

## O CONTEÚDO JURÍDICO DOS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

### LEGAL CONTENTS IN BIOETHICAL PRINCIPLES

Henderson Fiirst de Oliveira<sup>1</sup>

Vinicius Fernandes Ormelesi<sup>2</sup>

#### SUMÁRIO

**Introdução 1. A formulação da Bioética por Fritz Jahr, em 1927 2. A Formulação da Bioética por Potter, em 1970 3. Breve esboço do paradigma principialista da Bioética 4. Princípios na ciência e metodologia científica 5. Princípios no mundo jurídico Conclusões Referências**

#### RESUMO

Este trabalho pretende investigar a juridicidade dos princípios bioéticos. Parte-se do estudo da disciplina científica chamada Bioética desde suas primeiras formulações até se chegar aos chamados quatro princípios bioéticos fundamentais. Tenta-se com isso aproximar o papel dos princípios na Bioética e no Direito. Para tanto, faz-se a análise do conceito de princípio na ciência e na filosofia para depois se pretender sua análise na teoria jurídica. Propõe-se um paradigma acerca do status e da função dos princípios da Bioética dentro do ordenamento jurídico entendido como sistema social normativo.

**Palavras-chave:** princípios. Bioética. Direito. Juridicidade.

#### ABSTRACT

This work intends to investigate the legal content of the bioethical principles. It studies the scientific discipline called Bioethics since its earliest formulations until reaching the so-called four fundamental bioethical principles. We try with this to approach the role

---

<sup>1</sup> Mestre em Bioética pelo Centro Universitário São Camilo. Pesquisador em Ética e Metodologia do Grupo de Pesquisa “Mentalidades e Trabalho: do local ao global” da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, onde foi professor de filosofia da extensão [2008-2011]. Membro do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado – NUPAD. Advogado.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Pesquisador em Ética do Grupo de Pesquisa “Mentalidades e Trabalho: do local ao global” da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP. Membro do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado – NUPAD. Foi Professor Substituto da UNESP. É Professor da Faculdade de Educação São Luis de Jaboticabal e da Faculdade Barretos. Advogado.

of principles in Bioethics and in Law. To this end, there is the analysis of the concept of principle in science and philosophy for later direct our analysis to the legal theory. It is proposed a paradigm about the status and role of the principles of Bioethics within the legal system regarded as normative social system.

**Keywords:** principles. Bioethics. Law. legal content.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento científico – e especialmente o biotecnológico – e seus riscos sempre trouxeram preocupações, ou angústias, à humanidade. Não por outra razão é possível observarmos nas milenares formas de manifestação da cultura humana esta angústia, tal como a mitologia, a religião ou a literatura.<sup>3</sup>

Esta angústia se intensificou nos dois últimos séculos, com particular densidade nas décadas recentes, tamanha a dimensão de conhecimento acumulado e expectativa científica histórica que pairou na humanidade, a ponto de se discutir a possibilidade de um novo estatuto antropológico chamado pós-humanidade (BREDENOORD; VAN DER GRAAF; VAN DELDEN, 2010: 55; GLENN; DVORSKY, 2010: 57; JOTTERAND, 2010: 7; HABERMAS, 2003: 45-52).

É esta angústia que fomenta a existência da Bioética e, em muitas partes, a dos Direitos Humanos. Epistemologicamente, há diversas considerações entre Bioética e Direito a serem feitas (FIIRST, 2007: 179-202) que, apesar de necessárias, não serão abordadas neste estudo, senão a consideração de que, ontologicamente, há um campo comum entre estes dois conhecimentos.

Com isto, considera-se que a todo suporte fático corresponde um complexo de dimensões epistemológicas que se interagem (PONTES DE MIRANDA, 1954: 99; Também sobre relevância e eficácia dos fatos, cf. IRTI, 1984: 3-64; FALZEA, 1989: 900-901; KELSEN, 1984: 85; FERRAZ JUNIOR, 2007: 200). Assim, um mesmo fato possui repercussões éticas, filosóficas e jurídicas, entre outras, e pode ser

---

<sup>3</sup> Na mitologia grega, é possível observarmos esta preocupação com o empoderamento de novas tecnologias ou do desconhecido nos mitos de Prometeu, Ícaro, Pandora e outros. Na literatura, é muito difundida esta mesma angústia em *Fausto*, *Frankenstein*, *O médico e o monstro* e outros. Na religião, o problema do conhecer é marcante já na formulação do pecado original, ou seja, Eva querendo ultrapassar os limites do conhecimento que detinham ao consumir o fruto da árvore da vida.

analisada em cada uma dessas dimensões – e, possivelmente, o estatuto epistemológico bioético consista nas diversas possibilidades de interação entre essas dimensões epistêmicas (CHAVES, 1998: 7-18; JAPIASSU, 1976; LUZ, 2009).

Observa-se como claro exemplo do compartilhamento fático e ontológico da Bioética e Direitos Humanos a resposta dada por Dom Pedro II a Louis Pasteur em carta datada de 10 de outubro de 1884. Anteriormente, o imperador brasileiro havia convidado o eminente cientista a vir ao Brasil pesquisar uma possível vacina para a febre amarela. Pasteur, que pesquisava a *raiva*, sugeriu que, apesar de seus avanços nestas pesquisas, ainda não tinha experimentado em seres humanos e que, se fosse Rei ou Imperador em um país com pena de morte ofereceria o direito à graça baseado na escolha da morte iminente ou participar de uma experiência que consistiria em inoculações preventivas da *raiva*. A carta do imperador brasileiro a que nos referimos é uma elegante recusa à insinuante proposta de Pasteur, dizendo que não consentiria com suicídio provável (FRANCO, 1969: 52). Com isto, o Brasil deixou de ser o berço de uma grande descoberta científica – em julho de 1885, ano seguinte à recusa de Dom Pedro II, Pasteur decidiu experimentar sua vacina no menino Joseph Meister que, juntamente a outros casos de sucesso, foram apresentados pelo cientista na Academia de Ciência em 26 de outubro de 1885 (HOSSE; VIEIRA, 1998: 11-12) – mas manifestou um grande exemplo de preocupação com o caminho de desenvolvimento da ciência.

Esta resposta pode ser considerada tanto como germinativa de um discurso bioética, ao se preocupar com a ética na pesquisa e na proteção do ser humano, quanto dos Direitos Humanos, por considerar degradante ao ser humano submetê-lo à escolha de morte certa ou suicídio assistido. Pode-se inclusive entender que, neste estágio germinativo, os mesmos motivos da preocupação da Bioética, neste caso, seriam os dos Direitos Humanos, o que comprova a semelhança ontológica em questão.

Esta semelhança, com o desenvolvimento em distintos ramos científicos, acarretará em mútuas influências, razão pela qual é pertinente e devida a análise do conteúdo jurídico dos princípios da Bioética, que faremos no presente trabalho.

Todavia, antes, necessário é compreender o desenvolvimento da Bioética para esclarecer o porquê considera-se seus princípios a beneficência, não-maleficência, justiça e autonomia, os equívocos deste rol e, então, a compreensão do possível conteúdo jurídico dado aos “princípios da Bioética”. Basicamente, a história e o contexto exigiu o surgimento da Bioética nos moldes como conhecemos, e deu-lhe por corpo doutrinário os referidos princípios, oriundos do *BelmontReport*, cunhados originalmente para a pesquisa clínica. Mais que isto, a Bioética surgiu como reação a formulação eugênica do nazismo, com Fritz Jahr em 1927, mas foi sufocada pelo III Reich, vindo ressurgir somente em 1970, com Potter, conforme se explicará a seguir.

## 1 A FORMULAÇÃO DA BIOÉTICA POR FRITZ JAHR

Fritz Jahr, pastor protestante (SASS, 2007), escreveu um editorial em 1927 no conhecido periódico de ciências naturais *Kosmos*, intitulado *Bioética: um panorama da ética e as relações do ser humano com os animais e plantas* (JAHR, 1927).

