

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC – SP

Henderson Fiirst

HERMENÊUTICA E BIODIREITO

**A crise da fundamentação da decisão jurídica na resposta
constitucionalmente adequada às questões bioéticas**

Doutorado em Direito

SÃO PAULO

2018

Henderson Fiirst

HERMENÊUTICA E BIODIREITO

**A crise da fundamentação da decisão jurídica na resposta
constitucionalmente adequada às questões bioéticas**

Doutorado em Direito

Tese apresentada à banca examinadora
da Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, como exigência parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito

Orientador: Willis Santiago Guerra Filho

SÃO PAULO

2018

48 Fiirst de Oliveira, Henderson
Hermenêutica e Biodireito: a crise da
fundamentação da decisão jurídica na resposta
constitucionalmente adequada às questões bioéticas
/ Henderson Fiirst de Oliveira. -- São Paulo:
[s.n.], 2018.
210p. ; cm.

Orientador: Willis Santiago Guerra Filho.
Tese (Doutorado em Direito)-- Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de
Estudos Pós-Graduados em Direito, 2018.

1. Filosofia do Direito. 2. Hermenêutica. 3.
Biodireito. 4. Bioética. I. Guerra Filho, Willis
Santiago. II. Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.
III. Título.

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos a reprodução total ou parcial desta Tese de Doutorado por Processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____

São Paulo, 23 de janeiro de 2019

E-mail: hendersonfurst@gmail.com

Aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

El bioderecho sin bioética es ciego, y la bioética sin el bioderecho resulta vacía. Sin la bioética, el bioderecho correrá siempre el riesgo de caer «bajo mínimos».

(GRACIA, Diego. *Fundamentos de Bioética*. Madrid, Eudema, 1989, p. 576)

Aos meus pais

“[...] *nos esse quasi nanos, gigantium humeris incidentes, ut possimus plura eis et remotiora videre, non utique proprii visus acumine, autem inentia corporis, sed quia in altum subvenimur et extol limur magnitudine gigantea.*”

(*Joannis Saresberiensis Metalogicus*, liber III, cap. IV, 900C [Patrologia Latina, 199])

“[...] somos como anões, apoiado sobre os ombros de gigantes, para que possamos ver mais do que eles, e a distância ainda mais remota, não pela virtude ou condição de nossa parte, ou qualquer distinção física, mas porque somos carregados no alto pelo seu imenso tamanho”.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de financiamento 88887-163084/2018-00.

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 88887-163084/2018-00.

AGRADECIMENTOS

A autoria de uma tese nunca é apenas a do autor que a assina. Por trás de cada página, há um conjunto de vozes e mãos que possibilitaram esse pesquisador sentar e escrever. Esses agradecimentos são a todos os que contribuíram para isso, especialmente porque durante o doutorado agravou-se substancialmente o quadro da doença rara que me acompanha nos últimos cinco anos.

À minha família: Meus pais, Loide e Ozias, que tão carinhosamente ampararam este sonho e tantos outros com suas benignas e carinhosas mãos. Meu irmão, Henrique, por toda paciência, amizade e exemplo de vida, sua querida esposa, Elaine, por aguentar-nos todos em nossas loucuras, e ao pequeno Gabriel, que trouxe tanta alegria em nossas vidas. À Ester e Carlos Constantino, meus pais francanos, pelo amor e fé que transbordam a todos.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho, pela inspiração como ser humano, professor e pesquisador; pelo tempo que dedicou à leitura e orientação dessa tese; pelas aulas e ensinamentos que pacientemente me dirigiu; pelo acolhimento nos tempos de aflição, angústia e dúvidas; pelo privilégio de estar entre seus orientandos.

Ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-SP, pela oportunidade de conduzir a presente pesquisa nessa honrosa instituição; aos Professores do Programa, pela oportunidade de convivência e debate científico, além do aprendizado com suas experiências; e à equipe da secretaria do Programa de Pós-graduação, em especial, ao Rui de Oliveira Domingos e Rafael de Araújo Santos, que com toda paciência e atenção me acompanharam nesses anos.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior pela bolsa que fomentou a minha manutenção no programa de pós-graduação, sem o qual jamais seria possível conciliar o alto custo de tratamento que minha

doença requer com os investimentos financeiros necessários à condução do doutoramento. Nesse sentido, também agradeço à Comissão de Bolsas do Programa de Pós-graduação em Direito pela oportunidade que foi concedida a uma pessoa portadora de deficiência física seguir fomentando a pesquisa com a própria doença sem abandonar as pesquisas jurídicas.

Ao prof. Dr. Georges Abboud, pela amizade, pelos conselhos, pelo constante diálogo com essa tese, pelo apoio acadêmico e fraterno nos momentos mais difíceis que a vida propiciou nos últimos anos, e por inspirar-me a ser um pesquisador e professor cada vez melhor.

Ao prof. Dr. Henrique Garbellini Carnio, cuja amplitude de mundo me ensina a pensar a vida e o Direito com novos elementos; por demonstrar como a alma humana está em constante sofrimento e apontar os caminhos por onde se pode apaixonar-se pelo devir.

À Prof. Dra. Carina Gouvea, pelo constante incentivo e exemplo de dedicação à causa acadêmica, demonstrando apaixonadamente como navegar pelo oceano do conhecimento jurídico com autenticidade, originalidade e criatividade.

Ao prof. Dr. Edson Kiyoshi Nacata Jr., pelo privilégio de aprender com sua erudição e acuidade científica, cuja veteranidade unespiana tardou mas não falhou.

À Prof. Me. Daniela dos Santos, pela amizade, apoio, leitura, crítica e correção do texto dessa tese.

À Prof. Dra. Layli Rosado, pela amizade e por demonstrar que há humanidade e sanidade por detrás de uma tese, com humor, sarcasmo e arte.

À prof. Dra. Márcia Sabino Freire, a mais brilhante pesquisadora em Bioética de minha geração, pelo constante diálogo, ideias e inspiração a continuamente aprofundar no apaixonante mundo que há na intersecção das ciências humanas com as ciências da vida.

Aos Professores e amigos do Grupo de Debates em Direito e Estética, coordenado pelo prof. Leonardo Santa Cecília que, mesmo distantes, fazem-se sempre presentes.

Aos amigos do Grupo Editorial Nacional, pelo apoio, paciência e incentivo, e aos amigos do mercado editorial, pela insanidade criativa habitual e por acreditarem que livros importam e mudam o mundo. Dentre tantos, ressalto aqui Mariana Bueno, Ricardo Costa, Maju Alves, Pedro Almeida, Fernando Alves, Roberto Navarro, Murilo Santos, Leonardo Neto e Gustavo Abreu.

Aos Doutores André Luis Fabrício e William Brunelli que, mesmo diante do desafio que o pouco conhecimento acerca da encefalomielite miálgica implica à prática dos atos psicológico e médico, tão dedicadamente me apoiaram e ajudaram a chegar até aqui com suas amizades e talentos únicos.

Aos meus amigos, que são minha família presenteada pela vida.

A Deus, porque Sua vontade fez-me chegar até este momento com milagres cotidianos que me permitem seguir vivendo, andando e respirando, abençoado por ter encontrado tantas pessoas queridas pelo caminho que se manifestam diariamente como anjos, mesmo que não saibam.

RESUMO

OLIVEIRA, Henderson Fiirst. **Hermenêutica e Biodireito: a crise da fundamentação da decisão jurídica na resposta constitucionalmente adequada às questões bioéticas.** 181f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

O problema proposto por essa pesquisa é como o Direito analisa e decide questões que envolvem biotecnologia e domínio da vida. Para tanto, a pesquisa perpassa pelo desenvolvimento científico da compreensão do desafio ético das ciências diante de tais questões, com a formulação da Bioética e, conseqüentemente, a construção doutrinária do Biodireito, área jurídica que se dedica à tais questões. Após isso, desenvolve-se crítica à formulação epistemológica do Biodireito e sua insuficiência para lidar com a complexidade dos problemas apresentados pela biotecnologia diante do domínio da vida, sendo desenvolvido num modelo cartesiano de compreensão do Direito, em vez de sê-lo em um paradigma pós-positivista.

Por fim, discute-se a teoria da decisão jurídica diante de tais casos, discutindo a possibilidade de haver apenas uma única resposta correta para as questões bioéticas e a utilização da proceduralização jurídica como técnica de decisão que reforce a existência de apenas uma resposta correta a cada questão apresentada.

Palavras-chave: Biodireito. Hermenêutica. Proceduralização jurídica.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Henderson Fiirst. **Hermeneutics and Biolaw: the crisis of the foundation of the juridical decision in the constitutionally adequate answer to the bioethical questions.** 181f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

This thesis analyzes how the law analyzes and decides issues involving biotechnology and dominion of life. In order to do so, the research is based on the scientific development of the understanding of the ethical challenge of the sciences of such issues, with the formulation of Bioethics and, consequently, the doctrinal construction of Biolaw, a legal area dedicated to such questions. After this, criticism develops to the epistemological formulation of the Biological Right and its insufficiency to deal with the complexity of the problems presented by the biotechnology before the domain of the life, being developed in a Cartesian model of understanding of the Right, instead of being it in a paradigm post-positivist.

Finally, we discuss the theory of legal decision in such cases, discussing the possibility of having only one correct answer for bioethical questions and the use of legal proceduralization as a decision making technique that reinforces the existence of only a correct answer to presented.

Keywords: Biolaw. Hermeneutics. Legal Proceduralization.

RESUMÉN

OLIVEIRA, Henderson Fiirst. **Hermenéutica y Bioderecho: la crisis de la fundamentación de la decisión jurídica en la respuesta constitucionalmente adecuada a las cuestiones bioéticas.** 181f. Tesis (Doctorado en Derecho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

El problema propuesto por esta investigación es: cómo el Derecho analiza y decide cuestiones que involucran la biotecnología y el dominio de la vida. Para ello, la investigación pasa por el desarrollo científico de la comprensión del desafío ético de las ciencias ante tales cuestiones, con la formulación de la Bioética y, consecuentemente, la construcción doctrinal del bioderecho, área jurídica que se dedica a tales cuestiones. Después de eso, se desarrolla crítica a la formulación epistemológica del bioderecho y su insuficiencia para lidiar con la complejidad de los problemas presentados por la biotecnología ante el dominio de la vida, siendo desarrollado en un modelo cartesiano de comprensión del Derecho, en vez de serlo en un paradigma pospositivista.

Por último, se discute la teoría de la decisión jurídica ante tales casos, discutiendo la posibilidad de que haya sólo una única respuesta correcta a las cuestiones bioéticas y la utilización de la «proceduralización» jurídica como técnica de decisión que refuerza la existencia de una respuesta correcta a cada cuestión presentada.

Palabras claves: Bioderecho. hermenéutica. «Proceduralización» jurídica jurídica.

Sumário

| | |
|--|-----|
| 1 INTRODUÇÃO | 17 |
| CAPÍTULO 1 DIREITO E BIOTECNOLOGIA: O NASCIMENTO DO BIODIREITO..... | 30 |
| 1.1 Formulação histórica da bioética..... | 30 |
| 1.1.1 <i>Fritz Jahr e a Alemanha pré-nazista</i> | 31 |
| 1.1.2 <i>V. R. Potter e os abusos científicos no século XX</i> | 34 |
| 1.2 A formulação da bioética como ciência..... | 38 |
| 1.2.1 <i>O método da bioética</i> | 38 |
| 1.2.2 <i>O início da formulação do modelo principiológico – ou como se faz o caminho ao caminhar</i> | 42 |
| 1.3 A relação da bioética com o direito | 45 |
| 1.3.1 <i>Prolegômenos</i> | 45 |
| 1.3.2 <i>A bioética como fonte do direito</i> | 52 |
| CAPÍTULO 2 A FORMULAÇÃO DO BIODIREITO | 63 |
| 2.1 O início da judicialização da bioética e a formulação do biodireito | 63 |
| 2.1.1 <i>O caso Roe vs. Wade</i> | 64 |
| 2.1.2 <i>O caso Karen Quinlan</i> | 65 |
| 2.1.3 <i>O caso Cruzan v. Director, Missouri Department of Public Health</i> | 66 |
| 2.1.4 <i>O caso Washington vs. Glucksberg</i> | 67 |
| 2.3 Acerca da natureza epistemológica do biodireito..... | 70 |
| 2.3.1 <i>O biodireito como ciência cartesiana</i> | 71 |
| 2.3.1 <i>Princípios do biodireito</i> | 73 |
| 2.3.2 <i>Fontes dogmáticas no modelo cartesiano</i> | 80 |
| 2.4 Biodireito como ciência pós-positiva e funcionalista | 84 |
| 2.4.1 <i>Característica de uma ciência pós-positiva</i> | 85 |
| 2.4.2 <i>O pós-positivismo jurídico</i> | 91 |
| 2.4.2 <i>O biodireito no paradigma pós-positivista</i> | 97 |
| CAPÍTULO 3 INTERPRETAR E DECIDIR: A RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE CORRETA OU ADEQUADA EM BIODIREITO . | 105 |
| 3.1 O problema central do direito contemporâneo: interpretar e decidir | 105 |
| 3.2 Entre a resposta adequada e a resposta correta em questões jurídicas | 107 |

| | |
|---|-----|
| 3.2.1 A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy..... | 107 |
| 3.2.2 A teoria construtivista de Ronald Dworkin | 112 |
| 3.3 A resposta constitucional a questões de biodireito | 121 |
| 3.3.1 Hard cases ou casos pouco compreendidos? O desafio da complexidade do biodireito | 121 |
| 3.4 A proceduralização jurídica como técnica aplicável a questões de biodireito | 127 |
| 3.5 Técnicas de proceduralização aplicadas no biodireito | 140 |
| 3.5.1 A abertura do biodireito..... | 145 |
| 3.5.2 A atualização do biodireito..... | 150 |
| 3.5.3 A prudência do biodireito | 159 |
| 3.6 A resposta correta em questões que envolvam a judicialização da bioética..... | 161 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 165 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 172 |

1 INTRODUÇÃO

O biodireito tem se detido às questões jurídicas mais complexas que a sociedade tem apresentado, seja porque o fato em si é inédito ou pouco compreendido, seja porque não está bem fundamentada a decisão que define qual norma se deve aplicar. Um exemplo claro disso é que, antes do Supremo Tribunal Federal julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, em 2012, que discutia a possibilidade de realização de aborto de feto anencefálico no Brasil, o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu duas decisões contraditórias em menos de 20 dias, em fevereiro de 2011.¹

Essa situação demonstra bem a afirmação de Jan Schapp² de que os problemas da metodologia jurídica giravam em torno da resposta de três questões: (a) como se interpreta; (b) como se aplica; (c) como se fundamenta o direito.

No contexto atual das pesquisas e decisões jurídicas em bioética, essas três questões se encontram abertas, especialmente porque são feitas considerando que o biodireito se trata de uma nova área do direito, nos moldes cartesianos, possuindo princípios próprios, metodologia etc.

A capacidade do direito de intervir em questões biotecnológicas é um ponto polêmico acerca da formulação do biodireito. Por um lado, pode-se dizer que há um direito à descoberta científica, presente na própria liberdade científica constitucionalmente assegurada em boa parte das constituições modernas, que entende que se deve permitir à ciência tudo aquilo que conhecimento e técnica possam permitir. Há também quem entenda que o direito não deveria se ocupar de questões materiais das quais a bioética se ocupa, especialmente porque, diante de um ineditismo ao mundo jurídico, trata-se de algo que a discussão ética necessitará de maior discussão antes do direito engessar a questão. Nesse caso, a função do direito seria garantir a maior margem possível de autonomia

¹ *TJSP recua e proíbe aborto de feto anencefálico*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,tj-sp-recua-e-proibe-aborto-de-anencefalo,683113>>. Acesso em:

² SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1985.

aos indivíduos, ampliando possibilidades de escolha que cada qual possa fazer. Há também quem destaque a incapacidade da ética em controlar e orientar a atividade científica e sua aplicação, entendendo pela necessidade de intervenção do direito.³ Os problemas da novidade, da especificidade e da interdisciplinaridade que permeiam as biotecnologias e tão rapidamente foram respondidos pela sociedade civil com a criação de uma nova ciência, que é a bioética, torna-se um grande desafio ao direito, que precisa questionar se seus métodos e técnicas são suficientes para acompanhar a dinâmica e a complexidade com a mesma eficiência que lidou com os problemas sociais até agora apresentados.⁴

A frase que consta em epígrafe desta tese⁵ expressa esse desafio que o biodireito enfrenta: compreender o suporte fático – algo que tem sido melhor suprido pelo auxílio da bioética, que tem servido de ciência complementar para analisar e compreender corretamente a complexidade do desafio científico e seus conflitos éticos e potencialmente jurídicos.

Com efeito, o desenvolvimento das ciências biomédicas e da biotecnologia no século XXI é um fato inegável e desejado pela euforia científica biológica já mencionada. Os efeitos benéficos desse desenvolvimento justificam bem a manutenção dos recursos destinados à pesquisa nas ciências da vida, bem como a expectativa social em relação a elas. Apenas a título de exemplo, em um século, a expectativa de vida humana ao nascer aumentou de aproximadamente 50 anos para mais de 80 em um grande número de países⁶ – embora os problemas basilares já conhecidos e recorrentes ainda impeçam o melhor desenvolvimento dessa expectativa globalmente, tais como o escasso

³ Acerca dessas posições, conferir: GARZÓN, E. “Qué puede ofrecer la ética a la medicina?” *Isonomía*, n. 8, México, p. 26-27; RAMÍREZ GARCÍA, H. S. “Desafíos prácticos de la libertad del científico en la sociedad postindustrial”. In BALLESTEROS, J.; FERNÁNDEZ, E. *Biología y posthumanismo*, op. cit., p. 315 y ss.

⁴ ATIENZA, Manuel. *Juridificar la bioética. Una propuesta metodológica*, p. 45 e ss.

⁵ “El bioderecho sin bioética es ciego, y la bioética sin el bioderecho resulta vacía. Sin la bioética, el bioderecho correrá siempre el riesgo de caer ‘bajo mínimos’” (GRACIA, Diego. *Fundamentos de bioética*. Madrid: Eudema, 1989. p. 576)

⁶ Disponível em: <<https://data.oecd.org/healthstat/life-expectancy-at-birth.htm>> e <<https://www.nia.nih.gov/research/publication/global-health-and-aging/living-longer>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

acesso a tratamentos médicos, baixa qualidade de água potável disponível, saneamento básico etc.

Esse desenvolvimento não veio, e tampouco virá, desprovido de questões polêmicas que demandarão questionamentos em busca de uma resposta de qual conduta correta a se tomar, bem como os limites permitidos ao desenvolvimento e as consequências deles. Questões como o melhoramento cognitivo humano por meio do uso de neuroestimulantes levantam uma série de debates éticos, sociais e econômicos que resvalam ao direito dar a resposta para pacificar socialmente,⁷ ou ainda a possibilidade de patenteabilidade de embrião humano geneticamente modificado⁸, o acesso à tecnologia de diagnóstico genético pré-implante, seus limites e o uso para questões não médicas.⁹

Enquanto esta tese foi escrita, causou bastante alvoroço na mídia e nas academias científicas o anúncio feito pelo pesquisador chinês He Jiankui de que teria criado bebês geneticamente modificados resistentes ao vírus HIV. Ele teria feito as mudanças durante o tratamento de fertilidade de 7 casais, mas apenas um teria engravidado de gêmeas. A grande repercussão no meio científico internacional fez que o governo chinês se preocupasse com a manutenção da imagem de ciência ética desenvolvida e publicamente se manifestasse contrário à prática. Embora a universidade em que leciona negue que ele tenha sido preso, o cientista seguia desaparecido, levantando suspeitas de que tenha sido executado por conta da repercussão pública.¹⁰

Ainda no sentido de edição genética, é importante mencionar sobre o estado da arte enquanto esta tese foi produzida, o CRISPR-Cas9. Dentre as

⁷ Nesse sentido, vale conferir a opinião do Comitê Nacional de Bioética da Itália: *Neuroscience and pharmacological cognitive enhancement: bioethical aspects*. Disponível em: <<http://presidenza.governo.it/bioetica/eng/opinions.html>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁸ Cf., nesse sentido, *Oliver Brüstle v. Greenpeace*, em outubro de 2011, e *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, em dezembro de 2014.

⁹ Cf. entrevista de Arthur Caplan acerca de embriões selecionados com base no gênero ao *Wall Street Journal* em agosto de 2015: Disponível em: <<http://www.wsj.com/articles/fertility-clinics-let-you-select-your-babys-sex-1439833091>>. Acesso em 28 nov. 2018.

Sobre tema, é importante mencionar ainda que em países como a Índia, o número de mulheres com menos de 6 anos para cada 1000 homens (cálculo que compõe o índice CSR – Child Sex Ratio) diminuiu nos últimos 20 anos – de 945 (em 1991) para 918 (em 2011). Cf. <<http://asiapacific.unwomen.org/en/digital-library/publications/2014/9/sex-ratios-and-gender-biased-sex-selection>>. Acesso em; 19 dez. 2018.

¹⁰Confira: <<https://www.abc.net.au/news/2018-12-07/chinese-scientist-who-edited-twins-genes-he-jiankui-missing/10588528>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

possibilidades de aplicação, está a de se prevenir a surdez progressiva causada pela mutação do gene *Tmcl*, que leva à destruição gradativa de parte das células da orelha interna dos mamíferos. Já se conhece a possibilidade de corrigir a mutação genética e, assim, prevenir a surdez, conforme estudo publicado na *Nature*,¹¹ em dezembro de 2017. Ocorre que entre os indivíduos portadores de surdez, tal condição nem sempre é vista como uma deficiência, mas uma variabilidade da espécie humana que precisa ser respeitada, razão pela qual não aceitam a utilização de técnicas que os façam ouvir, e podem até mesmo considerar um desrespeito a adaptação por meio de leitura labial, por exemplo.

