 504-501 a. C. É autor de uma obra em prosa que foi depois designada com o título habitual, *Acerca da natureza, constituída por aforismos e sentenças breves e lapidares, nem sempre claras, donde o apelido de <<obscuro>>*.”

Martin Heidegger, entretanto, apresentou o caráter racional do princípio do devir incessante quando se fala da verdade, em razão do fato de que quando ocorre o dê-s-velamento, o descobrimento, o desocultamento de alguma coisa, de algo, este não pode acontecer em um eu isolado, sem os outros. Isso ocorre porque a substância do homem não é o espírito como síntese da alma corpo a partir da qual se possa chegar ao ser das coisas e dos outros, mas sim a existência³⁷⁴, para tanto, Heidegger utilizou-se da seguinte metáfora:

“Certa vez, atravessando um rio, ‘cura’ viu um pedaço de terra argilosa: cogitando, tomou um pedaço e começou a lhe dar forma. Enquanto refletia sobre o que criara, interveio Júpiter. A cura pediu-lhe que desse espírito à forma de argila, o que ele fez de bom grado. Como a cura quis então dar seu nome ao que tinha dado forma, Júpiter a proibiu e exigiu que fosse dado o nome. Enquanto ‘Cura’ e Júpiter disputavam sobre o nome, surgiu também a terra (tellus) querendo dar o seu nome, uma vez que havia fornecido um pedaço de seu corpo. Os disputantes tomaram Saturno como árbitro. Saturno pronunciou a seguinte decisão, aparentemente eqüitativa: ‘Tu, Júpiter, por teres dado o espírito, deves receber na morte o espírito e tu, terra, por teres dado o corpo, deves receber o corpo. Como, porém, foi a ‘cura’ quem primeiro o formou, ele deve pertencer à ‘cura’ enquanto viver. Como, no entanto, sobre o nome há disputa, ele deve se chamar ‘homo’, pois foi feito de húmus (terra)”.³⁷⁵

Portanto, para a pretensão de chegar-se à essência da verdade³⁷⁶, há como alternativa a utilização de dois caminhos: o primeiro baseado na reflexão sobre a possibilidade de correção (adequatio) e o segundo pela reminiscência do

³⁷⁴ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre <<ser e tempo>>: comemoração dos sessenta anos de Ser e Tempo de Heidegger**. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 88/89.

³⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. Op. Cit. p. 263/264. Nota 171.

³⁷⁶ Acredito que essa “essência da verdade” em bioética está ligada ao fato de que existe uma dicotomia entre a dominância do desenvolvimento desenfreado da ciência e da tecnologia no nosso mundo e a inabilidade humana para o confronto das transformações oriundas destes progressos de maneira reflexiva para que não haja sua utilização de modo a provocar o mal.

começo (aletheia), pois a verdade não está restrita a asserções explícitas e a atitudes discretas, mentais e primordialmente teóricas tais quais julgamentos, crenças e representações. Mas sim, o mundo visto na sua totalidade, não apenas repleto de entes, mas entes e seres, dentro dele desencobertos (compreensão).

A verdade é precipuamente, um aspecto da realidade, entre os entes – ser e mundo - não de pensamentos. Entes se acham desencobertos para nós e nós os descobrimos. Para melhor entender este aspecto, Martin Heidegger utiliza a figura da clareira³⁷⁷, pois, esta não ilumina apenas, somente o que está presente, mas em primeiro reúne e abriga-o na presença. Ela é uma região onde pode aparecer tudo o que é como decorrência da claridade.

O trabalho a ser desenvolvido pela hermenêutica filosófica, deve ser a do des-ocultamento do que tem sido velado pelo pensamento dogmático, que o pensa metafisicamente. Havendo a necessidade imperiosa de introduzir-se no direito a diferença ontológica, para des-ocultar o ser, retirar-lhe o véu do ser. Pois, somente ontologicamente é possível a este ser-descobridor, o des-ocultar, com base no “ser-no-mundo” e para que isso ocorra (ser-no-mundo) há que se ter os caracteres ontológicos fundamentais desse ente, que como mencionou Heidegger

³⁷⁷ HEIDEGGER, Martin. Tradução: Irene Borges e outros. **Caminhos de floresta**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 54. Veja-se: *“Este encobrir é dissimular [Verstellen]. Se o ente não fosse dissimulado pelo ente, não poderíamos enganar-nos acerca do ente e lidar mal com ele, não poderíamos perde-nos e cometer faltas e, de todo, nunca nos excederíamos. Que o ente possa iludir como aparência é a condição para que possamos enganar, e não ao contrário. O encobrimento pode ser um recusar-se [Versagen] ou um dissimular. Nunca temos, de modo terminante, a certeza de se tratar de um ou do outro [caso]. O encobrir encobre-se e dissimula-se a si mesmo. Isso significa que o lugar aberto no meio do ente – a clareira – não é nunca um palco fixo com o pano constantemente levantado, no qual se passa [abspielt sich] a representação [spiel] do ente. Antes, porém, a clareira acontece apenas ao modo deste duplo encobrir. O não – estar – encoberto do ente não é nunca um estado de coisas apenas ai perante, mas um acontecimento. O não – estar – encoberto (a verdade) não é nem uma propriedade daquilo que está, de cada vez, em causa, [tomado] no sentido do ente, nem uma propriedade das proposições. Rodeados pelo ente que imediatamente nos envolve, julgamo-nos ‘em casa’. O ente é-nos familiar, é fiável, protector [geheuer]. Apesar disso, um encobrir constante, na dupla figura do recusar-se e do dissimular, atravessa a clareira. Aquilo que é protector não é, no fundo, protector, é ameaçador [um-geheuer]. A essência da verdade, i.e. o não-estar-encoberto, está transida por uma escusa [Verweigerung]. Este escusar-se, no entanto, não é uma falta ou um defeito, como se a verdade fosse um puro não-estar-encoberto que se tivesse livrado de todo o encoberto. Se o pudesse fazer, já não seria aquilo que em si mesma é. Este escusar-se, ao modo do duplo encobrir-se, é inerente à essência da verdade como não- estar-encoberto”.*

são: existencialidade, faticidade e de-cadência, não como partes de um composto, mas sim, como um nexu originário que constitui a totalidade procurada do todo estrutural.

Essa estrutura diz respeito ao todo da constituição, sem ser uma tendência isolada num sujeito sem mundo, mas caracteriza o ser-no-mundo em razão de ser a pré-sença aquela que traz consigo algo pendente, que ela pode ser e será, a esse “algo pendente” que pertence o próprio fim, que se dá com a “morte”³⁷⁸ e, todo o fundamento ontológico originário da existencialidade da presença é a temporalidade.

A interpretação dos fatos a partir desta concepção, só é possível mediante um movimento que vai das partes ao todo e do todo às partes na compreensão e que recebe a denominação de “círculo hermenêutico”³⁷⁹. Para que se realize o círculo hermenêutico, necessário se torna trazer para o ponto inicial da interpretação a pré-compreensão³⁸⁰.

³⁷⁸ LELOUP, Jean-Yves. Tradução: Pierre Weil e Regina Fittipaldi. **Além da luz e da sombra: sobre o viver, o morrer e o ser**. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 19. Sobre a morte: “*Diz-se no cristianismo, que a morte é um momento de passagem. A palavra passagem em hebraico é Pessah, que significa passar de uma consciência a outra, descobrir no coração de nossa vida mortal a eternidade que vive em nós. Se somos eternos, somos antes, durante e depois.*”

³⁷⁹ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação Heideggeriana**. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 243/260.

³⁸⁰ KAUFMANN, Arthur. Cura: Giovanni Marino. **Filosofia del diritto ed ermeneutica**. Milano: Giuffrè, 2003, p.160/161. “*È questo il famoso «circolo ermeneutico», la referenzialità originaria di designato e designazione, tra il linguaggio e la cosa detta nel linguaggio. Capire un testo è un processo produttivo ambivalente: l'interprete infatti entra nel processo di comprensione con i suoi «pre-progetti», e ottiene che il testo diventi un altro da quello che era prima; allo stesso tempo però il testo opera sull'interprete, sul suo comprendere, cosicché, come dice Hans-Georg Gadamer, «questo comprendere alla fine è un comprendere se stessi». Quanto detto può essere riferito all'ermeneutica giuridica. Ciò che è dato «obiectivamente» al giudice, la norma di legge astratta e il caso ancora amorfo, non produce diritto, né ognuno per sé, né tutti e due insieme. Essi sono, l'una e l'altro, a un tempo, materiali grezzi. Perché da essi nasca una «fattispecie» concretizzata e uno «stato di cose» qualificato, occorre che la norma e il caso siano prima messi in rapporto, che il loro senso acquisti concretezza nel linguaggio. Ciò però non può avvenire in atti isolati ma solo in uno scambio reciproco, circolare, dalla legge al caso e dal caso allá legge. Dipende dalla 'precomprensione' del caso la determinazione che, questa e non quella sia, secondo il suo senso, la legge propria del caso, così come, al contrario, il senso giuridico del caso non si rivela se non grazie alla precomprensione della legge.*”

No contexto do que foi exposto, temos que não se deve aceitar de modo algum a bioética como ela tem sido tratada, como motivo de disputa entre as mais variadas áreas, inclusive no que diz respeito ao direito. A doutrina clássica está equivocada e por esse motivo deve ser revisto o posicionamento quanto a ela, principalmente no momento em que há um julgamento acerca de um fato concreto.

Ao analisar tal possibilidade se chega à conclusão de tratar-se de um pré-juízo inautêntico, por impor ao profissional da área do direito, verdades prontas e acabadas, sem ensejo a questionamentos quanto às suas fórmulas, devendo aceitar determinados “jargões” como aquilo que é e estava, no contexto social e normativo jurídico, o que é inaceitável por parte daqueles que têm consciência de que pré-compreendem e, portanto, são capazes de compreender.

Principalmente com relação à “bioética” e sua aplicabilidade ao “direito”, cabe salientar que os profissionais que lidam com a busca incessante pela sua efetivação devem ser responsáveis³⁸¹, estando abertos a novos caminhos³⁸², sem adotar uma postura arrogante e absoluta com relação às coisas

³⁸¹ NEVES, Castanheira António. **O direito hoje e com que sentido?: o problema actual da autonomia do direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 13/16. Com relação ao novo posicionamento humano que deve ser eivado de responsabilidade, adverte: “E se,..., formos à raiz das coisas como que passando do exterior ao interior ou do contexto que ajuíza e exige ao fundamento que constitui e justifica, e dissermos com R. Marcic, que «quem quer o homem tem de querer o direito», então aí justamente temos de reconhecer que o problemático atinge a possibilidade mesmo do sentido, e que o problema hoje do direito se oferece literalmente como radical – porque se revela humanamente problemático e assim problemático na sua própria raiz. Compreendamos que o homem que nessa implicação constitutiva se invoca não é decerto nem o homem da bioantropologia, nem da etologia, nem da sociobiologia que afinal o exclui nas suas reduções, ou sequer mesmo da antropologia científico-cultural estrita, mas o homem-pessoa – que é mais do que o animal rationale justamente criticado por Heidegger, mais inclusivamente do que a individualidade definida por Boécio (*persona est rationalis naturae individua substantia*), e que São Tomás apenas aprofundou, pois o que decisivamente distingue esse homem não é quer o seu status político (de cidadão), quer o seu ser racional, quer o seu ser substancial, mas o seu ser pessoal – e a significar o homem como o originário sujeito de liberdade (de liberdade convivente) e portanto de responsabilidade, capaz de amor e de pecado e, por isso, titular de dignidade e de culpa.”

³⁸² CANTO-SPERBER, Monique. (Organizadora). Tradução: Ana Maria Ribeiro-Althoff, Magda França Lopes, Maria Vitória Kessler de Sá Brito e Paulo Neves. **Dicionário de ética e filosofia moral.** 1.v. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 729/730. Sobre a “ek-sistência”: “A ‘ek-sistência’ é, portanto, a maneira de ser do ser como *Dasein*. Essa maneira de ser é desde o início uma

e fatos³⁸³; em razão de que a sociedade e as pessoas que nela convivem estão em um movimento cíclico e não estagnado em verdades prontas, inquestionáveis e acabadas.

Embora não haja um único fator determinante para as crises vivenciadas hodiernamente pela sociedade, pelas instituições e pelo Estado, não se pode frustrar soluções para os problemas surgidos, a chama deve ser mantida acesa, mas sob a lembrança de que há um caminho a ser percorrido no sentido de garantirem-se os direitos humanos existentes, a partir de uma visão bioética fundamentada constitucionalmente e tornada realidade a partir das decisões dos tribunais, sob a adoção dos critérios estabelecidos pela Hermenêutica Filosófica.

Essa fundamentação em momento algum quer dizer simplesmente o “apontamento de legislação” ou “indicação do texto positivado”, mas fundamentar

conduta: a conduta do ser-aberto ao fazer-sentido, ser-aberto que é ele mesmo aberto pelo (ou então: cuja abertura consiste no) desejo/poder do sentido. Enquanto assim aberta, essa conduta é colocação-fora-de-si, ou ex-posição como posição mesma do 'ek-sistente'. Esse ser-fora-de-si ou essa 'essência extática' não sobrevém a um 'si' já dado. E por ele, ao contrário, que alguma coisa como um 'si' (um sujeito, e um sujeito responsável) pode advir. O 'êxtase', tal como deve ser entendido aqui, não é a exaltação fora dos limites do ordinário. (De resto, o êxtase, como a exaltação, não é em absoluto, como tal, a marca de um acesso à autenticidade. Eis por que a palavra 'êxtase' sofre também a modificação em 'ek-stase'). O ser em 'ek-sistência' consiste em 'ser o aí'. O aí é o aberto enquanto, diretamente junto a uma existência hic et nunc, trata-se do fazer-sentido. O ek da 'ek-sistência' é a conduta própria ao ser na medida em que, sendo o aí – sendo que há aí uma existência -, o ser é o sentido. O sentido, com efeito, é 'a estrutura da abertura'. O ser é, portanto, essencialmente um fazer(-se)-sentido, mediante o conjunto das determinações doravante adquiridas para especificar o alcance dessa fórmula. Mas a determinação fundamental é sem dúvida a seguinte: assim como o sentido que se trata de 'fazer' não é um sentido atribuível segundo qualquer outra coisa que não o ser, tampouco o ser não pode fazer sentido pela simples posição de um ser-aí. Não há, no princípio, nem simples transcendência, nem simples imanência. Se é legítimo dizer, sem nenhuma acrobacia verbal, que o sentido do ser é o ser do sentido, será para dizer que o sentido (da existência humana, mas, com ela, do mundo) não é, em princípio, nada senão o agir, ou a conduta. A conduta é assim a transcendência própria da imanência do ente.”

³⁸³ CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 70/71. Veja-se: “..., dá para perceber que o homem pode muito mais do que deve. ...Chegar a um consenso é praticamente impossível; então, deve-se buscar a tolerância junto com a responsabilidade. Portanto, a bioética deve pronunciar-se entre a manipulação e a humanização. A bioética não pretende calar a ciência, proibir as pesquisas, mas sim, caminhar com elas, tentando verificar os problemas antes que eles ocorram, avaliando o que realmente vale a pena, no sentido de prevenção. O poder do homem sobre a vida mostra-se como uma realidade esperançosa, mas ao mesmo tempo, perigosa demais. É importante que o homem seja capaz de assumir decisões éticas que possibilitem um futuro plenamente humano. O progresso científico, aos poucos, deve ceder aos limites éticos e legais.”