A despeito do nome sugerir uma formulação da Bioética que se dirija mais ao meio ambiente, ao se considerar o contexto em que se encontrava, pode-se afirmar que Jahr pretendia dizer que se deveria respeitar toda a forma de vida, inclusive animais e plantas e, se até a estes seres devemos respeitar, tanto mais aos humanos (no caso, judeus). Para ponderar corretamente o contexto que deve ser compreendida a formulação de Bioética feita por Fritz Jahr, necessário é que se contextualize alguns aspectos relevantes do pensamento à época. E pode-se afirmar isto uma vez que os fundamentos utilizados em sua argumentação partem dos mesmos pressupostos daqueles que Hitler utilizou em seu *MeinKampf*, além do próprio contexto.

Para delinear este contexto, pode-se indicar que em 1920, os professores Dr. jur. et. Phil. Karl Binding e Dr. Med. Alfred Hoche publicaram, em Leipzig, o marcante livro *Die Freigabe der VernichtungLebensunwertenLebens* (BINDING; HOCHÉ, 1920), obra esta considerada a bíblia do programa de eutanásia

nazista, com afirmações fortes, como “os erros humanos [no sentido de seres defeituosos] resultam na perda de tantos membros que mais ou menos dificilmente importa na balança” (BINDING; HOICHE, 1920: 40).<sup>4</sup> Esta forma de compreensão da humanidade levou, não muito tempo depois, a fazer que o tratamento médico-paciente passasse da pessoalidade para a impessoalidade: os pacientes observados deixam de ter nomes para ter números.<sup>5</sup>

À ideia de *erros humanos* acresceu-se a ideologia do puritanismo racial, com a difusão do conceito que a mistura genética com outras raças diminuiria a qualidade do ser humano e de sua natureza. Os fundamentos biológicos para tal argumento foram dados por Eugen Fischer, que alguns anos antes estivera na África do Sul e em 1913 publicou um estudo com pessoas, por ele chamadas de *bastardos de Rehobother*, que eram crianças nascidas da miscigenação entre Boers e Hottentots. Considerando uma suposta base científica, Fischer chegou a conclusão de que as 310 crianças analisadas eram de qualidade racial inferior (FISCHER, 1961; cf. também FISCHER, 1914; FISCHER, BAUR; LENZ, 1927). Estes estudos influenciaram diretamente Adolf Hitler,<sup>6</sup> tanto que em seu *Mein Kampf*, publicado em 1925, defende abertamente tais ideias, como no trecho em que se lê que o povo “ariano desistiu da pureza de seu sangue e perderam uma estadia no paraíso” (HITLER, 1925: 324).<sup>7</sup>

Assim, com uma forte formulação política pela eugenia e contexto político-social favoráveis e apoiadoras a tais ideias que resultaram no regime nazista, é que Fritz Jahr formula sua ideia de Bioética.

---

<sup>4</sup> Tradução livre. No original: “Aber die Menschheitverliert infolge Irrtumssoviele Angehörige, daß ein mehr oder weniger wirklich kaum in die Waagschale fällt”.

<sup>5</sup> O depoimento de uma enfermeira de Württemberg que viveu tal momento, transcrito por J. Noakes e G. Pridham, constitui importante testemunho desta situação: “The senior sister introduced the patients by name. But the transport leader replied that they did not operate on the basis of names but numbers. And in fact the patients who were to be transported then had numbers written in ink on their wrists, which had been previously dampened with a sponge. In other words the people were transported not as human beings, but as cattle” (NOAKES; PRIDHAM, 1998: 1023-1024)

<sup>6</sup> Há registros de que Hitler teria lido, durante seu cárcere em Landsberg em 1923, o livro recém publicado de Fischer chamado *Delineamento da Genética Humana e Higiene Racial* (PROCTOR, 1988).

<sup>7</sup> Tradução livre. No original: “Der Arier gab die Reinheit seines Blutes auf und verlor dafür den Aufenthalt im Paradies”.

## 2 A FORMULAÇÃO DA BIOÉTICA POR POTTER

Usualmente, concebe-se a *paternidade* do neologismo “bioética” a Van Rensselaer Potter, que o teria escrito pela primeira vez em 1970, em artigo intitulado *Bioethics: Bridge to the Future*. Mas, para entender o momento em que Potter cunha seu neologismo, porquê tem repercussão e de que modo lhe foi dado seus conhecidos princípios, necessário recorrer, uma vez mais, à contextualização.

Apesar de muito se divulgar e criticar os abusos científicos feitos pelo regime nazismo durante a II Guerra Mundial, o fato de o mesmo não ocorrer com os Estados Unidos dá-se apenas por uma questão de vencedor/vencido. Com efeito, os relatos de abuso científico pelos americanos são tão fortes quanto os nazistas (SOFAIR; KALDJIAN, 2000: 13).

Apenas para nos restringirmos ao século XX – ainda que não seja escasso os abusos científicos anteriores (VERESSAYEV, 1916; KATZ, 1972) – pode-se citar o estudo sobre sífilis em Tuskegee (BRANDT, 1978: 21-29; WHELAN, 2011: 19; REVERBY, 2001: 22; THOMAS; GUINN, 1991: 1498; WHITE, 2002: 4; CAPLAN, 1992: 29), em que se procurou levantar a história natural da sífilis valendo-se de 408 pacientes mantidos sem tratamento em Tuskegee, Alabama, enquanto outros 192 presumivelmente não-sifilíticos foram usados como controle. Os pacientes eram negros e pobres e não foram avisados de que estavam sendo submetidos a uma experiência; ao contrário, informaram-lhes de que alguns procedimentos eram um “tratamento especial gratuito”. O estudo começou em 1932, tendo resultado em 13 trabalhos publicados entre 1936 e 1973 (CAPLAN, 1992; LEVINE, 1981). Ressalte-se que a descoberta da penicilina por Alexander Fleming ocorreu em 1928 e que o estudo, que durou até 1972, época em que era amplamente conhecido o tratamento da sífilis, prosseguiu sem que fosse administrado tratamento aos pacientes estudados. Como durou 40 anos, o estudo não passou despercebido, pois há denúncia datada de 1954, sem que nada se tenha feito (SHAFER; USILTON; GLEESON, 1954: 684). Apenas quando a imprensa leiga tomou conhecimento em 1972 é que a pesquisa foi suspensa.

Outro estudo abusivo foi o da Escola Estadual de Willowbrook (KRUGMAN, 1986: 157; GOLDMAN, 1973: 79; DIAMOND, 1973: 133), instituição para pessoas com retardo mental, no Estado de Nova Iorque, iniciado em 1955 em que se testou o efeito da gamaglobulina na prevenção e possível melhora da evolução da hepatite. Os participantes eram crianças e foram deliberadamente infectadas com o vírus da hepatite. A opção para inocular o vírus propositadamente dava-se pelo argumento de que as crianças adquiriam a doença após a internação, de modo que era melhor serem infectadas em condições controladas para melhor acompanhar a doença em seu estágio inicial.

Também em Nova Iorque, 1963, no Hospital Judeu de Doenças Crônicas (ARRAS, 2008), realizou-se experimentos sobre a rejeição de células cancerosas em 22 pacientes cronicamente debilitados sem câncer, sem o devido consentimento. Os pesquisadores acreditavam que a rejeição de células cancerosas em pacientes com doenças crônicas seria tão rápida como a que ocorre em pessoas saudáveis, o que, segundo os pesquisadores, seria suficiente para justificar o experimento.

No começo da década de 1970, em San Antonio, Texas, realizou-se experimento com 398 mulheres para estudar possíveis efeitos colaterais de anovulatórios orais. Neste estudo, utilizou-se quatro marcas comerciais de anovulatórios e um placebo, com a finalidade de verificar se as mulheres apresentavam efeitos colaterais de natureza psicogênica. Ocorreram dez casos de gravidez indesejada entre as 76 mulheres que receberam o placebo. Todas as participantes do experimento eram americanas de origem texana, pobres e múltiparas que haviam buscado a clínica pública para métodos anticoncepcionais e não foram informadas do estudo (AMDUR; BANKERT, 2001: 14).