Além dos desafios oriundos da complexidade da biotecnologia e das implicações de seus conflitos éticos, há também a sempre presente questão econômica, seja pela escassez de recursos – que é discussão presente não apenas na América Latina e no Brasil, mas também em países economicamente centrais, diante da existência de marginalizados em qualquer comunidade, bem como imigrantes legais ou não –, seja pela exploração para obter os grandes recursos que podem advir de tais biotecnologias, uma vez que se trata de um mercado lucrativo que também pode sofrer impactos do setor econômico, existido, inclusive, uma revista de *Biolaw & Business* para tratar justamente de questões relacionadas à economia, a negócios, à biotecnologia e à regulação. Também é possível descrever algumas ocasiões em que há confusão entre o pesquisador e a sociedade empresária de biotecnologia, como é o caso do Prof. Dr. Robert Lanza, conhecido por suas experiências de transferência nuclear em mamíferos e primatas, que também é editor da *New England Journal of Medicine* e diretor médico de uma empresa com capital aberto, a *Advanced Cell Technology*. Quando sua empresa anunciou na revista *Nature* que tinha clonado embriões humanos, não apenas as ações da *Advanced Cell Technology* subiram, como também a de outras empresas de biotecnologia, como a *Stem Cells* ou a *Geron*, apesar de não se tratar de clonagem humana propriamente dita, mas sim de transferência nuclear.¹² Também é possível citar a relevância econômica da informação genética, especialmente no âmbito dos seguros

¹¹ Confira: <<https://www.nature.com/articles/nature25164>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

¹² APARISI MIRALLES, Ángela. Bioética, bioderecho y biojurídica – reflexiones desde la filosofía del derecho. p. 75.

privados, que têm se movimentado para coordenar esforços e obter acesso a dados genéticos de potenciais clientes, tal como ocorre na Inglaterra, que autorizou as companhias de seguro a requerer uma série de provas genéticas de seus futuros assegurados,¹³ ou, ainda, a questão da patenteabilidade de procedimentos e linhagens genômicas ou células existentes.¹⁴

Diante das pressões sociais e mercadológicas e dos interesses políticos, a reticência jurídica pode criar uma estrutura em que livremente se manifesta a bioeconomia ou a biopolítica,¹⁵ pois, se há uma regulamentação jurídica escassa, não se deve apenas pelas incertezas do legislador, mas também pelas pressões de interesses que pretendem manter tal situação de dúvida ou de baixa regulação jurídica, seja por hegemonia econômica, seja por questões ideológicas.¹⁶ Nesse sentido, Palazzini entende, inclusive, que o biodireito nada mais é que uma cristalização normativa da vontade política, reduzindo-se, de fato, a uma biopolítica;¹⁷ já o Ollero entende que a bioindústria convida a um resignado adeus à bioética para ceder espaço à biopolítica, que demandará um grau de segurança que força ao máximo a abertura no campo jurídico, sendo eventualmente necessário legalizar o que a curto prazo não seria previsível ou interessante.¹⁸

É diante dessas pressões e num cenário de rápido desenvolvimento científico que se desenvolve o biodireito, tanto como discussão científica quanto como legislação e jurisprudência.

Conforme veremos ao longo dessa tese, ao se debater a formação do biodireito, fica evidente que ele é feito conforme se caminha o desenvolvimento científico, pois não há um modo de estabelecer uma ciência para aquilo que desconhecemos ainda, que apenas a conhecimento científico futuro vivenciará

¹³ APARISI MIRALLES, Ángela. *El proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones com el Derecho*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997. p. 17 e ss.

¹⁴ TALAVERA, P. Células madre embrionárias: enigma terapéutico, dilema ético y negocio de alta rentabilidad. In: BALLESTEROS, J; FERNANDEZ, E. *Biotecnología y posthumanismo*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007. p. 218-238.

¹⁵ Idem, ibidem.

¹⁶ PECES-BARBA, G. La libertad del hombre y el genoma. *El Derecho ante el proyecto Genoma Humano*. Madri: Fundación BBV, 1994. p. 219. tomo I.

¹⁷ PALAZZINI, L. *Introduzione a la biogiuridica*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 64.

¹⁸ OLLERO, A. De la bioética a la biopolítica. *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006. p. 65, 68 e 69.

e proporá como novos fatos sobre os quais serão necessários discutir implicações éticas e jurídicas. Se o biodireito se faz ao caminhar, não se pode atribuir a ele apenas dois extremos, entre os quais ele pode se apoiar: um conservador, que se baseia num ideário de princípio da precaução e atribui obstáculos à liberdade de pesquisa científica;¹⁹ e um liberal, que chega aos exageros de afirmar que a principal finalidade da bioética, hoje, deveria ser: “sair do caminho”.²⁰

Nesse encontro entre direito e biotecnologia, as particularidades apresentadas pelo desenvolvimento do domínio da vida necessitam ser respeitadas pelo direito, em especial ao desenvolver uma área para pesquisar tais fenômenos, que é o biodireito. É preciso considerar que as biotecnologias e as ciências da vida trabalham em questões materiais complexas, cuja compreensão demanda entender não apenas sobre o que se trata, mas também a repercussão ética em que aquela técnica complexa implicará.

Com efeito, não é incomum que cientistas que não estejam sensibilizados com problemas éticos e conscientes de sua complexidade não percebam nenhuma complicação com o desenvolvimento e a aplicação de uma biotecnologia. Do mesmo modo, atores jurídicos, políticos ou éticos e regulatórios podem igualmente não compreender plenamente as funcionalidades da biotecnologia e, com isso, ter dificuldades para identificar problemas éticos.

Também é preciso considerar que aspectos antropológicos e culturais sensíveis de uma comunidade podem se alterar de forma complexa e nem sempre perceptível, especialmente quando se diz respeito à percepção de uma tecnologia e das possibilidades de sua aplicação no cotidiano, levantando novas questões que antes não eram apresentadas, ou seja, é possível que um consenso ético venha a ser questionado, implicando também a revisão das consequências jurídicas atribuídas a tal consenso, sendo necessário que

¹⁹ Cf. as críticas feitas a essa formulação de pensamento, em especial quanto ao impacto sobre a liberdade de desenvolvimento científico: BARON, J. *Against Bioethics*, MIT Press, 2006.

²⁰ Cf. a entrevista de Steven Pinker's ao *Boston Globe Today*, relatada por Michael Cook, *Disdain for bioethics ignites controversy*. *BioEdge* 9 August 2015. Disponível em: <<http://www.bioedge.org/bioethics/disdain-for-bioethics-ignites-controversy/11516>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

legisladores e Cortes abram seus procedimentos a atores sociais mais sensíveis a tais alterações.

A atualização constante e o desenvolvimento não linear e rápido das ciências da vida e das biotecnologias também representam um desafio ao biodireito. Embora o conhecimento científico implique a replicabilidade de dados, ou seja, os resultados precisam ser testados novamente em outra pesquisa que os ratifique, não é possível que o direito aguarde a futura confirmação da cientificidade de um dado e sua operacionabilidade técnica para que só então se atente a debater as consequências jurídicas e éticas dele. Além disso, uma decisão tomada com base em um dado pode vir a se tornar obsoleta, pois esse dado não representa mais o estado da arte científica naquele tema, sendo necessário revisitar decisões judiciais para atingir as expectativas dos interessados, especialmente se pautando por estabilidade e precisão da decisão em face do desenvolvimento científico. Esses elementos determinam as particularidades que a formulação do biodireito necessita ter para lidar com as características do desenvolvimento das ciências da vida.

Um ponto relevante para a presente pesquisa é estabelecer, desde já, o que entendemos por biodireito. Em alguns idiomas, como o espanhol e o italiano, há uma distinção entre bioderecho/biodiritto e biojurídica/biogiuridica, embora em português não exista tal distinção. A primeira expressão está ligada à experiência anglo-saxã do *Biolaw*²¹ ou *bioethics law*; enquanto a segunda está relacionada à doutrina italiana.²² Na Espanha, as expressões são utilizadas

²¹ Entre outros, cf. POLAND, S. C. Bioethics, biolaw, and western legal heritage. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, jun. 2005, n. 15, v. 2, p. 211-218; CASINI, M. Documentation and biolaw: achievements and perspectives. *Ann Ist Super Sanita*, 2004, n. 40, v. 3, p. 349-351; SIMPSON, E. Harms to dignity, bioethics and the scope of biolaw. *Journal Palliat Care*, 2004, autumn, n. 20, v. 3, p. 185-192.

²² Na Itália, é possível verificar de Francesco D'AGOSTINO os seguintes escritos: Dalla Bioetica alla Biogiuridica. In: ROMANO, C.; GRASSANI, G. (eds.). *Bioética*. Turion: UTET, 1995. p. 199-205; Bioética e diritto. *Medicina e morale*. 1993, p. 675-690; Também corroboram para essa compreensão VALLAURI, Luigi Lombardi. L'embrione humano tra bioética e biogiuridica. Principi Generali. In: CATTORINI, P. *Scienza ed ética nella centralità dell'uomo*. Milão: Instituto Scientifico H. San Raffaele, 1990. p. 225-238; bem como PALLAZANI, Laura. *Il concetto di persona tra bioética e diritto*. Torino: G. Giapichelli, 1996; *Introduzione alla biogiuridica*. Torino: G. Giapichelli, 2002; DELLA TORRE, Giuseppe. *Imigrazione e salute: questione di biogiuridica*. Roma: Studium, 1990; e IAGULLI, Paolo. *Diritti riproduttivi e riproduzione artificiale. Verso un nuovo diritto humano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche*. Torino: G. Giapichelli, 2001.

indistintamente e incluem também o uso das expressões *biolegislación*²³ e *biojurisprudencia*,²⁴ embora pode-se notar que o uso está relacionado a diferentes âmbitos do direito: autores de áreas dogmáticas preferem o uso de *bioderecho*, já pesquisadores mais ligados à filosofia do direito optam pela expressão *biojurídica*.²⁵ Seria possível notar, assim, a percepção de dois aspectos distintos de conhecimento: enquanto o *bioderecho* estaria ligado ao estudo jurídico dos fenômenos bioéticos, a *biojurídica* estaria relacionada a uma perspectiva distinta, associada à filosofia jurídica. O primeiro vincula-se ao estudo dogmático jurídico do fenômeno bioético, com uma abordagem a partir do direito positivado. O segundo estaria próximo ao estudo dos princípios sociais e morais a partir dos quais surgem os princípios jurídicos, aos quais se apoiam o *bioderecho* e a *biolegislación*. Tal distinção também é possível de se aplicar ao *biodiritto* e *biogjuridica* da cultura jurídica italiana.²⁶

Assim, embora utilizemos indistintamente o conceito *biodireito*, é possível que tenhamos um neologismo “biojustiça”,²⁷ ainda a ser explorado, pois trata-se de conceito que ainda não é desenvolvido em nossa cultura jurídica lusófona. Pensando no signo verbal, “não sabemos deixar transcorrer nossa vida sem nomear, sequenciar, ordenar e esclarecer o sentido do que passa e do que existe, do que permanece e do que se desvanece”.²⁸ Esse é o cerne do determinismo linguístico.²⁹ Pode-se concluir a partir disso que o fato de não

²³ Cf. PALACIOS, M. *Biolegislación española y Consejo de Europa*. Analogías. Gijón: Stella, 1989.

²⁴ Cf. DEL CANO, Marcos. La biojurídica en España. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, v. IV, serie LXXI, 1994, p. 132.

²⁵ APARISI MIRALLES, Ángela. Bioética, bioderecho y biojurídica. *Anuario de filosofía del derecho*, n. 24, 2007, p. 63-84.

²⁶ IAGULLI, P. *Diritti riproduttivi e riproduzione artificiale*, cit., p. 108.

²⁷ Marcos Del Cano afirma que a *biojurídica* é o saber que “se ocupa de analizar la incidencia de los fenómenos bioéticos en la ciencia del derecho (de ahí que dentro de esa biojurídica nos encontremos con los problemas más acuciantes de la ciencia jurídica, como las relaciones entre derecho y moral, la axiología jurídica, la búsqueda del fin y las funciones del derecho, las lagunas del derecho, la interpretación jurídica, la función creadora de los jueces, etc.); como consecuencia de ello, incluiría el estudio sobre la legislación en la materia (biolegislación) y la jurisprudencia (biojurisprudencia), y sobre todo, *la búsqueda del paradigma del derecho capaz de normar estas situaciones de modo acorde con las exigencias de dichos fenómenos*.” (DEL CANO, Marcos. La biojurídica em España, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. IV, série LXXI, 1994, p. 132, grifo nosso)

²⁸ PLACER, Fernando González. O outro hoje: uma ausência permanentemente presente. In: LARROSA, Jorge; SKLIAR, Carlos (orgs.). *Habitantes de babel*: políticas e poéticas da diferença. Belo Horizonte, Autêntica, 2001. p. 81.

²⁹ Em resumo: realidade não está “no” mundo, mas é imposta pela cultura. A hipótese do linguista e antropólogo Edward Sapir é a de que os pensamentos são determinados pelas categorias que

termos dois signos, com usos diferentes em esferas do direito – como na língua espanhola ou italiana –, ocorre porque cada cultura é formada a partir do sistema linguístico, ou seja, nomeamos e fazemos distinções apenas àquilo que faz sentido dentro de nossa sociedade, em outros termos, nossa cultura jurídica ainda não vivenciou a necessidade de desenvolver essas distinções. E isso pode ter ocorrido por diversas razões: algum pragmatismo de raciocínio, nível de desenvolvimento da complexidade das discussões científicas em torno do biodireito, ou tantas outras razões, cuja busca não é o foco desta pesquisa. Importa, aqui, estabelecer que existe uma complexidade estrutural que (ainda) não é tocante ao direito lusófono, motivo pelo qual utilizamos indistintamente apenas o termo “biodireito”, embora reconheça a necessidade de tal desenvolvimento para debater não apenas o problema conceitual envolvendo bioética e biodireito, mas também a dimensão axiológica e a interseção com o suporte fático e a compreensão de suas demandas complexas perante o direito.

A partir desse ponto de compreensão do que é o biodireito e suas dificuldades com o suporte fático ao qual se destina, a presente pesquisa buscou responder a seguinte pergunta: *Como fundamentar adequadamente à Constituição as decisões jurídicas envolvendo bioética?*

Com isso, esta análise procurou responder aos problemas centrais da metodologia jurídica no biodireito: como se interpreta, como se aplica e como se fundamenta. Em última análise, cabe dizer que a pesquisa propiciará discutir os próprios fundamentos epistemológicos do biodireito.

A importância deste trabalho deve-se ao fato de que na formulação atual do biodireito é possível que decisões jurídicas sejam fundamentadas em moralismos específicos de determinado grupo dominante, e não em critérios jurídicos, uma vez que tanto doutrina quanto jurisprudência ignoram questionamentos fundamentais da teoria e da filosofia jurídicas ao formular essa nova área. Exemplo disso é a constante criação de novos princípios sem testar seu referencial teórico para se afirmar como princípio, ou então verificar a sustentação jurídica do princípio. Aliás, não é raro observar que, usualmente, se

a língua torna possível, e sua versão mais fraca, a relatividade linguística, segundo a qual diferenças entre línguas causam diferenças nos pensamentos de seus falantes.

recorrem a princípios do biodireito como forma de solução sequer considerando o que se entende por princípios, regras, valores e direitos fundamentais.

A importância social do presente estudo deve-se ao fato de que o atual desenvolvimento científico tem gerado euforia³⁰ e tem-se perquirido pouco acerca das repercussões éticas, tanto quanto tem criado situações clínicas que antes não eram imagináveis e que também possuem questionamentos éticos e jurídicos. Em todas as euforias científicas vivenciadas sem questionamento de seus limites, os problemas só foram sentidos quando já não havia mais controle sobre a aplicação do conhecimento, como é o caso da bomba atômica. É temeroso, portanto, analisar o biodireito sem evidenciar os limites e vícios da base epistemológica em que o sustenta.

Assim, a presente pesquisa propôs-se a examinar os fundamentos do biodireito (entendido como o direito aplicado à bioética), apregoado como uma nova área do direito, no contexto da superação cartesiana no qual a ciência jurídica se encontra para determinar as condições de validade epistemológica que são possíveis nas análises doutrinárias feitas no biodireito.

A metodologia de pesquisa adotada foi composta por diversos métodos que possibilitam melhor compreender o fenômeno jurídico. O método cartesiano foi empregado em suas premissas analíticas, sintéticas e enumerativas, como forma de dividir o problema em suas menores partes para serem analisadas e depois reunidas numa única resposta final. Quanto à metodologia de análise das fontes jurídicas, empregou-se o pós-positivismo, nos moldes propostos por Friedrich Müller, conforme veremos a seguir. Por fim, quanto à contextualização das análises, informações e aspectos sociopolíticos de interferência no direito, será adotada a historiografia jurídica de Paolo Grossi³¹.

A primeira metade do século XX produziu revoluções importantes para a filosofia e para o direito. No campo da filosofia, apresentaram-se na linha de frente os problemas de um conceito absoluto de verdade e sua consequente implicação sob a questão do fundamento. Também o problema do método –

³⁰ LEWONTIN, Richard C. *The Doctrine of DNA*. Londres: Penguin Books, 1992. p. 7.

³¹ GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. *Revista Sequência*, n. 51, p. 31-45, dez. 2005.

como fórmula acabada para a revelação da verdade – aparecia no contexto desse cenário filosófico. Já no âmbito do pensamento jurídico, é também nessa época que surgem as principais teorias do direito naquilo que se consagrou como positivismo jurídico.

Ocorre que o giro-linguístico apenas não se mostrou suficiente para responder aos problemas da verdade e do fundamento, no âmbito da filosofia, e isso produziu efeitos indesejados no campo das teorias do direito. Ora, como mostrou Heidegger, não é apenas reconhecendo o papel primevo desempenhado pela linguagem na produção do conhecimento que se resolvem as perguntas pelo fundamento e pela verdade.³² Isso porque o enunciado (no caso do direito, os textos normativos – responsáveis pela determinação do significado) esgota-se no nível raso da relação sujeito-objeto, deixando abertas as portas para o relativismo. Isso aparece muito claramente em teorias do direito como aquela desenvolvida por Hans Kelsen,³³ que estava preocupado apenas com a coerência lógica dos enunciados que compõem a ciência do direito.

Isso fica muito evidente na crítica de Müller: “a teoria pura do direito não pode dar nenhuma contribuição para uma teoria aproveitável da interpretação. Kelsen deixa expressamente aberto como a ‘vontade da norma’ deve ser concretamente determinada no caso de um sentido da norma linguisticamente não unívoco”.³⁴ Assim, autores como Heidegger e Gadamer, além de um giro-linguístico – conforme descrito em linhas anteriores –, efetuam também um giro hermenêutico-ontológico. Portanto, para uma melhor solução do problema do fundamento, linguagem e compreensão são fatores que estão complicados, numa estrutura circular própria daquilo que se chama círculo hermenêutico.³⁵

Diante disso, se o direito é linguagem e na linguagem; se o problema do compreender é determinante para a formatação do sentido que se projeta dos enunciados jurídicos, toda questão jurídica deve passar pela exploração desse

³² Nesse sentido, cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Tradução Jorge Eduardo Rivera. Madrid: Trotta, 2003, especialmente § 44, b, p. 239/246.

³³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, mormente os capítulos I e VIII.

³⁴ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. São Paulo: RT, 2007. p. 51.

³⁵ STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência*. Uma introdução à filosofia. Porto Alegre: LP&M, 1988. p. 79.

“elemento hermenêutico” que caracteriza a experiência jurídica. Há de se ressaltar que, nesse enfoque, hermenêutica deixa de ser uma técnica interpretativa ou uma ferramenta metodológica disponível para determinação da correta interpretação da legislação³⁶ e passa a ser encarada como um modo de ser daquele que compreende o direito. A linguagem passa a ser constituinte e constituidora do mundo do homem.

Assim, a metodologia de abordagem da pesquisa foi o pós-positivismo. Com o ferramental da hermenêutica, temos a possibilidade de mostrar como os enunciados que compõem os diversos textos jurídicos (lei, sentença, súmulas – vinculantes ou não –, medidas provisórias, decretos etc.) guardam um enigma que reside na sobre. Ou seja, como o enunciado é um modo derivado de uma interpretação existencial, sempre há algo que não pode ser mencionado pela linguagem. Apenas a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica podem mostrar que, antes do enunciado, existe uma série de fatores e razões que levam a sua formação.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, no primeiro capítulo, analisamos a formulação científica da bioética como uma ciência interdisciplinar voltada ao estudo e à discussão do suporte fático que envolve o domínio da vida, o método de análise da bioética e sua relação com o direito, como uma forma de discutir a formação do próprio biodireito, seja da perspectiva histórica – uma vez que a descoberta do suporte fático da bioética, pelo qual ela também é formulada, é compartilhada com o direito – seja pela perspectiva epistemológica, vez que temos o direito fomentado por uma nova ciência para trabalhar a análise do suporte fático e adequar a implicação do suporte normativo a tal fato.

No segundo capítulo, analisamos os primeiros tratamentos judiciais da bioética, como uma formulação institucionalizada do biodireito, para posteriormente analisar a estrutura epistemológica do biodireito, partindo de sua análise cartesiana – tal como é feita usualmente no Brasil – , estabelecendo princípios e microsistema normativo como se fosse uma nova área enciclopédica. Nesse capítulo, demonstramos a insuficiência de tal formulação,

³⁶ Ver, por todos, MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

especialmente pelo pamprincípioalismo do qual decorrem tais formulações, em que cada pesquisador lista um rol distinto de princípios sem qualquer base teórica que os justifiquem, bem como o problema do enxerto teórico da formulação inicial do paradigma principiológico norte-americano. Por fim, demonstramos como o biodireito só pode ser corretamente compreendido a partir de uma ciência pós-positiva e funcionalista, demonstrando a complexidade teórica que tal paradigma propicia à sua compreensão.

Por fim, no terceiro capítulo, analisamos o problema central do direito contemporâneo, que é interpretar e decidir, demonstrando a discussão entre teoria argumentativa e construtivista pela qual se insere o problema das decisões jurídicas em biodireito, que normalmente são chamadas de *hard cases*, uma vez que a complexidade do suporte fático implica desafios ao suporte normativo. Para tanto, demonstraremos que não há *hard cases* apenas por implicar análise de suporte normativo complexo. Com isso, demonstramos alguns casos em que a jurisdição constitucional brasileira se manifestou em situações de domínio da vida e biotecnologia. Depois, demonstramos como a proceduralização jurídica pode ser uma técnica válida ao biodireito para dar a resposta constitucionalmente adequada a situações envolvendo biotecnologia. Assim, demonstramos como ocorre a abertura, a atualização e a prudência do biodireito por meio da proceduralização. Com isso, esperamos demonstrar que é possível uma resposta constitucionalmente correta em situações de bioética e como ela pode ocorrer por meio da proceduralização jurídica.