é ir além de uma visão puramente reduzida da aplicação. Para que haja fundamentação, no sentido dado por Hans-Georg Gadamer não se pode conceber seja essa deduzida a partir de etapas compartimentadas e, portanto, distintas, pelo contrário para afirmar ter havido compreensão não se pode admitir separação entre interpretação e aplicação, interpretar, pois, é aplicar, que somente é possível porque houve compreensão consubstanciada em um pré-conhecimento de algo como algo.

Como ensina Jean-Yves Leloup³⁸⁴, ao fazer menção a um koan japonês - (koan - numa das tradições do budismo zen, o koan é usado para provocar uma meditação tão afastada, quanto possível, dos hábitos de pensamento, ou seja, é a indução da mente a uma condição meditativa: pode ser uma máxima, um poema curto, uma pergunta, uma imagem, um objeto incongruente de várias coisas, objetos ou pessoas, que obriga a inventar uma reação nova/criadora.) – muito pertinente à temática aqui abordada: “ Minha casa pegou fogo. Nada mais me oculta a lua deslumbrante”.

Baseado nesse koan japonês Leloup faz um diálogo indagando:

“Se sua casa pegasse fogo, o que você salvaria?

- O fogo!

Se a igreja pegasse fogo, o que eu salvaria?

- O fogo, a chama de Pentecostes que ao mesmo tempo nos alimenta e nos consome, que numa mesma chama destrói e constrói a Igreja.

Se o mundo pegasse fogo, o que eu salvaria?

- Esta chama! Esta centelha de amor, a única coisa que jamais nos será tirada! O amor é o único Deus que não é um ídolo; só o possuímos quando o damos.

Se minha vida pegasse fogo, o que eu salvaria? Para o céu, nada se leva... a não ser o que se deu.”

³⁸⁴ LELOUP, Jean-Yves. Tradução: Maria Leonor F. R. Loureiro. **Jean-Yves Leloup: se minha casa pegasse fogo, eu salvaria o fogo.** São Paulo: UNESP, 2002, p. 33/34.

Portanto, utilizando como analogia tais ensinamentos temos que o profissional da área jurídica deve estar aberto às mudanças, não temendo a distância causada pelo incessante e contínuo desenvolvimento científico e tecnológico e seu divórcio com a lei, que sempre está aquém dos acontecimentos, podendo lançar mão da hermenêutica filosófica para que cumprindo o determinado no art. 93, IX, da Constituição Federal, possa fundamentar suas decisões de maneira a trazer o equilíbrio às relações conflituosas.

2.4 – Jurisprudência ou Jurisciência?

A maneira como será feita a construção jurisprudencial dos nossos Tribunais, no que diz respeito às questões que envolvem a “bioética” poderá assumir uma nova roupagem, baseada não em pré-juízos inautênticos que se sustentam em critérios previamente definidos e impostos, mas sim, a partir de uma interpretação que se dará sob os critérios da hermenêutica filosófica, possibilitando aos intérpretes da lei uma fundamentação mais consistente do que a usual que acaba por levar inclusive a não efetividade do direito.

Para demonstrar que essa construção a partir da hermenêutica filosófica é viável e perfeitamente possível, foi desenvolvida uma triagem do caminhar da hermenêutica, demonstrando como a hermenêutica tradicional conduzia a interpretação de uma maneira, em que não se consegue atender aos anseios da modernidade, a partir do cumprimento de três fases compartimentadas – compreensão, interpretação e aplicação – distintamente, em mecanismos individuais, fracionados, característica do pensamento metafísico, que se apega à essência das palavras, provocando uma tendência à unicidade/universalidade para com a valoração das coisas e fatos, o que deturpa a “verdade”, tornado no

campo do direito inefetiva a prestação jurisdicional, fazendo com que surjam questionamentos e descrédito.

Corroborando essa atitude jurisdicional que emperra a concretização do esperado e almejado pelo direito, Jean Cruet, apresenta sua crítica manifestando:

“A deformação progressiva do direito legal pela prática judicial é um fato. ..., o magistrado não tem de fazer-se oficiosamente o diretor da consciência jurídica da nação; deve ser tão somente o servidor impessoal da utilidade social, apreciada dum modo objetivo. Sob este ponto de vista, que aos nossos olhos é capital, o respeito das leis e dos princípios legais tem por efeito eminentemente útil reter o juiz no declive dum ideologia jurídica muito pessoal, aos seus olhos a lei exprime o que se poderia chamar o imperativo categórico da consciência social. Se a lei cessou de exprimir as necessidades e as idéias do meio social, o juiz não deixa de o levar em conta nos seus julgamentos, mas só quer tocar nos textos com mão leve, tímida e circunspecta. E assim é que, sem o saber e principalmente sem o dizer, ele tem sido um agente de evolução histórica; mas sofrendo a pressão dos fatos, não rivalizando com o legislador no desígnio de amoldar ao sabor dos seus desejos a matéria prima do direito, isto é o homem tal como era sua psicologia individual e coletiva. ...sem deter o progresso, os textos limitam e dirigem o arbítrio do juiz.”³⁸⁵

Continua sua crítica, afirmando:

“Quando sobre um ponto de direito existe uma jurisprudência constante e uniforme, ela acaba por adquirir uma fixidez quase comparável à da própria lei; nesse

³⁸⁵ CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. 2.ed. Leme: EDIJUR, 2003, p. 62/66.

momento, o direito do juiz passa a ser, como o direito do legislador, um verdadeiro direito escrito, mas escrito diversamente. Copiam-se, imitam-se, contam-se os precedentes, mas de pesá-los não se cuida. A jurisprudência é respeitada porque é a jurisprudência, e é respeitada a ponto dos advogados, para ganharem as suas questões se absterem de atacar de frente e preferirem mais habilmente iludi-la, mostrando como não é exatamente aplicável aos fatos da causa. É preciso então que a jurisprudência tendo evoluído contra a lei, continue a evoluir contra si mesma, evolução muito mais difícil e lenta, porque todo o corpo de direito, por si mesmo, tende, ...a não evoluir, mas a consolidar-se.”³⁸⁶

Portanto há a constatação de que uma posição do Poder Judiciário no sentido de realizar um trabalho interpretativo dentro dos parâmetros da hermenêutica clássica, contribui para a “ossificação”, “calcificação” da jurisprudência, demonstrando que este critério hermenêutico até hoje utilizado já se encontra desatualizado e arcaico, devendo ser aberto caminho para as críticas ao instituto, todas fundamentadas a partir do pensamento desenvolvido por Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Lenio Luiz Streck, pois através de uma crítica construtiva fazem surgir uma nova maneira de conceber a hermenêutica, com critérios próprios que lhe dão efetividade, refletindo da mesma forma quando aplicada ao ordenamento jurídico e aos princípios que o embasam.

A hermenêutica filosófica que tem sua fundamentação num novo enfoque hermenêutico, tendo como norteadores alguns critérios, tais como: a análise de pré-juízos inautênticos, a aceitação da noção de círculo hermenêutico, a diferença entre ôntico e ontológico, a viragem lingüística (ontological turn) e demais condições.

³⁸⁶ Ibid., p. 66.

A hermenêutica filosófica utiliza-se desses mecanismos para concluir que a interpretação autêntica ocorre no momento da “applicatio”, logicamente tendo perpassado pela pré-compreensão, compreensão e interpretação, finalmente chegando à aplicação, - mas não como etapas distintas a serem percorridas - que traduzem o que o ser do ente quis expressar quando do momento da “aplicação”; esta vindo carregada no seu bojo da pré-compreensão acerca do fato analisado pelo ser, portanto, interpretar é aplicar³⁸⁷.

Ao admitir que esses três momentos acabam por ocorrer em um só, acolhe-se a circularidade da autocompreensão³⁸⁸ que hipoteticamente tem seu

³⁸⁷ (COPETTI, André) Op. Cit., p. 144/145. Nota 9. A esse respeito Lenio Luiz Streck adverte: *“...inadequado pensar que fundamentação é legislação, e que aplicação é jurisdição. Fazer essa cisão é cindir o incindível. Não há etapas distintas na compreensão. Compreender é aplicar. Não é possível separar interpretação e aplicação. O sentido não se desloca do âmbito da compreensão. Aqui parece não ter sido bem compreendida a tese (central) gadameriana da applicatio, pela qual interpretar é aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por partes ou etapas e que, enfim, ‘em toda a leitura tem lugar uma aplicação’ (Gadamer). Quando Gadamer diz isto, ele não está se referindo à aplicação da lei ou na aplicação judicial. Para ser mais claro: a aplicação (applicatio) não se dá apenas nos casos de ‘aplicação judicial’. Essa leitura é errônea. Em face da incindibilidade entre interpretação e aplicação, em qualquer ato de nosso agir-no-mundo, estaremos aplicando. Se a aplicação somente ocorresse no ato de ‘aplicação judicial’, de que modo ocorreriam os demais atos do nosso agir-no-mundo?”*

³⁸⁸ (LARENZ, Karl.) Op. Cit., p. 285/293. Nota 285. Acerca da estrutura circular do compreender e a importância da pré-compreensão veja-se: *“A interpretação de um texto – qualquer que seja a sua natureza – não só tem que ver com o sentido de cada uma das palavras, mas com o de uma seqüência de palavras e frases que expressam um contínuo nexos de ideias. Por certo que o sentido contínuo resulta somente da compreensão de cada uma das palavras e frases, conquanto, em regra, o significado de cada palavra não esteja fixado na linguagem geral de tal modo que possa vir a ser usado sempre exactamente na mesma acepção. Ao invés, o significado da maioria das palavras revela uma maior ou menor amplitude de variação; qual seja o significado que aqui foi levado em conta ou que aqui se haja de entender resulta, não em pequeno grau, do posicionamento da palavra na frase e, ainda mais, da conexão total de sentido adentro da qual ela surja, em tal lugar do discurso ou do texto. Daí resulta uma especificidade do processo do compreender que é conhecida sob a denominação de «círculo hermenêutico». ...A imagem do «círculo» não será adequada senão na medida em que não se trata de que o movimento circular do compreender retorne pura e simplesmente ao seu ponto de partida – então tratar-se-ia de uma tautologia -, mas de que eleva a um novo estágio de compreensão do texto. Se o significado de uma palavra aceite em primeira mão pelo intérprete não se adequa ao nexos do sentido do texto, tal como este se vem a revelar ao intérprete no decurso do processo interpretativo, então o intérprete terá que rectificar sua posição inicial; se os possíveis (aqui imagináveis) significados da palavra revelam uma conexão de sentido diversa daquela que inicialmente o intérprete tinha conjecturado, este rectifica então a sua conjectura. O processo de olhar para a frente e para trás pode ter que repetir-se inúmeras vezes, mormente quando se tenha apenas contemplado uma parte do texto global – por exemplo, uma só frase ou parágrafo. Mesmo no caso em que se confirme plenamente a conjectura inicial de sentido, o intérprete já não estará situado no mesmo ponto, já que a sua mera suposição ou idéia se converte, de ora em diante, em certeza. A conjectura de sentido tem o carácter de uma hipótese, que vem a ser confirmada mediante uma interpretação conseguida. O*

momento como se fizesse parte de uma espiral, onde o movimento se dá incessantemente, de maneira contínua e no seu interior, a partir da pré-compreensão, passando pela compreensão, interpretação e se concretizando na aplicação, através do uso da linguagem, porque esta é que vai tornar possível o desvelamento/desocultamento por meio da projeção que se faz no momento da compreensão, onde vai ser posto para fora o que se achava velado.

No entanto, esse movimento de “velamento” e “desvelamento” é constante, porque reconhecer que sempre existe o que é velado, é admitir por outro lado que sempre há também o que desvelar; essa constatação leva a uma necessidade típica da função do intérprete, que é a de estar vigiando o ser, com o respectivo cuidado – “sorge”.

Fazendo-se a comparação entre as concepções da hermenêutica o que se vê é que a hermenêutica clássica fez com houvesse a criação uma tradição inautêntica acerca da adoção dos princípios jurídicos, o que acaba por

processo de compreender tem o seu curso, deste modo, não apenas em uma direcção, «linearmente», como uma demonstração matemática ou uma cadeia lógica de conclusões, mas em passos alternados, que têm por objectivo o esclarecimento recíproco de um mediante o outro (e, por este meio, uma abordagem com o objectivo de uma ampla segurança). Este modo de pensamento, que é estranho às ciências «exactas» e que é descurado pela maioria dos lógicos, é na Jurisprudência de um grande alcance. Não só se manifesta a propósito da interpretação de textos, de acordo com a conexão de significado e da ratio legis – que é pelo menos em parte indagada com a ajuda do texto -, mas também no processo de aplicação da norma a uma determinada situação fáctica. ENGISCH fala neste contexto, de um «ir e vir de perspectiva» (entre o elemento de previsão da norma e a situação fáctica). E manifesta-se com especial nitidez, a propósito da concretização de pautas de valoração carecidas de preenchimento em relação a casos «típicos» e a grupos de casos. O pensamento «linear», ao invés, afirma-se no «silogismo da determinação dos efeitos jurídicos» e na subsunção, sempre que esta seja suficiente. No início do processo do compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que ocorre a inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia. O intérprete está munido de uma «pré-compreensão», com que acede ao texto. Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela. Sem uma tal pré-compreensão, tanto num como noutro aspecto, seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma «conjectura de sentido». O intérprete necessita da sua para se entranhar no processo do compreender. Pode surgir como insuficiente no decurso deste processo e então terá de ser rectificadada por ele de modo adequado. Quanto mais longa e pormenorizadamente alguém se ocupa de uma coisa, quanto mais profundamente nela tenha penetrado, tanto mais rica será a sua pré-compreensão, tanto mais cedo se formará nele uma adequada conjectura de sentido e tanto mais rapidamente se concluirá o processo do compreender. ...A sua «pré-compreensão» é resultado de um longo processo de aprendizagem, em que se incluem tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação ou posteriormente com as últimas experiências profissionais e extra-profissionais, mormente as que respeitam a factos e contextos sociais.”

refletir principalmente para a bioética, concernente ao fato de que as questões relativas a ela e que a envolvem estão ligadas diretamente aos progressos trazidos pelo avanço da ciência e da tecnologia, não estando garantidos por paradigmas axiológicos fixos, como quer pressupor a dogmática.