Diante destes acontecimentos, e com a sociedade ainda assombrada pelas cenas dos campos de concentração nazista, (AGAMBEN, 2008: 93) é que Van Rensselaer Potter formulará o termo *Bioética*, razão pela qual nasce com aceitação e profunda significação – ainda que sem um corpo de doutrina, propriamente, o que será suprido com estudos posteriores e, inclusive, o *Belmont Report*, de quem herdará os princípios.

Potter vislumbrava, em seus escritos, um perigo para a sobrevivência do ecossistema pela separação entre duas áreas do saber: o científico e o humanista (POTTER, 1970: 127-153). A clara distinção entre valores éticos e os fatos biológicos que surge do processo científico-tecnológico indiscriminado poriam em perigo toda a vida humana sobre a Terra e o único caminho possível para evitar esta catástrofe iminente, segundo Potter, seria a constituição de uma ponte entre as duas culturas.

Inicialmente, a proposta do termo *bioethics* era geral e indefinida (SCHRAMM, 2011: 302), apenas de “ciência da sobrevivência”, em sentido ecológico, resultante na necessidade de ultrapassar os ramos tradicionais do conhecimento e estabelecer uma “ponte” entre o universo dos “fatos científicos” e aquele dos “valores éticos” (POTTER, 1971). Ciente de que este posicionamento implicaria uma mudança de comportamento individual e coletivo da qual dependeria a sobrevivência da espécie humana, de outras espécies e do próprio ecossistema, Potter aprofundará seu pensamento em *Global Bioethics* (POTTER, 1998; cf. também POTTER, 1995).

Diante dos mesmos eventos que levou Potter à criação do termo *Bioética*, em 12 de julho de 1974 foi criada a *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, que estudou os critérios de ética em pesquisa clínica, visando evitar os abusos então denunciados. A conclusão desta comissão foi publicada por meio do *Belmont tReport*, de 18 de abril de 1979, que estabeleceu, pela primeira vez, o uso sistemático de princípios para a análise de dilemas bioéticos. (NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, 1979; cf. também RICE, 2008: 1.325; CASSEL, 2000: 12; SMITH, 2001: 5).

Estes princípios foram, posteriormente, desenvolvidos por Beauchamp e Childress (2001) analisando-os para a ética biomédica. Todavia, pela necessidade de formação de corpo doutrinário da Bioética e método de análise de casos concretos, os princípios do *BelmontReport* passaram a constituir os fundamentos principiológicos da Bioética, sem que tenha ocorrido reflexão crítica a respeito de tal incorporação, ou de sua viabilidade.



### 3 BREVE ESBOÇO DO PARADIGMA PRINCIPALISTA DA BIOÉTICA

A formulação principialista na bioética não ocorreu pioneiramente pelo *BelmontReport*, mas teve inspiração em referencial teórico prévio, conforme Childress demonstra (1994: 72-73). Todavia, é com o relatório que os princípios ganham dimensão e forma corpo doutrinário.

O *Belmont Report*, conforme afirmou-se anteriormente, surgiu na década de 1970, quando o Congresso norte-americano aprovou a lei conhecida como *National Research Act*, que propôs três princípios fundamentais: 1) respeito pelas pessoas; 2) beneficência e; 3) justiça (REICH, 1995: 2.769-2.773). Apesar da influência que nos dias atuais ainda permeia o pensamento bioético, o modelo paradigmático dos princípios foi criticado e teve, no início, cunho pejorativo, especialmente no debate de K. D. Clouser e B. Gert (GRACIA, 1998: 67-71).

Os críticos deste modelo apresentaram vários modelos alternativos, como a casuística, a moralidade comum ou o paradigma das virtudes, que veremos a seguir. Entretanto, estes paradigmas são, no fundo, modelos complementares do principialismo do que verdadeiras alternativas (FERRER; ÁLVAREZ, 2005: 121), como admite Albert Jonsen, propositor do modelo da casuística (1995: 237-251).

Todas as formulações principiológicas, todavia, apresentam falhas por graves fundamentações em estatutos morais ou ideológicas de seu formulador. Por este motivo, H. Tristram Engelhardt Jr. formula sua bioética da permissão, em que tenta se livrar de todo valor moral.

O ponto inicial da compreensão da bioética da permissão é o do pluralismo moral. Neste contexto, compreende-se que a discussão bioética contemporânea é tida como um substantivo plural (ENGELHARDT, 1996: 3), da qual se torna impossível descobrir uma moral secular com conteúdos, o que é praticamente inaceitável a uma cultura habituada a confiar na razão.

Os debates éticos entre estranhos morais sobre questões concretas são intermináveis, pois não há uma visão moral comum que permita resolver as diferenças por

meio de argumentos racionais válidos, tampouco existe autoridade moral comum à qual se possa recorrer(ENGELHARDT, 1996: 4).

A argumentação racional não pode resolver os debates éticos entre os estranhos morais com visões morais diferentes, como se pode observar pelos diversos temas da bioética ainda insolúveis, sendo que muitos que trabalham no campo da bioética parecem ainda ignorar essas dificuldades inerentes ao pensamento contemporâneo (FERRER; ÁLVAREZ, 2005: 205).

Um exemplo claro desta dificuldade é o caso da cultura Ik, na África, onde não há espaço para o altruísmo. O bem é estar saciado, sem fome, e roubar a comida de um faminto poderia ser um ato bom, pois o homem bom é aquele saciado(ENGELHARDT, 1996: 38-39). Porventura esta cultura seria imoral?

A solução deste impasse pós-moderno dada por Engelhardt é a de que é necessário justificar a legitimidade de uma bioética secular capaz de guiar os estranhos morais na cidade secular pós-moderna. As maneiras possíveis de converter um estranho moral, resolvendo o conflito entre eles, para o autor, seriam: 1) a força; 2) a conversão de uma parte ao ponto de vista da outra; 3) a sólida argumentação racional e 4) o acordo. Quando se tem uma autoridade moral comum, é fácil resolver as questões por qualquer um dos caminhos citados.

Entretanto, quando não há, nenhuma das hipóteses é possível. O que se pode atingir é um acordo em que se estabeleça um mínimo de suposições morais comuns e prévia e, a partir disso, que se aceite o respeito pela liberdade de todos os participantes numa controvérsia moral. (ENGELHARDT, 1996: 67-72)

Seria a única forma de estabelecer um universo moral criado pela vontade livre dos participantes, o que seria suficiente para dar à comunidade moral secular um *fundamento transcendental imanente*, termo retirado do pensamento kantiano, originalmente referente ao âmbito do conhecimento teórico, e não ao da moralidade, mas que Engelhardt estende ao âmbito da moralidade: o poder pensar a si mesmo como um agente livre é uma condição transcendental da experiência moral (ENGELHARDT, 1996: 69, 94-95).

Por esta permissividade, liberdade de escolhas diante do caos pós-moderno, é que chamamos de *bioética da permissão*, soando-nos como o modelo vigente atualmente, e que mais influência exerce no Biodireito, especialmente porque é regida por uma moralidade vazia de conteúdos normativos concretos, reduzindo-se a estabelecer os limites da autoridade para poder atuar de maneira coercitiva, o que percebemos claramente na formulação dos princípios bioéticos e biojurídicos, de modo que, em função desta ausência de conteúdos, exporemos, no capítulo seguinte, a discussão da formulação de princípios e valores, para fundamentar o Biodireito.

Assim, ainda que necessite de maiores aprofundamentos este paradigma, tanto por sua influência, quanto pela lucidez de suas formulações, cumpre ressaltar que para Engelhardt, dois princípios fundamentais da moral secular são o princípio de permissão e o princípio de beneficência, sendo o primeiro a pedra fundamental do sistema, e ambos utilizados em um duplo sentido: tanto servem como epígrafes (*chapter headings or indexes*) para ordenar as questões morais e orientar a solução dos problemas concretos, quanto indicam a fonte ou origem dos direitos e obrigações morais (ENGELHARDT, 1996: 102-103).

Uma síntese do conteúdo do princípio da beneficência, que difere daquele dado por Beauchamp e Childress, seria baseado em um conceito bíblico: “assim como quereis que os homens façam a vós, fazei do mesmo modo com eles” (Lc6:31), da qual Engelhardt retira a máxima “Faz a outros seu bem” (“*Do to other thei rgood*”). Note-se que agir com beneficência é pôr-se a serviço do bem dos outros, levando em conta a definição do bem que o beneficiário, da pessoa que recebe a ação beneficente, e daí dizermos a permissividade do sistema, da qual ainda temos graves restrições.