CAPÍTULO 1 DIREITO E BIOTECNOLOGIA: O NASCIMENTO DO BIODIREITO

1.1 Formulação histórica da bioética

Quando a Áustria foi anexada ao território do III Reich, Erich Fried, judeu austríaco, viu sua família ser perseguida pelo Nazismo, sendo seu pai desaparecido depois de um interrogatório da sede da *Gestapo*. Nesse contexto é que migra para Londres, onde produz uma série de poemas modernistas, com profundo tom crítico aos horrores da perda de sensibilidade do Nazismo. Entre tais poemas está o “Falta de Humor”:

| | |
|--|---|
| <i>Humorlos</i> | Falta de humor |
| <i>Die Jungen werfen zum Spass mit Steinen nach Fröschen</i> | Os moleques jogam de brincadeira pedras nos sapos |
| <i>Die Frösche sterben im Ernst</i> | Os sapos morrem de verdade |

É nessa perda de sensibilidade com a vida humana que o neologismo *bioética* é formulado. Posteriormente, diante de outra situação de perda de sensibilidade humana com os abusos éticos da pesquisa científica com seres humanos, o neologismo é novamente formulado em novos contextos e com nova significância.

Neste capítulo, analisaremos a formulação da bioética e, posteriormente, sua relação com a ciência jurídica. É essa relação que consiste o objeto de estudo desta tese, afinal, como a bioética contribui com decisões jurídicas para as situações em que o suporte fático é compartilhado por ambas as ciências?

1.1.1 Fritz Jahr e a Alemanha pré-nazista

A primeira formulação do neologismo *bioética*, até onde se tem notícia, ocorreu durante a Alemanha pré-nazista, marcada pela euforia científica e pelo narcisismo. Em 1927, o pastor protestante³⁷ Fritz Jahr publicou nota editorial no conhecido periódico científico *Kosmos*, intitulado “Bioethik: eine Übersicht der Ethik und der Beziehung des Menschen mit Tieren und Pflanzen”,³⁸ que, em tradução livre, significa *bioética: um panorama da ética e das relações do ser humano com os animais e plantas*

A despeito de o nome sugerir uma formulação da bioética que se dirija mais ao meio ambiente, acreditamos que, no contexto em que se encontrava, Jahr pretendia dizer que deveríamos respeitar toda forma de vida, inclusive animais e plantas; logo, devemos respeitar ainda mais os seres humanos.

Quando Jahr escreveu seu artigo sugerindo o imperativo bioético de respeitar toda forma de ser vivo como um fim em si mesmo, já conhecia a questão eugênica que decorria da euforia científica do desenvolvimento das ciências biológicas e a forma como estava sendo desenvolvida tais ideias na Alemanha.

Para delinear esse contexto, pode-se indicar que, em 1920, os Professores Dr. Jur. et. Phil. Karl Binding e Dr. Med. Alfred Hoche publicaram,

³⁷ Uma análise biobibliográfica de Fritz Jahr foi feita em SASS, Hans-Martin. *Fritz Jahr's Bioethischer Imperativ. 80 Jahre Bioethik in Deutschland 1927 – 2007*. Bochum: Zentrum für Medizinische Ethik, 2007.

³⁸ JAHR, Fritz. *Bioethik: eine Übersicht der Ethik und der Beziehung des Menschen mit Tieren und Pflanzen*. *Kosmos: Gesellschaft der Naturfreunde*. Stuttgart, Franckh'sche Verlagshandlung, n. 24, p. 2-4, 1927.

em Leipzig, o livro *Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwerten Lebens*,³⁹ obra esta considerada a bíblia do programa de eutanásia nazista, com afirmações fortes, como “os erros humanos [no sentido de pessoas com deficiência] resultam na perda de tantos membros que dificilmente importam na balança”.⁴⁰ Essa 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 deixavam de ter nomes para ter números.⁴¹

À ideia de *erros humanos* cresceu-se a ideologia do puritanismo racial, com a difusão do conceito de que a mistura genética com outras raças diminuiria a qualidade do ser humano e de sua natureza. Os fundamentos biológicos para tal argumento foi dado por Eugen Fischer, que alguns anos antes estivera na África do Sul, e, em 1913, publicou um estudo com pessoas que ele chamou de *bastardos de Rehobother*, que eram crianças nascidas da miscigenação entre Boers e Hottentots. Considerando uma suposta base científica, Fischer⁴² chegou à conclusão de que as 310 crianças analisadas eram de qualidade racial inferior.⁴³ Esses estudos influenciaram diretamente Adolf Hitler,⁴⁴ tanto que em seu *Mein Kampf*, publicado em 1925, defende abertamente

³⁹ BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens: Ihr Mass und ihre Form*. Leipzig: Felix Meiner, 1920.

⁴⁰ No original: “Aber die Menschheit verliert infolge Irrtums so viele Angehörige, daß eine mehr oder weniger wirklich kaum in die Waagschale fällt” (BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. *Op. cit.*, cap. VI).

⁴¹ O depoimento de uma enfermeira de Württemberg que viveu tal momento, transcrito por J. Noakes e G. Pridham, constitui importante testemunho dessa 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, Jeremy; PRIDHAM, Geoffrey. *Nazism, 1919-1945: foreign policy, war and racial extermination: a documentary reader*. Cornwall: University of Exeter, 1998, p. 1.023-1.024).

⁴² FISCHER, Eugene. *Die Rehobother Bastards und das Bastardierungsproblem beim Menschen*. Graz: Adeva, 1961.

⁴³ Ainda, publicados antes de 1930: FISCHER, Eugene. *Das Problem der Rassenkreuzung beim Menschen*. Freiburg i.B.: Speyer & Kaerner, 1914; e FISCHER, Eugene; BAUR, Erwin; LENZ, Fritz. *Menschliche Erblichkeitslehre*. Berlin: Ullstein, 1927.

⁴⁴ Há registros de que Hitler teria lido, durante seu cárcere em Landsberg, em 1923, o livro recém-publicado de Fischer, chamado *Delimitação da genética humana e higiene racial*. Cf. PROCTOR, Robert. *Racial hygiene: medicine under the nazis*. Cambridge: Harvard University, 1988.

tais ideias, como no trecho em que se lê que o povo “ariano desistiu da pureza de seu sangue e perdeu uma estadia no paraíso”.⁴⁵

Assim, com uma forte formulação política pela eugenia, um contexto político-social favorável e com apoiadores – que resultaram no regime nazista – , Fritz Jahr formula seu conceito de bioética.

Isso fica ainda mais claro quando Jahr cita, mesmo que superficialmente, autores como Charles Darwin, Friedrich Nietzsche e Richard Wagner.

O primeiro, Darwin, é o pai do pensamento evolutivo que revolucionou a biologia, e depois foi instrumentalizado pela genética, mistura que possibilitou o surgimento das ideias eugênicas.

Nietzsche, por sua vez, é um dos filósofos que teria inspirado Hitler,⁴⁶ e esta inspiração é apontada pelo fato de que Hitler visitou o *Nietzsche Archive* sete vezes, e a própria irmã de Nietzsche, Elisabeth, agradeceu em carta a Wilhelm Frick, um importante membro do Partido Nacional Socialista e próximo a Hitler, por ter apresentado a obra de Nietzsche ao futuro *Führer*, dizendo entender que, na obra do filósofo, Hitler teria encontrado o substrato filosófico ao movimento que iniciara.⁴⁷ Importa ressaltar que a obra de Nietzsche, por si, não contribuiu, nem pretendia contribuir, com a formulação ideológica de Hitler ou de seu Reich.

⁴⁵ Tradução livre. No original: “Der Arier gab die Reinheit seines Blutes auf und verlor dafür den Aufenthalt im Paradiese” (HITLER, Adolf. *Mein Kampf*. München: Franz Eher, 1925, p. 324).

⁴⁶ Nesse sentido, cf.: ASCHHEIM, Steven. Nietzsche, Anti-Semitism and the Holocaust. In: GOLOMB, Jacob (ed.). *Nietzsche & Jewish culture*. Nova York: Routledge, 1997; KAUFMANN, Arthur. *Nietzsche*. New Jersey: Princeton University, 1974; SANTANIELLO, Weaver. Nietzsche and the Jews. In: GOLOMB, Jacob (ed.). *Nietzsche & Jewish culture*. Nova York: Routledge, 1997, e *Nietzsche, God and the Jews*. Albany: State University of Nova York, 1994; SHIRER, William. *The rise and fall of the third Reich*. Nova York: Simon and Schuster, 1960; GOLOMB, Jacob; WISTRICH, Robert Solomon. *Nietzsche, godfather of fascism? On the uses and abuses of a philosophy*. Princeton and Oxford: Princeton University, 2002; BAMBACH, Charles. *Heidegger's Roots: Nietzsche, national socialism and the Greeks*. Ithaca and London: Cornell University, 2003; MACINTYRE, Ben. *Forgotten fatherland: the search of Elisabeth Nietzsche*. Nova York: Farrar Straus Giroux, 1992.

⁴⁷ MACINTYRE, Ben, *Op. cit.*, p. 178.

Por fim, Wagner foi o compositor que mais inspirou Hitler,⁴⁸ tendo sua obra *Die Meistersinger von Nürnberg* (1867) executada nos principais eventos nazistas, além de ser um dos precursores do pensamento antissemita, publicando o panfleto *Das Judentum in der Musik*,⁴⁹ em 1869, em que defendia ser de má-qualidade a produção dos compositores alemães judeus, e que a música alemã deveria apartar-se da influência de tais compositores.

Com toda essa relação próxima ao nazismo, Fritz Jahr cita referidos autores para fundamentar sua ideia, que será concluída em uma ampliação do imperativo categórico kantiano, procurando abranger todas as formas de seres vivos. Assim, se Hitler compilou de algum modo as ideias que originaram em uma restrição do imperativo categórico kantiano – *Age de tal modo que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na do outro, sempre e ao mesmo tempo, como um fim e nunca simplesmente como um meio* – para que não abarcassem os judeus, Fritz Jahr propõe sua ampliação, para que atinjam a todos os seres vivos, não apenas os racionais, como proposto por Kant.

Estamos convencidos de que a intenção de Jahr ao criar o termo *bioética* foi no sentido de que se até mesmo as plantas devem ser protegidas, pois são seres vivos e podem ser feridas quando alguém lhes tira um pedaço, deve-se também proteger o ser humano, independentemente de sua origem.

A nosso ver, a bioética nasce, portanto, como razão crítica ao desenvolvimento biotecnológico irrefletido e instrumentalizado inadequadamente por ideologias como forma de sobrevivência de todas as espécies. Sua primeira formulação foi uma reação à sociedade que caminhava para os horrores do Holocausto.

1.1.2 V. R. Potter e os abusos científicos no século XX

Usualmente, concebe-se a *paternidade* do neologismo “bioética” a Van Rensselaer Potter, que o teria escrito pela primeira vez em 1970, no artigo

⁴⁸ HITLER, Adolf. *Op. cit.*, p. 232.

⁴⁹ WAGNER, Richard. *Das Judentum in der Musik*. Leipzig: Verlagsbuchhandlung von J. J. Weber, 1869.

Bioethics: Bridge to the Future.⁵⁰ No entanto, para entender o momento em que Potter cunha seu neologismo, o porquê da repercussão e de que modo lhe foi dado seus conhecidos princípios, necessário recorrer, uma vez mais, à contextualização.

Muito se divulgou e criticou os abusos científicos feitos pelo regime nazista durante a II Guerra Mundial, mas 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.⁵¹

Apenas para nos restringirmos ao século XX – ainda que não sejam escassos os abusos científicos anteriores⁵² –, pode-se citar o estudo sobre sífilis em Tuskegee, Alabama,⁵³ em que se procurou levantar a história natural da sífilis valendo-se de 408 pacientes mantidos sem tratamento, 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 e resultou em 13 trabalhos publicados entre 1936 e 1973.⁵⁴ Ressalte-se que a descoberta da penicilina por Alexander Fleming ocorreu em 1928, e que o experimento, que durou até 1972, época em que era amplamente conhecido o tratamento da sífilis, prosseguiu sem que fosse administrado aos pacientes estudados. Como durou 40 anos, não passou despercebido, pois há denúncia datada de 1954 sem que nada tenha sido feito.⁵⁵ Apenas quando a imprensa leiga tomou conhecimento, em 1972, é que a pesquisa foi suspensa.

⁵⁰ POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: bridge to the future*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1971.

⁵¹ SOFAIR, André N.; KALDJIAN, Lauris C. Eugenic sterilization and qualified nazi analogy: the United States and Germany, 1930-1945. *Annals of internal medicine*, v. 132, n. 4, p. 313-317, 2000.

⁵² VERESSAYEV, Vikenty. *The memoirs of a physician*. Nova York: Alfred Knopf, 1972.

⁵³ BRANDT, Allan M. Racism and research. The case of the Tuskegee syphilis study. *Hastings center report*, v. 8, n. 6, p. 21-29, 1978.

⁵⁴Cf. CAPLAN, Arthur L. Twenty years after. The legacy of the Tuskegee syphilis study. When evil intrudes. *Hastings center reports*, v. 22, n. 6, p. 29, 1992; LEVINE, Robert J. *Ethics and regulation of clinical research*. Baltimore: Urban & Schwarzenberg, 1981.

⁵⁵ SHAFER, J. K.; USILTON, Lida J.; GLEESON, Geraldine A. Untreated syphilis in the male negro. *Public health reports*, v. 69, n. 7, p. 684, 1954.

Outro estudo abusivo foi o da Escola Estadual de Willowbrook,⁵⁶ 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 infectados com o vírus da hepatite. A opção para inocular o vírus propositadamente dava-se pelo argumento de que as crianças iriam adquirir a doença depois da internação, de modo que era melhor serem infectadas em condições controladas para acompanhamento da doença em seu estágio inicial.

Também em Nova Iorque, 1963, no Hospital Judeu de Doenças Crônicas,⁵⁷ realizou-se experimentos sobre a rejeição de células cancerosas em 22 pacientes cronicamente debilitados, sem câncer e 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. Nesse 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.⁵⁸

⁵⁶ Cf. KRUGMAN, Saul. The Willowbrook hepatitis studies revisited: ethical aspects. *Reviews of infectious diseases*, v. 8, n. 1, p. 157, 1986; GOLDMAN, Louis. The Willowbrook debate: concluded? *World medicine*, v. 9, n. 2, p. 79, 1973; DIAMOND, Eugene F. The Willowbrook experiments. *The linacre quarterly*, v. 40, n. 2, p. 133, 1973.

⁵⁷ ARRAS, John D. The Jewish chronic disease hospital case. In: EMANUEL, Ezekiel J. *et al.* *Oxford textbook of clinical research ethics*. Nova York: Oxford University, 2008.

⁵⁸ AMDUR, Robert; BANKERT, Elizabeth. *Institutional review book*. 3. ed. London: Jones and Bartlett, 2011, p. 14.

Van Rensselaer Potter formulará o termo *bioética* diante desses acontecimentos e com a sociedade ainda assombrada pelas cenas dos campos de concentração nazista,⁵⁹ razões pelas quais nasce com aceitação e profunda significação – ainda que sem um corpo de doutrina propriamente, o que será suprido com estudos posteriores e, inclusive, com 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.⁶⁰ A clara distinção entre os valores éticos e os fatos biológicos que surgem do processo científico-tecnológico indiscriminado poria em perigo toda a vida humana sobre a Terra, e o único caminho possível para evitar essa catástrofe iminente, ainda segundo Potter, seria a constituição de uma ponte entre as duas culturas.

Inicialmente, a proposta do termo *bioethics* era geral e indefinida,⁶¹ apenas de “ciência da sobrevivência”, em sentido ecológico, resultante da necessidade de ultrapassar os ramos tradicionais do conhecimento e estabelecer uma ligação entre o universo dos “fatos científicos” e aquele dos “valores éticos”.⁶² Ciente de que esse 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*, de 1988.⁶³

Em seu prefácio à obra *Bioethics: bridge to the future* (1971), em que torna o termo *bioética* mundialmente conhecido, Potter explica que sua intenção ao escrever uma obra interdisciplinar, que refletisse suas leituras e observações de mais de trinta anos de trabalho, foi contribuir ao futuro da espécie humana promovendo a formação de uma nova disciplina que possibilitasse o diálogo das

⁵⁹ AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 93 e ss.

⁶⁰ POTTER, V. R. Bioethics: the science of survival. *Perspectives in biology and medicine*, v. 14, n. 1, p. 127-153, 1970.

⁶¹ SCHRAMM, Fermin Roland. Uma breve genealogia da bioética em companhia de Van Rensselaer Potter. *Bioethikos*, v. 5, n. 3, p. 302-310, 2011.

⁶² Cf. POTTER, V. R. *Op. cit.*, 1971.

⁶³ Global bioethics: linking genes to ethical behavior. *Perspectives in biology and medicine*, v. 31, n. 1, p. 89-98, 1995.

culturas científicas: o da ciência e o das humanidades. Apenas assim seria possível construir uma “ponte para o futuro”⁶⁴.

A preocupação com o futuro da humanidade e a abordagem de forma interdisciplinar eram o fio condutor de algumas das atividades de Potter nos anos anteriores à publicação de 1971, e no momento em que percebe o risco, a necessidade e a importância do conhecimento para a configuração desse futuro é que procura estruturar a criação de uma nova sabedoria que forneceria um “conhecimento sobre como usar o conhecimento”, que poderia ser chamado de *Ciência da Sobrevivência*.⁶⁵

1.2 A formulação da bioética como ciência

1.2.1 O método da bioética

A ciência pós-positivista não é marcada pelo método, tal como era a tradição iniciada pelo cartesianismo. Também não é marcada pela especialização ou pela fragmentação do conhecimento, mas, sim, pela necessidade de reunir saberes de modo a melhor explicar a complexidade dos fenômenos.

Diferentemente das ciências marcadamente cartesianas e, posteriormente, positivistas, que eram definidas por um método próprio de abordagem do conhecimento especializado, as ciências pós-positivistas são definidas pelo objeto complexo que constituem, e não mais pelo método. Isso porque a complexidade de seu objeto demanda não apenas um método específico, mas um arranjo metodológico de diversas formas de conhecimento para que se possa encontrar a resposta mais precisa e aceitável pela comunidade científica de seu tempo.

Os pressupostos são importantes também, pois indicam o ângulo que o observador-cientista tem de seu objeto-ciência e permitem compreender o

⁶⁴ POTTER, V. R. *Op. cit.*, 1971, p. VII.

⁶⁵ *Idem*, p. 1-2.

modo como ocorre a interação da pesquisa científica e sua influência e mutabilidade entre cientista e ciência, uma vez que não se sustenta mais a crença na separação entre objeto e observador.

Se consideramos que a bioética, em seu estágio de formulação atual, é um saber, ela transporta um método próprio para estabelecimento do conteúdo que se pode aceitar como científico. Essa visão, naturalmente, carrega a perspectiva positiva em que a ciência traz consigo seu método, e é inclusive marcada por ele.

No entanto, quando se está diante de uma ciência plural, inter/trans/multidisciplinar, o método científico possui a peculiaridade de carregar a pluralidade das ciências que o compõe. Compreender essa característica é crucial para discutir qual método se utiliza na composição do conhecimento bioético científico – e aqui propõe-se uma distinção entre o conhecimento bioético científico e o popular, pois é possível reconhecer um saber bioético baseado numa cultura acerca de um fato da vida.

A bioética não possui um método próprio. As diversas ciências que participam do diálogo de construção científica da bioética levam a esse diálogo os seus métodos. É o caminho metodológico das diversas ciências que constituem o método da bioética. E, ainda que isso corresponda a criar um complexo metodológico, não se pode simplificar o objeto que é essencialmente de difícil compreensão sem correr o risco da superficialidade ou erro no resultado.

Assim, é possível estabelecermos três categorias de métodos: (1) aqueles que são utilizados para explorar o suporte fático do que se analisa; (2) aqueles que são utilizados para compreender os problemas éticos e teóricos; (3) aqueles que são utilizados para dar suporte à tomada de decisão. No primeiro caso, estamos diante de estudos empíricos, que colhem dados da realidade; no segundo caso, de métodos hermenêuticos para compreender a realidade e elaborá-la de acordo com a melhor forma de assimilar seus problemas; no terceiro caso, estamos diante de situações que demandam uma decisão, uma resposta a algum problema, uma resposta ou um suporte à pergunta de qual a

melhor forma de agir – ou, o inverso, quais as formas que não se pode agir. Essa terceira categoria metodológica da bioética está diretamente relacionada com o direito e com a conjuntura pós-positiva, pois a ciência não apenas observa, como também interfere; não apenas levanta dados, mas possibilita a intervenção da realidade.

Historicamente, o conhecimento bioético científico foi formulado dentro de institutos de ciências biomédicas por pesquisadores ligados às ciências da saúde. Apenas tardiamente a bioética passou a ser integrada por pesquisadores de ciências humanas e sociais aplicadas. Esse fato resultou numa proliferação de pesquisas empíricas em bioética, especialmente depois de uma grande guinada durante os anos 1980,⁶⁶ implicando profundo desenvolvimento do aspecto metodológico no conhecimento bioético científico,⁶⁷ que pode ser justificado por três fatores: (1) o crescimento da medicina baseado em evidências e sua influência nos pesquisadores que advêm da área da saúde, estabelecendo que os argumentos (bio)éticos necessitariam ser embasados em dados empíricos da melhor evidência científica; (2) o crescimento da ética clínica, que avocou para si muitas pesquisas de revisão bibliográfica e argumentativa, das quais, antes, a bioética se ocupava; (3) por fim, o crescimento da insatisfação das respostas bioéticas, que seguem o mesmo exemplo da crítica às ciências sociais.⁶⁸

Embora seja natural que os conflitos de compreensão metodológica entre as ciências também tenham reflexos na compreensão da bioética, não se pode deixar que restrições de compreensão recíproca diminuam as possibilidades de avanço na pesquisa bioética. Essa crítica foi formulada no editorial de um volume da *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* dedicado a estudos kantianos e habermasianos em bioética; seu editor apontava, naquela ocasião, que a guinada a estudos empíricos na bioética deixava um vasto e

⁶⁶ SUGARMAN, J.; FADEN, R.; WEINSTEIN, J. A decade of empirical research in bioethics. In: SUGARMAN, J.; SULMASY, D. (eds.). *Methods in medical ethics*. Georgetown: Georgetown University Press, 2001, p. 19-28.

⁶⁷ FRITH, Lucy. Empirical ethics: a growing area of bioethics. *Clinical ethics*, v. 5, p. 51-53, 2010.

⁶⁸ BORRY, P.; SCHOTSMANS, P.; DIERICKX, K. The birth of the empirical turn in bioethics. *Bioethics*, v. 19, p. 49-71, 2005.

importante campo de questionamento teórico-crítico sem explorar, o que, inclusive, teria repercussões práticas.⁶⁹

Nesse aspecto, é preciso compreender a contribuição das ciências humanas e sociais aplicadas. Se seu método não resulta num número, num gráfico, ou numa descrição baseada em evidências, essa forma de compreensão não implica um resultado menos científico.