Esse tipo de pensamento encontra-se ultrapassado como adverte Leonel Severo Rocha:

“A dogmática jurídica é vista também, por alguns, como sinônimo de ciência do direito, visto que se entende que este conjunto de conhecimentos sobre as normas jurídicas que a compõe é capaz de responder às exigências epistemológicas da cientificidade. Entretanto, não é preciso ser epistemólogo, para que se perceba a incoerência metodológica dos axiomas constituintes desta ciência do Direito, a partir da qual valores e dogmas são vistos como paradigmas da ciência. É no campo da política que a questão se apresenta de forma mais complexa, sendo esta uma temática que não pode ser resolvida independentemente do problema da cientificidade. Os juristas tradicionais, ou dogmáticos, não discutem criticamente os valores jurídicos, assim como a ciência do Direito. Para eles, que infelizmente são a grande maioria, esta é uma problemática da qual tudo já foi dito e não há nada mais a dizer.”³⁸⁹

A consagração dogmática da lei nada mais é do que achar incontestavelmente que os textos normativos, seus princípios e fundamentos são fórmulas prontas e precisas, que se impõem com respeito ao aplicador do direito, devendo este se submeter cegamente e de maneira absoluta a esses instrumentos, sem a análise do aspecto verdadeiro das coisas, não ousando desviar-se do caminho imposto por esses textos. Não interessa para os que

³⁸⁹ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2.ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 52/53.

adotam esse tipo de postura, compreender o mundo social³⁹⁰ em toda a sua extensão complexa, que implica em um movimento constante e incessante, mas sim, o objetivo é sempre buscar esclarecer a origem desses movimentos que se traduzem em fatos conflitantes que são levados ao Judiciário, unicamente no direito que é uma engrenagem fornecida através do Estado pelo estabelecimento destas normas e não, na sociedade (compreendendo-se aqui uma coletividade de pessoas), nas pessoas de onde se originaram.

Esse desinteresse pode, a princípio, parecer o correto porque, atrelado a uma fidelidade ao ordenamento jurídico posto, como uma regra incontestável de possibilitar segurança jurídica aos cidadãos, no entanto, isso traduz uma ilusão utópica e de óptica, porque quando há a ocorrência de uma situação fática não amparada pela lei, essa vai apresentar-se como um monstro àqueles que têm uma visão não aberta às mudanças sociais, ficando adstritos ao denominado “princípio da legalidade”, de maneira cega e intransigente, como se estivessem numa rua sem saída, sem qualquer tipo de alternativa, ficando condenados ao ostracismo³⁹¹.

³⁹⁰ ROCHA, Álvaro Felipe Oxley da. **Direito, Estado e Justiça: conceito e debates em Filosofia Política**. ANUÁRIO – 2005 – Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado – Organizadores: André Copetti, Lenio Luiz Streck e Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 36. Esse descaso para com os problemas havidos em sociedade é apresentado como fator que contribui para a instalação da crise do Judiciário: *“É possível apontar, por essa via, que a crise do Judiciário nos países periféricos é também uma crise da magistratura, que tem sua tradicional posição de superioridade social questionada em razão de demandas cada vez mais populares, em quantidade cada vez maior. A complexidade das novas demandas e as críticas contundentes ao não-engajamento dos juízes nas questões políticas e sociais coloca em risco a concepção de campo jurídico, compartilhada por estes agentes, deflagrando por vezes crises pessoais e institucionais, pelo confronto direto ao ‘habitus’ judicial individual e de classe, formado no estudo da tradição europeia importada, recortada e ‘adaptada’ à tradição local de autoritarismo político e desinteresse pelas demandas sociais”*. E continua: *“...o estudo de um caso do Judiciário brasileiro evidenciou o distanciamento social entre juízes e demandantes e a falta de preparo teórico (não-técnico) desses agentes para enfrentar as novas críticas e problemas que lhes são endereçados, como a relação com a mídia e o nepotismo. Como antes referido, muitos desses agentes evidenciaram desconhecer conceitos filosóficos fundamentais e mecanismos básicos da dinâmica social e política, o que autoriza a concluir que o problema da formação dos novos juristas, e da reciclagem dos hoje ativos, é um entrave relevante à realização de um Estado Democrático de Direito entre nós, que necessita ser enfrentado de forma serena mas incisiva”*.

³⁹¹ (HESPANHA, António.) Op. Cit. Texto apresentado por Andreas Auer à 4ª. Conferência Européia de Estudos Críticos do Direito, em Coimbra no ano de 1986, intitulado: **O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, setembro de 1993, p. 127/128. Nota: 365. Com relação ao tema o autor nos ensina que: *“Mesmo ao nível da retórica, o princípio da legalidade não é, contudo, absoluto. A teoria*

Para esclarecer ainda de maneira mais clara o que se pretende, além das disparidades trazidas pelo avanço científico e tecnológico, ainda podem ser mencionadas situações outras que implicam na mesma condição, tal como: o caso Cássia Eller, “Chicão” e Maria Eugênia Vieira Martins³⁹², que versou a respeito de uma situação ímpar, envolvendo um relacionamento homossexual e a discussão sobre a guarda de uma criança por uma pessoa que não possuía com ela laços consanguíneos, mas tinha para com ela laços estreitos de afetividade. Ainda podendo, também, questionar o fato de pessoas que sabem ser portadoras do vírus HIV e passam dolosamente esse mal para outras pessoas com quem relacionam e, embora vários casos já tenham ocorrido³⁹³ não há legislação pertinente que o tipifique como crime, pelo contrário à lei ampara esse tipo de situação, provocando injustiças sob a invocação do que preceitua o art. 5º, inciso

constitucional reconhece que, em certas circunstâncias e em certos domínios, o Estado pode agir sem se fundar numa lei, embora se esforce por fazer aparecer estes casos como exceções raras, senão insignificantes. É o que acontece, em particular, em caso de urgência, de necessidade, de perigo iminente para a ordem pública. A razão de Estado chama-se, em teoria constitucional, cláusula geral de polícia. Mas esta cláusula apenas vale para as restrições aos direitos e às liberdades dos cidadãos. Para prevenir ou afastar um perigo grave, directo ou iminente para a ordem, para a tranqüilidade, a saúde ou a moralidade públicas, a autoridade pode restringir os direitos fundamentais sem base legal. Esta violação do princípio da legalidade é, de alguma forma, inevitável, não somente porque a natureza e as características do atentados que a ordem pública corre o risco de sofrer não podem (ou apenas podem dificilmente) ser previstas pelo legislador, mas também porque a adopção de uma lei é um processo por vezes muito longo e complexo e, por fim, porque se admite que o Estado tem o direito de se defender a si mesmo.”

³⁹² O ESTADO DE SÃO PAULO. **Justiça mantém com Eugênia a guarda provisória de Chicão: Desembargador acha que suspender decisão causaria mais danos ao filho de Cássia Eller.** Reportagem de Roberta Pennafort. Data: 25 de janeiro de 2002, p. A6.

³⁹³ FOLHA DE SÃO PAULO. **Mulher é condenada por ter Aids: juiz considerou que Selma de Jesus, apesar de saber que tinha o vírus HIV, não avisava os parceiros.** Reportagem de Ulisses de Souza. Data: 12 de abril de 1995, p.3.1. “O juiz Emílio Gimenez Filho, de Paraguaçu Paulista (510 km a oeste de São Paulo), condenou anteontem a um ano de prisão Selma Regina de Jesus, 36, acusada de contagiar seus parceiros com o vírus HIV, do qual é portadora. ... O advogado de Selma de Jesus, Roldão Valverde, disse que a Aids ‘é uma doença nova e não se ajusta no Código Penal’. Segundo ele, a sentença do juiz abre caminho ‘para colocar todos os aidéticos na cadeia’... O Juiz baseou-se no art. 131, do Código Penal para condenar Selma. O artigo prevê pena de um a quatro anos para quem pratica ato sexual ‘com o fim de transmitir a outros moléstia grave’. Gimenez Filho justifica, em sua sentença, que o envolvimento de pessoas portadoras do vírus da Aids em atos considerados como crime não é um tema fácil, do ponto de vista jurídico. ...Para o juiz, se uma pessoa portadora do vírus omitir essa condição ao parceiro e não lhe exigir o uso do preservativo, ‘manifesta vontade de transmitir a doença’, abrindo espaço para ser considerada autora do crime. Ele diz ainda na sentença que num primeiro plano, humano, o aidético teria de ser considerado como vítima. Nesse caso, seria reconhecida a necessidade de ser ele tratado apenas como doente. Mas, num segundo plano, se o portador do vírus atua com consciência e deliberada intenção, ‘deve também submeter-se às regras jurídicas, quando então deve ser tratado como delinqüente de atos que possam prejudicar terceiros...”

XXXIX, da Constituição do Brasil e do art. 1º, do Código Penal, que dispõem que “não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal”, tornando às vítimas, vitimizadas pela própria lei.

O que a hermenêutica filosófica faz é o desvelamento do ser num processo dúbio de ocultamento e desocultamento, colocando-se em evidência o ser do ente (existência e faticidade³⁹⁴) através da linguagem³⁹⁵.

Situando a linguagem em evidência, ou seja, no seu devido lugar, é possível constatar a existência dos pré-juízos que são juízos estabelecidos e que se formam antes da efetivação definitiva de todos os momentos pelos quais se perpassa antes que se dê a aplicação. A pré-compreensão é uma condição da existência humana e esta pré-compreensão é o que diferencia os seres uns dos outros³⁹⁶ e possibilita ao intérprete reconhecer a validade ou não do texto legal ao seu crivo submetido.

Por este motivo não há que se cogitar em impor princípios universais absolutos ou mesmo adotar uma postura inflexível perante a lei (como um

³⁹⁴ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002. Segundo o autor: “A hermenêutica da faticidade trata justamente disso, uma vez que ela ‘não segue obviamente a curiosidade viciada na ordem, com a qual se ensina o sistema da filosofia nas cátedras’. Ela trata de um outro compreender, daquilo que a vida mesma oferece, não-apodíctica, mas da verossimilhança, da existência, do finito, do histórico tecido com o metafísico...”

³⁹⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 236. Sobre a linguagem a partir dos ensinamentos de Gadamer, o autor se manifesta explicando que: “A linguagem, desde o princípio, é humana. Aliás, ela não é simplesmente uma qualidade do homem que se encontra no mundo, mas dela depende e nela se revela que os homens enquanto tais possuem ‘mundo’. O mundo está aí para o homem, e esse ‘estar-aí’ é constituído lingüisticamente.”

³⁹⁶ GRONDIN, Jean. Tradução: Benno Dischinger. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 186. O autor preleciona ao mencionar Gadamer que: “Ele inicia pela descoberta de Heidegger, da estrutura ontológica do círculo hermenêutico. Ontológico significa aqui, como tão freqüentemente em Gadamer: universal. O círculo é universal, porque cada compreensão é condicionada por uma motivação ou por um pré-conceito. Os pré-conceitos – ou a pré-compreensão – escreve Gadamer provocadoramente, valem, de certa forma, como ‘condições de compreensão’ transcendentais. A nossa historicidade não é uma limitação, e sim um princípio de compreensão. Nós compreendemos e tendemos para uma verdade, porque somos guiados neste processo por expectativas sensoriais”.

imperativo categórico³⁹⁷), que querem impingir de essências significativas relacionadas ao direito, como se houvesse a possibilidade de criarem-se verdades absolutas, restando ao aplicador da lei somente a tarefa de trazer a lume essas verdades, esquecendo-se do ambiente, do que ocorre em sociedade e que a transforma historicamente, por essa razão não admitindo critérios estáticos, principalmente com relação a aplicar-se a norma legal ao caso concreto, não há que se falar, portanto, em subsunção³⁹⁸.

³⁹⁷ CORDON, Juan Manuel Navarro. MARTÍNEZ, Tomas Calvo. **História da filosofia**. 2.v. Portugal: Edições 70, 1995, p. 138. Com relação ao imperativo categórico de Kant, os autores explicam que: “A exigência de agir moralmente exprime-se num imperativo que não é – nem pode ser – hipotético (como os mandamentos das éticas materiais), mas categórico. Kant deixou-nos diversas formulações do imperativo categórico, das quais a primeira é a seguinte: «age somente segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal». Esta formulação revela claramente o seu carácter formal; de facto, este imperativo não estabelece nenhuma norma concreta, mas a forma que devem ter as normas que determinam a conduta de cada um, denominadas «máximas» por Kant: qualquer máxima deve ser tal que o sujeito possa querer que se converta em norma para todos os homens, em lei universal. Esta formulação do imperativo categórico mostra ainda a exigência de universalidade própria de uma moral racional. Kant apresenta, ainda na *Fundamentação Metafísica dos Costumes*, a seguinte formulação do imperativo categórico: «age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e como um fim e nunca apenas como um meio». Tal como a formulação anterior, também esta mostra o seu carácter formal e a sua exigência de universalidade; diferentemente da anterior, nesta formulação inclui-se a idéia de fim. Só o homem, enquanto ser racional é fim em si mesmo. Portanto nunca deve ser utilizado como um simples meio.”

³⁹⁸ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 155/156. Para o autor: “Para este ângulo de visualização do processo de subsunção, o direito se apresenta como algo já dado. Neste particular, reside a inadequação da proposta do modelo positivista, porque o direito é algo que deve ser buscado incessantemente. Entretanto, a formulação do raciocínio jurídico, a partir de premissas verdadeiras, mascara a própria natureza do raciocínio prático, transformando-o ‘num raciocínio impessoal, do qual se terá eliminado todo fator e decisão, que é, contudo, essencial. A especificidade do raciocínio jurídico não reside na dedução de uma conclusão formalmente correta a partir das premissas, mas, pelo contrário, nos ‘raciocínios que conduzem ao estabelecimento dessas premissas no âmbito de um sistema de direito em vigor. O que a proposta do raciocínio jurídico, através do silogismo, não consegue dar conta é a contextualização sistemática do direito, pois os textos legais, os costumes e os princípios exteriorizados através das crenças, das convicções ou das estimativas gerais do grupo humano, proporcionam apenas pautas ou guias para encontrar em cada caso concreto, o que é o direito. Disto resulta que o ponto de partida sempre será um caso, produzido no contexto social, de maneira independente das normas com as quais poderá ser contrastado. Assim sendo, ‘o caso se apresenta preliminarmente sem nenhuma pretensão de ajuste com alguma norma específica’. Parece que neste passo se produz a inversão do pensamento positivista, porque na estrutura silogística sempre a norma é o ponto de partida. Não obstante, como visto, é o caso que deverá desencadear o raciocínio jurídico, se pretendermos vislumbrar o direito um pouco mais além dos contornos definidos apenas pelos textos legais”.

Através do estabelecimento de “princípios para a bioética” como estáticos e absolutos, tenta impingir-se ao intérprete um critério para que este forme sua convicção, esquecendo-se de que esta tem que se formar “livremente”, tendo seu início a partir da pré-compreensão do ser do ente “julgador”. Não sendo admissível para aquele que reconhece a falibilidade desses, em aceitá-los, uma vez que não comunga do mesmo pensamento dogmático, que quer fazer crer que as palavras possuem uma essência e que esta essência vai determinar o caráter universal e incontestável delas, sempre esquecendo de que existe um ser (intérprete) por detrás, atuando com todo seu “ser” (querer³⁹⁹) e que este já possui pré-compreensão acerca das coisas, o que acaba por influir no juízo que faz sobre essas coisas.