Esta ligeira influência religiosa, ainda que num modo permissivo, agravou-se na bibliografia de Engelhardt pois, após outras meticulosas reflexões, percebeu problemas em sua teoria, não de ordem teórica, mas deontológica, acreditando que poderia levar a graves consequências, o que o fez converter-se ao cristianismo ortodoxo e escrever sobre a bioética na perspectiva de sua fé ortodoxa (ENGELHARDT, 2000).

Estas dificuldades apontadas, pluralidades teóricas e de fundamentação demonstram a complexidade velada no principialismo, ignorada pelos estudos atuais em Bioética e Biodireito, que permitem o prevalecimento de distintas valorações axiológicas dos princípios, bem como seu uso indistinto dos princípios (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2001), razão pela qual acreditamos que os referenciais da bioética (HOSSNE, 2006: 673), bem como sua compreensão tópica (FIRST, 2010), possibilitam análise mais precisa das diversas situações e problemáticas da Bioética.

#### 4 ETICIDADE E PRINCÍPIOS NO MUNDO JURÍDICO <sup>8</sup>

Primeiramente é preciso distinguir o ético do técnico.<sup>9</sup> Técnica, do grego *téchne*, designa arte ou ofício, forma de trabalho. Todavia, depois da revolução industrial e com o desenvolvimento do capitalismo de produção fabril, ela passa a possuir um novo significado. Com a invenção da máquina, aparece o vocábulo tecnologia, sendo o estudo do processo de construção e utilização das máquinas (ELLUL, 1980, p. 24-25). A técnica, portanto, surge e se desenvolve dentro de um contexto histórico individualizado e atomizado, tornando-se um fenômeno que busca a exatidão e a perfeição, distanciando-se do elemento humano (o ético), adquirindo cada vez mais autonomia e revestindo-se de racionalidade e artificialidade. Por outro lado, o ético, classicamente tratado, está mais para o irracional e o natural, já que lida com as dimensões subjetivas, emocionais, as quais não permitem uma exatidão matemática e que brotam espontaneamente na comunidade pelo convívio e não pela

---

<sup>8</sup> Alguns trechos deste tópico já foram por nós analisados em outro momento. Cf. Ormelesi (p. 393-414, 2012).

<sup>9</sup> A separação entre ética e técnica remonta às origens gregas. Muito embora Platão tenha tentado estabelecer as diferenças entre elas, foi apenas com Aristóteles que a distinção se tornou mais clara. Segundo ele, ambas tratam do agir humano, no entanto, a técnica (ou arte) cuida das ações humanas direcionadas à fabricação e criação das coisas, ou seja, sua produção (*poiesis*), aquelas que possuem resultados concretos, enquanto a ética se destina ao entendimento do agir humano considerado em si mesmo. Ainda segundo Comparato, “[...] no mundo antigo, a esfera da vida ética distinguia-se nitidamente dos costumes e saberes de ordem puramente técnica. No campo ético, religião, moral e direito formavam o tudo coeso e indissociável, mas de validade rigorosamente limitada às fronteiras culturais de cada povo, ou civilização. As regras técnicas, ao contrário – a maneira de cultivar o solo e domesticar os animais, por exemplo – não tinham vinculação necessária com nenhum povo em particular. O caráter nacional da ética e universal da técnica foi, de resto, tido como algo natural pelos gregos.” (COMPARATO, 2006. p. 98-99)

invenção. Desse modo, pode-se dizer que a modernidade se caracteriza principalmente pela presença massiva da técnica em detrimento da ética.<sup>10</sup>

Já a ética, do grego *ethos*, a morada do ser, relaciona-se aos preceitos de conduta, aos valores que orientam as decisões dos indivíduos. Ela investiga das finalidades<sup>11</sup> perseguidas pelos homens durante o seu viver e as formas como são atingidas em suas condutas, além dos motivos considerados corretos para disciplinar essas condutas.<sup>12</sup> Subsiste na ética um ideal de bem a ser atingido. O ético é valorativo por excelência e, portanto, pode ser ponderado, no sentido de ponderar como a possibilidade de se escolher um melhor, valorando uma escolha. Assim, a ética permite lidar com gradações subjetivas, decidir o que se quer segundo uma perspectiva do que é bom. A técnica, ao contrário, quando permite a escolha ela é feita segundo o que funciona e o que não funciona, através de gradações objetivas. A ética é qualitativa ao passo que a técnica é quantitativa.

Claro parece ser a importância que os princípios têm para a teoria e metodologia da ciência, a partir de uma concepção epistemológica justamente pelo resgate ético que eles produzem no meio jurídico. Essa relevância e validade atingem todos os ramos do direito, notadamente, o constitucional. Entre entrelaçar do instrumental decisório jurídico e dos valores fundamentais da humanidade que as teorias contemporâneas promove é crucial para a inserção da bioética no direito.

---

<sup>10</sup> Brüseke aponta que a modernidade se autodetermina pela técnica, na medida em que esta perde seu caráter finalístico, deixando de ser apenas um meio à disposição do homem, gerando surtos de irracionalidade ocasionados pela contingência da técnica e pela indiferença valorativa. (BRÜSEKE, 2011)

<sup>11</sup> O "mundo dos fins" segundo a filosofia kantiana.

<sup>12</sup> "Ética. Em geral, ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais dessa ciência: 1- a que a considera como ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos *meios* para atingir tal *fim*, deduzindo tanto o fim quanto os meios da *natureza* do homem; 2- a que a considera como a ciência do *móvel* da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta. Essas duas concepções, que se entre mesclaram de várias maneiras na Antigüidade e no mundo moderno, são profundamente diferentes e falam duas línguas diversas. A primeira fala a língua do ideal para o qual o homem se dirige por sua natureza e, por conseguinte, da 'natureza', 'essência' ou 'substância' do homem. Já a segunda fala dos 'motivos' ou 'causas' da conduta humana, ou das "forças" que a determinam, pretendendo ater-se ao conhecimento dos fatos." (ABBAGNANO, 1962, p. 380, grifo do autor).

Todavia, antes de concretizar esta análise, seria leviano deixar de expor, num trabalho como este, o sentido que o termo princípio tem assumido na teoria do direito, principalmente do ponto de vista da dogmática analítica ou ciência do Direito como teoria da norma jurídica. Para a dogmática analítica, todo e qualquer comportamento humano é passível de ser reduzido a uma norma, ao seu cumprimento ou descumprimento, sendo juridicamente irrelevante eventual conduta fora desse enquadramento. Isso reflete a concepção da norma tida como regra. (FERRAZ JUNIOR, 2010: 57)

Parece inquestionável, pois, serem as normas jurídicas o objeto central do estudo do Direito. Depois da edição da principal obra de Hans Kelsen, a *Teoria pura do Direito*, podemos afirmar que o Direito pôde se estabelecer definitivamente enquanto ciência. A principal contribuição de Kelsen foi demonstrar a possibilidade de o fenômeno jurídico ser analisado de forma independente, através de uma delimitação metodológica e epistemológica do objeto de estudo do Direito. Assim, o direito pode ser encarado por olhos não sociológicos, históricos ou políticos apenas.