Com efeito, a inovação em ciências humanas e/ou sociais aplicadas provoca a melhor compreensão dos modelos que descrevem o fenômeno bioético, a partir dos quais se dão as pesquisas empíricas. Ou seja, a pesquisa empírica tem por plano o resultado *a posteriori*, pois analisa um fenômeno previamente categorizado em um modelo estabelecido pela compreensão *a priori* de uma pesquisa científica.

Veja-se o caso de uma pesquisa que queira analisar a compreensão que os pacientes portadores de uma determinada doença que estejam internados em um determinado hospital possuem de sua autonomia. O modelo de compreensão em que se dá voz ao paciente para compreender sua percepção e a relevância da autonomia enquanto manifestação do fenômeno bioético são dados pela formulação apriorística de compreensão da bioética atribuída por uma pesquisa de cunho hermenêutico. Caso essa pesquisa se volte à vulnerabilidade, também esse elemento foi aprioristicamente estabelecido como uma faceta do fenômeno bioético.

O estudo hermenêutico da bioética, portanto, estabelece o mapa de compreensão do fenômeno da bioética sobre o qual os estudos empíricos estabelecerão a escala métrica. A opção de exaltar estudos empíricos em bioética implica a construção desordenada de blocos de conhecimento sem saber exatamente se estão alinhados. Não obstante, o estudo hermenêutico da bioética fomentará as possibilidades de respostas quando a bioética necessitar dar suporte à tomada de decisões.

⁶⁹ÁRNASON, Vilhjálmur. Guest editorial. *Cambridge quarterly of healthcare ethics*, v. 21, n. 2, p. 150-153, abr. 2012.

Os modelos de interpretação dos fenômenos bioéticos historicamente são construídos por meio de princípios, embora outros modelos tenham sido propostos, posteriormente, como crítica.

1.2.2 O início da formulação do modelo principiológico – ou como se faz o caminho ao caminhar

Se, no âmbito acadêmico, tivemos a formulação de uma nova ciência como reação ao distanciamento das ciências e aos abusos científicos que ocorreram, no âmbito político ocorreu, em 12 de julho de 1974, a criação da *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* pela Presidência dos Estados Unidos da América, que estudou os critérios de ética em pesquisa clínica, visando a evitar os abusos então denunciados. A conclusão dessa comissão foi publicada por meio do *Belmont Report*, de 18 de abril de 1979, que estabeleceu, pela primeira vez, o uso sistemático de princípios para a análise de questões que, depois, pertenceriam ao campo de estudo da bioética.

Esses princípios foram coligidos em 1979, e posteriormente desenvolvidos por Beauchamp e Childress,⁷⁰ analisando-os para a ética biomédica. Todavia, pela necessidade de formação de corpo doutrinário da bioética e pelo método de análise de casos concretos, os princípios do *Belmont Report* passaram a constituir os fundamentos principiológicos da bioética, sem que tenha ocorrido reflexão crítica a respeito de tal incorporação, ou de sua viabilidade.

A formulação principialista na bioética não ocorreu pioneiramente pelo *Belmont Report*, mas teve inspiração em referencial teórico prévio, conforme Childress demonstra.⁷¹ Todavia, é com ele que ganha dimensão e forma corpo doutrinário. Ou seja, embora o neologismo *bioética* tenha nascido com profunda

⁷⁰ BEAUCHAMP, T.; CHILDRESS, J. F. *Principles of biomedical ethics*. 4. ed. New York-Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁷¹ 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.

significação,⁷² não tinha um corpo de doutrina propriamente estabelecido,⁷³ o que possibilitou que os princípios do Relatório *Belmont* fossem fácil e rapidamente adotados como princípios da própria bioética.

O *Belmont Report* surgiu 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.⁷⁴ 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.⁷⁵

Os críticos desse modelo apresentaram várias alternativas, como a casuística, a moralidade comum ou o paradigma das virtudes, que veremos a seguir. Entretanto, esses paradigmas são mais modelos complementares do principialismo do que verdadeiras alternativas,⁷⁶ como admite Albert Jonsen, proponente do modelo da casuística.⁷⁷

As formulações principiológicas da bioética costumam apresentar falhas por se fundamentarem em estatutos morais ou ideologias de seu formulador – por esse motivo, Engelhardt Jr. formula sua bioética da permissão,⁷⁸ em que tenta se livrar de todo valor moral – ou, ainda, por não especificar a categoria ontológica a qual pertencem seus princípios, e o que seriam esses princípios.

Tal “enxerto” (o do modelo principiológico com o rol de princípios *Belmont-Beauchamp/Childress*) demonstrou-se relativamente insuficiente em situações complexas, de modo que a etapa seguinte da formulação científica da bioética foi a adjetivação, formulando-se modelos que pouco ou nada

⁷² Na metáfora de Henrique Prata, como uma semente de sequoia.

⁷³ AGAMBEN, Giorgio. *Op. cit.*, p. 93.

⁷⁴ REICH, Warren (org.). *The encyclopedia of bioethics*. New York: Simon & Schuster Macmillan, 1995. t. 5, p. 2.769-2.773.

⁷⁵ GRACIA, Diego. *Fundamentación e enseñanza de la bioética*. Bogotá: Búho, 1998, p. 67-71.

⁷⁶ FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlo. *Para fundamentar a bioética*. São Paulo: Loyola, 2005, p. 121.

⁷⁷ JONSEN, Albert. An alternative or a complement to principles? *Kennedy Institute of Ethics Journal*, v. 5, p. 237-251, sep. 1995, p. 237-251.

⁷⁸ ENGELHARDT Jr., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 3.

contribuíram com a Teoria da bioética, tais como: bioética autonomista, bioética teórica ou metafísica, bioética prática, micro e macrobioética, bioética do sujeito, bioética individualista, bioética política, bioética dos indivíduos, bioética da coletividade, entre outros.⁷⁹

Essa insuficiência fica clara quando se analisa a questão da vulnerabilidade. Nem o princípio da Justiça nem o princípio da autonomia podem sozinhos ou combinados resolver uma questão que trate majoritariamente sobre vulnerabilidade.

Da mesma forma, não é possível aplicar tais princípios, genealogicamente criados para a ética biomédica, no cuidado a outros seres vivos. A formulação desses princípios não se coaduna com a amplitude das questões jurídicas e do meio ambiente.

De todo modo, a construção de modelo principiológico a partir dos princípios de *Belmont Report* foi o primeiro passo e teve fácil aceitação da comunidade, que passou a tentar construir a ponte de diálogo proposta por Potter. Como não há um caminho pré-moldado ou mapeado para a construção de uma ciência, há de se fazê-la ao caminhar!⁸⁰

⁷⁹ HOSSNE, William Saad. Bioética – princípios ou referenciais. *Mundo Saúde*, v. 30, p. 673-676, out./dez. 2006, p. 673.

⁸⁰

[...]

*Caminante, son tus huellas
El camino, y nada más;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante, no hay camino,
sino estelas en la mar.*

[...]

[...]

Caminhante, são tuas pegadas
o caminho e nada mais;
caminhante, não há caminho,
se faz caminho ao andar
Ao andar se faz caminho
e ao voltar a vista atrás
se vê a senda que nunca
se há de voltar a pisar
Caminhante, não há caminho senão marcas
no mar.

[...]

(MACHADO, Antonio. *Poesias completas*. Madrid: Espasa-calpe, 2003, p. 142 – tradução livre).

1.3 A relação da bioética com o direito

1.3.1 Prolegômenos

Conforme mencionamos, ao analisar o método bioético, cada ciência traz, consigo, seu próprio método, que comporá um complexo metodológico, conforme a necessidade do objeto estudado.

Assim, há de se considerar que a todo o suporte fático-bioético corresponde a um complexo de dimensões epistemológicas que se interagem. Ou seja, um mesmo fato possui repercussões médicas, econômicas, éticas e jurídicas, entre outras, e pode ser analisado por cada uma dessas esferas. Possivelmente, o estatuto epistemológico bioético consista nas diversas possibilidades de interação entre essas dimensões epistêmicas.⁸¹ Nesse sentido, pode-se afirmar que o prevalectimento de uma opção ou de outra representa o conteúdo axiológico que preenche e compreende os princípios,⁸² os referenciais⁸³ e os tópicos da bioética.

A relação que há entre a bioética e as ciências que a compõem nem sempre é bem detalhada, especialmente no que diz respeito à possibilidade de alguma influência da bioética na ciência que a integra. Apenas as relações consequentes da bioética é que são analisadas.

Um exemplo disso é o modo como Christian Byk, jurista francês e magistrado, estuda a relação da bioética com os direitos humanos.⁸⁴ Em seu *Tratado de Bioética*, o vínculo jurídico inicialmente analisado não é o da reciprocidade, mas o da causalidade, ou seja, como a bioética se relaciona com os direitos humanos para formar o biodireito. Tal situação parece-nos equivocada, pois, se há um *biodireito*, ele não se relaciona apenas com os

⁸¹ Sobre algumas possibilidades de interações entre dimensões epistemológicas, cf. CHAVES, M. Complexidade e transdisciplinaridade: uma abordagem multidimensional do setor saúde. *Revista brasileira de educação médica*, v. 22, n. 1, p. 7-18, 1998; JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976; 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 social*, v. 18, n. 2, p. 304-311, jun. 2009.

⁸² Cf. o clássico BEAUCHAMP, T.; CHILDRESS, J. F. *Op. cit.*

⁸³ Cf. HOSSNE, William Saad. *Op. cit.*, p. 673-676, que quebrou o paradigma (pseudo)principiológico desenvolvido na Bioética até então.

⁸⁴ BYK, Christian. *Tratado de Bioética*. São Paulo: Paulus, 2015, p. 79.

direitos humanos, mas com todo o direito. Com efeito, há normas de natureza penal, civil, constitucional, administrativa, ambiental, processual etc., que dizem respeito ao biodireito, e não apenas os direitos humanos. Posteriormente, quando examina situações-limite e o direito,⁸⁵ Byk assume a postura de analisar todo o direito, e não apenas os direitos humanos, inclusive citando normas de direito penal francês, o que demonstra não apenas a ausência de pesquisas da questão da influência recíproca entre bioética e direito, mas, igualmente, a insuficiente análise da relação causalista da bioética apenas com os direitos humanos.

Também a ausência de análise da relação entre a bioética e o direito ocorre em outros livros didáticos jurídicos brasileiros. Maluf,⁸⁶ por exemplo, examina a interrelação da bioética com a ética, a moral e a deontologia, ignorando o direito, e simplesmente passa à análise do biodireito, como o encontro da bioética com o direito. Embora mencione a pluralidade de áreas do direito que dizem respeito a esse encontro, nada esclarece sobre a influência recíproca entre bioética e direito, senão que do encontro resulta o biodireito.

Por sua vez, Edison Tetsuzo Namba,⁸⁷ magistrado do TJSP e doutor em direito pela USP, não ignora a relação que há entre a bioética e o direito. Para ele,

A bioética dominou a esfera do direito como "pano de fundo" de debates de situações controversas, porém, hoje em dia, já há algumas normas sobre a consideração de valores, o que acirra as discussões.

Logo, é o momento de se preocupar com o biodireito. Deve-se desvincular o direito da bioética, a qual serve mais a uma finalidade política: usada para fazer prevalecer o entendimento religioso ou o laico. O discernimento

⁸⁵ Idem, p. 332.

⁸⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12 e ss.

⁸⁷ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14 e ss.

na escolha de uma forma mais inovadora na concepção de um ser humano, para correção de anomalias genéticas e para a cura de seus males, não pode ser tolhido, sob pena de se restringir a liberdade científica.

Aqui temos duas questões relevantes. A primeira é o nascimento espontâneo do biodireito. O autor menciona a necessidade de se preocupar com essa área sem qualquer menção à sua genealogia. A outra questão é a desvinculação do direito da bioética, por entender que a presença da bioética possibilite meros debates políticos, de influência de poderes estranhos às normas jurídicas. Mais adiante, o autor ainda defende que:

[...] quando se trata do biodireito, mencionam-se normas de prevenção e de influência do descompromisso da eticidade na condução da vida e dos avanços científicos. Percebe-se isso nitidamente quando se fala sobre nascituro e embrião, aborto, retirada do feto anencéfalo, células tronco embrionárias, clonagem humana, experimentação com seres humanos, reprodução assistida, mudança de sexo, transfusão de sangue, transplante de órgãos, eutanásia, entre outros assuntos de suma relevância para a sociedade contemporânea.⁸⁸

O referido *descompromisso da eticidade na condução da vida e dos avanços científicos* que o autor menciona possivelmente diz respeito aos debates que ocorrem no âmbito da bioética que, naturalmente, trazem carga ideológica em si – afinal, não há lugar ideologicamente neutro. O autor identifica duas grandes linhas de pensamento contemporâneo: liberais e conservadores, e põe-se a listar o que é preciso evitar, promover e apoiar nessas duas correntes.⁸⁹

Além de uma postura excessivamente simplista ao analisar os diversos posicionamentos que enriquecem os debates acerca dos diversos temas específicos e práticos que constituem a bioética, Namba parece analisar tais debates como uma discussão meramente *pró x contra, laico x religioso, esquerda x direita, liberal x conservador*, dignas de uma partida de futebol ao melhor estilo *Fla x Flu*. São debates complexos e não possuem apenas duas

⁸⁸ Idem, p. 15.

⁸⁹ Idem, p. 12.

posturas controversas; mais que isso, acreditar que a única serventia da bioética ao direito é fornecer ideologias políticas é não compreender a bioética e diminuir sua função, seus objetivos e a causa de sua existência.

Não se pode dizer que a pluralidade e a riqueza desses debates, que ocorrem no âmbito da bioética, sejam *um descompromisso da eticidade na condução da vida e dos avanços científicos*, uma vez que debater (e conhecer) cada posicionamento significa, exatamente, ter responsabilidade na condução da vida, afinal, se não há respostas prontas e já consolidadas, é preciso se aprofundar nas possibilidades, conhecer seus fundamentos e suas consequências para, então, encontrar a resposta mais prudente, embora possa não ser, necessariamente, a resposta mais correta.

Nesse sentido, a bioética é importante para o direito e não se deve separá-los como quem procura uma resposta *pura*⁹⁰ do biodireito. Se a bioética possui debates ricos em seu interior, estes devem ser considerados pelo direito. Aliás, as ideologias são importantes ao organizar o debate entre tanta fragmentação cultural e axiológica experimentada em temas complexos, como os que dizem respeito conjuntamente à bioética e ao direito.

Quando percebemos que a história e a cultura são fontes de uma imensa variedade de formas simbólicas tanto quanto a especificidade das identidades individuais e coletivas, podemos perceber também o desafio representado pelo pluralismo epistêmico.⁹¹ Habermas, nesse sentido, demonstra claramente, em sua obra, como o pluralismo cultural também significa que o mundo se revela e é interpretado de modo diferente segundo as perspectivas dos diversos indivíduos e grupos.⁹²

Essas diversas perspectivas dificultam a existência de um diálogo, uma dialética, no sentido de formar princípios axiológicos universais, uma vez que as *máximas universais* assumem caráter autorreferencial, relativo. A solução

⁹⁰ Aqui, referimo-nos à *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, mencionada anteriormente, que propôs encontrar a verdadeira metodologia jurídica sem influências de outras ciências.

⁹¹ FIIRST, Henderson. A importância das ideologias para a bioética e o biodireito. *Revista dos acadêmicos de direito da UNESP*, v. 14, p. 211-240, 2011.

⁹² HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 9.

habermasiana é a de um discurso prático, no qual se proporcionariam mecanismos de descoberta de como outro locutor forma seus interesses. O discurso prático pode ser compreendido como uma nova forma específica de aplicação do imperativo categórico.⁹³

Ocorre que nessa discussão, visando a compreender os procedimentos de uma outra parte, na forma de constituição de seus princípios pessoais morais ou normativos, a relativização e a pessoalidade da observação afetam a compreensão, distorcendo ainda mais o que seria um meio de facilitar a compreensão alheia.

Nesse sentido, entendemos que a ideologia viabiliza a discussão, uma vez que organiza em metanarrativa um posicionamento, e agrega à opinião alguma perspectiva de seus fundamentos, facilitando a compreensão de outros posicionamentos, desde que se observem as ideologias sem algum pré-julgamento ou preconceito.

A importância dessa compreensão deve-se pela crise iminente que a bioética ainda não se dispôs a discutir, mas que o direito (e o biodireito, por consequência) já experimenta há algumas décadas: o problema da decidibilidade.

A bioética, tal como o direito, além dos aspectos teórico, zetético, perquiratório e abstrato que formulam teorias, fundamentos e parâmetros, também possui o aspecto de técnica, decidibilidade. Esse aspecto representa um problema na medida que se trata de uma questão aberta, uma vez que não é um critério fechado, sendo dominado de aporias, como as da justiça, da utilidade, da certeza, da legitimidade, da eficiência, da legalidade, entre outras⁹⁴.

Assim, quando se questiona a técnica da bioética para a melhor solução (ou a solução correta), não haverá uma resposta, mas, sim, um debate de quais os melhores parâmetros. Nesse sentido, apenas a ideologia pode apresentar respostas praticáveis, aceitas, ainda que não corretas.

⁹³ Idem, p. 10.

⁹⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 107.

As discussões, dessa forma, deixam a perspectiva do indivíduo e atingem o debate entre as ideologias, que são mais cognoscíveis que valores pessoais. A fenomenologia seria um método aplicável nessas discussões de ponderabilidade e facilitariam a dialética em si, uma vez que realizadas num plano acessível.

Evidentemente, a relação pejorativa atribuída às ideologias permanece e deve ser evitada para que se viabilize o diálogo proposto, tornando isonômicos os posicionamentos aglomerados em ideologias.

Essa forma de compreender o debate da bioética também exige que as premissas discutidas sejam exatamente a forma como se compreende a ideologia que se aglomera, e se reconheça expressamente para que o diálogo apresentado e a solução buscada seja viável à decidibilidade.

Ressalta-se que essa aplicação da ideologia se deve unicamente a evitar a crise da decidibilidade, uma vez que a bioética deve propor possíveis soluções e, assim como o direito, não se pode esquivar de fornecer respostas aos problemas concretos.

Não se propõe uma limitação à zetética, tão bem desenvolvida até o presente momento, mas uma solução ao debate acadêmico que deve acontecer, especialmente em um momento de maturação do conhecimento científico de uma ciência relativamente nova no Brasil em face do problema epistemológico do pluralismo axiológico, cultural, e da legitimação do discurso da decidibilidade.

A possibilidade de tornar a ideologia uma metanarrativa é, portanto, a de conseguir uma alternativa metodológica, permitindo o desenvolvimento de outras perspectivas essenciais ao avanço do sistema dialético por referenciais conhecidos, adequando-se a outros métodos, tal como o fenomenológico, permitindo a discussão dos diversos posicionamentos para se encontrar a resposta correta/adequada/prudente para o tema que se discute.

Retomando à relação da bioética com o direito, posição diferente assume, no direito brasileiro, Reinaldo Pereira e Silva,⁹⁵ para quem a

⁹⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: LTr, 2002, p. 245.

originalidade do biodireito ocorre no reconhecimento do encontro do compromisso operacional com a validade material, isto é, com a validade ética. Assim, embora atribua importância à relação entre bioética e direito, o autor não explica ao certo como se dá tal relação.

Também nesse sentido, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves,⁹⁶ para quem biodireito e bioética são ordens normativas, e, como tais, têm caráter prescritivo, sendo a distinção entre eles a forma de abordagem e a força cogente. Posteriormente, os autores reconhecem que a relação entre bioética e biodireito se dá por ser o biodireito o reflexo juridicizado da bioética. Ou seja,

apesar de toda a preocupação bioética, a sanção estatal para aquele que descumprir algum de seus princípios fica a cargo do direito enquanto ciência dogmática, eis que possui caráter prescritivo, de dever-ser, porquanto se utiliza da teoria da imputação.⁹⁷

O problema nessa postura se encontra no fato de que a bioética é mais que uma forma de zetéica do direito, carecendo da coerção jurídica para ser eficaz. Isso porque, à despeito do direito, todos os dias os comitês de bioética clínica atendem inúmeras situações, complexas, que não vão parar nos tribunais para depender de força coercitiva – tais situações são resolvidas no âmbito dos comitês! Da mesma forma, o direito, com toda sua coerção, vale-se dos modelos hermenêuticos de tomada de decisão da bioética para conseguir se guiar e, por diversas vezes, também ignora a bioética para decidir questões complexas, cujo suporte fático é compartilhado com a bioética e outras ciências.

Ainda que alguns autores ignorem a relação entre bioética e direito (ou pleiteiem sua separação), a maioria indica haver alguma relação e que ela é importante, embora não estabeleça exatamente como acontece. Nessa

⁹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 12.

⁹⁷ Idem, p. 15.

indeterminação, duas posições são inspiradoras a quase todos que estudam essa relação: a de Francesco D'Agostino⁹⁸ e a de Diego Gracia.⁹⁹ Para o primeiro, a relação entre ética e direito deve ser radicalmente reformulada, especialmente aquela que atribui à ética o foro interno, e ao direito o foro externo, pois tal relação não pode ser hierárquica, separatista e, principalmente, não objetiva. A proposta de D'Agostino é a da complementaridade, visto vez que a ética salva o ser do homem, e o direito salva as formas de relação; a ética cuida das diferenças, enquanto o direito instrumentaliza as semelhanças. Nesse sentido, D'Agostino tem razão, uma vez que o suporte fático é compartilhado pelas duas ciências, como mencionamos. O cerne desse compartilhamento é dado por Gracia e tem influenciado os trabalhos de bioética e direito contemporâneos: *o Biodireito sem a Bioética é cego, a Bioética sem o Biodireito resulta vazia*.

Assim, é de crucial importância a relação entre bioética e direito. Dessa relação, diversos pesquisadores apontam o surgimento do biodireito, e também apontam para a contribuição do direito à bioética. Todavia, não se menciona a contribuição da bioética ao direito, que é o que analisaremos a seguir.

1.3.2 A bioética como fonte do direito

Até o momento, analisamos a relação entre bioética e direito e observamos algumas posturas: (1) aquela que simplesmente ignora a relação entre bioética e direito, como se fosse algo natural ou óbvio; (2) aquela que admite haver alguma relação, mas não a explora; (3) a que admite que da relação entre bioética e direito nasce o biodireito, com algumas variações, dizendo que seria o encontro entre bioética e direitos humanos; (4) aquela que admite haver relação, e que o direito, por meio do biodireito, seria o braço

⁹⁸ D'AGOSTINO, Francesco. *Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 95.