Não se trata em momento algum de sustentar um posicionamento que sugira um descaso com relação à lei positivada, dando oportunidade ao nascimento de decisões injustas e contrárias à lei, que no mínimo ensejariam insegurança jurídica, mas sim, interpretar-se a lei com os critérios apontados pela hermenêutica filosófica, no sentido de dar proteção aos direitos de uma maneira mais justa e livre de uma “baixa compreensão” do texto legal, numa característica de leviandade, conseqüência de uma posição medíocre perante a lei.

A respeito das normas constitucionais, Lenio Luiz Streck adverte:

“..., é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema. Sendo um texto jurídico – cujo sentido, repita-se,

³⁹⁹ HEIDEGGER, Martin. Tradução: Mário Matos e Bernhard Sylla. **Introdução à metafísica**. Lisboa: Instituto Piaget, 1987, p. 29. Como ensina o autor: “*Quem deseja saber aparentemente também questiona; mas não consegue ir para além de um formular da questão, parando precisamente onde começa a questão. Questionar é querer-saber. Aquele que quer, que empenha toda a sua existência num querer, esse está decidido, determinado, é resolutivo. Essa determinação não adia nada, não se esquiva, pelo contrário, age imediata e continuamente. A de-terminação (Ent-schlossenheit) não é apenas uma simples tomada de decisão de agir, mas o começo do agir, antecipando e atravessando decisivamente todo o agir. Querer é determinação. [A essência do querer é aqui reposta na de-terminação. A essência da de-terminação, por sua vez, está no des-encobrimento (Ent-borgenheit) da existência humana para a clareira (Lichtung) do Ser, e de modo algum na cumulação da força do <<agir>>*”.

estará sempre contido em uma norma que é produto de uma atribuição de sentido – válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição do sentido de (e da) Constituição, que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença ‘faticidade-historicidade do intérprete e da Constituição – texto infraconstitucional’. Um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) jamais é interpretado disvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. Destarte, uma ‘baixa compreensão’ acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará sua ‘baixa aplicação’ ..., pré-juízos inautênticos (no sentido de que fala Gadamer) acarretam sérios prejuízos ao jurista.”⁴⁰⁰

Quando há a referência a uma “forma mais justa” de aplicar-se à lei garantindo direitos, poderia ser questionado qual seria esse critério, uma vez que a conceituação de justiça é problemática ante a amplitude do termo; no entanto, estabelecer um parâmetro não é tarefa das mais difíceis, pois, pode até afirmar-se não ter conhecimento do que é “justo”, mas a consciência sabe o que é “injusto”, por razões óbvias, inerentes à própria condição de ser-humano⁴⁰¹.

Por outro lado, o representante do Poder Judiciário, ao exercer a jurisdição utilizando-se da hermenêutica filosófica, estará agindo com mais cautela, inclusive, estando mais qualificado a fundamentar suas decisões, como preceitua o art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, ao agir dessa maneira estará dando um caráter a sua decisão de “jurisciência”.

⁴⁰⁰ **REVISTA DO INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA.** Vol.I, nº 2 – (Neo) Constitucionalismo ontem, os códigos, hoje as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 244. Texto extraído do artigo intitulado: Da proibição de excesso (ubermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais, de autoria de Lenio Luiz Streck.

⁴⁰¹ Op. Cit., (OST) Nota 270, p. 173. Numa visão negativa do direito, veja-se: *“Minha consciência, e não a consciência, o justo, a lei... O sentimento imediato, ainda irrefletido, a pulsão veemente que alimenta o grito de indignação: ‘É injusto!’ ‘É injusto demais!’ O protesto espontâneo que nos faz abordar o direito por seu lado negativo: se ignora o que é o justo, pelo menos sei o que é o injusto.”*

Portanto, além do conhecimento técnico que se deve pressupor possuir aquele que “julga” e emite “decisões”, deve ainda, ter um conhecimento extra-jurídico⁴⁰², que somado àquele possibilitará o conhecimento seguro de que necessita para exercer jurisdição, ou seja, além do conhecimento específico da área jurídica traz consigo uma pré-compreensão das coisas (moral, ética, política, economia, etc), o que faz “algo ser algo”⁴⁰³.

A aplicação do direito, deve segundo Vicente de Paulo Barreto não estar restrita a uma leitura pura e simples do direito positivo, até porque este é

⁴⁰² DAMÁSIO, António R. Tradução: Dora Vicente e Georgina Segurado. **O erro de descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. 5.Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 109/110. O autor menciona quais são os requisitos para a escolha de uma decisão acerca de um problema pessoal que, nesse contexto pode ser observado pela semelhança que possui com um critério decisório judicial, onde há que se reconhecer que o intérprete da lei não pode somente re-produzir o texto legal, mas sim deve pro-duzir a partir dele e do conhecimento que possui: “..., a escolha de uma decisão quanto a um problema pessoal típico, colocado em ambiente social, que é complexo e cujo resultado final é incerto, requer tanto o amplo conhecimento de generalidades como estratégias de raciocínio que operem sobre esse conhecimento. O conhecimento geral inclui fatos sobre objetos, pessoas e situações do mundo externo. Mas como as decisões pessoais e sociais se encontram inextricavelmente ligadas à sobrevivência, esse conhecimento inclui também fatos e mecanismos relacionados com a regulação do organismo como um todo. As estratégias de raciocínio giram em torno de objetivos, opções de ação, previsões de resultados futuros e planos para a implementação de objetivos em diversas escalas de tempo.”

⁴⁰³ Op. Cit. (Anuário 2004), p. 149/150. Nota 222. No entanto, essa não é a opinião de PEPE, Albano Marcos Bastos, em **A recepção Habermasiana da Sociologia do Direito de Max Weber**, contrapondo o pensamento de que é possível a coexistência entre direito e moral implicitamente evidenciada através do conhecimento trazido pelo intérprete da lei e concretizado no decreto decisório, aponta “...o campo específico da compreensão do direito através da ótica Weberiana, tem-se seu âmbito concebido segundo um modelo que é suscetível de racionalização formal, ou seja, de racionalização na perspectiva das relações meio-fim. Weber, ao considerar a racionalidade dos sistemas de ação apenas sob a égide do complexo de racionalidade cognitivo-instrumental, consegue distanciar o sistema jurídico de uma ordem da vida, que é submetida às formas de racionalidade prático-moral. Isto através de uma reinterpretação e redução empiristas da problemática da legitimação e de uma desconexão categorial do sistema político a respeito das formas de racionalidade prático-moral, como bem o salienta Habermas. ..., Weber destaca as características estruturais da positividade, legalidade e formalismo do direito, sistematizado por especialistas e com a positividade das normas estatuídas. E com isso o torna auto-suficiente no que se refere a sua fundamentação. Portanto, o direito é assumido como um meio de organização desenvolvido no plano da ação racional-com-respeito-a-fins, sem nenhuma vinculação com a realidade prático-moral. Resta no entanto, uma questão básica que é levantada por Habermas ao analisar tais aspectos da sociologia do Direito de Weber: aquela que questiona a sustentação da dominação legal, sem estabelecer os seus fundamentos, ou seja, como pode ser legitimada a dominação legal? O posicionamento de Weber para resolver esta questão está na legitimação mediante procedimento. Ao que acrescenta Habermas: ‘legitimação mediante procedimento não significa aqui que se recorra às condições formais de justificação prático-moral das normas jurídicas, senão a observância das regras procedimentais estabelecidas para a criação, interpretação e aplicação do direito.’”

insuficiente frente ao quadro de alta complexidade da sociedade do novo milênio. Segundo Barreto, o problema nodal do pensamento jurídico contemporâneo deslocou-se, assim, para a investigação dos valores e critérios argumentativos, que possam servir de parâmetros referenciais em função dos quais a sociedade contemporânea irá construir e aplicar o sistema de normas jurídicas⁴⁰⁴.

Portanto, essa investigação somente atingirá seu objetivo se realizada a partir da adoção de uma reflexão ético-filosófica baseada numa análise dos mecanismos sociais de uma sociedade constituída por seres humanos livres e autônomos, numa atitude moralmente e juridicamente responsável quanto aos atos que vierem a ser praticados.

A bioética é, dentre outros, o espaço mais apropriado para que haja esse tipo de reflexão, desde que embasada pelos fundamentos constitucionais que lhe servirão de suporte, em razão do fato de ser a Constituição do Brasil a base da ordem jurídica democrática e estar eivada de virtudes morais, a começar pela exigência de respeito à vida, que permeia todo o texto e a terminar por ser ela o instrumento apto a ser utilizado pela sociedade para definir e atribuir responsabilidades, refletindo, a natureza moral que possui, ensejando uma leitura metapositiva dos seus dispositivos legais⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 246, em texto de BARRETO, Vicente de Paulo intitulado **Perspectivas epistemológicas do Direito no século XXI**.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 246, em texto de BARRETO, Vicente de Paulo intitulado **Perspectivas epistemológicas do Direito no século XXI**. Também justifica seu posicionamento afirmando que a contrariedade quanto a esse fato, fundada em uma postura que indaga e a partir dessas indagações enxerga o sistema jurídico separado da política e da moral refletem uma desconfiança frente ao “novo” e explica: *“Essas perguntas disfarçam, muitas vezes, uma desconfiança e representam no fundo uma resistência dos meios jurídicos a ter que lidar com valores morais e políticos, que, até o advento do estado democrático de direito, eram desconhecidos e desconsiderados pela prática judiciária. É uma resistência que entra em conflito direto com o próprio projeto político do estado democrático de direito, pois significa adotar um modelo de interpretação liberal do sistema jurídico, o que termina por inviabilizar a superação dessa ordem jurídica, como pretende a Constituição de 1988. Em conseqüência, a implementação da ordem constitucional, estabelecida na Constituição de 1988, torna-se prejudicada, pois o estado democrático de direito supõe para o seu pleno funcionamento, precisamente, o emprego desses valores morais, conceitos filosóficos e princípios para a compreensão do espírito e do texto da Constituição e das leis. Essa resistência encontra-se espalhada nos meios profissionais, nas faculdades de direito, nos órgãos legislativos, e expressa-se, principalmente, na crença de que a*

Inclusive um novo posicionamento para a bioética é defendido por Antônio Moser, quando adverte que essa disciplina tem uma tríplice missão, consubstanciada em uma função de possibilitar o discernimento acerca dos fatos que a envolvam, o estabelecimento de limites quanto às pesquisas realizadas em seres humanos e por fim a promoção de responsabilidade⁴⁰⁶. Portanto, não se trata do estabelecimento de uma nova proposta, mas tão somente de um ajuste quanto ao seu proceder resultado de um re-pensar quanto aos mecanismos operacionais que podem efetivá-la.

Esse tipo de conhecimento vai ainda, possibilitar uma abertura maior, inclusive no que diz respeito à adoção de uma conduta flexível frente a situações novas que se apresentem; não que ele deterá todo o conhecimento, pois, pensar-se dessa forma se estaria deturpando o raciocínio, mas poderá ele lançar mão de instrumentos, tais como: perícias, pareceres, laudos, doutrinas e decisões do direito comparado, que complementariam e lhe dariam subsídios para uma interpretação mais segura da lei vigente.

Para tanto, deve o aplicador do direito ter a consciência de que os saberes científicos têm uma característica própria que é a de sempre produzirem enunciados provisórios, porém, essa provisoriedade de seus enunciados não pode ser vista como um mal, como uma deficiência; pelo contrário, é isso que lhe possibilita uma perpétua readaptação garantindo-lhe o caráter evolutivo.

No que diz respeito ao direito, ele encontra seu espaço no rol das ciências sociais⁴⁰⁷, devendo o aplicador do direito ter em mente que ela é uma

Filosofia do Direito trata de ideais e valores, que não têm qualquer repercussão e importância na realidade do mundo jurídico."

⁴⁰⁶ MOSER, Antônio. **Biotecnologia e bioética: para onde vamos?** 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 352/353.

⁴⁰⁷ IHERING, Rudolf Von. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. **É o direito uma ciência?** São Paulo: Rideel, 2005, p. 53/91. Através de uma conferência inaugural proferida em Viena em 16 de outubro de 1868, em forma de questionamento, esse estudioso clássico do direito defende de forma incisiva ser o direito uma ciência, sob a ótica da dogmática: "*Das ciências não há nenhuma outra a que não se pode atribuir-lhe este caráter de forma tão clara como a Ciência do Direito, e como este funciona não raras vezes.*" Depois de defender a existência de um processo histórico na

ciência subjetiva e não objetiva como é o caso das ciências naturais. A diferença está centrada quanto aos seus métodos de averiguação e comprovação com relação às ciências sociais essas buscam a compreensão dos fenômenos sociais a partir das atitudes mentais e do sentido que os agentes conferem as suas ações através da adoção de um critério qualitativo.

Nas ciências naturais, os métodos usados são critérios epistemológicos quantitativos que lhe possibilitarão um conhecimento: objetivo, explicativo e nomotético, no entanto, esse tipo de separação tem sido questionado como pode ser constatado através da análise do pensamento de Karl-Otto Apel, que propõe uma transformação através da mediação entre essas duas posições⁴⁰⁸.

formação da ciência do direito, da existência de um direito positivo e um direito natural, inclusive apresentando uma crítica quanto a este, continua sua preleção: *“...A fonte do Direito primeira e originária está dentro do coração de cada homem; a segunda, que vem imediatamente depois, é a necessidade, é a exigência da vida e do conhecimento prático, que para fins necessários buscou os meios corretos. E tudo o que fez: o coração e o conhecimento no transcurso desse milênio, a visão ética da vida do povo, que se corporificou nas instituições jurídicas, experiências, que nelas parecem ter se sedimentado, tudo deve ser um erro, ou pelo menos ter a marca do positivo como arbitrário e ser despachado como sem valor? Não! Senhores, a verdade não está fora do mundo, jaz no mundo, e este é o grande avanço que o presente século deu à Ciência do Direito: que ela buscou ali o Direito, onde se encontra, não nas regiões das realidades abstratas do Direito natural. O realismo, que domina nossa época, foi também demonstrado na Ciência do Direito, a qual regressou ao solo acidentado da história e também à nossa atual Filosofia do Direito, que não se retirou dele. Não creio exagerar, quando afirmo que tenho a convicção de que vosso futuro e a influência que vos corresponde se determinarão efetivamente pelo acerto e pela energia com os quais esta se aprofunda cada vez mais no mundo real. Encerra sua preleção, mencionando: “E se agora faço a soma do que disse, assim denomino a Ciência Jurídica – a consciência científica no assunto do Direito -, a partir de um tríplice ponto de vista. Do âmbito da Filosofia do Direito que investiga seus últimos fundamentos (consciência), à qual o Direito agradece sobre a terra sua origem e validade. Do ângulo da História do Direito, que a seguiu em todos os caminhos que tomou e, época após época, a promoveu para uma perfeição mais elevada. E, por derradeiro, da perspectiva da dogmática que, por meio do uso prático, ordenou uma representação científica de todas as experiências e fatos, os quais encerram em si o ponto final e culminante da compreensão e conhecimento do Direito.”*