Convém, desse modo, trazer à baila algumas considerações acerca das normas e das proposições normativas feitas por Kelsen. Ele esclarece que uma norma só pode ser considerada como tal quando prevê uma sanção a quem a descumpre, uma vez que o objeto de qualquer norma é a conduta humana. Portanto, a norma ou autoriza ou obriga ou proíbe. Estando em vigência, a norma é válida ou não é, ao contrário do juízo de valor, que pode ser verdadeiro ou falso. A norma válida deve-ser aplicada e a eficácia de uma norma não lhe aumenta ou diminui a validade. (KELSEN, 2006: 4-21)

A norma jurídica só é válida por haver outra norma que lhe imputa validade. Há um encadeamento lógico-sequencial de validade até se atingir a primeira norma, que não é positiva, é um pressuposto deôntico (do mundo do dever-ser), vazio de conteúdo, necessário apenas para sustentar o restante das normas do

ordenamento. Esse pressuposto lógico Kelsen (2006: 242-243) chama de norma hipotética fundamental.<sup>13</sup>

Ele distingue ainda as normas jurídicas das proposições jurídicas. As primeiras prescrevem autorizando, proibindo ou permitindo, as segundas se limitam a descrever o que as primeiras autorizam, proíbem ou permitem. Embora ambas se materializem através de enunciados lingüísticos, as normas emanam de órgãos com autoridade jurídica e as segundas emanam dos cientistas do Direito (KELSEN, 2006: 80-81). Assim sendo, não podem as proposições jurídicas modificar, suplantam ou relativizar o conteúdo normativo das normas jurídicas válidas.

De resto, vale mencionar que a teoria de Kelsen passou por reformulações acerca das proposições normativas. Nos primeiros anos da teoria pura, ele distinguia as proposições em sentido amplo (Se a, então O deve tomar a medida x) e em sentido estrito (Se b, então O deve infligir s a l) nas quais a e b são condutas humanas, O é o destinatário imediato da norma, s é a sanção e l é o sujeito da norma jurídica. Posteriormente, Kelsen passou a distinguir também a proposição normativa primária da secundária. A primária seria a proposição em sentido estrito, sendo a secundária a decorrência lógica de que l não deve fazer b para não sofrer s. (DIAS, 2010: 330-338)

Podemos, tendo examinado a concepção de Kelsen, concluir que as normas são discursos constitutivos de uma ação: a imposição de certos comportamentos como jurídicos, sob pena de sanção. Não é a sanção prevista na norma um fato empírico, mas tão somente lingüístico, na medida em que produz o efeito de ameaçar, sendo este seu papel (FERRAZ JUNIOR, 1986: 22), caberá ao órgão destinatário da norma impor a sanção, sendo que sua realização concreta não diz respeito aos domínios do Direito, mas da Política.

---

<sup>13</sup> A matriz da norma hipotética fundamental na teoria de Kelsen é o imperativo hipotético de Kant. “A norma fundamental, determinada pela Teoria Pura do Direito como condição da validade jurídica objetiva, fundamenta, porém, a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coercitiva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos. [De tal sorte que] a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política mas tão-só uma função teórico-gnoseológica.” (KELSEN, 2006, p. 242-243).

Niklas Luhmann, numa retomada da já exposta diferença entre descrição e prescrição, diferencia a expectativa cognitiva, caracterizada por uma disposição de assimilação em nível de aprendizado, adequando-se ao desapontamento, da expectativa normativa, caracterizada pela resistência e não assimilação, não se adequando ao desapontamento (1983: 56). Cabe ressaltar que o Direito se funda em expectativas normativas, pois prescreve, prescrevendo, espera do destinatário uma determinada conduta, que, quando frustrada, possibilita a reação institucional, materializada na sanção.

Na pós-modernidade, principalmente depois das teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, a doutrina constitucionalista tem se preocupado em fazer a distinção entre princípios e regras. Isso reflete uma tentativa de superação do positivismo clássico, que já vinha sendo questionado pelo constitucionalismo emergente das declarações de direitos fundamentais e das cartas constitucionais dos países no pós-guerra. Evidentemente, a concepção do direito com base nos princípios, representa uma ruptura com as tradições e inaugura uma nova etapa da metodologia do direito.

Nos Estados de Direito é notória a presença de princípios constitucionais que fundamentam a ordem jurídica estatal com as exigências morais e éticas relevantes para a comunidade. Esse fenômeno é marcado pela inserção nas cartas políticas das nações de princípios e valores. A Constituição Federal Brasileira de 1988 também foi influenciada por este constitucionalismo do pós-guerra, em reação à decadência de regimes autoritários, assim como as Constituições portuguesa de 1976, alemã de 1949 e italiana de 1948. A carta magna do Brasil consagra em seu preâmbulo os valores supremos da sociedade brasileira, tal como a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça etc., encontrando expressão normativa através de princípios e regras distribuídos ao longo do texto constitucional.

No bojo das normas constitucionais, sobretudo naquelas que dispõem sobre direitos fundamentais, encontra-se alto teor valorativo, na medida em que traduzem para a linguagem normativa os valores supremos da sociedade. Nesta seara, torna-se imprescindível o exame detido e aprofundado das normas, princípios



e valores. Nosso trabalho encabeça uma divagação teórica acerca da principiologia, razão pela qual não podemos preterir uma conceituação jurídica dos princípios, e ela, assim cremos, só se concretiza quando se têm nítidas as semelhanças e principalmente as diferenças entre esses três entes.

Costuma-se partir do pressuposto de que valores são semelhantes a bens e, justamente em virtude disso, podem ser ponderados. Não está de todo errada essa afirmação, porém, os valores são bem mais do que isso. Max Scheler, baseando-se na fenomenologia de Edmund Husserl, afirma que os valores habitam o imo emocional do homem, que se traduzem na experiência emocional formadora de unidades fenomenais determinantes da consciência e das atitudes. (SCHELER, 1994: 43-44)

O principal problema que se identifica é a confusão existente entre o que se entende por valor e o que se entende por princípio. Tal limbo terminológico se justifica pelas semelhanças entre os dois, como bem salienta Alexy: tanto princípios como valores podem colidir e serem concretizados de forma gradual (2004: 164). A solução que Alexy propõe se assenta no plano lógico. Ele infere estarem os princípios relacionados a mandamentos, diretrizes, proibições e permissões, habitando o mundo do dever-ser, sendo, portanto, deontológicos por natureza. Os valores, ao contrário, expressam mais a idéia de bom, ligados à certeza, segurança, beleza, ficando no plano dos conceitos axiológicos. Haveria ainda o plano antropológico, no qual estariam a vontade e o interesse, por exemplo.

Destarte, no campo deontológico estão as regras e os princípios, como espécies do gênero norma, caracterizados pela tônica do dever ser, sendo verdadeiros mandamentos (as regras mandados definitivos e os princípios mandados de otimização), no nível axiológico a separação se dá entre regras de valoração (que não podem ser objeto de ponderação) e valores (que podem ser objeto de ponderação). (ALEXY, 2001: 145) Dessa maneira, a diferenciação fundamental, é uma questão semântica, significando os princípios aquilo que é devido e os valores aquilo que é melhor.

Para Miguel Reale, a categoria valor constitui-se num dos pressupostos da experiência jurídica efetivada pela teoria da tridimensionalidade. O autor esclarece serem os valores bens, materiais ou espirituais, criados pelo homem no decorrer da história. As valorações são consubstanciações de interesses, através dos quais a atividade humana procura satisfazer a vontade presente num valor, impedindo que um não-valor possa se sobrepor àquele. (REALE, 2002: 543)

Habermas, de outra feita, acolhe a colocação dos princípios no patamar deontológico, mas estabelece que os valores são principalmente teleológicos. Deste modo, os princípios, como normas, se subsumem em válidos ou inválidos antagonicamente, a revelia do que ocorre com os valores, que podem ser ponderados gradualmente. (1997: 328) Outro aspecto importante sobre os princípios é o caráter absoluto que carregam. Em contraposição, os valores não pretendem ser absolutos, apenas orientando o que seja mais benéfico dentro de um agrupamento humano. Em última análise, os princípios não permitem contradições, no sentido de se complementarem, ao passo que os valores visam prevalecer uns sobre os outros. (HABERMAS, 1997: 329)

A separação conceitual entre regras e princípios possui relevante importância no âmbito das discussões acerca dos direitos fundamentais. Por isso mesmo, tal divisão se encontra presente no âmago das disciplinas de direito público que pretendam um aprofundamento teórico maior. (ÁVILA, 2004: 18)

A fim de posicionar a questão, analisaremos a teoria de Karl Larenz. Para ele, os princípios não são normas, mas sim critérios e fundamentos para consolidação de uma norma. Os princípios não são regras por lhes faltar o caráter formal de proposições jurídicas, de modo que se apresentam como diretrizes. Desse modo, os princípios se prestam a estabelecer parâmetros para a feitura e interpretação das regras jurídicas num ideal de obtenção do Direito Justo. (2002: 33-35)

Passemos a expor as considerações de Ronald Dworkin (2002). Segundo ele, as regras (*rules*) seguem o jogo do *all or nothing*, sendo os conflitos existentes entre elas meras antinomias aparentes, uma vez que uma delas será

eliminada do sistema mediante aplicação de critérios lógico-formais e métodos hermenêuticos. Os princípios são mais vagos e possuem alto grau de indeterminação, sendo os conflitos existentes entre eles os chamados *hard cases*. Os princípios não se relacionam numa relação hierárquica, pois provêm da mesma fonte (Constituição).