⁹⁹ GRACIA, Diego. *Fundamentos de bioética*. Eudema, 1989, p. 576.

coercitivo da bioética; e (5) a que admite haver relação entre direito e bioética, mas que não deveria.

Embora esteja bastante clara no espaço científico da bioética a contribuição do direito e sua influência, o mesmo não se diz do sentido oposto, ou seja, da contribuição da bioética ao direito – apenas que a associação feita entre bioética e direito resulta no biodireito; todavia, essa relação é a consequência posterior, e não imediata.

Assim, o presente tópico busca analisar o momento de participação da bioética no direito. Desde já, adiantamos que a bioética é tomada como fonte nomogênica do direito, ou seja, quando o suporte fático analisado é compartilhado entre bioética e direito, e o direito não tem uma resposta jurídica clara por meio de suas fontes normativas, ele se utiliza dos modelos hermenêuticos da bioética para decidir.

1.3.2.1 Casos difíceis em direito envolvendo a bioética

Não é incomum que, diante de um suporte fático que interesse tanto à bioética quanto ao direito, seja complexo encontrar a resposta juridicamente correta no suporte normativo posto. Aliás, é bastante usual que, em face de questões como essas, na ausência de resposta jurídica clara e correta, se faça uso de argumentos morais, religiosos ou de outra ordem normatizante, mas não jurídica, uma vez que as fontes normativas habituais do direito não possuem respostas, afinal, o direito sempre chega tarde.¹⁰⁰

Em situações assim, cuja resposta jurídica é obscura, costumeiramente dá-se o nome no direito americano de *hard cases*. Esse conceito remete à Herbert Hart, quando tentava explicar *o que é direito?* Em sua obra homônima, Hart refutava a tese de John Austin em *The Province of Jurisprudence Determined*, para quem a autoridade jurídica é um fato puramente físico de comando e obediência habituais. Para Hart, os verdadeiros

¹⁰⁰ SPOTA, Alberto G. *O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 45.

fundamentos do direito estão na aceitação por parte da comunidade jurídica e leiga de uma regra mestra fundamental, à qual ele chama de “regra de reconhecimento”, que atribui a pessoas ou a grupos específicos a autoridade de criar leis.¹⁰¹ De acordo com Hart, essa necessidade deve-se porque os sistemas jurídicos se viam em constante tensão entre duas necessidades sociais: (a) segurança jurídica, permitindo aos indivíduos a previsibilidade das regras jurídicas que se aplicariam entre si; (b) a previsibilidade de que algumas questões só poderiam ser resolvidas adequadamente diante da análise das peculiaridades do caso concreto, estabelecendo-se a forma de buscar uma resposta.¹⁰²

Assim, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em virtude da autoridade de pessoas que costumam ser obedecidas, mas, fundamentalmente, em virtude de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas.¹⁰³

Veja-se que, com isso, Hart coloca como pano de fundo do que seria o direito as análises desenvolvidas pela filosofia analítica da linguagem de Austin e Wittgenstein. Com efeito, Hart introduz em sua análise jurídica a questão da linguagem, entendendo que está aí a chave para a compreensão do direito – e avançando em largos passos o positivismo jurídico ao modelo como compreendemos o direito hodiernamente. Segundo o autor, o linguajar jurídico não é preciso, pois as palavras, inseridas em diferentes contextos, apresentam uma vasta gama de sentidos que lhe são atribuídos pelo intérprete. Considerando essa multiplicidade de sentidos atribuídos aos signos linguísticos, há grandes chances de ocorrerem entraves comunicativos, nas palavras de Hart, “em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer”.¹⁰⁴

¹⁰¹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 91.

¹⁰² Idem, p. 143.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 42.

¹⁰⁴ HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, p. 139.

É nesse sentido que Hart irá determinar a existência de uma zona clara e outra de penumbra no sistema normativo-positivo. Quando se está diante de casos que sempre ocorrem em contextos semelhantes, há uma consolidação de respostas, e a regra a ser aplicada torna-se clara. Todavia, haveria situações em que as peculiaridades tornariam o caso mais complexo, sem que se tenha claro o modo de incidência normativa, gerando dificuldades de aplicação do direito – e essa seria a zona de penumbra normativa, ou *hard cases*. Como diz o próprio Hart,

cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação. Eles, tal como as regras, não podem fornecer a sua própria interpretação.¹⁰⁵

Assim, Hart demonstra a existência de situações em que a regra jurídica não é um procedimento automático de subsunção de fatos a normas, sendo esses casos chamados de *hard cases*, que corresponderiam ao “paraíso de conceitos dos juristas”,¹⁰⁶ pois a textura aberta do direito exigiria um esforço argumentativo para encontrar a resposta correta ao caso.

Hart entendia que seria impossível que o legislador conseguisse prever todas as possibilidades da vida e que, assim, criasse normas para tanto; seria na multiplicidade de hipóteses da vida que surgiriam os casos difíceis. Para isso, Hart cita um exemplo de uma regra que proíbe o trânsito de veículos no parque e, à despeito de todas as possibilidades interpretativas, todas concordariam que não se deve transitar com veículos nos lugares que são considerados parques; todavia, se fosse necessário chamar uma ambulância, e esta precisasse circular pelo parque para salvar a vida de alguém que sofrera um acidente, essa regra proibitiva deveria ser aplicada? Segundo Hart, a solução

¹⁰⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁶ Idem, p. 143.

– entre valer-se da finalidade da regra ou do bem jurídico tutelado – seria uma mera escolha. E aqui residiria um caso de penumbra ao positivismo jurídico.¹⁰⁷

Em parte, tal penumbra se dá pela incerteza de qual a resposta jurídica é considerada correta pelo suporte fático. Em parte, a penumbra se dá pelo poder discricionário que cabe ao intérprete para escolher qual método utilizará para dar a resposta ao caso. A resposta, aqui, constitui uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. Nas palavras do próprio autor:

Quando surge o caso não contemplado, confrontamos as soluções em jogo e podemos resolver a questão através da escolha entre os interesses concorrentes, pela forma que melhor nos satisfaz.¹⁰⁸

Não apenas a discricionariedade da escolha de qual a melhor interpretação é uma marca dessa penumbra normativa, mas também a casuística, ou seja, cada caso possui elementos que são próprios e, por isso, não seria possível utilizar elementos de casos anteriores já decididos. Isso fica bem definido quando o autor analisa que tais casos são

áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais [...], os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre os interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.¹⁰⁹

Nesse poder discricionário que o intérprete tem de escolher a melhor interpretação que dará do suporte normativo ao suporte fático é que residirão as críticas a Hart, em especial por Ronald Dworkin. Analisaremos tais críticas posteriormente. Por ora, cumpre retomarmos o paradigma dos *casos difíceis* no

¹⁰⁷ Idem, p. 139-143.

¹⁰⁸ Idem, p. 142.

¹⁰⁹ Idem, p. 148.

positivismo, pois é como são analisados os casos envolvendo suporte fático compartilhado entre bioética e direito.

Com efeito, esses casos não possuem casualidade normativa clara no suporte normativo, seja porque o fato ainda era desconhecido pelo direito, seja porque o fato não se adéqua corretamente às categorias jurídicas preexistentes – embora a lei fale de homens e cavalos, a realidade nos traz centauros...¹¹⁰

Veja-se o caso do aborto anencefálico. Embora o aborto seja uma conduta tipificada como crime no Código Penal (art. 124), a peculiaridade de se tratar de feto anencefálico, com pouca ou nenhuma viabilidade de vida depois do nascimento, tornou esse suporte fático uma situação de penumbra no ordenamento jurídico. Essa conduta deveria ser tipificada no mesmo critério penal do aborto? Ou poderia entrar no salvo-conduto de apresentar algum risco à mãe, mesmo que esse risco não seja físico, mas psicológico? Antes de o Supremo Tribunal Federal julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, em 2012, que discutia a possibilidade de realização de aborto de feto anencefálico no Brasil, o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu duas decisões contraditórias em menos de 20 dias: em fevereiro de 2011, uma autorizava o aborto, e outra negava-o. Eis aí o problema da discricionariedade judicial ao qual Dworkin critica: o juiz escolheu, conforme bem lhe aprouve, a melhor interpretação, levando duas situações semelhantes a soluções distintas, quando deveriam ser equivalentes! Da mesma forma que é discricionária a escolha da interpretação a ser adotada, também o é a escolha do modelo hermenêutico de bioética utilizado. No entanto, isso veremos mais adiante. Aqui, cumpre observar que os modelos hermenêuticos da bioética são utilizados como fonte de interpretação do direito para casos cuja solução não é clara pela (1) ausência de repetição; (2) falta de previsão normativa; ou (3) característica que não possibilite o perfeito enquadramento do suporte normativo existente.

¹¹⁰ Expressão retirada de: <<http://www.publishnews.com.br/materias/2016/07/27/o-editor-sem-partido>>. Acesso em 28 jan. 2018.

1.3.2.2 Princípios da bioética como padrões normativos

No começo da tradição positiva do direito, houve o mito da completude do ordenamento jurídico, em que se acreditava que à vida bastaria a codificação, e que todas as suas situações estariam previstas no ordenamento. O mito da completude da codificação ocorreu no século XIX, durante a formação dos sistemas codificados de direito privado, em especial com os Códigos Civis francês, de 1804, e o alemão, de 1900.

Com o funcionamento da vida e suas complexidades, percebeu-se que não seria sustentável a crença de que o código por si só bastaria para resolver todos os problemas que o cotidiano apresenta. Cumpre lembrar que, no contexto do Código Civil napoleônico, era vedada a interpretação aos juízes, pois Napoleão sabia, desde aquela época, que há um poder no ato de interpretar, pois a interpretação nem sempre pode se adequar àquilo que seria a vontade do imperador. O juiz era meramente a "boca da lei" (*bouche de la lois*), devendo apenas dizer o direito, e não interpretá-lo – aqui temos a formação da Escola da Exegese –, mas essa postura demonstrou ser insuficiente para lidar com os problemas apresentados.

Assim, o sistema jurídico criou uma forma de manter a lacuna normativa dentro do próprio sistema: a lacuna legislativa seria meramente aparente, pois o ordenamento estabelecerá normas de como solucionar casos quando a regra já não estivesse prevista. O sistema seria sempre completo, uma vez que a forma de encontrar a resposta já estaria estabelecida.

Dessa forma, para garantir que o ordenamento sempre estivesse completo, criou-se instrumentos institucionais de integração, que são ferramentas de resolução das lacunas advindas explicitamente do próprio sistema jurídico.

Como reminiscência do movimento jusnaturalista, ao qual se acreditava que racionalmente poderia se encontrar o justo aplicável ao caso concreto, estabeleceu-se a técnica de recorrer aos princípios gerais do direito,

que seriam postulados pressupostos pelo sistema codificado, cuja aplicação obedeceria às regras do método dedutivo axiomático.¹¹¹

Na prática, os princípios gerais do direito são tópicos argumentativos,¹¹² e sistematizam uma forma de atribuir resposta jurídica à solução de antinomias ou de lacunas que decorrem da própria evolução do direito privado. Como explica Castanheira Neves,¹¹³ são axiomas jurídico-rationais que compõem a estrutura lógico-conceitual dos sistemas de direito positivo, predominantes no século XX. Uma vez que eles estão desde sempre presentes, manifestam-se omissos ao sistema jurídico, acompanhando-o. São o que se pode conhecer por antecipação sobre o direito, tal como a estrutura do conhecimento matemático. Essa estrutura do conhecimento matemático é dada por Heidegger como:

Tais pressupostos fundamentais do conhecimento jurídico têm sido historicamente constituídos como parâmetros para solução de antinomias ou lacunas normativas em busca da realização da Justiça. Kaufmann¹¹⁴ elenca seis princípios gerais do direito que se constituíram nesse sentido: (1) *princípio do suum cuique tribuere* (Cícero), dar a cada um o que é seu; (2) *a regra de ouro* (Sermão da montanha de Jesus), faça aos outros o que gostaria que fizessem a ti; (3) *imperativo categórico de Kant*, que é o agir de acordo com aquelas máximas que possam ser erigidas a leis gerais; (4) *princípio da equidade* (John Rawls), em que todos os envolvidos devem participar igualmente tanto nos benefícios quanto nos encargos; (5) *princípio da responsabilidade* (Hans Jonas), pelo qual a ação do cidadão não pode destruir ou diminuir a possibilidade de subsistência da vida humana e de seu ambiente; e (6) *princípio da tolerância* (Arthur Kaufmann), em que a ação

¹¹¹ ABOUD, Georges; GARBELLINI, Henrique; OLIVEIRA, Rafael Thomaz. *Introdução à teoria e filosofia do Direito*. São Paulo: RT, 2015, p. 306.

¹¹² KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 272.

¹¹³ CASTANHEIRA NEVES, António. O sentido actual da metodologia jurídica. *Boletim da faculdade de direito*. Volume comemorativo do 75.º tomo do BED. Coimbra, Universidade de Coimbra, 2003, p. 108.

¹¹⁴ KAUFMANN, Arthur..*Op. cit.*, p. 273.

humana deve sempre ser direcionada na intenção de diminuir a miséria humana.

Tal técnica de preenchimento de lacunas legislativas foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao lado da analogia e dos costumes, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Assim, quando as fontes normativas formais e informais não possuem uma resposta jurídica clara à situação apresentada, o direito brasileiro prevê três instrumentos de integração normativa: *analogia*, *costumes* e *princípios gerais de direito*. Os dois primeiros, analogia e costumes, demandam a existência de casos similares. No primeiro instrumento, a analogia, seria a atribuição de tratamento jurídico dada a caso análogo àquele analisado. Todavia, como as questões examinadas pela bioética e pelo direito nessa "penumbra normativa" possuem características singulares, usualmente não é possível aplicar a analogia pela disparidade dos casos. No segundo instrumento, os costumes, há uma relação informal de criação da norma jurídica. A repetição de determinada conduta faz que a coletividade a aceite como se obrigatória fosse e, caso não cumprida, alguma sanção poderia ser aplicada. Também são raras as aplicações de costumes nas situações que dizem respeito à bioética e ao direito, pois, habitualmente, tratam-se de questões pouco habituais na sociedade (ou até mesmo inéditas), em que ainda não foi possível consolidar uma ação com repetição e com crença coletiva de normatividade em tal conduta.

Por coerência metodológica com o referencial teórico que é pressuposto desta tese, valer-se de princípios gerais do direito seria propor um sistema de crenças em valores absolutos que fazem alusão a um direito natural. Assim, no lugar de princípios gerais do direito, padrões normativos.

Com isso, nas situações complexas envolvendo bioética e direito, em que não é clara a norma a ser aplicada, os princípios da bioética serão utilizados como padrões normativos para complementar o sistema jurídico.

Como observamos, no elenco de princípios listados por Kaufmann, eles são construídos historicamente, conforme a aceitação coletiva para a complexidade dos casos aos quais se propõem resolver como axioma de realização de Justiça. Isso implica dizer que, entre os princípios já construídos historicamente e reconhecidos como pressupostos no ordenamento jurídico vigente, não necessariamente há respostas a questões complexas até então desconhecidas, como são as das biotecnologias e seus dilemas ético-jurídicos, que são fatos novos na cultura humana.

Diante dessa natural ausência de construção histórica de axiomas cabíveis para integrar normativamente o ordenamento, os modelos hermenêuticos principiologicos da bioética servem como substrato para o reconhecimento de novos princípios gerais do direito. Não se pode falar de “criação” de novos princípios gerais do direito, mas de reconhecimento deles, uma vez que possuem caráter matemático de pressuposto fundamental do saber das coisas. Assim, utiliza-se os princípios da bioética e os reconhece no ordenamento jurídico, atribuindo-lhes conteúdo jurídico por meio de argumentação, dando-lhes caráter normativo e, portanto, coercitivo.

Nesse ponto, é importante explicar o que entendemos por *princípios da bioética*. Tanto quanto no direito, diversas são as acepções de “princípios” para a bioética; mais ainda, diversos são os catálogos de princípios para a bioética.

A formulação dos modelos hermenêuticos bioéticos pautados em princípios deve-se por herança dos modelos de argumentação da ética que se valem de princípios como elementos argumentativos, axiomas de racionalidade acerca dos quais se organizam critérios de compreensão para responder qual a melhor postura em situações cuja moralidade não esteja ainda estabelecida. Assim, quando falamos em *princípios da bioética*, referimo-nos a todas as formulações que se utilizam de *princípios* para fundamentar e estruturar a argumentação em Bioética por meio de axiomas. Não pretendemos, nesta tese, discutir a natureza ontológica e epistemológica dos princípios da bioética, mas reconhecemos a complexidade da discussão jurídica sobre a natureza dos

princípios jurídicos e entendemos que tal discussão é, igualmente, pertinente à bioética, para melhor estruturar epistemologicamente seus modelos.

CAPÍTULO 2 A FORMULAÇÃO DO BIODIREITO

2.1 O início da judicialização da bioética e a formulação do biodireito

A construção do biodireito começou antes pelos tribunais para, só então, ser realizada doutrinariamente. É a judicialização de questões bioéticas que tornou necessário o debate jurídico sobre os conflitos éticos do domínio da vida por meio da biotecnologia.

A judicialização da bioética iniciou-se nos EUA, sendo construída judicialmente a compreensão dos limites jurídicos de domínio da vida pelo biodireito naquele país, até onde se têm notícias. Assim, embora outros casos tenham sido experimentados em outros países posteriormente, é nos EUA que o biodireito começa a ser desenvolvido na sua fase jurisprudencial – e só posteriormente ganhou corpo doutrinário e, nessa etapa, os países.

Embora os anos 1960 tenham apresentado algumas controvérsias públicas que permearam o debate de políticas públicas, tal qual a criação do “God Committee”, no Hospital Sueco de Seattle, para determinar qual paciente poderia se submeter ao tratamento da então recém-inventada máquina de hemodiálise, é nos anos 1970 que tais discussões começam a ser judicializadas. Nesse momento, a jurisprudência deixou os marcos normativos claros para o começo e o final de vida nos EUA.

No Brasil, a construção do biodireito também é feita, a princípio, jurisprudencial e legislativamente. A análise dos principais casos que constroem a formulação do biodireito brasileiro será realizada no capítulo 3, ao examinarmos a técnica de decisão jurídica neles utilizada. Aqui, portanto, verificaremos algumas das decisões que marcam o período de construção do biodireito nos EUA – as primeiras formulações no mundo.

2.1.1 O caso *Roe vs. Wade*

O caso *Roe vs. Wade* é um marco na história do biodireito, pois foi quando um Tribunal se pronunciou acerca do domínio da vida e sobre o começo dela. A decisão foi um divisor de águas na normatização do aborto nos EUA, pois a partir da segunda metade do século XIX a maioria dos estados federados adotou leis rigorosamente restritivas ao aborto, especialmente por conta das novas descobertas científicas com relação à reprodução humana. Posteriormente, com a revolução sexual, que promoveu maior acesso aos métodos contraceptivos nas décadas de 1950 e 1960, passou-se a estimular novos estudos a fim de desenvolver novos métodos e ampliaram-se as possibilidades de situações em que uma mulher poderia desejar abortar.¹¹⁵

Norma McCorvey, conhecida pelo pseudônimo Jane Roe usado no processo movido contra o estado do Texas na Justiça Federal dos Estados Unidos, tinha 22 anos quando estava na terceira gestação e não possuía a guarda de seus dois primeiros filhos, pois não tinha trabalho fixo, era usuária de drogas e já fora moradora de rua.

Diante dessa situação, McCorvey não queria prosseguir com sua terceira gestação, preferindo interrompê-la. Todavia, as opções eram limitadas, uma vez que as leis do Texas apenas permitiam o abortamento em casos de risco à vida da gestante e, por conta de suas condições econômicas, não poderia viajar para outro país que permitisse o aborto, tampouco pagar os altos valores cobrados por clínica clandestina. Após tentativas em clínicas clandestinas, McCorvey foi apresentada às advogadas texanas Linda Coffee e Sarah Weddington, que estavam interessadas em litígio oposto a leis contrárias ao aborto.

Para que alguma questão seja apresentada à justiça americana, é necessário que exista “caso ou controvérsia”, nos termos do Artigo III da Constituição americana. Ou seja, é preciso um *standing*, um interesse real em jogo, não se podendo questionar a constitucionalidade de alguma lei apenas em

¹¹⁵ TUSHNET, Mark. *Roe vs. Wade*. In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford guide to United States Supreme Court Decisions*. Oxford: Oxford University Press. 1999. p. 262.

tese, transformando o litígio estratégico no principal meio de levar casos polêmicos à jurisdição da Suprema Corte. A Suprema Corte tem discricionariedade na escolha dos casos que julgará, inclusive podendo definir sua própria agenda e pautar as questões jurídicas que serão debatidas. Por isso, ao litigar estrategicamente, é preciso ter o “autor perfeito” para chamar a atenção,¹¹⁶ o que acaba fazendo que se esqueça do autor como um problema real.¹¹⁷ Assim, embora a decisão de *Roe vs. Wade* tenha mudado a regulação do aborto que existia até então no país, *McCorvey* não conseguiu abortar, pois, muito antes de o caso chegar à Suprema Corte, a criança nasceu e foi encaminhada à adoção.¹¹⁸ *McCorvey* posteriormente tentou reverter a decisão de *Roe vs. Wade*, mas não obteve êxito.¹¹⁹

Essa decisão ainda é um paradigma judicial sobre a judicialização do domínio da vida, pois está entre as mais relevantes interferências jurídicas na compreensão da vida e da aplicação de tecnologia sobre ela.

2.1.2 O caso *Karen Quinlan*

Na noite do dia 15 de abril de 1975, a jovem *Karen Quinlan*, de 21 anos de idade, foi encontrada inconsciente e irresponsiva após uma crise de *overdose* de drogas. Foi transportada ao Hospital Newton Memorial, onde foi ligada a um respirador artificial e, posteriormente, transferida ao Hospital St. Clare em Denville/NJ, onde permaneceu em estado vegetativo e alimentada por um tubo nasogástrico.¹²⁰

¹¹⁶ ABUMROD, Jad. **The Imperfect Plaintiffs**. *More Perfect*, 28 jun. 2016. Podcast. 1 MP3 (64 min.). Disponível em: <<https://goo.gl/28FMPu>>

¹¹⁷ UKOVSKÁ, Barbora. Perpetrando o bem: as consequências não desejadas da defesa dos direitos humanos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, ano 5, n. 9, p. 6-21, dez. 2008.