⁴⁰⁸ APEL, Karl-Otto. Tradução: Paulo Astor Soethe. **Transformação da filosofia**. 1. Filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. São Paulo: Loyola, 2000, p. 37/38. É feita pelo autor, uma sugestão para que haja uma transformação da filosofia através de uma abordagem dialética, que promova uma mediação entre a hermenêutica filosófica e os critérios utilizados pela ciência: *“..., o atual surgimento de uma problemática fenomenológico-hermenêutica em meio à dimensão histórica da epistemologia normativa demonstra, de fato, que a fenomenologia hermenêutica é mesmo capaz de cumprir uma função corretiva diante do estreitamento científico-metodológico da problemática acerca da verdade quando ela mesma não é irrelevante do ponto de vista normativo-metodológico – e talvez tão somente nessa circunstância. No contexto da história moderna da ciência, essa circunstância torna-se visível, por exemplo, ao se considerar que descrições*

Mas a resistência do direito como sendo uma ciência advém de uma argumentação de que as ciências sociais têm um longo caminho a percorrer no sentido de compatibilizarem com os critérios de cientificidade das ciências naturais, mediante a superação de obstáculos que lhes são inerentes. Tais obstáculos são citados por Boaventura de Sousa Santos, - inspirado que foi na obra *The Structure of Science* de autoria de Ernest Nagel⁴⁰⁹ -, como se segue:

“...as ciências sociais não dispõem de teorias explicativas que lhes permitam abstrair do real para depois buscar nele, de modo metodologicamente controlado, a prova adequada; as ciências sociais não podem estabelecer leis universais porque os fenômenos sociais são historicamente condicionados e culturalmente determinados; as ciências sociais não podem produzir previsões fiáveis porque os seres humanos modificam o seu comportamento em função

empíricas e elucidações do desenrolar dos fatos na história das ciências, quando tomadas em si mesmas, são irrelevantes para a compreensão filosófica das ciências. Elas se tornam relevantes, sim, apenas no momento em que se pode compreendê-las como complementos ‘externos’ de reconstruções ‘internas’ – ou seja, de reconstruções racionais, normativamente relevantes: sob um ponto de vista ideal, elas deveriam apreender e ‘elucidar’ a partir de causas heterogêneas exatamente aquilo que não se pode ‘compreender’ no sentido de uma reconstituição metodológico-racional. Com isso, entretanto, afirma-se também que o sentido próprio da história da ciência deve residir tanto na validação quanto na correção da ratio normativo-metodológica da epistemologia filosófica, utilizando-se, para isso, de um compreender mais profundo da respectiva ratio dos clássicos, no sentido do ‘círculo hermenêutico’. Em outras palavras, o compreender as ações humanas deve implicar, ao contrário do elucidar dos acontecimentos naturais, uma reivindicação normativa de justificação. ...O observador que apenas descreve as coisas sem qualquer juízo de valor é incapaz de se conectar cognitivamente a algo como a história, por exemplo. Caso pretendam ter relevância para a inteligência filosófica da ciência – no sentido de uma ‘antropologia gnosiológica’ ou de uma ‘epistemologia enquanto teoria social’ -, não se podem entender nem mesmo os ‘interesses cognitivos’ enquanto fatos no sentido de uma ciência empírico-analítica desprovida de juízos de valor; como causas ‘externas’, eles serão relevantes para a inteligência da ciência apenas quando puderem ser confrontados com os interesses ‘internos’ legítimos e ‘entendidos’ – no sentido da ‘crítica ideológica’ – como desvios conscientes ou inconscientes em relação ao comportamento racional. Disso resulta, por exemplo, a tese de que o interesse cognitivo técnico, considerado como um a priori da constituição de sentido para as ciências naturais experimentais, deva ser um interesse passível de legitimação do ponto de vista normativo-metodológico. O que se deveria demonstrar aqui pelo exemplo do compreender das ciências naturais – e isso quer dizer: em termos do campo de sentido da cognição humana aberto por meio do interesse técnico-científico de disposição e elucidação – pode ser transmitido, afinal, apenas para o campo de sentido aberto por meio do próprio interesse no acordo mútuo; em outras palavras: a tese da relevância normativo-metodológica refere-se ao compreender filosófico de todas as formas de cognição humana, inclusive à de sua autocompreensão.”

⁴⁰⁹ NAGEL, Ernest. **The structure of science: problems in the logic of scientific explanation.** Nova York: Harcourt, Brace & World, 1961, p. 447 e ss.

do conhecimento que sobre ele se adquire; os fenômenos sociais são de natureza subjetiva e como tal não se deixam captar pela objetividade do comportamento; as ciências sociais não são objetivas porque o cientista social não pode libertar-se, no acto de observação, dos valores que informam a sua prática em geral e, portanto, também a sua prática de cientista.⁴¹⁰

Em que pese todos esses obstáculos e argumentos, não se pode por outro lado afirmar que sejam insuperáveis, pelo contrário, essa constatação somente cumula de particularidades próprias às denominadas “ciências sociais”.

Como base de superação desses obstáculos Boaventura de Sousa Santos apresenta o que ele denomina de “paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente”, mencionando:

“Com esta designação quero significar que a natureza da revolução científica que atravessamos é estruturalmente diferente da que ocorreu no século XVI. Sendo uma revolução científica que ocorre numa sociedade ela própria revolucionada pela ciência, o paradigma a emergir dela não pode ser apenas um paradigma científico (o paradigma de um conhecimento prudente), tem de ser também um paradigma social (o paradigma para uma vida decente).⁴¹¹”

Para firmar o que ele intitulou de “paradigma emergente”, justifica seu posicionamento através de quatro argumentos, o primeiro baseado no fato de que “todo conhecimento científico-natural é científico social; o segundo de que “todo conhecimento é local e total”, o terceiro de que “todo conhecimento é autoconhecimento” e por fim, o quarto, “todo conhecimento científico visa constituir-se em senso comum”⁴¹².

⁴¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 12.ed. Porto: Afrontamento, Janeiro/2001, p. 20/21.

⁴¹¹ Ibid., p. 37.

⁴¹² Ibid., p. 36/58.

Com relação ao seu primeiro argumento esse pode ser resumido no fato de que houve uma superação da dicotomia ciências naturais e ciências sociais com a modificação do pensamento humano sobre a concepção mecanicista. No que diz respeito ao segundo, esse também pode ser resumido na seguinte afirmação “todo especialista é aquele que sabe cada vez mais do nada” e a título de exemplo pode-se mencionar o fato de que o direito reduziu a complexidade do mundo jurídico à *secura* da dogmática, fazendo do jurista um ignorante especializado.

No que tange ao terceiro argumento, pode-se dizer que a ciência não descobre, mas sim é um ato criativo que pressupõe um “ser-aí”, que pré-compreende, por isso, se afirmar que todo conhecimento é um autoconhecimento, o ser somente apresenta ao mundo científico aquilo que pré-compreendeu, compreendeu, interpretou e aplicou, ou seja, experiências dentro do limite de seu sistema de domínio, que posteriormente é manifestado através da linguagem que é o nome do ser.

Por fim, o quarto argumento de que todo conhecimento científico visa constituir-se em senso comum, foi explicado pelo próprio Boaventura de Sousa Santos, quando relatou que:

“... A ciência pós-moderna, ao sensocomunizar-se, não despreza o conhecimento que produz a tecnologia, mas entende que, tal como o conhecimento se deve traduzir em autoconhecimento, o desenvolvimento tecnológico deve traduzir-se em sabedoria de vida. É essa que assinala os marcos da prudência à nossa aventura científica”⁴¹³.

Ante ao que foi mencionado pode-se afirmar que a hermenêutica filosófica é o instrumento ideal para que se tenha a desconstrução do pensamento metafísico que ainda vigora nos Tribunais como um senso comum teórico,

⁴¹³ Ibid., p. 57.

baseado na dogmática do Direito e o meio através do qual será viabilizada a bioética a partir dos fundamentos constitucionais que lhe dão sustentáculo, tornando-a efetiva (em seu acontecer):

“A tarefa da Nova Crítica do Direito é a de ‘desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos’ (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, através de um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência) faz com que se esqueça justamente da diferença que separa o ser do ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais valia do sentido do ser do Direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, onde o Direito (texto jurídico) não é mais pensado em seu acontecer.⁴¹⁴”

Tal concepção do predomínio do método precisa ser modificada, para que tenhamos uma “jurisprudência”, no seu sentido original/etimológico, traduzindo-se em uma verdadeira “jurisciência”, onde o interesse maior é o voltado para o bem estar humano garantindo-se o respeito à vida nas questões apontadas pela “bioética”.

⁴¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit., p. 669. Nota 104.

CONCLUSÃO

“A pedra é sem mundo, o animal é pobre em mundo e o ser humano é formador de mundo”. (Martin Heidegger – Os conceitos fundamentais da metafísica, p. 207)

Os seres humanos como formadores de mundo que são, têm a responsabilidade de não permitir que haja a repetição das atrocidades praticadas a seres humanos e que foram testemunhadas pela história, principalmente comprovadas após o término da Segunda Grande Guerra, cujas práticas foram justificadas pela necessidade incessante do desenvolvimento e progresso científico e tecnológico que de alguma maneira traria benefícios a todos.

A “bioética” surgiu como uma maneira de enfrentamento dessas situações que causaram descontentamento e incômodo pela constatação efetiva de práticas de barbáries, justificadas e encobertas pelo véu do contexto científico e tecnológico que propiciavam avanços significativos nas diversas áreas. Por essa razão a bioética teve e tem um papel de relevância ímpar e destaque comprovado,

principalmente por ter alcançado seu próprio espaço como um ramo da ética prática, por sempre tentar fazer prevalecer valores de cunho moral nas questões relativas à vida, sua qualidade e morte.

No entanto, como um reflexo das discussões havidas dentro desse campo, a bioética que no seu início atinha-se aos problemas originados no âmbito da saúde porque as questões levantadas sempre ocorriam dentro de hospitais e santas casas, teve ampliado seu âmbito de atuação de maneira a influenciar em diversas áreas.

Sua influência teve como origem principalmente os pareceres lavrados por especialistas nos Comitês de Ética e Bioética relacionados a problemas surgidos na área da saúde pública. Eles acabavam por gerar ponderações e conflitos de opiniões por envolverem questões relativas à vida, sua qualidade e morte, trazendo reflexos no pensamento jurídico quanto a tais problemas.

O fato de não haver uma solução unânime quanto a esses casos, acabava na necessidade de encaminhamento dos mesmos ao Poder Judiciário, dependendo para a sua resolução de decretos decisórios emanados deste.

Essa influência da bioética sobre questões levadas ao Poder Judiciário despertou indagações relacionadas ao seu alcance de atuação e quanto ao espaço por ela ocupado, principalmente dando abertura a posições dicotômicas e de grande repercussão, sendo objeto de inúmeras discussões que levaram à criação de um outro neologismo intitulado “biodireito”. Busca-se através dele “cindir o incindível”, sob a justificativa de que a bioética para ser concretizada no direito necessitaria de um espaço próprio garantido através da instituição de uma nova “disciplina”, como se tal fato bastasse para lhe dar à devida fundamentação.

Ocorre que não foi a criação de um outro neologismo que possibilitou para a bioética a garantia de um espaço próprio dentro da seara jurídica. Mas sim,

para que houvesse esse espaço e pudesse ser dada à devida importância à “ética” e, portanto, a bioética que é um ramo da ética prática, devendo por essa razão permear as decisões que envolvem questões relativas à vida, foi necessário uma atribuição de sentido aos textos jurídicos pelo intérprete, levando-a em consideração.

No entanto, ao admitir-se essa atribuição de sentido, - não se tem a pretensão de achar que o aplicador irá esgotar o sentido que possui o texto e texto é sempre um evento -, pois, pensar-se de forma contrária seria negar o que é próprio de seu caráter existencial, ou seja, que possui um seu “horizonte de sentido” que lhe impõe uma limitação que lhe é inerente, frente ao fato de que muitas vezes não possui pré-compreensão acerca do que lhe é colocado, impossibilitando a compreensão e a aplicação, adequados.

A bioética, portanto, já possui um espaço que lhe pertence e é baseado e garantido pelos fundamentos constitucionais que lhe dão sustentáculo e garantem sua efetivação por meio da ocorrência de uma ampliação da bioética. Assim, extrapolando o campo doutrinário concretiza-se como um ramo da ética prática, num movimento circular lhe garantindo e ampliando seu espaço de discussão pelo não distanciamento da realidade, que na maioria das vezes é provocado por decisões oriundas de interpretações que separam o sujeito do objeto, texto e norma, compreensão e aplicação.

A constatação da existência de fundamentos constitucionais para bioética - tidos não como simples “objetos” que acabam por permitirem uma posição dicotômica, onde há uma separação entre teoria e prática, mas tidos como “fundamentos sem fundo” que vão acontecer a partir de uma manifestação prévia de sentido que os identifica como tais - faz com que esta seja clarificada a partir de seu desocultamento possível na pré-compreensão. É a partir dessa pré-compreensão que ocorrerá a manifestação do Poder Judiciário.

A bioética pode ser concebida assim em razão do fato de que, a partir do apontamento dos fundamentos constitucionais existentes, vai haver sua sustentação, tornando-a efetiva. Mas o apontamento dos fundamentos constitucionais só é possível através de um suporte metodológico fornecido pelas contribuições da hermenêutica filosófica que ocorreram a partir do reconhecimento do círculo hermenêutico, - naquilo que esta tem de superadora dos discursos objetificantes (cousais-explicativos) -, que permitiu a construção de um discurso ontológico (não clássico), acabando por admitir uma transformação ensejadora da concretização dos direitos, somente possível em razão da efetiva superação dos postulados presentes na hermenêutica clássica (ou de uma leitura meramente formalista), dotados de um reducionismo ímpar.

Os critérios fornecidos pela hermenêutica clássica, que concebem a interpretação a partir de fases compartimentadas/individualizadas, já não atendem às necessidades de uma sociedade que está em constante mudança, não a satisfazendo – se é que um dia pôde fazê-lo! -, sofrendo as conseqüências de um avanço irreversível e galopante das técnicas e da ciência que não podem ser deixadas de lado. E isso deve ser adequadamente compreendido.

A bioética faz o elo entre as questões levantadas e questionadas sobre a vida e a má utilização dos novos mecanismos produzidos pela ciência e tecnologia que acabam por afetar os seres humanos, servindo de “ponte para o futuro” como se referiu a ela o criador do neologismo Van Rensselaer Potter. Através dela há a tentativa de um despertar da consciência humana baseada numa reflexão profunda sobre as questões que envolvem a “vida”, sua qualidade e morte, na maioria das vezes sendo decididas na área jurídica por ser de sua competência tomar tal posicionamento.

No entanto, além da bioética ser essa “ponte para o futuro”, enquanto aquela que apresenta pareceres técnicos para os Comitês de Ética, pode também influenciar com o seu modo de ser, tido a partir dos seus fundamentos

constitucionais as decisões do Poder Judiciário. Isso será possível a partir do reconhecimento dos critérios fornecidos pela hermenêutica filosófica, que não mais aceita o fato de que a interpretação ocorra em fases distintas, mas sim, num movimento circular que tem seu início com a pré-compreensão, perpassando pela compreensão, interpretação e se concretizando no momento da sua aplicação.