Conforme o seu pensamento, a distinção entre regras e princípios não se dá no plano lógico ou qualitativo, uma vez que ambos fornecem critérios para a solução de casos concretos nas decisões judiciais. As regras seguem a lógica disjuntiva, ou são válidas e se aplicam ou não são e não se aplicam. A análise é feita conforme o enunciado da regras abarca ou não o contexto dos fatos. No caso dos princípios não, Dworkin admite que os princípios possam ser apreciados segundo sua importância, inclusive pelo julgador. Outra consideração apontada por ele é no tocante à possibilidade de regras se assemelharem a princípios quando trazem em seus enunciados e dispositivos conceitos indeterminados. (DWORKIN, 2001)

Em certo contraste com a tese de Dworkin, caminhou a teoria de Robert Alexy (2001). A primeira objeção que Alexy levanta é que a concepção de Dworkin não permite averiguar como se dá o conflito entre princípios e como ele se resolve. Ele admite que o conflito de regras gera uma mútua exclusão e o entre princípios é permeado por dimensões valorativas. Alexy estatui três fases de análise em sua teoria principiológica: a tese da otimização; a lei da colisão; e a lei da ponderação. (ALEXY, 2001)

Neste viés, são os princípios mandados de otimização, que devem ser cumpridos de forma a realizar o máximo que as possibilidades fáticas e jurídicas permitam. Portanto, no que se refere à tese da otimização, as teses de Alexy e Dworkin se complementam, já que ambos admitem que uma norma ou é um princípio ou é uma regra. A grande diferença se dá no plano da lei de colisões. Para Alexy, a colisão de regras jurídicas com dispositivos antagônicos se resolve por simples aplicação de ferramentas hermenêuticas. O conflito de princípios se decide com um dando lugar ao outro sem que perca sua incidência ou validade, mas meramente segundo a conveniência do caso concreto. Isso já nos conduz à última tese de Alexy

quanto à ponderação, a qual reflete uma conexão entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade.<sup>14</sup>

Antes de finalizar, convém fazer menção aos estudos do professor Humberto Ávila que, no cenário nacional, representa uma tentativa de síntese entre as teorias normativas dos princípios. Em suas palavras, eles seriam

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção. (2004: 78-79)

Consideremos que, no atual contexto e estágio metodológico do Direito, o fato de o princípio assumir a condição de norma representa inquestionável mudança do ponto de vista teórico. Antes, os princípios gozavam apenas de juridicidade, assim como os costumes, com o pós-positivismo, ganham a normatividade, passando a serem considerados na ciência do Direito com status diverso, acarretando conseqüências tanto práticas quanto teóricas. Os estudos a respeito dos valores, das regras e dos princípios são muito caros ao Direito, assim como também o são à Moral e à Ética. Dessa maneira, incumbe-nos a tarefa hercúlea de procurar, ainda que de forma elementar, sistematizar a relação existente entre esses três entes.

Há uma clara diferença entre normas éticas, normas morais e normas jurídicas. Conforme a exposição acerca dos princípios, dos valores e das regras, pode-se dizer que, no campo ético, habitam princípios e valores, no campo moral, regras e valores e no campo jurídico, princípios e regras. Pois que: o valor é fruto de uma construção cultural, carrega a idéia de bem, não tem uma lógica específica e é mais volátil; a regra é uma construção positiva, provém de um ato de vontade, carrega a idéia de comando e império e segue uma lógica de imputação de validade; o princípio é uma construção filosófico-científica, tem origem na análise racional,

---

<sup>14</sup> Talvez seja por isso que, entre nós, Humberto Ávila considere o princípio da proporcionalidade como um pressuposto normativo, algo que antecederia as normas. Cf. (ÁVILA, 2004).

carrega a idéia de fundamento e estrutura e prima pela unidade sistêmica, seguindo uma lógica sistemática.

Destarte, a norma moral possui matriz consuetudinária, exerce uma coação social, mas não está institucionalizada num aparato jurídico-político que lhe garanta sanção. A norma ética é uma orientação de conduta, possuindo caráter pedagógico e instrutivo, não está institucionalizada também e visa o que é melhor. A norma jurídica é fruto da positivação, mais do que coagir, ela é coercitiva por ter a sanção institucionalizada, possuindo uma lógica de imputabilidade (válida ou inválida).

Portanto, em retomada às considerações teóricas iniciais, poderíamos destacar três planos lógicos onde esses entes se situam. No âmbito ontológico, referente à natureza e ao real, estão os princípios. As normas habitam, por definição, o plano deontológico, o do dever ser. Por fim, os valores, conforme já explicitado, pertencem à dimensão axiológica. No primeiro, está ínsita a idéia de sustentar, no segundo a idéia de ordenar e no último a idéia de qualificar.

O pós-positivismo garantiu normatividade aos princípios jurídicos, que com o neo-constitucionalismo adquirem e alçam o grau de direitos fundamentais no bojo da maioria das constituições dos países.<sup>15</sup> Todavia, embora não discordemos do avanço que a normatividade dos princípios trouxe para a ciência jurídica, é preciso salientar algumas ponderações. Os princípios deixam de estar no campo metafísico para integrar o campo concreto. Essa materialização dos princípios é benéfica apenas

---

<sup>15</sup> Paulo Bonavides bem resume esse processo: “É na idade do pós-positivismo que tanto a Doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. [...] A construção doutrinária da normatividade dos princípios provém, em grande parte, do empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito em buscarem um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo. [...] Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.” (BONAVIDES, 2006, p. 265, 276 e 294).

do ponto de vista da aplicabilidade imediata, mas pode lesar o caráter epistemológico dos mesmos. Os princípios não são normas que servem a proteger direitos ou garanti-los, mas são as próprias células que compõem o Direito em si. Quando se recorre a eles está-se buscando as raízes do Direito.

O pós-positivismo desloca os princípios para a dimensão deontológica, porém não tem como garantir que eles sejam sempre observados, já que uma das características fundamentais de qualquer norma é a possibilidade de não ser respeitada. O grau de importância dos princípios não aumenta apenas por estarem contidos na constituição. A constituição é uma carta política, mutável e possível de ser revista. O que o pós-positivismo fez não foi dar normatividade aos princípios, mas sim criar um gênero de normas e chamá-las de princípios. O que se fez foi normatizar alguns princípios para que pudessem ter maior eficácia do que a que tinham quando eram meras fontes.

Dessa maneira, voltamos a afirmar que não nos distanciamos tanto da norma hipotética fundamental. Existe o risco da normatização dos princípios ser mera posituação dos valores das ideologias dominantes em tratados de direitos humanos e cartas constitucionais. Ainda que nossa posição possa ser considerada um retrocesso, cremos que também é preciso que existam linhas universais e imutáveis das quais o Direito e os ordenamentos jurídicos sempre poderão se socorrer.

Em última análise, um fenômeno que o pós-positivismo produziu foi o interesse de cada ramo do direito em externar e elencar cada um de seus princípios. No passado, os princípios jurídicos eram codificados como as diretrizes do direito civil, penal, etc. Assim, a dogmática analítica buscou no direito do trabalho o princípio protetor, no direito administrativo o princípio da legalidade. Os princípios jurídicos estão no direito pressuposto, apenas podem ser realmente princípios (pressupostos elementares) quando existem por si, *extra legem*, quando não precisarem estar em leis e constituições para serem respeitados da mesma maneira como são respeitadas as demais normas.