¹¹⁸ Posteriormente, *McCorvey* se apresentou publicamente como a verdadeira identidade de *Jane Roe* e se tornou ativista do movimento *Pro Life*, mudando completamente seu posicionamento e lamentando a influência sofrida pelas advogadas no processo judicial (cf. FOSTER, Julie. The real “Jane Roe”: famed abortion lawsuit plaintiff says uncaring attorneys “used” her. *WorldNetDaily*, 4 fev. 2001. Disponível em: <<https://goo.gl/AfC4mc>>).

¹¹⁹ *McCorvey v. Hill*, 385 F.3d 846 (5th Cir., 2004), cert. denied *McCorvey v. Hill*, 543 U.S. 1154 (2005).

¹²⁰ AULISIO, Mark. Why did hospital ethics committees emerge in the US? *AMA J Ethics*, v. 18, n. 5, p. 546-553, 2016.

Após meses nessa condição, os pais de Karen, Julia e Joseph, conversando com a família e com o padre da igreja que frequentavam, aceitaram que Karen não se recuperaria do estado em que se encontrava e que ela própria não aceitaria ser mantida viva artificialmente no respirador.

Quando os Quinlan requisitaram que sua filha fosse tirada do respirador para permitir que ela morresse, os administradores do hospital e os médicos responsáveis por ela recusaram o pedido, alegando que seria uma forma de eutanásia – essa posição não era diferente daquela adotada pela American Medical Association.¹²¹ Os pais de Karen então judicializaram a questão e tiveram reconhecido pela Suprema Corte de Nova Jersey o direito de retirar o respirador e o tubo de alimentação de sua filha. Devido à grande repercussão do caso, a Corte sugeriu que os comitês de ética dos hospitais tivessem um papel de aconselhamento em tais casos, como uma forma de evitar a judicialização da relação médico-paciente.¹²²

2.1.3 O caso Cruzan v. Director, Missouri Department of Public Health

Entre os diversos casos que chamaram atenção da mídia para a questão da complexidade da morte, podemos citar o caso de Nancy Cruzan, que viveu sua vida normalmente até os 25 anos, quando sofreu um acidente automobilístico em 11 de janeiro de 1983. Ela foi ressuscitada pelos paramédicos que a socorreram, recuperou as funções vitais, mas nunca mais recuperou sua consciência. Após passar três semanas em coma, entrou em estado vegetativo permanente, momento em que sua família iniciou uma longa batalha judicial para conseguir o direito de retirar o tubo que a alimentava para que morresse. Como os médicos se recusaram a tomar qualquer decisão sem a devida autorização judicial, sua família entrou com uma ação alegando que, enquanto esteve consciente, Nancy sempre manifestou que não gostaria de ser mantida em estado vegetativo.

¹²¹ PENCE, Gregory. *Classic Cases in Medical Ethics: Accounts of Cases That Have Shaped Medical Ethics with Philosophical, Legal, and Historical Backgrounds*. 3rd ed. Boston: McGraw-Hill, 2000.

¹²² In re Quinlan 70 NJ 10, 355 A2d 647 (1976).

O juiz de primeira instância concedeu o pedido da família, mas a Suprema Corte do Estado do Missouri entendeu que não havia provas claras sobre o desejo de Nancy acerca das condutas, caso estivesse em estado vegetativo. A família recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, que manteve a decisão da Suprema Corte estadual, alegando que o Missouri era livre para exigir a formalização que entendesse necessária para os fins desejados. Tempos depois, em 1990, a família reapresentou o caso ao Tribunal estadual com novas provas de que Nancy teria manifestado interesse de que fossem desligados seus aparelhos caso ficasse em coma, e finalmente foi concedido o pedido da família para desligar o tubo que a alimentava.¹²³

Em sua lápide, a família escreveu o seguinte epitáfio: “Nascida em 20 de julho de 1957. Partiu em 11 de janeiro de 1983. Em paz em 26 de dezembro de 1990”.¹²⁴

2.1.4 O caso *Washington vs. Glucksberg*

Em 1979, o estado de Washington aprovou o *Natural Death Act*,¹²⁵ revisando o código criminal do estado, estabelecendo que “a retenção ou a retirada do tratamento de manutenção da vida (...) não constituirá, para nenhum propósito, um suicídio”, mas também que “nada neste capítulo deve ser interpretado para perdoar, autorizar ou aprovar a morte por misericórdia”. Doze anos depois, tentou-se aprovar uma forma de suicídio assistido por médicos¹²⁶ e, conseqüentemente, o estado emendou a *Natural Death Act* para excluir expressamente o suicídio assistido por médico.¹²⁷ Diante disso, quatro médicos que atuavam no estado, juntamente com três pacientes terminais e uma ONG,

¹²³ Suprema Corte dos EUA, 497 U.S. 261, 25.06.1990.

¹²⁴ MALCOLM, Andrew. Nancy Cruzan: end to long goodbye. *The New York Times*, 29 dez. 1990. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1990/12/29/us/nancy-cruzan-end-to-long-goodbye.html>>. Acesso em: 13 fev. 2018

¹²⁵ Natural Death Act, 1979 Wash Laws, ch 112, sec 8(1), 11; codified at Wash Rev Code sec 70.122.070(1), 70.122.100 (1994).

¹²⁶ WEINMEYER, Richard. Legal Constraints on Pursuit of a “Good Death”. *AMA Journal of Ethics*, Virtual Mentor, v. 13, n. 12, p. 1056-1061, 2013.

¹²⁷ *Washington v Glucksberg*, 521 US 702, 717 (1997).

questionaram a proibição feita pelo estado em um tribunal federal em 1994, alegando que a proibição era um retrocesso e, portanto, inconstitucional.¹²⁸

A alegação específica era que a alteração no *Natural Death Act* passou a interferir inconstitucionalmente no direito de um adulto plenamente capaz portador de doença terminal de cometer suicídio assistido por médico, um direito que seria resguardado pela proteção da liberdade prevista pela 14.^a Emenda.¹²⁹ Baseando-se no precedente do caso *Cruzan* que falamos acima, o tribunal distrital federal determinou que a proibição era inconstitucional e que a lei colocava um “ônus indevido” ao interesse de médicos e pacientes.¹³⁰ Uma corte do Tribunal de Apelações dos EUA para o Nono Circuito discordou da decisão do tribunal de primeira instância,¹³¹ mas, quando analisado pelo plenário, o Tribunal concordou e determinou que “a Constituição abrange um interesse de devido processo de liberdade para controlar o tempo e a forma de sua morte – que existe, em suma, um ‘direito à morte’” constitucionalmente reconhecido e que, de acordo com o raciocínio, a proibição do estado de Washington seria inconstitucional.¹³²

Recorrendo-se à Suprema Corte dos EUA, a corte revisou a decisão do Nono Circuito, concluindo que a proibição de Washington não contradiz a 14.^a Emenda.¹³³ Assim como o Tribunal fez em *Cruzan*, a maioria examinou se existia um direito específico sob a cláusula do devido processo para fazer jus ao suicídio assistido por médicos, mas os juízes não encontraram nada na história e nas tradições da nação para apoiar tal direito.¹³⁴ Para distinguir a decisão dada ao caso de *Cruzan* da decisão então proferida, o presidente da Suprema Corte Rehnquist escreveu que

a decisão de cometer suicídio com a ajuda de outro pode ser tão pessoal e profunda quanto a decisão de recusar tratamento médico indesejado, mas nunca gozou de proteção legal

¹²⁸ *Compassion in Dying v Washington*, 850 F Supp 1454 (WD Wash 1994).

¹²⁹ *Compassion in Dying*, 1459-1462.

¹³⁰ *Compassion in Dying*, 1465.

¹³¹ *Compassion in Dying v Washington*, 49 F3d 586, 591 (9th Cir 1995).

¹³² *Compassion in Dying v Washington*, 79 F3d 790, 798 (9th Cir 1996) (en banc).

¹³³ *Glucksberg*, 705-706.

¹³⁴ *Glucksberg*, 710-719.

semelhante. De fato, os dois atos são amplamente e razoavelmente considerados como bastante distintos.¹³⁵

Rehnquist acrescentou ainda que “a história do tratamento dado pela lei ao suicídio assistido neste país tem sido e continua a ser de rejeição de quase todos os esforços para permitir isso”.¹³⁶ Além disso, a maioria dos juízes da Suprema Corte declarou que a proibição de suicídio assistido por Washington estava racionalmente relacionada a interesses legítimos do governo, tal como a busca da preservação da vida humana, compreender e prevenir a ocorrência de suicídio e a manutenção da integridade e dos deveres éticos da profissão médica, protegendo pessoas vulneráveis que enfrentam coerção quando tomam decisões de final de vida e se protegem contra o escorregadio declive da eutanásia voluntária para a involuntária.¹³⁷ Como a tradição legal do país se opunha à legalidade do suicídio assistido e tendo em conta os interesses do estado encaminhados pelo Estado de Washington, a Suprema Corte confirmou a proibição.

Os casos *Cruzan* e *Glucksberg* demonstram como historicamente o direito judicializou a discussão bioética da terminalidade de vida nos EUA, esclarecendo as fronteiras do que é legalmente permissível naquele país: *Cruzan* estabelece que a Constituição permite que um estado exija um padrão razoável de evidência quando se trata dos desejos de um paciente inconsciente ou sem condições de expressar sua vontade autonomamente para removê-lo de tratamentos que sustentam sua vida; e *Glucksberg*, na demarcação da interpretação constitucional acerca do suicídio assistido por médico.

A repercussão dos dois casos possibilitou melhor compreensão da sociedade acerca dos dilemas da terminalidade de vida,¹³⁸ e cinco estados legalizaram que seus cidadãos procurem assistência médica para colocar um

¹³⁵ Glucksberg, 725.

¹³⁶ Glucksberg, 728.

¹³⁷ Glucksberg, 728-733.

¹³⁸ *Strong Public Support for Right to Die*. Washington: The Pew Research Center. 2009. Accessed October 15, 2013

fim em doenças terminais: em Oregon,¹³⁹ o suicídio assistido foi aprovado em referendo popular em 1997; em Washington,¹⁴⁰ em 2008, após consulta popular referendária; em Montana,¹⁴¹ por precedente judicial confirmado pela Suprema Corte do estado em 2009; em Vermont,¹⁴² por meio de lei aprovada em 2013; e, na Califórnia, a partir de 2015, também por meio de lei.

2.3 Acerca da natureza epistemológica do biodireito

É habitual às discussões teóricas relativas à teoria geral de qualquer disciplina jurídica expor o seu “lugar enciclopédico”, sua autonomia enquanto disciplina do conhecimento, sua estrutura dogmática envolvendo princípios, sistema normativo, axiomas interpretativos e mecanismos doutrinários de sistematização.

Exemplo disso são as discussões que ocorreram sobre a autonomia e estrutura do direito comercial. Philomeno Costa apresenta as muitas mudanças que o direito comercial havia sofrido até a década de 1950, quando escreve sua obra *Autonomia do direito comercial*,¹⁴³ demonstrando que diversas configurações de autonomia científica haviam sido atribuídas ao direito comercial, sendo que no direito privado brasileiro estaria dividido em direito civil e em direito comercial, enquanto no direito romano havia unidade, tendo ocorrido a fratura durante a Idade Média. Além de toda a discussão da autonomia do direito comercial, há o debate sobre qual seria o fato jurídico fundamental, tendo o mercado como o complexo fato a ser regulado pelo direito comercial.¹⁴⁴

¹³⁹ Oregon Death with Dignity Act, Or Rev Stat sec 127.800-127.867.

¹⁴⁰ Washington Death with Dignity Act, Wash Rev Code sec 70.245.010-70.245.904.

¹⁴¹ *Baxter v State of Montana*, 224 P3d 1211 (Mt 2009).

¹⁴² *Vermont Patient Choice and Control at End of Life Act*, 18 Vt Stat Ann sec 5289 (2013).

¹⁴³ COSTA, Philomeno. *Autonomia do direito comercial*. São Paulo: RT, 1956. p. 10.

¹⁴⁴ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *Contrato futuro*. São Paulo: Cultura, 2000. p. 21; HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. São Paulo: Zahar, 1982. p. 26; DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. São Paulo: Zahar, 1977. p. 94.

Também o direito do consumidor enfrentou a mesma questão, procurando estabelecer não apenas a autonomia, mas também seu fato jurídico fundamental, conteúdo normativo e estrutura.¹⁴⁵

Como veremos adiante, tal lógica de compreensão científica do direito pertence a uma base epistemológica cartesiana, e a discussão que propomos é se ao biodireito cabe tal lógica de compreensão científica.

2.3.1 O biodireito como ciência cartesiana

Ao analisarmos a estrutura metodológica da bioética no capítulo anterior, verificamos que, ao constituir uma ciência com base na especialização, a ciência cartesiana racional se aprofunda no método como expressão da racionalidade. O racionalismo cartesiano tem como característica marcante o fato de que tudo o que é passível de ser pensado e conhecido deve ser transparente à faculdade ou ao sujeito que pensa ou conhece. Portanto, a razão só se expressa mediante uma relação de causalidade entre o objeto e a sua forma de ser percebido; para conseguir observar e determinar sua existência e manifestação, esta é parametrizada, medida, analisada, sintetizada e descrita com objetividade, e aqui entra a importância do método como maneira de tornar objetiva a percepção do objeto; secundamente, há uma relação entre objeto e observador, conectados pela percepção metrificada pelo método.

Podemos estabelecer, portanto, que a ciência cartesiana é: (1) especializada/fragmentada; e (2) marcada pelo método como meio que conecta o objeto ao observador.

É possível destacar a contribuição científica de Galileu Galilei nesse processo de quebra da ideologia feudal, sendo considerado o pai da ciência moderna por ter sido o primeiro a adotar a matemática para justificar o sistema heliocêntrico, lançando uma nova metodologia científica com o propósito de mostrar o “verdadeiro caminho” para explicar os fenômenos da natureza,

¹⁴⁵ BENJAMIN, Antonio Herman. O direito do consumidor. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1277313638.pdf>.

evitando a utilização de especulações ou dogmas.¹⁴⁶ Para Galileu,¹⁴⁷ a natureza poderia ser explicada por meio de caracteres matemáticos, e sem estes os homens não poderiam compreendê-la.

Tais características sustentaram o desenvolvimento científico e possibilitaram a formulação do positivismo como expressão da romantização da ciência, quando o conhecimento científico passa a ser devotado como único guia da vida, observando e estimulando a produção técnica da sociedade industrial moderna, com exaltação otimista que acompanhou a origem do industrialismo.¹⁴⁸ Há uma mudança na postura com relação ao racionalismo cartesiano, pois, se o método é a confirmação *a posteriori* do modelo que a racionalidade anteriormente projetou, no positivismo o método é a forma de apreender a realidade para, posteriormente, a racionalidade organizar os dados. E é dessa forma de concepção da ciência que se chegará à idade contemporânea, basicamente marcada (1) pela crença de que a ciência é o único conhecimento possível, e isso se dá por meio do método científico; (2) pelo entendimento de que o método da ciência, por ser o único aceitável para se ter um conhecimento, deve ser estendido a todos os campos de indagação e da atividade humana, ou seja, as ações humanas devem ser guiadas pelo método científico – e o que não for possível ser analisado por esse método passa a não ser considerado um conhecimento aceitável, tal como a religião, a metafísica etc.

¹⁴⁶ GALVÃO, Kécia da Silveira et al. Análise dos modelos de precificação de ativos sob uma abordagem epistêmica do positivismo/pós-positivismo e do construtivismo. *Cadernos EBAPE*, v. 14, n. 1, p. 228-242 (231), jan.-mar. 2016.

¹⁴⁷ GALILEI, Galileu. *O ensaiador*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Originalmente publicado em 1623.

¹⁴⁸ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 909.

2.3.1 Princípios do biodireito

2.3.1.1 Sobre o sentido de falar em princípios do biodireito

A formulação do biodireito como uma área cartesiana do conhecimento científico jurídico pressupõe a organização do conhecimento dessa área estruturada em um suporte epistemológico de princípios. Essa capacidade de orientar e organizar um microsistema jurídico temático possibilita diferenciar os princípios epistemológicos dos princípios gerais do direito ou dos princípios constitucionais.¹⁴⁹

É no século XIX, com o movimento da autonomização de diversas disciplinas no estudo científico e didático do direito, que a racionalização do direito em sua estrutura cartesiana avançou na concepção e consolidação de princípios para estruturar a razão jurídica. Se ainda a ciência jurídica englobava todo o estudo do direito, em especial no caso do direito privado, passa-se então a possuir microsistemas que demarcam especialidades que até então não demandavam estudo particular por parte dos juristas medievais e do início da modernidade jurídica.

Nesse contexto, o princípio epistemológico é um dos principais recursos para organizar e sistematizar os conteúdos especializados. Não há, aqui, uma preocupação com a aplicação do direito, mas apenas a análise dos temas descobertos pela nova disciplina e sua compreensão didática.

Com isso, a autonomia da disciplina é reforçada pela sistematização principiológica dada ao novo conteúdo, razão pela qual um dos primeiros elementos que se busca compreender de uma disciplina que tenha sua natureza epistemológica formulada cartesianamente é a base principiológica da referida disciplina.

¹⁴⁹ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução ao estudo da filosofia e da teoria do direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 307.

Se, nesse momento, o princípio tem função primordial de sistematizar e organizar a nova disciplina, reforçando sua autonomia, posteriormente o princípio propiciou às novas disciplinas o elemento interpretativo funcional à aplicação. Pautando-se pela compreensão dos princípios como mandados de otimização, que demanda a obrigação de cumprir os princípios na maior medida possível em relação às circunstâncias fáticas do caso em que se analisa, os princípios passam a funcionar como cláusulas abertas para o intérprete no momento da decisão. Isso ocorre num contexto de abertura da metodologia jurídica no pós-2.^a Guerra Mundial, quando se dá a abertura ao elemento antropológico e hermenêutico como uma forma de frear a barbaridade humana.

Por conta da abertura do sistema normativo por meio de princípios para aplicar o direito, no Brasil passamos a conviver com o fenômeno denominado por Lenio Streck como pamprincipiologismo,¹⁵⁰ que é a criação de princípios conforme o casuísmo ou a argumentação exigirem, especialmente como forma de substituir a codificação por um elemento axiológico, de tal modo que na ausência de “leis apropriadas” o intérprete deve lançar mão do princípio que for necessário para resolver a questão, inclusive podendo criar (ou reconhecer) princípios adequados. Trata-se de uma adoção tardia da jurisprudência dos valores,¹⁵¹ alegando-se que se trata de uma positivação dos valores – sem que seja, propriamente, discutido o que seriam os tais valores, qual a legitimidade deles, especialmente em sociedades complexas.¹⁵²

2.3.1.2 Enxerto na construção dos princípios do biodireito

Observemos que dois fatores marcam a compreensão dos princípios de uma área jurídica: (1) a sua formulação como forma de conferir autonomia ao conhecimento jurídico específico; (2) a sua formulação por meio de axiomas que

¹⁵⁰ STRECK, Lenio. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 149 e ss.

¹⁵¹ Acerca dessa escola metodológica do Direito, Ingeborg Maus ainda afirma que foi o mal que abateu o Judiciário alemão desde o final da 2.^a Guerra Mundial. Cf. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 58, p. 183, 2000.

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 355.

permitam melhor argumentação conforme o resultado buscado na aplicação do direito à casuística.

Ao falar dos princípios do biodireito, verificamos a influência dos dois fatores. O primeiro está no esforço de construir a autonomia como uma nova área do direito, sistematizando seu conteúdo por meio de vetores argumentativos que melhor propiciem sua compreensão, além de estabelecer didaticamente a análise de seu conteúdo. O segundo fator está na abertura do biodireito, seguindo o paradigma da jurisprudência dos valores, em que, a pretexto de realização da Justiça ou de adequação do direito, criam-se princípios conforme a necessidade casuística.

Assim, no que diz respeito ao primeiro fator, tal qual a bioética, na ausência de um corpo doutrinário que fixasse seu conteúdo, o biodireito também valeu-se dos princípios estabelecidos pelo *Relatório de Belmont* para determinar as diretrizes éticas de pesquisas biomédicas com seres humanos, em 1974 nos EUA, reforçados pelo livro de Beauchamp e Childres, *Princípios de ética biomédica*.

Embora a bioética formulada por Potter fosse ampla, um conceito que propunha um debate de dimensões extensas, mas ainda desconhecidas na academia e com profunda significância, não havia corpo doutrinário desenvolvido para lidar com os dilemas cotidianos práticos e teóricos, demandando algum referencial imediato e de fácil acesso. Como os pesquisadores majoritariamente se encontravam em centros biomédicos, o relatório de *Belmont* pareceu encaixar-se bem e resolver os problemas iniciais apresentados, ainda que os cientistas não pudessem perceber que os princípios do relatório resolveriam apenas um feixe dos problemas e sob uma única perspectiva, reduzindo significativamente as possibilidades do conceito pensado por Potter.

Essa necessidade de rapidamente estabelecer um corpo doutrinário está diretamente relacionada às dinâmicas socioculturais e econômico-políticas da gestão da vida, às quais também podemos ligar a constituição do biopoder. Por esse motivo, também constitui um dos desafios da bioética a busca do

esclarecimento dos arranjos da biopolítica.¹⁵³ Esse aspecto da bioética também é demonstrado por Anna Quintanas, para quem os problemas bioéticos não podem ser tratados sem considerar o marco biopolítico em que ocorrem. Quintanas observa que a bioética predominantemente costuma ignorar o contexto biopolítico em que seus marcos são estabelecidos e, por isso, corre o risco de superficialidade em sua compreensão da realidade, uma vez que se torna difícil entender e solucionar os diversos problemas éticos que surgem no mundo da biotecnologia e biomedicina sem levar em conta o contexto em que são desenvolvidas as atividades.¹⁵⁴

Todavia, a despeito da necessidade de compreender o contexto do desenvolvimento biotecnológico e da biomedicina, a bioética desenvolveu-se como um saber prático da ética e passou a realizar a análise casuística dos diversos problemas que lhe foram apresentados, e a melhor forma que a prática inicial encontrou foi aplicar princípios, ponderar valores em relação a casos concretos valendo-se dos recursos da ética médica e do direito, quando disponíveis, e avaliar riscos e malefícios diante dos benefícios esperados.¹⁵⁵ Portanto, o principialismo norte-americano foi a germinação doutrinária da bioética e assim foi transplantada para o direito brasileiro, apesar dos esforços de influentes pesquisadores e centros de pesquisa que propuseram outros caminhos que se adequassem melhor à realidade brasileira.