Portanto, não se pode admitir que haja o “cindir do incindível” sob a alegação de que é necessário reconhecer-se que há casos fáceis/simples (easy cases) e casos difíceis/complexos (hard cases), como possibilidade para os primeiros da adoção de um critério nos moldes da dogmática jurídica que os resolve através da dedução/subsunção, manifestando claramente o não reconhecimento de que para se ter havido tal distinção é porque houve antes um compreender, ou seja, já havia um prévio conhecimento de caráter existencial acerca dos mesmos.

Através desse posicionamento, cria-se um obstáculo com relação aos casos de maior complexidade, - (que como exemplo de casos tidos como dessa natureza são os discutidos pela bioética) -, sob a indagação de que seria de difícil solução encontrar-se uma decisão que fosse a mais adequada ou correta, uma vez que na maioria desses casos o que se tem é exatamente o oposto do que ocorre com os “easy cases”. Os “hard cases” são complexos justamente porque não cabe de pronto dedução/subsunção e o intérprete viciado nos modelos impostos pela metafísica não sabe como deve atuar nestes “hard cases”, estando diante de um enigma que não se contenta com uma mera explicação causal.

Numa palavra, não há casos fáceis ou difíceis, o que ocorre são situações inusitadas que pedem soluções pensadas, decisões refletidas, como é o caso das questões que envolvem discussões de bioética.

Conseqüentemente, não se pode dizer que por se tratarem de questões novas trazidas por situações que envolvem o desenvolvimento científico

e tecnológico frente à vida até então não perceptíveis no ordenamento jurídico por “deduções/subsunções”, que não estejam ali previstas. Pelo contrário, o direito à vida é um direito fundamental que permeia todo o ordenamento jurídico, sendo um valor supremo para o ser humano.

A previsão legal desse tipo de situação, que para alguns recebe a nomenclatura de “hard cases”, encontra-se implícita principalmente nos fundamentos constitucionais através dos princípios que lhe dão sustentáculo e possibilitam a resolução dos problemas de maneira a tornarem efetivadas as promessas do Estado Democrático de Direito, ali inseridas.

Na verdade - e este é o ponto central da tese - um caso envolvendo a bioética, se usássemos a dicotomia que se firmou no interior das teorias analítico-discursivas, seria sempre um hard case. Uma questão de bioética reclama o necessário estranhamento do intérprete, exigindo-lhe a suspensão dos pré-juízos eivados de suficiências ônticas (para usar as palavras de Streck). Assim a afirmação de que poderia haver casos simples e casos difíceis na bioética é, à luz da hermenêutica aqui trabalhada, uma contradição em termos.

Na própria acepção da palavra bio-ética está a agregação da ética, do ethos que deve ser introduzido nesse campo de atuação do direito. Isto é possível - e sustentável - a partir da materialidade do texto constitucional, em que os princípios são o *locus* da institucionalização da moral no direito. A bioética - enquanto um saber ou disciplina ou até mesmo um *standard* discursivo - não pode servir como capa de sentido para a “resolução” de casos que não conseguiram ser solucionados em um mundo “que prescindiria de uma intervenção da ética”. Isso arrastaria a discussão para uma cisão entre ética e direito, entre direito e moral, questão, aliás, que foi a pedra de toque do positivismo na superação das concepções jusnaturalistas.

Daí a insistência: a bioética não é uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, e que poderia, assim, fazer o papel de correção em face das “insuficiências” ônticas de um caso envolvendo a bioética. Bioética não significa acoplamento cognoscitivo; bioética não tem o condão de, como se fosse uma “moral corretiva”, substituir-se ao próprio direito.

Assim fosse e retornaríamos a cada momento a um paradoxo, isto é, se nos “casos simples” resolvêssemos os problemas por deduções ou subsunções (portanto, tornando “despiciendos” os princípios que conformam o conteúdo central da bioética, naquilo que a entendemos na tradição do Estado Democrático de Direito), apenas apelaríamos ao “valor ético” em face da complexidade (um caso, pois, difícil). Ora, como essa resposta deve ser dada no plano da juridicidade - pela simples razão que essa demanda por solução bate às portas do Judiciário - é do sopesamento dos princípios que deverá sair a decisão adequada.

O paradoxo aparece se, após isso, em face da complexidade do caso, tivéssemos que lançar mão de um discurso ético-moral autônomo, de “fora do direito”, e que, “chamado à colação”, corrigiria as aporias do direito. Dito de outro modo, é como se, em face de um caso tão complexo que não tivéssemos como resolvê-lo, apelássemos, por exemplo, à fórmula Radbruch, como fez Alexy no caso dos soldados alemães da antiga RDA, condenados em flagrante violação do princípio da reserva legal, com o beneplácito do próprio Tribunal Constitucional Alemão (eis um caso de “moral autônoma, corretiva”).

Portanto, eis a questão: há um fundamento para a bioética na própria Constituição, que institucionaliza, em seu bojo, aquilo que podemos chamar de “ideal de vida boa”, superando, assim, as questões levantadas por Weber em relação ao papel da moral no direito. Aqui, de longe, a razão fica com Habermas.

Mais ainda, é necessário dizer que essa afirmação decorre do fato de que os princípios constitucionais que são os que fundamentam a “bioética” e,

portanto, lhe garantem espaço próprio de discussão, trazem em seu bojo um componente moral de cunho ético que somente é perceptível porque há um compreender antecipatório, baseado numa estrutura prévia de sentido que reconhece o caráter transformador do constitucionalismo, estabelecido sob as bases do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido a Constituição do Brasil está apta a fornecer a base necessária para a efetivação da Bioética, através dos princípios ali inseridos, por terem esses o condão de lhe propiciar os fundamentos imprescindíveis.

Tais fundamentos, que são hoje “*conditio sine qua non*” para a efetivação da bioética, encontram-se em seu eixo central que é, num sentido amplo, toda e qualquer proteção ao ser humano, em toda a sua dimensão.

A proteção ao ser humano retrata uma preocupação que não é de hoje, mas que se protraí através dos tempos, fazendo parte da história da humanidade, por consciência do grupo social, primeiramente respaldada pelos costumes e num segundo momento pelo direito positivado e ora, pertencente à Carta Constitucional Brasileira.

Por essa razão é que há a possibilidade de se mencionar um componente moral de cunho ético, previsto na Constituição do Brasil, pois, a proteção à vida faz parte da consciência humana e sua textualização legal nada mais é do que a transposição dessa maneira de agir, uma vez que o texto constitucional consagrou a inviolabilidade do direito à vida e a adoção dessa postura o permeia.

Como decorrência dessa proteção à vida em todas as suas dimensões, há um desdobrar de princípios constitucionais que visam sua efetiva garantia e se traduzem nos fundamentos que dão suporte a bioética, dentre eles estão: a dignidade da vida humana; a igualdade e a liberdade, dentre outros.

No entanto, tão somente esses princípios não são suficientes para dar-lhe suporte. Por essa razão, o apontamento de direitos e garantias que também vislumbram o mesmo objetivo, ou seja, a proteção à vida humana, faz parte do texto constitucional, o que torna evidente que a consciência humana está voltada para uma preocupação maior que é a perpetuação da espécie, ou seja, que haja uma qualidade para uma vida sustentável.

Para tanto, há que se reconhecer que houve uma evolução na maneira de pensar-se à vida, tida não só no seu sentido individualista, físico ou biológico, mas também, como sendo um direito ético que o transpõe num transindividualismo, retratado nas várias dimensões de direito hoje existentes.

Hodiernamente se fala em direitos de primeira, segunda, terceira e até quarta dimensões, e estas, retratam bem a evolução sofrida pelos seres humanos quanto à sua consciência, que hoje procura o resgate de valores, voltados para uma ética relacionada às questões que envolvem à vida humana, disciplinados pela “bioética”.

Numa posição que transcende o individualismo, há o reconhecimento da necessidade de ir mais além, ou seja, ultrapassar essa fronteira em razão da existência de outros direitos que são tidos como transindividuais.

Ao reconhecer a existência desses direitos transindividuais, a Constituição do Brasil também reconheceu uma diversidade de vida (biodiversidade), englobando-a numa cadeia vital, que necessita de proteção em todos os seus aspectos, garantido dessa maneira à vida humana com qualidade, que pode ser traduzida num sentido de favorecer oportunidades igualitárias a todos.

Embora haja esse reconhecimento, não há que se desprezar, de maneira alguma, as outras dimensões de direito que dentro de um determinado

contexto ou fato garantem direitos específicos, dependendo do interesse envolvido na questão apresentada. O que ocorre é que os direitos tidos como de quarta dimensão, abrangem os fenômenos decorrentes do grande desenvolvimento científico e tecnológico, envolvendo a biotecnologia e a bioengenharia, objetos de estudo da bioética por interferirem nas questões referentes à vida.

Mas, o reconhecimento desse evoluir do direito, que emerge das dimensões de direitos existentes, somente pode ser garantido através de uma adequada compreensão, que se apresenta na presente pesquisa como a melhor possibilidade de trazer a lume tais questões, por evidenciar, clarificar, desocultar, desvelar o que está coberto, fazendo emergir os fundamentos da bioética presentes na Constituição do Brasil.

Portanto, os fundamentos constitucionais da bioética são indicados a partir de um processo de compreensão manifestamente comprovado no momento em que há a aplicação, decorrente de uma interpretação de cunho hermenêutico, representada pela “circularidade hermenêutica” que os reconhece como uma matriz de sentido, porém, não como um objeto absoluto que se impõe ao sujeito, sujeitando-o a ter que interpretar a partir dele numa visão dedutiva, pelo contrário, o intérprete extrairá do texto o conteúdo moral que lhe é subjacente somente porque já possui um prévio conhecimento do mesmo.

Ao tornar explícito, através do decreto decisório, o prévio conhecimento que possui acerca dos fatos tratados em um determinado caso, estará justificando o que foi fundamentado por uma intermediação realizada entre o geral e o particular, ou seja, entre o todo e a parte e vice-versa, essa justificativa ocorrerá a partir da análise dos princípios de proteção à vida que permeiam o texto constitucional.

Nessa tomada de decisão, pode ser encontrada a vertente moral, o componente moral exigido, que foi extraído da Constituição do Brasil para justificar

o fundamento ali apontado, servindo-lhe de suporte. Há essa ocorrência em virtude do fato de que na Constituição do Brasil se encontram os princípios que deontologicamente indicam um resgate das promessas da modernidade.

Tais promessas estão consubstanciadas não em um conteúdo moral atemporal ou ahistórico, mas sim, num ideal de vida boa, numa idealização de sociedade solidária que com responsabilidade faz opções e, no caso da bioética, decisões envolvendo questões relacionadas à proteção da vida, levando-se em consideração a diversidade biológica (biodiversidade), sem destruição das possibilidades futuras de sobrevivência.

Tal posicionamento vem a corroborar a pertença recíproca que há entre o sujeito e o objeto, que vai manifestar-se através da linguagem, decorrente de uma atribuição de sentido somente possível por que há pré-compreensão. Há uma visão prévia acerca do texto, desocultada no momento da “aplicatio”, porém, sem que estas se dêem em momentos fracionados ou compartimentados, critérios próprios de um modelo procedimental que já não atende aos anseios sociais, mas sim, numa “fusão de horizontes” em que haverá o compreender manifesto no momento da aplicação porque houve o pré-compreender.

O que ocorre no momento da aplicação é tão somente a constatação de que para chegar-se até ela foi trilhado um caminho, não como etapas a serem alcançadas, mas sim, como expressão de caráter existencial somente possível através da “fusão de horizontes” que não admite a separação ou distinção entre fundamentação e aplicação, verdadeiro obstáculo que impede a realização de um constitucionalismo de caráter transformador.

Portanto, a hermenêutica filosófica é uma alternativa utilizada para demonstrar que a bioética possui seu espaço já firmado através dos princípios constitucionais que são os autorizados a dar-lhe fundamentação, por trazerem de forma implícita um conteúdo moral que reflete os valores adotados pela sociedade

- traduzidos num ideal de vida boa -, organizada sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Assim, tornando manifesto que a Constituição do Brasil é o elo existente entre o político e o jurídico, enquanto instrumento de explicitação do contrato social, sendo seu texto permeado de princípios de conteúdo moral que possibilitam uma ponte para o futuro a partir de uma bioética profunda voltada para opções que não destruam, mas protejam e garantam o futuro para uma vida sustentável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. Tradução: Alfredo Bosi. **Dicionário de filosofia.** 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Tradução: Conceição Jardim, Eduardo Lúcio e Nuno Valadas. **História da filosofia.** 12.V. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

AGOSTINHO, Santo Bispo de Hipona. Tradução: Maria Luiza Jardim Amarante. **Confissões.** São Paulo: Paulus, 1997.

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

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica.** 2.ed. México: BEFP – Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2002.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 6.ed. São Paulo: Ícone, 1989.

ALVAREZ, MC. **Controle social: notas em torno de uma noção polêmica**. São Paulo em Perspectiva, 2004.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

ANTUNES, Ricardo. RÊGO, Walquiria Leão. MAAR, Wolfgang Leo. (organizadores). **Lukács: um Galileu no século XX**. A reificação como realidade social: práxis, trabalho e crítica imanente em história e consciência de classe. São Paulo: Bomtempo, 1996.

APEL, Karl-Otto. Tradução: Paulo Astor Soethe. **Transformação da filosofia**. 1. Filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. São Paulo: Loyola, 2000.

APEL, Karl-Otto. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. MOREIRA, Luiz. Tradução dos ensaios de Karl-Otto Apel: Claudio Molz. **Com Habermas, contra Habermas: Direito, discurso e democracia**. São Paulo: Landy, 2004.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. 2.ed. São Paulo: Moderna, 1993.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2.ed. Brasília: Corde, 1997.

ARENDR, Hannah. Tradução: Rosaura Eichenberg. **Responsabilidade e julgamento.** São Paulo: Companhia da Letras, 2004.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** OS PENSADORES - V.2. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARNAUD, André-Jean. DULCE, María José Farinas. Tradução: Eduardo Pellew Wilson. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASIMOV, Isaac. Tradução: Milton Persson. **O homem bicentenário.** Porto Alegre: L&PM, 1997.

BACHELARD, Gaston. Tradução: Joaquim José Moura Ramos. **A filosofia do não: filosofia do novo espírito científico.** 5.ed. Lisboa: Editorial Presença, 1991.

BARCARO, Rosangela. **Eutanasia: un problema paradigmatico della bioetica.** Milano, Italy: Franco Angeli, 1998.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. PESSINI, Leo. **Bioética : alguns desafios.** Coleção Bioética em Perspectiva. São Paulo: Loyola, 2001.

BARON, Charles H. **Droit Constitutionnel et Bioéthique: L'expérience Américaine.** Paris: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1997.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais.** Coimbra: Separata do Boletim de Ciências Econômicas XVI, 2003.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coordenação). **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

BAYMA, Fátima. KASZNAR, Istvan. (Organizadores) **Saúde e previdência social: desafios para o terceiro milênio.** São Paulo: Pearson Education, 2002.

BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James F. Tradução: Luciana Pudenzi. **Princípios de ética biomédica.** São Paulo: Loyola, 2002.

BELLINO, Francesco. Tradução: Nelson Souza Canabarro. **Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais.** Bauru/SP: EDUSC, 1997.