Portanto, mesmo com a dogmática jurídica tendo consolidado a existência de normas-princípio e de normas-regra, os antigos princípios jurídicos oriundos das divagações do direito natural<sup>16</sup>, hoje modificados como verdades epistemológicas, ainda possuem pleno cabimento no mundo jurídico, geram um repertório técnico-axiológico (tópica) e habitam as profundezas mais ontológicas do Direito.

## CONCLUSÕES

O princípio bioético é normativo. É a Bioética uma disciplina normativa, assim como o Direito. Ambos são dever-ser. Como um dever-ser apenas pode se originar de outro dever-ser, há tanto no Direito quanto na Bioética a necessidade da pressuposição da norma hipotética fundamental. Como essa norma é vazia em conteúdo, cabe aos sistemas buscarem seus pontos de partida para se firmarem. Esses pontos de partida são precipuamente teleológicos e construídos de fora. Enquanto as disciplinas descritivas apenas constataam a normalidade, sem se preocupar com suas alterações empíricas, as disciplinas normativas prescrevem como a normalidade deve ser.

A prescrição de comportamentos é feita através de comunicação. Entre os comunicadores (sujeitos) verificam-se relações de subordinação ou de coordenação, que são relações de autoridade. Tanto o Direito quanto a Bioética possuem normas que determinam condutas acerca da tutela da vida, por exemplo. A observância dessas normas dependerá do grau de institucionalização das mesmas, ou seja, do quanto os terceiros não envolvidos diretamente na relação autoridade-sujeito respaldam, legitimam a autoridade. Por isso, são importantes os procedimentos institucionalizados na sociedade para legitimar a autoridade como Comitês de Ética, normas de conduta de saúde pública, etc.

Concordemos que o fundamento do Direito não está na força, mas sim na institucionalização da autoridade positiva. Como em nosso modelo político

---

<sup>16</sup> Chamados por alguns como princípios gerais do Direito, dentre eles se destacando as máximas de Ulpiano: “viver honestamente, dar a cada um o que é seu e nunca lesar ninguém” (“*honest vivere, suum cuique tribuere et neminem laedere*”)

prevalecem as normas jurídicas, num eventual conflito entre uma norma moral, ética ou bioética com uma norma jurídica, esta sempre terá preponderância. Entretanto, isso poderia nos levar a concluir que qualquer conteúdo é passível de ser jurídico. Lembrem os positivistas que os conteúdos normativos em si não são nem jurídicos nem anti-jurídicos, mas sim neutros.

Sendo a norma jurídica institucionalizada pela vontade de uma autoridade, essa vontade pode ser acatada, rejeitada ou desconfirmada. Quando o sujeito acata a autoridade ela é reconhecida e quando ele a rejeita ela é ofendida, mas ainda é reconhecida, ainda tem respaldo. Contudo, se a autoridade é ignorada ela é desconhecida, ela deixa de valer enquanto autoridade. Kelsen chama isso de não pressuposição da norma fundamental. A autoridade se torna obsoleta e deve ser trocada por outra.

As comunidades todas estão organizadas em torno de núcleos significativos, para se usar a terminologia de Luhmann, que são mecanismos de estabilização das interações sociais, pois tentam ser aceitáveis e homogêneos. Esses núcleos significativos são feitos dos valores sociais escolhidos por uma determinada sociedade segundo parâmetros histórico-culturais. Os valores escolhidos são as chamadas ideologias dominantes.

Quando se traz a questão ao âmbito jurídico percebe-se que as normas sobre questões da tutela jurídica da vida podem ficar comprometidas se apartadas da Bioética. Assim sendo, os princípios bioéticos devem se constituir nos núcleos significativos da sociedade quanto às questões relativas à vida. Desse modo, são os valores escolhidos pela ideologia prevalente para nortear o conteúdo das normas, jurídicas ou não, acerca da vida humana.

Por fim, não estão os princípios bioéticos enquadrados na categoria dos princípios dentro do mundo do Direito. São princípios da Bioética, no Direito são valores, uma vez que os princípios do Direito são aqueles já presentes no sistema jurídico. Portanto, adquirem juridicidade quando são institucionalizados pelo aparato técnico-burocrático do Estado, ganhando também a normatividade quando passam a



integrar o conteúdo normativo das normas jurídicas, o que só é possível por serem núcleos significativos, legitimados pela ideologia dominante.

Essa comunicação entre os sistemas jurídico e bioético só é possível graças à abertura cognitiva presente nos sistemas sociais, nos termos de Luhmann, uma vez que o Direito deve ser considerado com um sistema social. Portanto, é o próprio sistema jurídico que permite a presença dos chamados princípios bioéticos em seu repertório. Isso é fulcral, pois gera elementos informativos capazes de permitir tomadas de decisão com um mínimo de aceitabilidade no que tange à tutela jurídica da vida humana.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962.

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. São Paulo: Boitempo, 2008.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMDUR, Robert; BANKERT, Elizabeth. **Institutional Review Book**. 3. ed. London: Jones and Bartlett, 2011.

ARRAS, John D. The Jewish Chronic Disease Hospital Case. In: EMANUEL, Ezekiel J. *et alii*. **Oxford Textbook of Clinical Research Ethics**. New York: Oxford University Press, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BEAUCHAMP, T.; CHILDRESS, J. F. **Principles of biomedical ethics**. 4. ed. New York-Oxford: Oxford University Press, 2001.

BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. **Die Freigabe der Vernichtungslbensunwerten Lebens: Ihr Mass und ihre Form**. Leipzig: Felix Meiner, 1920.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANDT, A. M. Racism and research. The case of the Tuskegee syphilis study. **Hastings Center Report**. vol. 8, n. 6, p. 21-29. Washington: The Hastings Center Press, 1978.

BREDENOORD, Annelien L.; VAN DER GRAAF, Rieke; VAN DELDEN, Johannes J. M. Toward a "Post-posthuman Dignity Area" in Evaluating Emerging Enhancement Technologies. **American Journal of Bioethics**. vol. 10, n. 7, p. 55. Houston: Harvard University Press, 2010.

BRÜSEKE, Franz Josef. A modernidade técnica. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 17, n. 49. São Paulo, junho, 2002. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092002000200009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092002000200009&script=sci_arttext). Acesso em: 20.nov.2011.

CAPLAN, A. L. Twenty years after. The legacy of the Tuskegee Syphilis Study. When evil intrudes. **Hastings Center Reports**. vol. 22, n. 6, p. 29. Washington: The Hastings Center Press, 1992.

CASSEL, E. J. The principles of the Belmont Report revisited: how have respect for person, beneficence, and justice been applied to clinical medicine? **Hastings Center Report**. vol. 30, n. 3, p. 12. Washington: The Hastings Center Press, 2000.

CHAVES, M. M. Complexidade e transdisciplinaridade: uma abordagem multidimensional do setor saúde. **Revista brasileira de educação médica**. vol. 22, n. 1, p. 7-18. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Educação Médica, 1998.

CHILDRESS, James. Principles-oriented bioethics. An analysis and assessment from within. In: DUBOSE, E.; HAMEL, R.; O'CONNELL, L. J. (orgs.) **A matter of principles? Ferment in U.S. bioethics**. Valley Forge: Trinity International, 1994. p. 72-73.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Cláudio F. Razões para o utilitarismo: uma avaliação comparativa de pontos de vista éticos. **Ethic@**, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 155-174, dezembro, 2002. Disponível em: <http://journal.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/14591/13345>. Acesso em: 20.nov.2011.

DIAMOND, E. F. The Willowbrook experiments. **The Linacre quarterly**. vol. 40, n. 2, p. 133. Saint Paul: Catholic Medical Association, 1973.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo Jurídico e a teoria do Direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: RT, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

\_\_\_\_\_. **The technological system**. Tradução do francês de Joachim Neugroschel. Nova Iorque: The Continuum Publishing Corporation, 1980.

ENGELHARDT, H. Tristram. **The foundations of bioethics**. New York: Oxford University, 1996.

\_\_\_\_\_. **The foundations of Christian bioethics**. Lisse: Swets&Zeitlinger, 2000.