Essa influência é notória ao se analisar o que os livros universitários jurídicos ensinam à nova geração de bacharéis em direito e o que a pesquisa mais recente em biodireito tem utilizado como referencial teórico.

No que diz respeito aos livros universitários,¹⁵⁶ é marcante a utilização dos princípios do relatório de *Belmont*, incluindo algumas variações aleatórias

¹⁵³ JUNGUES, José Roque. O nascimento da bioética e a constituição do biopoder. *Acta Bioethica*, Santiago, CL, v. 17, p. 173, nov. 2011.

¹⁵⁴ QUINTANAS, Anna. Bioética, biopolítica e tanatopolítica. A obsessão doentia pela saúde perfeita. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/536257-bioetica-uma-etica-para-a-vida-entrevista-especial-com-anna-quintanas>>. Acesso em: 14 jul. 2018

¹⁵⁵ JUNGUES, José Roque. *Bioética: hermenêutica e casuística*. São Paulo: Loyola, 2006. p. 11-12.

¹⁵⁶ Importante ressaltar que, no mercado editorial jurídico brasileiro, dá-se o nome de livros universitários àqueles que atendem à ementa básica das disciplinas dos cursos de graduação de Direito, podendo ser adotados pelos professores como livros-texto, que servirão de base para o ensino da matéria em questão.

quando se transpõem ao biodireito. Com efeito, como o biodireito não possui estrutura doutrinária clara e costuma se ater ao casuísmo, valendo-se, quando muito, de uma pequena estrutura teórica inicial para imediatamente passar à análise dos diversos temas concretos que vão do nascimento à morte do indivíduo e, eventualmente, passando por questões ambientais – veja-se o livro da professora portuguesa Helena Pereira de Melo, *Manual de Biodireito*, que adentra diretamente nos temas concretos do biodireito¹⁵⁷ –, não se desenvolveu o modo como os princípios da bioética influenciam a compreensão do direito, tampouco a genealogia dos “princípios do biodireito”, e menos ainda a estrutura metodológica do biodireito, privilegiando a análise da casuística temática.

No caso do *Curso de Bioética e Biodireito*, da professora Adriana Maluf,¹⁵⁸ as 140 páginas iniciais, distribuídas em cinco capítulos, analisam questões teóricas e introdutórias da bioética e do biodireito, enquanto as 330 restantes cuidam de temas específicos que dizem respeito tanto à bioética quanto ao (bio)direito.

Quando analisa os princípios da bioética, a professora Maluf apresenta como princípios básicos a autonomia, a beneficência, a não maleficência e a justiça, sem indicar a origem de tais princípios. Posteriormente, ao estudar os princípios do biodireito, menciona que podem ser aplicados, entre outros: (a) princípio da autonomia; (b) princípio da beneficência; (c) princípio da sacralidade da vida; (d) princípio da dignidade humana; (e) princípio da justiça; (f) princípio da cooperação entre os povos; (g) princípio da precaução; e (h) princípio da ubiquidade. Como se pode ver, os princípios do biodireito contêm os que foram listados na bioética e outros aleatórios, de outras áreas do direito, tomados como do biodireito.

Por sua vez, os professores Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves,¹⁵⁹ quando analisam os princípios do biodireito, são expressos em afirmar que “o relatório [de *Belmont*] contém o que consideramos

¹⁵⁷ MELO, Helena Pereira. *Manual de biodireito*. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁵⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18-20.

¹⁵⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 35.

como os princípios básicos da bioética: beneficência, autonomia e justiça”. Ou seja, embora estabeleçam de onde provêm tais princípios, nada mencionam acerca de outros modelos principiológicos – como consideram esses os princípios básicos, é possível que reconheçam aos demais modelos principiológicos uma categoria além de “básicos”.

Quando examinam os princípios do biodireito, os professores mineiros listam os princípios da precaução, da autonomia privada, da responsabilidade e da dignidade.¹⁶⁰ Embora indiquem que o biodireito não possui um documento que relate tais princípios ou que permita a uniformização dos termos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência, os autores retiram a influência de marcos jurídicos distintos para compor a combinação básica de princípios do biodireito, tais como a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92), o desenvolvimento da autonomia privada no pensamento jurídico contemporâneo, o princípio da responsabilidade por Hans Jonas e o arcabouço constitucional da dignidade humana. Embora sem uma base teórica que justifique essas escolhas, o que poderia ser chamado de pamprincipialismo (o segundo fator de criação dos princípios do biodireito, como mencionamos anteriormente), a influência do modelo principialista-bioético norte-americano foi consolidada historicamente, de acordo com os autores.¹⁶¹ Assim, além dos quatro princípios do relatório de *Belmont*, os professores também reconheceram o princípio da responsabilidade, com base em Hans Jonas e Giovanni Belinguer.

No mesmo sentido, o magistrado paulista Edison Namba,¹⁶² em seu *Manual de bioética e biodireito*, elenca como princípios da bioética os mesmos do relatório de *Belmont*, que possuem interpretações políticas liberais ou conservadoras, das quais o direito precisa se desvincular da bioética. Em sua obra, que além da bioética também analisa o biodireito, Namba não estuda os princípios do biodireito, pois afirma que qualquer formulação seria influência do descompromisso da eticidade na condução da vida e dos avanços científicos.¹⁶³

¹⁶⁰ Idem, p. 39 e ss.

¹⁶¹ Idem, p. 35 e ss.

¹⁶² NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11.

¹⁶³ Idem, p. 15.

É nítida, portanto, a influência do pensamento do principialismo norte-americano na estrutura do pensamento e do ensino nas obras universitárias jurídicas de bioética e biodireito.

2.3.1.3 A insuficiência da formulação atual dos princípios do biodireito

Como afirmamos anteriormente, a utilização dos princípios do Relatório de Belmont foi conveniente como um enxerto doutrinário inicial para se começar a construir a bioética e o biodireito. Todavia, o amadurecimento científico deveria propiciar críticas acerca do viés da ética biomédica que compõem tais princípios, bem como a conjuntura norte-americana, o que não aconteceu na formulação nacional. Antes, quando a casuística demonstrou a insuficiência, recorreu-se ao pamprincipalismo.

Num contexto marcado pela necessidade de estabelecer parâmetros para as situações à beira do leito hospitalar e com pesquisas científicas envolvendo seres humanos, os princípios pautados pelo Relatório de Belmont oferecem relevantes contribuições como recursos argumentativos ou decisórios. Com efeito, quando de sua formulação, a denúncia de recorrentes abusos científicos e especialmente por meio de denúncias públicas da imprensa leiga e de opiniões especializadas, tal como o artigo de autoria do médico e professor da Universidade de Harvard Henry Beecher,¹⁶⁴ que noticiava que os EUA praticavam pesquisas pouco éticas como as dos nazistas, implicou forte pressão da opinião pública. Assim, inicia-se a formulação das primeiras normas éticas de pesquisa por pressão do Congresso Nacional, que encontrou como saída ameaçar cortes orçamentários no *National Institutes of Health* (NIH) e na *Food and Drug Administration* (FDA).

Logo, em discussões que envolvam situações biomédicas e seres humanos, a formulação atual de princípios do biodireito oferece relevantes contribuições à orientação e construção da norma aplicada ao caso que surge. Todavia, quando se depara com circunstâncias que envolvam outros temas, tais

¹⁶⁴ BEECHER, H.K. Ethics and Clinical Research. *The New England Journal of Medicine*, v. 274, p. 1354-1360, 16 jun. 1966.

como meio ambiente, distribuição de recursos escassos no atendimento integral à saúde, desenvolvimento e aplicação de novas tecnologias ao cotidiano, tal como novas possibilidades de filiação (como a “barriga de aluguel” e a filiação *post mortem*), xenotransplante, *human enhancement*, organismos geneticamente modificados, biopirataria e outros, os princípios propostos se demonstram insuficientes.

Em tais casos, recorre-se a princípios de outras áreas do direito ou à criação de princípios que são axiomas possíveis de ser aplicados ao caso concreto visando o resultado da argumentação pretendida. No primeiro caso, vê-se o recurso aos princípios do direito ambiental, como o princípio da precaução e do poluidor-pagador, por exemplo. No segundo caso, princípios como o da responsabilidade, especialmente pautado por Hans Jonas,¹⁶⁵ o princípio da separação dos poderes, como utilizado no debate da fosfoetanolamina sintética por meio da ADI 5501 MC/DF, e outros tantos retirados de alguma forma de moral ou moralidade passam a compor a solução pamprincipiologista.

A insuficiência dos princípios do biodireito é um forte sinal de que a utilização cartesiana de princípios como modo de afirmar a sua autonomia teórica e didática, bem como estruturar o conhecimento e o conteúdo da área mediante pressupostos metodológicos de princípios, não corresponde à natureza epistemológica do biodireito. Formulá-lo mediante tal preceito é reiterar a necessidade de buscar constantemente novos princípios para lidar com todo o seu conteúdo, reforçando o pamprincipialismo e o casuísmo, ou seja, escolhem-se ou criam-se princípios conforme surgem os casos.

2.3.2 Fontes dogmáticas no modelo cartesiano

Uma vez caracterizada a forma como se busca a autonomia teórica do biodireito por meio da afirmação dos princípios que estruturam a área, é o

¹⁶⁵ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

momento de analisar o modo cartesiano de compreender o conteúdo jurídico do que se estabelece por biodireito.

Conforme mencionamos anteriormente, num paradigma cartesiano, a ciência é marcada pela especialização e pelo método. No caso da ciência jurídica, desde a formulação da Escola da Exegese com o Código Civil napoleônico até o positivismo do final do século XX, o método da ciência jurídica em maior ou menor grau envolveu a análise das fontes do direito como forma de encontrar a norma aplicável à realidade que se apresentava. Nesse contexto, importa ressaltar, a norma ainda se confunde com o próprio texto normativo. No campo da formulação da ciência jurídica de modo cartesiano, o estudo das fontes, sua interpretação e aplicação representam, portanto, a compreensão do próprio método da ciência jurídica. Não por outra razão é a forma como didaticamente se começa a ensinar um conhecimento jurídico a estudantes na graduação: pelas fontes. Talvez por isso mesmo se considere que a questão das fontes jurídicas é demasiadamente básica, elementar, ou até mesmo algo já superado.

Há algum consenso acerca de quais são as fontes do direito, no Brasil, especialmente considerando que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro indica que as fontes são a lei, jurisprudência, analogia, costumes e princípios gerais do direito (cf. art. 4º da LINDB). Isso facilita que se estabeleça uma prática que identifique o direito sem a qual não se pode existir um ordenamento jurídico.

Todavia, por detrás de um aparente consenso acerca da teoria das fontes jurídicas escondem-se diversas questões cujo debate implica não apenas o método de análise das fontes, mas também o próprio resultado delas. Assim, a despeito de algum consenso quanto às fontes, a utilização delas sempre foi marcada por alguma prevalência, seja da lei, da jurisprudência ou do costume.

Dois discursos também são possíveis acerca da metáfora das “fontes do direito”.¹⁶⁶ O primeiro deles tem natureza explicativa, demonstrando qual tipo

¹⁶⁶ REGLA, Josep Aguiló. Fuentes del derecho. *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*. v. 2, p. 1022.

de fenômeno jurídico tem condições estabelecer uma conduta revestida de juridicidade. Assim, ao se descrever que a lei fixa normas jurídicas, está-se explicando que há um fenômeno de nomogênese jurídica determinada por meio do Poder Legislativo, produzida por meio do consenso ou de maioria simples/qualificada da manifestação de representantes daquela população; ou ainda que o Tribunal, ao repetir e respeitar uma interpretação dada ao caso que se apresentou, instituiu um padrão de conduta que possui expectativa de cumprimento e, portanto, trata-se de outra forma de fenômeno criador do direito, também está-se nessa primeira condição de discurso descritivo.

O segundo discurso acerca das fontes do direito está ligado à justificativa da origem da norma, ou ao fundamento de sua obrigatoriedade. Assim, dentro dos fenômenos sociais, esse discurso procura descrever aqueles que legitimam a obrigatoriedade de observação de alguma conduta.

Veja-se o caso da célebre frase “antes de entrar no elevador, verifique se o mesmo se encontra parado neste andar”. Devido ao risco de acidentes que remete a tempos germinativos do uso de elevadores, tornou-se habitual que se conferisse a presença da cabine elevadora antes de utilizá-la. Essa conduta ganhou relevância social em alguns lugares e tornou-se obrigatória, revestida de caráter jurídico. Na cidade de São Paulo, isso se deu pela Lei 12.722/1998, que foi regulamentada pelo Decreto 37.956/1999, que não apenas tornou obrigatória a conduta, como também impôs a necessidade de fixar placa com a regra, além da informação de que era de acordo com a Lei 12.722/1998. Quando se vê expressa a conduta pela placa, sabe-se que se trata de uma norma, e, quando se observa em letras menores o número da lei que estabeleceu tal conduta, tem-se conhecimento de que se trata da fonte da norma. Como se trata de uma lei, ela determina a condição de juridicidade da conduta em razão de sua origem. Isso é um pressuposto pelo qual se tem como óbvio, mas que não deveria, afinal, apenas por ser instituído por lei estamos diante de um fenômeno naturalmente jurídico, ou seu conteúdo necessita ser analisado? E nos demais fenômenos tidos como fonte jurídica, o que dispõe tal condição de obrigatoriedade? E, além do fundamento de obrigatoriedade, como se arranjam todas as condutas diversas previstas por fontes diversas?

O modo de compreender uma conduta como jurídica em virtude de sua legitimidade dada pela fonte normativa tem sua tradição estabelecida pelo juspositivismo, em especial com a versão dada por Kelsen em sua teoria pura.¹⁶⁷

Numa formulação cartesiana do direito, uma área jurídica específica é mais bem reconhecida se tiver suas próprias fontes jurídicas, ou seja, condutas específicas cuja regulação se dê por discursos legitimadores das quais apenas aquela área consiga manusear e analisar.

A ideia de analisar as fontes do direito de uma área jurídica endossa sua autonomia, seus limites didáticos, técnicos e epistemológicos, desde a base constitucional que fundamenta a área em questão até as leis que compõem o micro-ordenamento jurídico, sua interpretação pelos tribunais diante da casuística e as análises sistematizantes dada pela doutrina.

Quando se observam as divisões feitas no ordenamento jurídico pelo modelo cartesiano, nota-se que elas sempre são descritas pelas fontes dogmáticas que a compõem. Historicamente, em nosso ordenamento jurídico, a lei é o principal marco dessa divisão, ou o conjunto delas, conforme se tornou mais complexa a especialização do direito.

Nesse sentido, o direito penal é marcado pela presença do Código Penal com uma parte geral, que dá os fundamentos dessa área do conhecimento jurídico, e uma parte especial, com as condutas tipificadas como crime, além das leis penais especiais que se acresceram com o tempo a esse sistema. Tudo isso, ao se aplicar, é interpretado com os princípios constitucionais que dizem respeito à matéria penal.

A jurisprudência possui, nessa visão, uma função complementar, supletiva e interpretativa, ou seja, complementa o sentido, quando há falta no texto normativo; suplementa, quando o texto normativo é omissivo; e interpreta, quando o texto normativo é obscuro.

Um exemplo da contribuição da jurisprudência como fonte no direito penal está na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal nas ADCs 43 e

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. *La teoria pura del derecho*. Mexico: Unam, 1982. p. 243.

44 de que é possível o início da execução da pena após condenação em segunda instância, mudando a compreensão do que se entende pelo conteúdo normativo do art. 5.º, LVII, da Constituição Federal.

No caso do biodireito, a definição epistemológica pelo modelo cartesiano de sua fonte não é possível, pois não há um “código” que sirva de fundamento, tampouco um conjunto de leis definidas que suficientemente seja amostral do conteúdo do biodireito. O biodireito se serve de todo o programa normativo disponível para conseguir responder a demanda fática feita ao direito.

Do mesmo modo, a jurisprudência em biodireito possui funções que vão além de complementar, suplementar e interpretar, pois costuma casuística e discricionariamente ser o próprio marco regulador do tema, e as decisões não possuem um parâmetro básico comum.¹⁶⁸

Assim, pelo critério da autonomia das fontes dogmáticas, não é possível formular o biodireito por meio das fontes dogmáticas, seja porque não concedem autonomia enquanto uma nova área do conhecimento, seja porque não identificam uma nova área do conhecimento jurídico.

Adiante, demonstraremos a possibilidade de descrever o biodireito enquanto uma ciência pós-positiva e funcionalista.

2.4 Biodireito como ciência pós-positiva e funcionalista

No tópico anterior, demonstramos como se dá a formulação usual do biodireito, que é mediante o paradigma cartesiano, pela construção de uma nova área do direito, marcada por princípios próprios, fontes dogmáticas próprias e a autonomia de um microsistema normativo jurídico. Também demonstramos como essa formulação é insuficiente e equivocada para se compreender o biodireito.

¹⁶⁸ A título de exemplo, em fevereiro de 2011, em menos de 20 dias o Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou e negou pedido de aborto de feto anencefálico. Cf. <<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,tj-sp-recua-e-proibe-aborto-de-anencefalo,683113>>.

Doravante, proporemos o novo paradigma de entender e formular o biodireito, que é o pós-positivismo e o funcionalismo jurídico.

2.4.1 Característica de uma ciência pós-positiva

No campo da filosofia, a primeira metade do século XX problematizou o conceito absoluto de verdade e sua conseqüente implicação à questão do fundamento.¹⁶⁹ Também o problema do método – como fórmula acabada para a revelação da verdade – aparecia no contexto desse cenário filosófico.¹⁷⁰

Com efeito, fundamento e conceito de verdade estão intrinsecamente ligados, uma vez que é pelo conceito de verdade que se admite que se podem estabelecer posições acerca do fundamento. Em seu novo conceito, a verdade passa a ser uma construção subjetiva do cognoscente. Passa a existir, dessa forma, um conceito subjetivista de verdade. O fundamento, portanto, repousa numa dimensão objetivista, *a priori*, e subjetivista, *a posteriori*.

A crise do fundamento é devidamente descrita por Ernildo Stein:¹⁷¹

[...] desde a crise do fundamento da metafísica ocidental, partiu-se a unidade do saber humano. Rompeu-se a concepção unitária da verdade, uma vez perdido seu fundamento ontoteológico que possibilitava a definição da verdade como *adequatio*: verdade é a adequação entre a inteligência e a coisa. Tendo a subjetividade tomado o lugar de Deus como fundamento, e tendo ela eliminado o modelo divino do conhecimento humano, a definição da verdade como adequação torna-se impossível; se ela subsiste, ainda por muitos séculos, isto acontece graças a um formalismo que ignora seu próprio vazio. É deste vazio que pode nascer o niilismo. Niilismo que se entende estritamente como ausência de fundamento. A

¹⁶⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁷⁰ Cf. STEIN, Ernildo. *Sobre a verdade*. Lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo. Unijuí: Ijuí, 2006.

¹⁷¹ STEIN, Ernildo. *Melancolia*: ensaios sobre a finitude no pensamento ocidental. Porto Alegre: Movimento, 1976. p. 102-104.

ausência de fundamento se desenvolve nas ciências exatas como a matematização (formalização) da natureza.

A solução dada para resolver o problema do fundamento levou a filosofia do século XX a iniciar o movimento que ficou conhecido como *giro linguístico*. O fundamento passa a estar na estrutura constituidora de mundo, que é a linguagem.

Assim, não se pergunta mais pela “essência” das coisas ou por aquilo que o sujeito sabe com certeza, mas sim pelas condições de acesso ao universo simbólico e significado produzido pela linguagem. É assim que Gadamer¹⁷² propõe o modo de compreender a linguagem: “a linguagem não se posiciona ao lado da arte, do direito e da religião, mas representa o *medium* sustentador de todos esses fenômenos”.

É nessa situação que a linguagem e o conhecimento, ou *compreensão*, passam a ser entendidos como fatores que estão compilados em uma estrutura circular própria daquilo que se chama círculo hermenêutico.¹⁷³ Diante disso, se o problema do compreender é determinante para a formatação do sentido que se projeta ao preenchimento do conteúdo enunciativo dos referenciais da bioética, o estatuto epistemológico, ontológico e metodológico dos referenciais da bioética deve passar pela exploração de seu elemento hermenêutico. A hermenêutica, assim, deixa de ser uma ferramenta metodológica ou técnica interpretativa e passa a ser um *modo de ser* daquele que compreende a bioética, pois a linguagem torna-se constituinte e constituidora do mundo do homem.¹⁷⁴ Há aqui, portanto, uma superação da

¹⁷² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. v. II, p. 89.

¹⁷³ STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*. Porto Alegre: LP&M, 1988. p. 79.

¹⁷⁴ Nas palavras de Gadamer: “a linguagem não é nenhum instrumento, nenhuma ferramenta. Pois uma das características essenciais do instrumento é dominarmos seu uso, e isso significa que lançamos mão e nos desfazemos dele assim que prestou seu serviço. Não acontece o mesmo quando pronunciamos as palavras disponíveis de um idioma e depois de utilizadas deixamos que retornem ao vocabulário comum de que dispomos. Esse tipo de analogia é falso porque jamais nos encontramos como consciência diante do mundo para um estado desprovido de linguagem lançarmos mão do instrumental do entendimento. Pelo contrário, em todo conhecimento de nós mesmos e do mundo, sempre já fomos tomados pela nossa própria linguagem” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* cit., p. 176).

distinção entre sujeito e objeto que retomaremos adiante. Antes, importa passar pela transformação do conceito de ciência para compreender o método da bioética.

A tomada da razão no cenário da cultura humana ocorrerá com o antropocentrismo renascentista, que foi instrumentalizado por diversas descobertas científicas, como as de Copérnico, Kepler, Da Vinci e outros. Essa razão foi fundamentada por René Descartes em seu *Discurso do Método*. No sentido cartesiano, conhecer implica, necessariamente, uma etapa inicial de fragmentação da coisa a ser transformada em objeto de conhecimento e o estudo das partes menores individualizadas para só então reunir novamente os fragmentos na etapa de enumeração. Conhecer significa reduzir o objeto de estudo em partes menores, separando-as uma das outras e racionalizando-as o quanto possível por meio do método adequado. Assim, a ciência moderna se desenvolve por meio da *especialização*, superando o ideal renascentista do sábio-cientista-artista,¹⁷⁵ tal como Da Vinci ou dos cientistas pioneiros do iluminismo.