BERLINGUER, Giovanni. GARRAFA; Volnei. Tradução: Isabel Regina Augusto. **O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo.** Brasília: UNB, 1996.

BERNARD, Jean. **Da biologia a ética.** São Paulo: Editorial Psy II, 1994.

_____. LANGANEY, André. Avec Cécile Lestienne. **Si Hippocrate voyait ça!** France: JC Lattès, 2003.

BIOÉTICA. Revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina. V.12. – nº 2 – 2004 – ISSN 0104-1401. Tema: Simpósio: Violência e saúde. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2006.

_____. Revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina. V.6. – nº 1 – 1998 – ISSN 0104-1401. Tema: Simpósio: Os Limites da Autonomia do Paciente. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

BIOLOGY AND MEDICINE. V.14. N.1., POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics, the science of survival.** Autumn, 1970, p. 127/153.

BLANC, Mafalda de Faria. **Estudos sobre o ser.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BLACKBURN, Simon. Tradução: Desidério Murcho et al. **Dicionário Oxford de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BOBBIO, Norberto. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. **A era dos direitos**. 15.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. Brasília: Letra Viva, 2000.

BOLETIM SBB – Sociedade Brasileira de Bioética – Jornal Trimestral da SBB – Ano VI – nº 10 – Janeiro – Março de 2006, São Paulo: Loyola, 2006.

BORGES, Fabio. **Textecendo o texto Freudiano**. Artigo intitulado: Via. Língua. Linguagem. Linguaviagem. Vialinguaviagem. Textecer o texto Freudiano. Um dos dezoito Seminários apresentado em agosto de 1986, no Círculo Psicanalítico de Minas Gerais.

CABRA, Marco Gerardo Monroy. **Los derechos humanos**. Bogotá: Temis Librería, 1980.

CADERNOS ADENAUER. Bioética. SOARES, André Marcelo M. **Bioética secular: o princípio da gentileza**. Ano III, nº 1. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, maio, 2002.

CALAMANDREI, Piero. Tradução: Leandro Farina. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Campinas: Minelli, 2003.

CALDANI, Miguel Angel Ciuro. **La elaboración de las normas del bioderecho**. Jurisprudencia Argentina, número especial de Bioética, Bs. As. , nº 6113 de 28 de outubro de 1998.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito.** Campinas: Edicamp, 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Organizadora). **1988-1998: uma década de Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** Portugal: Almedina, 1998.

_____. **Estado de direito.** Coleção Mário Soares – Cadernos Democráticos - Lisboa: Gradiva, 1999.

CANTO-SPERBER, Monique. (Organizadora). Tradução: Ana Maria Ribeiro-Althoff, Magda França Lopes, Maria Vitória Kessler de Sá Brito e Paulo Neves. **Dicionário de ética e filosofia moral.** 1.v. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

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

_____. Tradução: Newton Roberval Eichenberg. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** São Paulo: Cultrix, 1996.

_____. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável.** São Paulo: Cultrix, 2002.

CASABONA, Carlos Maria Romeo (Organizador). **Biotecnologia, direito e bioética: perspectivas em direito comparado.** Belo Horizonte: Del Rey e PUC de Minas, 2002.

CASSESE, Antonio. Traducción: Atilio Pentimalli Melacrino y Blanca Ribera de Madariaga. **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**. Barcelona: Ariel, 1993.

CASSORLA, Roosevelt M.S. (Coordenador) **Da morte: estudos brasileiros**. 2.ed. Campinas: Papyrus, 1991.

CASTORIADIS, Cornelius. Tradução: Guy Reynaud. **A instituição imaginária da sociedade**. 5.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

CICCONE, Lino. Tradução: Elaine Caramella. **Bioética e transplante de órgãos**. Bauru: EDUSC, 1999.

CIÊNCIA CRIMINAL. Ano 1 – nº 2 – ISSN: 1809-9068. São Paulo: Segmento, 2006.

COING, Helmut. Tradução: Elisete Antoniuk. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. 5.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CONSTITUIÇÃO, sistemas sociais e hermenêutica. Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Anuário 2005. nº. 2. Orgs. André Copetti, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha (et al.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

COOLEY, Thomas M. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas/SP: Russell, 2002.

CÓRDON, Juan Manuel Navarro. MARTÍNEZ, Tomas Calvo. **História da filosofia**. 2 e 3 volumes. Portugal: Edições 70, 1995.

_____. MARTÍNEZ, Tomas Calvo. Tradução: Alberto Gomes. **História da filosofia: dos pré-socráticos à idade média.** 1.v. Lisboa: Edições 70, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Organizador). **Canotilho e a Constituição Dirigente.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis.** 2.ed. Leme: EDIJUR, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da (Organizador). **Direitos Humanos.** Coimbra: Almedina, 2003.

_____. DIP, Ricardo Henry Marques. **Propedêutica jurídica: uma perspectiva jusnaturalista.** Campinas: Millennium, 2001.

CURTIS, Helena. Tradução: Heni Sauaia. **Biologia.** 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 1977.

D'AGOSTINO, Francesco. Tradução: Luisa Raboline. **Bioética: segundo o enfoque da filosofia do direito.** Coleção Díke. São Leopoldo: UNISINOS.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A ética sanitária na Constituição Brasileira.** Revista de Informação Legislativa. 30.v. nº 117. Brasília: Senado Federal, janeiro/março de 1993.

d'AMARAL, Marcio Tavares. (et.al.). **Tempo dos tempos.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

DAMÁSIO, António R. Tradução: Dora Vicente e Georgina Segurado. **O erro de descartes: emoção, razão e o cérebro humano.** 5.Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DARWIN, Charles Robert. Tradução: André Campos Mesquita. **A origem das espécies por meio da seleção natural ou preservação das raças favorecidas na luta pela vida.** Tomo I. São Paulo: Escala, s.d.

DAVIES, Kevin. Tradução: Rosaura Eichenberg. **Decifrando o genoma: a corrida para desvendar o DNA humano.** São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

DE CASTRO, Leonardo. **La bioéthique: un enjeu international.** ACTES DE LA TABLE DES MINISTRES DE LA SCIENCE. Paris, 22-23 octobre 2001 – Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture.

Declaração Universal dos Direitos Humanos: Carta das Nações Unidas.../ supervisão editorial Jair Lot Vieira. Bauru/SP: EDIPRO, 1993.

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

DICIONÁRIO DE BIOÉTICA. Coordenadores: Salvino Leone, Salvatore Privitera e Jorge Teixeira da Cunha. Aparecida: Santuário, 2001.

DICIONÁRIO DE MITOLOGIA GRECO-ROMANA. Editor: Victor Civita. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

DINIZ, Debora. GUILHEM, Dirce. **O que é bioética.** São Paulo: Brasiliense, 2002.

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

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DIREITOS HUMANOS NO COTIDIANO: Manual. 2.ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001.

DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. **O equilíbrio do pêndulo a bioética e a lei: implicações médico legais.** São Paulo: Ícone, 1998.

DUMONT, Jean-Paul. Tradução: Georgete M. Rodrigues. **Elementos de história da filosofia antiga.** Brasília: UNB, 2004.

DURAND, Guy. Tradução: Nicolas Nyimi Campanário. **Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos.** São Paulo: Loyola, 2003.

_____. Tradução: Porphírio Figueira de Aguiar Netto. **A bioética: natureza, princípios, objetivos.** São Paulo: Paulus, 1995.

DWORKIN, Ronald. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Tradução: Luís Carlos Borges. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EINSTEIN, Albert. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. **Escritos da maturidade: artigos sobre ciência, educação, religião, relações sociais, racismo, ciências sociais e religião.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

ENCICLOPÉDIA DE CONHECIMENTOS. Novo Tesouro da Juventude. V.VI. São Paulo: Opus, 1995.

ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS. W.T. Reich (editor responsável). 2.ed. vol. 1, p. XXI – Introdução. Washington: Center of Bioethics – Kennedy Institute of Ethics da Georgetow University , 1978.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ESCOBAR, Alfonso Llano (Org.). **Qué es bioética?: según notables bioeticistas.** Bogotá: 3R Editores, 2000.

ESSER, Josef. Traducción: Eduardo Valentí Fiol. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.** Barcelona: Bosch, 1961.

FERNANDES, Francisco. LUFT, Celso Pedro. GUIMARÃES, E. Marques. **Dicionário Brasileiro Globo.** 44.ed. São Paulo: Globo, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Mulher é condenada por ter Aids: juiz considerou que Selma de Jesus, apesar de saber que tinha o vírus HIV, não avisava os parceiros.** Reportagem de Ulisses de Souza. Data: 12 de abril de 1995, p.3.1.

FOLSCHEID, Dominique. MINTIER, Brigitte Feuillet-Le. MATTEI, Jean-François. **Philosophie, éthique et droit de la médecine.** Thémis Philosophie. Paris : Presses Universitaires de France, 1997.

FOLTZ, Bruce V. Tradução: Jorge Seixas e Sousa. **Habitar a terra: Heidegger – ética ambiental e a metafísica da natureza.** Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

FRAGMENTOS DE CULTURA. V.I. nº 1. Artigo: **A clonagem e os desafios éticos da genética.** Autor: Leonard M. Martin. Goiânia: IFITEG – Instituto de Filosofia e Teologia Sociedade Goiana de Cultura da Universidade Católica de Goiás, 1991.

FRANCK, Didier. Tradução: João Paz. **Heidegger e o problema do espaço**. Lisboa: Instituto Piaget, 1986.

FREUD, Sigmund. Traducción: Luis López-Ballesteros Y De Torres. **Obras Completas**. Tomo II – 1905-1915/1917 - Ensayos XXVI al XCVII – XXVI: Tres Ensayos para una Teoría Sexual. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1996.

FRONDIZI, Risieri. **Que son los valores?** 17.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

FROSINI, Vittorio. **Derechos humanos y bioética**. Santa Fe de Bogotá/Colômbia: Temis S.A., 1997.

GADAMER, Hans-Georg. Pierre Fruchon (org.). Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

_____. Tradução: Ênio Paulo Giachini. **Verdade e método II: complementos e índice**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

_____. Tradução: Flávio Paulo Meurer. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. Traducción: Ana Agud y Rafael de Agapito. **Acotaciones hermenéuticas**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. Traducción: Angela Ackermann Pilári. **Los caminos de Heidegger**. Barcelona: Herder, 2003.

GALTUNG, Johan. Tradução: Margarida Fernandes. **Direitos Humanos – uma nova perspectiva**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARRAFA, Volnei. COSTA, Sérgio Ibiapina F.(Organizadores). **A bioética no século XXI**. Coleção: saúde, cidadania e bioética. Brasília: UnB, 2000.

GARRETT, Laurie. Tradução: Margarida Dorfman Black, Sonia Siessere e Marina Appenzeller. **A próxima peste: as novas doenças de um mundo em desequilíbrio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

GOLDENSOHN, Leon. Tradução: Ivo Korytowski. **As entrevistas de Nuremberg: Conversas de um psiquiatra com os réus e as testemunhas**. 2ª. Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GOLISZEK, Andrew. Tradução: Vera de Paula Assis. **Cobaias humanas: a história secreta do sofrimento provocado em nome da ciência**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

GONÇALVES, Joannisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GORDON, Richard. Tradução: Aulyde Soares Rodrigues. **A assustadora história da medicina**. 2.ed. São Paulo: Ediouro, 2002.

GOSWAMI, Amit. REED, Richard E. GOSWAMI, Maggie. Tradução: Ruy Jungmann. **O universo autoconsciente: como a consciência cria o mundo material**. 3.ed. Rio de Janeiro: Record – Rosa dos Tempos, 2000.

GOUYON, P-H. LECOURT, D. Tradução: Nicolás Nyimi Campanário. **A bioética é de má-fé?** São Paulo: Loyola, 2002.

GRACIA, Diego. **Fundamentos de bioética**. Madrid: Eudema, 1989.

GRACIÁN, Baltazar. Tradução: Pietro Nassetti. **A arte da prudência**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRONDIN, Jean. Tradução: Benno Dischinger. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e directos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

GUIGNON, Charles B. (Direcção). Tradução: João Carlos Silva. **Poliedro Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HAARSCHER, Guy. Tradução: Armando Pereira da Silva. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Tradução: Flávio Beno Siebeneicher. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. V.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. Traducción: R. S. Carbó. **El futuro de la naturaleza humana: hacia una eugenesia liberal?** Barcelona: Paidós, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **A origem da obra de arte**. Lisboa: Edições 70, 1977.

_____. Tradução: Maria Madalena Andrade e Olga Santos. **Serenidade**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

_____. Tradução: Irene Borges-Duarte e outros. **Caminhos da floresta**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

_____. Tradução: Márcia de Sá Cavalcante. **Ser e tempo**. Parte I. 6.ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. Tradução: Márcia de Sá Cavalcante. **Ser e tempo**. Parte II. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Marcia Sá Cavalcante Schuback. **Ensaio e conferências**. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. **Heráclito: a origem do pensamento ocidental: lógica: a doutrina heraclítica do logos**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1998.

_____. Tradução: Mário Matos e Bernhard Sylla. **Introdução à metafísica**. Lisboa: Instituto Piaget, 1987.

_____. Versión: Jaime Aspiunza. **Ontología: hermenéutica de la facticidad**. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

_____. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. **Sobre o humanismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995.

_____. Tradução: Gabriella Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. **Seminários de Zollikon**. Petrópolis: Vozes, 2001.

HESPANHA, António. (Organizador). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva.** Texto apresentado por Andreas Auer à 4ª. Conferência Europeia de Estudos Críticos do Direito, em Coimbra no ano de 1986, intitulado: **O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, setembro de 1993.

HESSE, Hermann. Tradução: Herbert Caro. **Sidarta.** 28.ed. São Paulo: Record, s.d.

HESSE, Konrad. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. **A força normativa da Constituição. (Die Normative Kraft Der Verfassung).** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. Tradução: Luís Afonso Heck. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOFFE, Otfried. Traducción: Rafael Sevilla. **Derecho intercultural.** Barcelona: Gedisa Editorial, 2000.

HOOFT, Pedro Federico. **Bioética e direito?, ou bioética e biodireito? Biodireito: uma crítica ao neologismo.** Artigo publicado na obra: **Bioética: poder e injustiça.** Organizadores: Volnei Garrafa e Leo Pessini. São Paulo: Loyola, 2003.

HOTTOIS, Gilbert. PARIZEAU, Marie-Hélène. Tradução: Maria de Carvalho. **Dicionário da bioética.** Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

http://www.bioetica.org.br/legislacao/res_par/integra/34869_00.php

http://www.bioetica.org.br/legislacao/res_par/integra/43765_01.php

<http://www.bioetica.catedraunesco.unb.br>

http://www.einstein.br/web_oncologia/pdf/braquiterapia.pdf

IHERING, Rudolf Von. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. **É o direito uma ciência?** São Paulo: Rideel, 2005.

IHU ON-LINE. Publicação semanal do Instituto Humanitas Unisinos – São Leopoldo, 20 de outubro de 2003 – Ano 3 – n.º 80 – **O que é filosofia ? Filósofo gaúcho discute Heidegger e Popper.** Entrevista com Ernildo Stein, p. 18/19.