FALZEA, Angelo. Rilevanzagiuridica. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1989. vol. XL [Restituzione-Riunione], p. 900-901.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlo. **Para fundamentar a bioética**. São Paulo: Loyola, 2005.

FIIRST, Henderson. A crise da ética kantiana na sociedade pós-moderna e o Biodireito. **Revista dos acadêmicos de direito da UNESP**. vol. 10, p. 179-202. Franca: Unesp, 2007.

\_\_\_\_\_. A importância da ideologia para a Bioética e o Biodireito contemporâneos. **Revista dos acadêmicos de direito da UNESP**. vol. 13, n. 13. Franca: Unesp, 2010.

FISCHER, Eugen. **Das Problem der Rassenkreuzung beim Menschen** [O problema da miscigenação no homem]. Freiburg. B.: Speyer&Kaerner, 1914.

\_\_\_\_\_. **Die Rehobother Bastards und das Bastardierungsproblem beim Menschen** [Os bastardos de Rehoboth e o problema da miscigenação em humanos]. Graz: Adeva, 1961.

\_\_\_\_\_.; BAUR, Erwin; LENZ, Fritz. **Menschliche Erblchkeitsleher** [Hereditariedade humana]. Berlin: Ullstein, 1927.

FRANCO, Odair. **História da febre amarela no Brasil**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 1969.

GLENN, Linda MacDonald; DVORSKY, George. Dignity and Agential realism: Human, posthuman, and nonhuman. **American Journal of Bioethics**. vol. 10, n. 7, p. 57. Houston: Harvard University Press, 2010.

GOLDMAN, L. The Willowbrook debate: concluded? **World Medicine**. vol. 9, n. 2, p. 79. Washington: World Medical Association, 1973.

GRACIA, Diego. **Fundamentación e enseñanza de la bioética**. Bogotá: Búho, 1998. p. 67-71.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1994.

\_\_\_\_\_. **The future of human nature**. Cambridge: Polity Press, 2003.

HITLER, Adolf. **Mein Kampf**. München: Franz Eher, 1925.

HOSSNE, William Saad. Bioética – princípios e referenciais. **Mundo Saúde**. vol. 30, p. 673-6. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2006.

\_\_\_\_\_; VIEIRA, Sonia. **A ética e a metodologia**. São Paulo: Pioneira, 1998.

IRTI, Natalino. Rilevanzaggiuridica. **Norme e fatti. Saggidi teoria generale del diritto**. Milano: Giuffrè, 1984, p. 3-64.

JAHN, Fritz. Bioethik: eine Übersicht der Ethik und der Beziehung des Menschen mit Tieren und Pflanzen. **Kosmos: Gesellschaft der Naturfreunde**. n. 24, p. 2-4. Stuttgart: Franckh'sche Verlagshandlung, 1927.

JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

JONSEN, Albert. An alternative or a complement to principles? **Kennedy Institute of Ethics Journal**. vol. 5, p.237-251. Washington: Georgetown University Press, 1995.

JOTTERAND, F. Human dignity and transhumanism: Do anthropotechnological devices have moral status? **American Journal of Bioethics**. vol. 10, n. 7, p. 45–52. Houston: Harvard University Press, 2010.

KATZ, J. **Experimentation with human beings**. New York: Russel Sage Foundation, 1972.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed.trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed.trad. João Baptista Machado. 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984.

KRUGMAN, S. The Willow brook hepatitis studies revisited: ethical aspects. **Reviews of Infectious Diseases**. vol. 8, n. 1, p. 157. Washington: Infectious Diseases Society of America, 1986.

LARENZ, Karl. **El Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica. 2. ed. Madrid: Civitas, 2002.

LEVINE, R. J. **Ethics and regulation of clinical research**. Baltimore: Urban & Schwarzenberg, 1981.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. V. 1.

LUZ, Madel T. Complexidade do campo da saúde coletiva: multidisciplinaridade, interdisciplinaridade e transdisciplinaridade de saberes e práticas – análise sócio histórica de uma trajetória paradigmática. **Saúde e sociedade**. vol. 18, n. 2, p. 304-3011. São Paulo: Associação Paulista de Saúde Pública, 2009.

NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. **The Belmont Report: ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research**. Bethesda: The Commission, 1978.

NOAKES, Jeremy; PRIDHAM, Geoffrey. **Nazism, 1919-1945**. Cornwall: University of Exeter Press, 1998. vol. 3 [Foreign Policy, War and Racial Extermination: A documentary Reader].

ORMELES, Vinicius Fernandes. Ciência e metodologia jurídica: dos princípios científicos à teoria da norma jurídica. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, v. 12, n. 136, p. 71-78, set. 2012.

\_\_\_\_\_. Princípios jurídicos e realidade normativa. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, ano 16, n. 23, p. 393-414, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954. t.I.

POTTER, Van R. Bioethics: the science of survival. **Perspectives in biology and medicine**. vol. 14, n.1, p. 127-153. Baltimore: John Hopkins University Press, 1970.

\_\_\_\_\_. **Bioethics: bridge to the future**. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1971.

\_\_\_\_\_. **Global bioethics**. Michigan: Michigan State University, 1988.

\_\_\_\_\_. Global bioethics: linking genes to ethical behavior. **Perspectives in biology and medicine**. vol. 31, n.1, p.89-98. Baltimore: John Hopkins University Press, 1995.

PROCTOR, Robert. **Racial Hygiene: Medicine under the Nazis**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REICH, Warren (org.). **The encyclopedia of bioethics**. New York: Simon & Schuster Macmillan, 1995. t. 5.

REVERBY, S. M. More than fact and fiction: cultural memory and the Tuskegee Syphilis Study. **Hastings Center Report**. vol. 31, n. 5, p. 22. Washington: The Hastings Center Press, 2001.

RICE, T. W. The historical, ethical, and legal background of human-subjects research. **Respiratory care**. vol. 53, n. 10, p. 1.325. Irving: American Association of Respiratory Care, 2008.

SASS, Hans-Martin. Fritz Jahr's Bioethischer Imperativ. **80 Jahre Bioethik in Deutschland 1927 – 2007**. Bochum: Zentrum für Medizinische Ethik, 2007, p. 34- 41.

SCHELER, Max. **A reviravolta dos valores**. Tradução de Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 1994.

SCHRAMM, Fermin Roland. Uma breve genealogia da bioética em companhia de Van Rensselaer Potter. **Bioethikos**. vol. 5, n. 3, p. 302. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2011.

SHAFER, J. K.; USILTON, L. J.; GLEESON, G. A. Untreated syphilis in the male negro. **Public Health Reports**. vol. 69, n. 7, p. 684. Washington: Association of Schools of Public Health, 1954.

SIMÕES, Ana. História das Ciências. In: **Academia das Ciências de Lisboa – Instituto de Estudos Académicos para Sêniores**. Comunicação apresentada em 13 de Dezembro de 2010.

SMITH, W. J. Revisiting the Belmont Report. **Hastings Center Report**. vol. 31, n. 2, p. 5. Washington: The Hastings Center Press, 2001.

SOFAIR, André N.; KALDJIAN, Lauris C. Eugenic Sterilization and Qualified Nazi Analogy: The United States and Germany, 1930-1945. **Annals of Internal Medicine**. vol. 132, n. 4, p. 313. Philadelphia: American College of Physicians, 2000.

THOMAS, S. B.; GUINN, S. C. The Tuskegee Syphilis Study, 1932 to 1972: implications for HIV education and AIDS risk education programs in the black community. **American Journal of Public Health**. vol. 81, n. 11, p. 1498. Washington: American Public Health Association, 1991.

VERESSAYEV, V. **The memoirs of a physician**. New York: Alfred Knopf, 1916.

WHELAN, Jean C. Examining Tuskegee: the infamous syphilis study and its legacy. **Nursing history review**. vol. 19, p. 234. Wheat Ridge: American Association for the History of Nursing, 2011.

WHITE, R. M. The Tuskegee syphilis study. **Hastings Center Report**. vol. 32, n. 6, p. 4. Washington: The Hastings Center Press, 2002.