INWOOD, Michael. Tradução: Luísa Buarque de Holanda. **Dicionário Heidegger.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

JANTSCH, Ari Paulo. BIANCHETTI, Lucídio. (Organizadores). **Interdisciplinaridade: para além da filosofia do sujeito.** 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

JONAS, Hans. **Il principio responsabilità: un'etica per la civiltà tecnologica.** Turim: Einaudi, 1990, p. XXVIII.

_____. Tradução: Carlos Almeida Pereira. **O princípio vida: fundamentos para uma biologia filosófica.** Petrópolis: Vozes, 2004.

JONES, Kenneth C. GAUDIN, Anthony J. Tradução: A. Xavier da Cunha. **Introdução à biologia.** 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

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

JURANVILLE, Alain. Tradução: Vera Ribeiro. **Lacan e a filosofia.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987.

KASZNAR, Istvan. BAYMA, Fátima (Organizadores). **Saúde e previdência social: desafios para o terceiro milênio.** São Paulo: Pearson Education, 2002.

KAUFMANN, Arthur. Tradução: António Ulisses Cotes. **Filosofia do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

_____. Cura: Giovanni Marino. **Filosofia del diritto ed ermeneutica.** Milano: Giuffrè, 2003.

_____. HASSEMER, Winfried.(Org.). Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: de los principios a la práctica. 3 de Febrero de 2000, UNESCO.

LALANDE, André. Tradução: Fátima Sá Correia. Maria Emília V. Aguiar. José Eduardo Torres. Maria Gorete de Souza. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia.** 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. Tradução: José Lamego. **Metodologia da ciência do direito.** 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. Tradução: Walter Stonner. **A essência da Constituição.** 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **Matrizes fundacionais do pensamento de Jürgen Habermas: aspectos epistemológicos e sociológicos.** Anuário do Programa

de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado – 2002 – Centro de Ciências Jurídicas Unisinos – Organização: Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coordenador). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito.** Rio de Janeiro, 2004

LELLO UNIVERSAL. **Dicionário enciclopédico luso-brasileiro em 4 volumes.** Organizado e publicado pela Livraria Lello & Irmão sob a direção de José Lello e Edgar Lello. v.1. Porto: Lello & Irmão Editores.

LELOUP, Jean-Yves. Tradução: Maria Leonor F. R. Loureiro. **Jean-Yves Leloup: se minha casa pegasse fogo, eu salvaria o fogo.** São Paulo: UNESP, 2002.

_____. Tradução: Pierre Weil e Regina Fittipaldi. **Além da luz e da sombra: sobre o viver, o morrer e o ser.** 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

LEOPOLD, Aldo. **A sand County Alamnac and sketches here and there.** New York: Oxford, 1989.

LOLAS, Fernando. Tradução: Milton Camargo Mota. **Bioética: o que é, como se faz.** São Paulo: Loyola, 2001.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **Transplantações: um olhar Constitucional.** Portugal: Coimbra Editora, 1995.

LOEWENSTEIN, Karl. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. **Teoria de la Constitucion.** Barcelona: Ariel, 1964.

LUHMANN, Niklas. Traducción: Silvia Pappe – Brunhilde Erker – Luis Felipe Segura. **La ciencia de la sociedad.** México: Del Hombre, 1996.

_____. Tradução Silvia Pappe e Brunhilde Erker. **Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general.** México: Universidad Iberoamericana, 1991.

MACINTYRE, Alasdair. Tradução: Jussara Simões. **Depois da virtude.** Bauru: EDUSC, 2001

MAFFETTONE, Sebastiano. **Il valore della vita: un'interpretazione filosofica pluralista.** Milano: Arnoldo Mondadori Editore, 1998.

MAGEE, Bryan. Tradução: Marcos Bagno. **História da filosofia.** São Paulo: Loyola, 1999.

MAIA, Alexandre da. **Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico).** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARGULIS, Lynn. SAGAN, Dorion. Tradução: Vera Ribeiro. **O que é vida?** Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

MARINO JUNIOR, Raul. **A religião do cérebro: as novas descobertas da neurociência a respeito da fé humana.** São Paulo: Gente, 2005.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. CASCÓN, Angel Llamas. LIESA, Carlos Fernández. **Textos básicos de derechos humanos: con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional.** Navarra: Aranzadi, 2001.

MASTROENI, Marco Fabio. **Biossegurança: aplicada a laboratórios e serviços de saúde.** 2.ed. São Paulo: Atheneu, 2005.

MATURANA, Humberto R. VARELA, Francisco. Tradução. Humberto Mariotti e Lia Diskin. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.** São Paulo: Palas Athena, 2001.

MAUGHAM, William Somerset. Tradução: António Barata. **Servidão humana.** Porto Alegre: Globo S.A., 1971.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEZZOMO, Pe. Augusto A. **Fundamentos da humanização hospitalar: uma versão multiprofissional.** São Paulo: Loyola, 2003.

MIETH, Dietmar. Tradução: Carlos Almeida Pereira. **A ditadura dos genes: a biotecnologia entre a viabilidade técnica e a dignidade humana.** Petrópolis: Vozes, 2003.

MILLER, Jonathan M. GELLI, María Angélica. CAYUSO, Susana. **Constitución y derechos humanos: jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación.** Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV – Direitos fundamentais. 2.ed. Portugal: Coimbra Editora Ltda, 1993.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORANGE, Jean. **Droits de l'homme et libertés publiques.** 5.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.

MORIN, Edgar. KERN, Anne Brigitte. Tradução: Paulo Azevedo Neves da Silva. **Terra-Pátria.** Porto Alegre: Sulina, 2000.

_____. Tradução: Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. **Os sete saberes necessários à educação do futuro.** 3.ed. São Paulo: Cortez/UNESCO, 2001.

_____. (Org.) **O desafio do século XXI: religar os conhecimentos.** Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

MOSER, Antônio. **Biotecnologia e bioética: para onde vamos?** 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

MULLER, Friedrich. Tradução: Peter Naumann. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia.** 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NAG, Subir. **Principles and practice of Brachytherapy.** New York: Futura Publishing Company 2nd E., 1997.

NAGEL, Ernest. **The structure of science: problems in the logic of scientific explanation.** Nova York: Harcourt, Brace & World, 1961.

NEVES, Castanheira António. **O direito hoje e com que sentido?: o problema actual da autonomia do direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

NOGUEIRA, Rafael Dias Marques. **Bioética e o SUS.** MEDICINA – Conselho Federal. Ano XXI – nº 160 – Julho/Agosto/Setembro de 2006, p. 10.

NOVAES, Adauto (organizador). **O homem-máquina: a ciência manipula o corpo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Justiça mantém com Eugênia a guarda provisória de Chicão: Desembargador acha que suspender decisão causaria mais danos ao filho de Cássia Eller.** Reportagem de Roberta Pennafort. Data: 25 de janeiro de 2002.

OST, François. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. **O tempo do direito.** Título original: Le temps du droit. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. Tradução: Joana Chaves. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Coleção – O saber da filosofia. Portugal: Edições 70, 1999.

PELAYO, Manuel García. **Las transformaciones del Estado contemporâneo.** Madrid: Alianza Editorial, 1996.

PESSINI, Leo. DE BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. (Orgs.) **Fundamentos da bioética.** São Paulo: Paulus, 1996.

PINKER, Steven. Tradução: Laura Teixeira Motta. **Tabula rasa: a negação contemporânea da natureza humana.** 1ª. Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIRSIG, Robert M. Tradução: Celina Cardim Cavalcanti. **Zen e a arte da manutenção de motocicletas: uma investigação sobre os valores.** 11.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: bridge to the future.** New Jersey: Prentice-Hall, 1971.

RAMELLA, Pablo A. Tradução: Fernando Pinto. **Crimes contra a humanidade.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da filosofia : Antigüidade e Idade Média.** 1.v. São Paulo: Paulinas, 1990.

_____. ANTISERI, Dario. **História da filosofia: do romantismo até nossos dias.** 3.v. São Paulo: Paulinas, 1991.

REDE EUROPÉIA DE COOPERAÇÃO CIENTÍFICA: MEDICINA E DIREITOS DO HOMEM. DA FEDERAÇÃO EUROPÉIA DAS REDES CIENTÍFICAS. Tradução: Maria Teresa Serpa. **A saúde face aos direitos do homem, à ética e às morais.** Lisboa: Instituto Piaget.

REVISTA BRASILEIRA DE BIOÉTICA - RBB. Volume 1 – nº 2. Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética – SBB, 2005.

REVISTA BRASILEIRA DE BIOÉTICA – RBB. Volume 1 – nº 4. Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética - SBB, 2005.

REVISTA DO INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA. Vol.I, nº 2 – (Neo) Constitucionalismo ontem, os códigos, hoje as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

RIBEIRO JÚNIOR, João. **Introdução ao existencialismo**. Campinas: Edicamp.
RIOS, André Rangel (et al.). **Bioética no Brasil**. Rio de Janeiro: Espaço e tempo, 1999.

RICOEUR, Paul. **A região dos filósofos**. São Paulo: Loyola, 1996.

ROBERT, Jacques. DUFFAR, Jean. **Droits de l'homme et libertés fondamentales**. 6.ed. Paris: Montchrestien, 1996.

ROCHA, Álvaro Felipe Oxley da. **Direito, Estado e Justiça: conceito e debates em Filosofia Política**. ANUÁRIO – 2005 – Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado – Organizadores: André Copetti, Lenio Luiz Streck e Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2.ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

_____. STRECK, Lenio Luiz. **Anuário do programa de pós-graduação em direito: mestrado e doutorado – 2001 – Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS**. São Leopoldo: UNISINOS, 2001.

_____. STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário 2004 – Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Biodireito: alimentos transgênicos**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2002.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

ROMESÍN, Humberto Maturana. GARCÍA, Francisco J. Varela. Tradução: Juan Acuña Llorens. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Segunda tiragem (com acréscimos). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

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

SADER, Emir. **Século XX uma biografia não-autorizada: o século do imperialismo.** 1ª. Reimpressão. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

SAFRANSKI, Rudiger. Tradução: Lya Luft. **Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal.** São Paulo: Geração Editorial, 2000.

SAGAN, Carl. Tradução: Rosaura Eichenberg. **O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro.** 14.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SAINT-JAMES, Virginie. **La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français.** France : Universite de Limoges – Faculte de droit et des sciences economiques, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências.** 12.ed. Porto: Afrontamento, Janeiro/2001.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHRODINGER, Erwin. **My view of the world.** Cambridge: Cambridge University Press, 1967.

SCHULZ, Fritz. Traducción: Manuel Abellán Velasco. **Principios del derecho romano.** Madrid: Civitas, 1990.

SCIACCA, Michele Federico. Tradução: Luís Washington Vita. **História da filosofia: Antigüidade e idade média.** V.I São Paulo: Mestre Jou, 1962.

SEGRE, Marco (org.). **A questão ética e a saúde humana.** São Paulo: Atheneu, 2006.

_____. **Bioética.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 1995.

SELLI, Lucilda. **Bioética na enfermagem.** São Leopoldo: UNISINOS, 1998.

SÊNECA. Translation: Moses Hadas. **The stoic philosophy of Sêneca.** New York: Norton, 1958.

SGRECCIA, Elio. Tradução: Orlando Soares Moreira. **Manual de Bioética. I - Fundamentos e Ética Biomédica.** São Paulo: Loyola, 1996.

_____. Tradução: Orlando Soares Moreira. **Manual de bioética. II – Aspectos médicos-sociais.** São Paulo: Loyola, 1997.

SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado de direito funerário.** Tomo I. São Paulo: Método, 2000.

SINGER, Peter. Tradução: Alice Xavier. **Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade.** Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SKINNER, B. F. Tradução: João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. **Ciência e comportamento humano**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

STEIGLEDER, Klaus. **PROBLEMI DI ETICA APPLICATA – “Concilium” 3 – 1989**, p. 112/123 Cf. MASSARENTI, A. DA RE. **L’ETICA DA APPLICARE**. Milão, 1991.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2.ed. Coleção Filosofia – 40. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. **Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação Heideggeriana**. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. **Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. Ijuí: Unijuí, 2002.

_____. **Seis estudos sobre <<ser e tempo>>: comemoração dos sessenta anos de Ser e Tempo de Heidegger**. Petrópolis: Vozes, 1988.

_____. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004.

STOKER, Bram. Tradução: Vera M. Renoldi. **Drácula**. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Tribunal do júri: símbolos e rituais.** 4 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TENNER, Edward. Tradução: Ronaldo Sergio de Biasi. **A vingança da tecnologia: as irônicas conseqüências das inovações mecânicas, químicas, biológicas e médicas.** Rio de Janeiro: Campus, 1997.

THOMSON, Oliver. Tradução: Mauro Silva. **A assustadora história da maldade.** São Paulo: Ediouro, 2002.

Transgênicos. Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT). Comissão Técnica de Biossegurança (CTNBio). Brasília: C&T Brasil – Esplanada dos Ministérios, s.d.

TRIGUEIRO, André (Coordenador). **Meio ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento.** Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

TURNER, Frederick. **Biology and beauty.** New York: Zone Books, 1992.

VALETA, Antônio Prof. **Clínica naturista.** Moderno Sistema de Cura Natural. 4.ed. Montevideu: Editorial Higiene e Saúde, 1940.

VARGA, Andrew C. Tradução: Pe. Guido Edgar Wenzel, S.J. **Problemas de Bioética.** São Leopoldo: UNISINOS, 2001.

VÁZQUEZ, Rodolfo (Compilador). **Bioética y derecho: fundamentos y problemas actuales.** 2.ed. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México – ITAM, 2002.

VICENTE, Kim. Tradução: Maria Inês Duque Estrada. **Homens e máquinas.** Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

VIDAL, Marciano. **Bioética: estudios de bioética racional.** 3.ed. Madrid: Tecnos.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 4.ed. São Paulo: RT, 2002.

ZIMMERMAN, David. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Aspectos psicológicos na prática jurídica.** Campinas: Millennium, 2002.

ZIMMERMAN, Michael E. Tradução: João Sousa Ramos. **Confronto de Heidegger com a modernidade: tecnologia, política e arte.** Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade.** Vol.II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **Introdução Geral ao Direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna.** Vol.III. Porto Alegre: Antonio Sergio Fabris Editor, 1997.

WATSON, James D. Tradução: Carlos Afonso Malferrari. **DNA: o segredo da vida.** São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

WHITROW. G.J. Tradução: Maria Ignez Duque Estrada. **O que é tempo?: uma visão clássica sobre a natureza do tempo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

WILDE, Oscar. **O retrato de Dorian Gray.** 3. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2000.

WILLADSEN, Steen M. **Nuclear transplantation in sheep embryos.** EUA: Revista Nature, v.320, 6 de março de 1986.

WOODWARD, Bob. ARMSTRONG, Scott. Tradução: Torrieri Guimarães. **Por detrás da Suprema Corte.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

WYNN, Charles M. e WIGGINS, Arthur W. Tradução: Roger Maioli. **As cinco maiores idéias da ciência.** São Paulo: Ediouro, 2002.