Ao constituir uma ciência com base na especialização, a ciência cartesiana racional se aprofunda no método como expressão da racionalidade. O racionalismo cartesiano tem como característica marcante o fato de que tudo o que é passível de ser pensado e conhecido deve ser transparente à faculdade ou ao sujeito que pensa ou conhece. Conhecer representa dominar e manipular as coisas pela capacidade de serem conhecidas, e isso se dá por duas premissas:

- 1) que a razão só pode lidar com o que se manifesta conforme suas exigências, sendo inadequado pretender considerar algo independentemente dessa manifestação;

¹⁷⁵ Veja mais em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902005000300004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 jan. 2018.

2) que, para serem conhecidos, os objetos devem deixar-se “ver” completamente pela razão, apesar da resistência que possam apresentar.¹⁷⁶

Se o método no cartesianismo é um elemento que marca a manifestação do racionalismo, mas não é seu principal instrumento, o positivismo mantém muitas das características fundamentais do cartesianismo, dando maior destaque ao método científico como forma de representar o mundo, seguindo com a fragmentação do conhecimento e sua especialização, bem como com a separação entre objeto e observador – a ciência descritiva não interfere no objeto analisado.

Essa concepção alterou-se contemporaneamente. O discurso de Boaventura de Sousa Santos feito no Brasil, em 1988,¹⁷⁷ deixa claro que se perdeu a confiança epistemológica, instalando-se uma sensação de perda irreparável do conhecimento. A consciência do conhecimento passou a demonstrar que era preciso mais da epistemologia e da ciência para dar conta da complexidade que há por trás do mundo como o compreendemos.

Se o conhecimento de mundo era baseado na formulação de leis e tem como pressuposto metateórico a ideia de ordem e de estabilidade do mundo (a ideia de que o passado se repete no futuro), hoje, vivenciamos o momento da relatividade, da instabilidade e da não compreensão da causalidade das leis naturais. Vivíamos em um mundo-máquina quando o descobrimos orgânico demais, pulsante, não mecanicista.

A crise do paradigma então dominante não apenas é irreversível como também não se sabe ao certo como acabará – os sinais que as evoluções

¹⁷⁶ Veja mais em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662010000400004>. Acesso em: 26 jan. 2018.

¹⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 2, n. 2, maio-ago. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141988000200007>.

científicas em curso dão não indicam precisamente qual será o novo paradigma epistemológico, embora algumas características possam ser inferidas.

Um dos primeiros marcos da crise do mundo mecânico, da ciência moderna, se dá com Albert Einstein por meio da relatividade da simultaneidade, distinguindo entre a simultaneidade de acontecimentos presentes no mesmo lugar e a simultaneidade de acontecimentos distantes, em particular de acontecimentos separados por distâncias astronômicas.¹⁷⁸ Se a relação espaço x tempo perde a rigidez de compreensão, também o rigor do conhecimento que se obtém com base nessa relação se modifica completamente mediante a mecânica quântica no âmbito da microfísica. A ideia de que não conhecemos o real senão o que nele introduzimos está bem expressa no princípio da incerteza de Heisenberg: não se podem reduzir simultaneamente os erros da medição da velocidade e da posição das partículas; o que for feito para diminuir o erro de uma das medições aumentará o erro da outra.¹⁷⁹

A partir dos anos 1960, diversos avanços do conhecimento nos domínios da microfísica, da química e da biologia avançam mais com a crise do paradigma newtoniano. Em vez da eternidade, a história; em vez do determinismo, a imprevisibilidade; em vez do mecanicismo, a interpretação, a espontaneidade e a auto-organização.¹⁸⁰ Esses diversos avanços não são fenômenos isolados, mas fazem parte de um movimento convergente de vocação transdisciplinar que repercute em diversas teorias, e é desses avanços que se pode dizer algo do paradigma emergente. Isso porque só se conhece a coerência de qualquer conhecimento retrospectivamente.¹⁸¹

Desse modo, as características que se observam dos avanços científicos são hoje estruturadas na epistemologia pós-positivista, representada

¹⁷⁸ REICHENBACH, H. *From Copernicus to Einstein*. New York: Dover Publications, 1970. p. 60.

¹⁷⁹ Cf. HEISENBERG, Werner. *A imagem da natureza na física moderna*. Lisboa: Livros do Brasil, [s.d.]. (Coleção Vida e cultura, v. 91.)

¹⁸⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna cit.

¹⁸¹ POIRIER, René. Prefácio. In: PARAIN-VIAL, Jean. *Philosophie des Sciences de la Nature*. Tendances Nouvelles. Paris: Klincksieck, 1983. p. 10.

por teóricos como Kuhn, Imre Lakatos e Feyerabend, e são sinteticamente listadas por Abbagnano¹⁸² como:

- 1) consciência do caráter humano e histórico-temporal da ciência;
- 2) atenção aos aspectos concretos do saber científico, e não apenas lógico-abstrato;
- 3) ideia segundo a qual a filosofia da ciência sem a história da ciência é vazia;
- 4) tendência a enraizar as teorias nas estruturas conceituais mais amplas (paradigmas);
- 5) mentalidade holística e rejeição às dicotomias entre ciência e metafísica, contexto de justificação e contexto de descoberta, linguagem teórica e linguagem observacional;
- 6) negação de um suposto método fixo do saber e de qualquer demarcação rígida entre a ciência e as outras atividades humanas;
- 7) interpretação forte do caráter teórico e da exclusão de uma base empírica neutra capaz de funcionar como critério de verificabilidade ou falsificabilidade das teorias;
- 8) propensão a considerar as teorias não em termos de verdade, mas de consenso;
- 9) tendência a insistir na incomensurabilidade dos paradigmas;
- 10) rejeição à tradicional ideia de progresso científico, seja na forma positivista de acúmulo de certeza, seja na forma popperiana de aproximação gradual da verdade.

¹⁸² ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia* cit., p. 394.

Assim, a convicção do paradigma positivista que alimentou a ciência pós-Galileu está se esgotando, sendo necessário encontrar fundamentos que melhor estruturem a nova forma de compreender a ciência e sua relação com a sociedade e o mundo.

Em diversas ciências verificam-se as mudanças na formulação epistemológica da ciência, podendo-se reconhecer características que demonstram elementos do pós-positivismo.

Um exemplo de tais elementos são as Relações Internacionais. Em sua formulação inicial enquanto ciência, a ciência das relações internacionais se pautou pelo construtivismo para depois adentrar no positivismo e, então, na formulação atual, o pós-positivismo.¹⁸³ Para Zehfuss,¹⁸⁴ a ruptura entre o positivismo e o pós-positivismo, na referida ciência, encontra-se no fato de que mesmo as afirmações mais básicas estariam imersas em relações de poder, de tal forma que não seria possível representar a realidade senão como discurso de poder ou modo de interpretação sem o qual o poder não pode ser exercido.¹⁸⁵ Supera-se a expectativa de interpretação da realidade pura para atingir a compreensão de que a realidade é descrita conforme um discurso de poder que domina, e que é preciso cuidar para que esse poder não desvirtue a compreensão da realidade, como a Segunda Guerra Mundial deixou claro ser necessário se atentar.

2.4.2 O pós-positivismo jurídico

Nas ciências chamadas *duras*, o pós-positivismo surgiu como uma forma de demonstrar as limitações das ciências causadas especialmente pelas crenças cartesianas do positivismo: neutralidade do sujeito e limitações dos métodos de investigação.

¹⁸³ MONTE, Izadora Xavier do. O debate e os debates: abordagens feministas para as relações internacionais. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 59, jan.-abr. 2013.

¹⁸⁴ ZEHFUSS, Maja. *Constructivism in international relations: the politics of Reality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 17.

¹⁸⁵ Nesse sentido, cf. MESSARI, Nizan; NOGUEIRA, João Pontes. *Teorias das relações internacionais: correntes e debates*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 196.

No direito, um dos pioneiros na utilização do termo foi Friedrich Müller em 1971, na sua obra *Metódica jurídica* em que identifica que o positivismo jurídico, ao insistir no caráter científico do direito apenas pela “positividade”, teria perdido o caráter normativo, tornando-se apenas um juízo hipotético.

Do mesmo modo como iniciativas em outras ciências, também no direito a proposta do pós-positivismo se deu pelo reconhecimento das insuficiências dos paradigmas positivistas jurídicos para frear a barbaridade humana demonstrada na Segunda Guerra Mundial.

O sentido do prefixo “pós” não é ruptural, pois as teorias positivistas foram assimiladas pela racionalidade científica do direito, de tal forma que toda proposta seria sempre uma reconstrução sobre algumas bases positivistas.¹⁸⁶

Para compreender melhor a distinção entre positivismo e pós-positivismo, Aguiló Regla¹⁸⁷ apresentou dez teses diferenciando um paradigma do outro:

O positivismo jurídico seria um modelo de regras, enquanto o pós-positivismo é um modelo de regras e princípios;

- 1) No positivismo, as relações entre as normas são as lógicas, enquanto no pós-positivismo se reconhece relação de justificação;
- 2) No positivismo jurídico há uma correlação entre direitos e deveres, enquanto no pós-positivismo jurídico há uma prioridade justificativa do direito, de modo que nem sempre a um dever corresponde a titularidade de um direito;
- 3) No positivismo jurídico, o modelo decisório é o subsuntivo, por se tratar de regras operadas logicamente, enquanto para o pós-positivismo é necessário o balanceamento dos princípios, que possuem também normatividade para o processo decisório;

¹⁸⁶ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 21, v. 1, p. 209, 1998.

¹⁸⁷ AGUILÓ REGLA, Josep. Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxas – Cuadernos de filosofía del Derecho*, n. 30, p. 665 e ss., 2007.

4) No positivismo jurídico há uma nítida distinção entre criar e aplicar o direito, enquanto para o pós-positivismo essa distinção é fragilizada, pois a decisão judicial não é entendida como uma racionalidade mecânica, mas moral;

5) No positivismo jurídico há juízo formal de validade, enquanto o pós-positivismo teria uma distinção de validade formal e material das normas;

6) No positivismo jurídico, os casos distinguem-se entre os regulados e os não regulados, enquanto no pós-positivismo os casos transformam-se na dicotomia casos fáceis/casos difíceis;

7) No positivismo, a linguagem jurídica é prescritiva, sem valor de verdade, com enunciados descritivos apenas, enquanto no pós-positivismo a linguagem jurídica é uma reconstrução do discurso que representa o fenômeno jurídico na aplicação;

8) No positivismo jurídico, há uma evidente separação entre a estática e a dinâmica jurídicas, enquanto no pós-positivismo o direito é uma prática, uma realidade social complexa em que estrutura e conteúdos estão vinculados às crenças daqueles que o usam;

9) No positivismo jurídico, o ensino jurídico é limitado a uma transmissão de normas e conteúdos, enquanto no pós-positivismo busca-se desenvolver certas habilidades numa realidade em que as regras não estão no centro, mas sim a prática.

Com maior ou menor aceite, os dez pontos apresentados por Regla constituem síntese representativa das diversas formas de compreender a distinção entre os dois paradigmas. Dos pontos apresentados, o que prontamente refutamos como representativo da distinção é o sétimo, quando se afirma que no pós-positivismo há casos fáceis e casos difíceis. Isso porque a consideração do que seriam casos fáceis ou difíceis é subjetiva, podendo ser que o elemento que torna um caso difícil não seja o mesmo para outro que o

análise. Mais do que isso, a possibilidade subjetiva de atribuir a característica de fácil ou difícil a um caso pode levar à relativização metodológica jurídica, o que justamente é contrário à matriz pós-positivista.

Nesse sentido, concordamos melhor com os fundamentos teóricos do pós-positivismo jurídico dado por Georges Abboud.¹⁸⁸ O primeiro aspecto apontado pelo autor como marca do pós-positivismo está na distinção entre texto normativo e norma, superando-se o silogismo, uma vez que nesse modelo de decisão a lei (ou texto normativo) contém em si a norma aplicável ao caso, ou seja, a norma já nasce antes do próprio caso e se confunde com o texto normativo, ignorando-se que no caso concreto reside o infinito e a complexidade do fenômeno jurídico e tornando o intérprete refém do positivismo. Georges aponta para a contribuição da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller¹⁸⁹ para a melhor compreensão dessa distinção, pois evidencia que prescrição positiva é apenas o ponto de partida na estruturação da norma, tornando-se um programa de norma. O acesso hermenêutico da realidade ao programa normativo permite a superação da visão obsoleta de um positivismo legalista que não dá conta da complexidade apresentada pelo mundo ao qual ele é aplicado. Nessa forma de compreender o pós-positivismo, Georges ainda descreve o programa normativo e o âmbito normativo como entidades jurídicas, e o programa normativo contém os elementos linguísticos normativos e o âmbito normativo, os elementos não linguísticos, consistindo no recorte da realidade social. A norma surge, nesse sentido, como um produto mediado pela linguagem a partir da concretização do texto normativo considerando o âmbito normativo do problema ao qual se aplicará.

O segundo ponto assinalado por Georges está no fato de que a interpretação no pós-positivismo é um ato condicionado pela historicidade. No modelo hermenêutico de compreensão jurídica, inexistente interpretação destituída do tempo, razão pela qual a atividade interpretativa é sempre histórica e o texto somente é abordado a partir da historicidade do intérprete.¹⁹⁰ Assim, o problema

¹⁸⁸ A consolidação do pensamento do autor acerca dos diversos aspectos do pós-positivismo pode ser conferida em ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 185-345.

¹⁸⁹ Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

¹⁹⁰ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 207.

normativo da relação entre direito e realidade pode ser entendido apenas como uma teoria da prática jurídica que tenha por escopo investigar as condições essenciais para a realização do direito.

O terceiro elemento está no fato de que a decisão é sempre um ato interpretativo e não silogístico.¹⁹¹ Georges, por meio da metáfora borgiana da *Biblioteca Infinita*, demonstra que o direito não se encerra em sua própria *textitude*. O direito transcende o texto normativo que contém o programa normativo, motivo pelo qual não se pode apenas interpretar de modo silogístico, como uma mera operação lógica.

Nesse sentido, Georges aponta para a necessidade de superar o paradigma em que a finalidade da interpretação jurídica limita-se ao descobrimento da vontade da lei ou do legislador,¹⁹² pois, a partir de Gadamer, pode-se afirmar que interpretar é dar vida ao texto. É a qualidade da interpretação que confere legitimidade, e não a autoridade do sujeito intérprete. Também é necessário superar a dicotomia da “questão de fato” e “questão de direito”,¹⁹³ pois não é possível uma distinção metodológica entre o que seria um e outro e, mais que isso, um não prescinde do outro para ser operacionalizado.¹⁹⁴

O quarto aspecto destacado por Georges encontra-se no fato de que a teoria do direito não é apenas descritiva, mas também normativa.¹⁹⁵ Com base em texto escrito com Rafael Tomaz de Oliveira,¹⁹⁶ responde à pergunta sobre o valor que possui o esforço teórico incorporador de filosofia moral ou constitucional ao enfrentamento dos problemas cotidianos projetados pelas práticas jurídicas, concluindo que a abordagem moral em torno do direito não é algo que deriva de uma simples opção teórica feita pelo jurista, mas é um fardo

¹⁹¹ Idem, p. 212.

¹⁹² Idem, p. 216.

¹⁹³ Idem, p. 218

¹⁹⁴ Georges ainda aponta que, sem caso concreto, o direito se limita a simples regulador do processo de estruturação de poder. Mesmo que se tenha um processo sem lide, como no caso de controle abstrato de constitucionalidade, ainda assim ele possuirá uma especificidade que o tornará único, ainda que seja o momento histórico que está sendo proposto, e isso, por si só, demonstra a impossibilidade de haver apenas questão meramente jurídica e/ou meramente probatória (p. 219).

¹⁹⁵ Idem, p. 262.

¹⁹⁶ ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Posner vs. Dworkin: um debate sobre o lugar da teoria no direito. *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 287-296.

inevitável pelo qual a ciência jurídica necessariamente precisa lidar, especialmente quando se empreende uma atividade interpretativa em torno de conceitos jurídicos. Assim, a teoria do direito não se trata apenas de um verniz de erudição que se dá ao texto, mas compõe o próprio fundamento de normatividade de uma decisão.

O quinto elemento indicado por Georges está no fato de o pós-positivismo não admitir discricionariedade judicial.¹⁹⁷ Para ele, não há espaço para o elemento humano escolher qual resposta jurídica ao caso, dentre uma gama de possibilidades supostamente jurídicas. Tanto a Administração quanto o Judiciário interpretam a lei para proferir o ato administrativo ou a decisão, e ambos os poderes estão vinculados à Constituição, o que lhes obriga a proferir a melhor decisão constitucionalmente possível ao caso concreto, respeitando os direitos fundamentais e demonstrando, como fundamentação, por que aquela é a melhor solução do que outra.

Só há, dessa forma, uma única resposta correta para cada questão jurídica apresentada, de outro modo não há como o direito ter integridade. Para isso, Georges demonstra que uma decisão judicial só estará *justificada* não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, mas também quando respeita a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade. A manutenção da decisão judicial como integridade implica que a interpretação jurídica tenha uma descrição coerente da ordem jurídica em seu conjunto, levando em conta toda a principiologia constitucional – o intérprete não pode se servir de quais princípios gostaria de utilizar no caso em questão. O direito enquanto integridade trata de reconstruir a história jurídica de uma determinada comunidade e, quando se encontram critérios contraditórios para a solução dos problemas apresentados pelo caso concreto, deve-se obter uma explicação para tais contradições, exigindo distinções do próprio caso ao histórico jurídico dessa comunidade para que qualquer determinação não seja feita ao acaso, mas tenha uma razão pública e justificada.¹⁹⁸

¹⁹⁷ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 268.

¹⁹⁸ Idem, p. 308.

2.4.2 O biodireito no paradigma pós-positivista

Apenas no contexto em que se concebe o direito pós-positivista é possível falar na existência de um conhecimento biojurídico, ou no biodireito, em especial por alguns dos elementos do pós-positivismo que permitem articular a sua complexidade. Vejamos a seguir.

Primeiramente, a relação entre os textos normativos no biodireito não se pode operar apenas no âmbito da lógica, mas também da justificação. Isso porque os problemas do biodireito usualmente decorrem de um avanço biotecnológico que possibilita manifestações da vontade humana ou do domínio da vida que antes não estavam previstas no ordenamento – no biodireito, o direito sempre chega tarde. Com isso, a mera utilização de operações lógicas entre textos normativos é confortável ao intérprete, mas não necessariamente a mais correta.

Nesse sentido, é esclarecedor o caso da regulamentação da ortotanásia no Brasil, quando o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução 1.805/2006 e o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública para suspender os efeitos da resolução. Basicamente, o raciocínio da ação proposta era o de que a conduta de matar alguém (ou deixar morrer) era tipificada como crime no art. 121 do Código Penal e, por isso, uma resolução que permitisse que médicos deixassem alguém morrer seria antijurídica.¹⁹⁹ Quanto o raciocínio lógico, não se pode questionar que o fundamento da ação proposta estaria correto. Todavia, morrer é um ato natural a qual todo ser vivo está condicionado, e a ortotanásia é um ato de humanização da morte que só existe como uma reação à obstinação terapêutica de prolongamento da vida com sofrimento ao paciente e seus familiares. Para se compreender, portanto, a necessidade de afastar a incidência do art. 121 do Código Penal, não basta a articulação lógica dos textos normativos; é preciso justificar o modo como são interpretados, aplicados e/ou afastados. Reitere-se: em situações envolvendo biotecnologias, o suporte normativo lida sempre com fatos não previstos quando da formulação do programa normativo disponível para análise, razão pela qual é preciso não

¹⁹⁹ Cf. Sentença no Proc. 2007.34.00.014809-3, TRF-1.^a Região. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>.

apenas operar o programa normativo pela lógica formal, mas também pela justificação.

Isso leva à segunda característica do pós-positivismo pela qual se possibilita formalizar o biodireito: o modelo decisório não é pautado pelo silogismo, tampouco pela subsunção normativa. Ao se analisarem as questões que envolvem biotecnologia e justificar a aplicação ou afastamento de incidência dentro do programa normativo, é preciso afastar-se da falácia da forma lógica,²⁰⁰ da operação meramente mecânica ao decidir, para construir a norma aplicada a partir da interpretação do suporte normativo mediante o âmbito hermenêutico ao problema apresentado. Foge-se do conforto que o silogismo dá ao intérprete²⁰¹ para demandar uma construção racional e argumentativa que analise os três elementos de uma norma no pós-positivismo: o suporte normativo, o âmbito hermenêutico (e também as compreensões pré-hermenêuticas possíveis) e a adequação aos elementos do problema apresentado.

Podemos citar, como exemplo, o caso do aborto de feto anencefálico cuja Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 entendeu pela atipicidade dessa conduta em relação ao que consta nos arts. 124, 126 e 128. No caso em tela, com fundamentos os mais diversos nos votos prolatados, alterou-se o programa normativo aplicado ao aborto de fetos anencefálicos: se antes era uma conduta típica punível, passa agora a ser uma conduta que não se confunde com aquela tipificada como aborto criminoso. Para tanto, foi preciso compreender o que é o fenômeno *vida*, quando começa e quando é juridicamente tutelada pelo direito penal. Na audiência pública realizada, e nas diversas manifestações da sociedade civil, as compreensões pré-hermenêuticas foram estabelecidas para que o Tribunal pudesse fixar o entendimento do âmbito hermenêutico ao problema apresentado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde: embora seja vida orgânica, não é vida humana tutelável juridicamente – há uma complexa formulação jurídica por detrás dos votos, que oscila entre entender que não há vida humana (e, por isso, é fato atípico) a entender que, embora seja vida humana, a morte é inevitável e, dessa

²⁰⁰ BENAYAS, Carlos De La Veja. *Introducción al derecho judicial*. Madrid: Montecorvo, 1970. p. 255.

²⁰¹ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 223.

forma, antecipá-la clinicamente seria juridicamente possível pelo art. 128, I, do CP, como forma de poupar a gestante de sofrimentos físicos e psíquicos. Para essa decisão ser possível, foi necessário contextualizá-la e compreender melhor a complexidade fática para categorizar adequadamente ao suporte normativo disponível, sob o risco de manter-se sempre desatualizado diante da realidade perceptível pela compreensão biotecnológica.

O terceiro elemento pelo qual o biodireito apenas é possível ser formulado no paradigma pós-positivo encontra-se no fato de que não se opera diante de linguagem prescritiva, com enunciados descritivos, mas sim mediante uma reconstrução do discurso que representa o suporte normativo. Essa reconstrução respeita o fator da historicidade da interpretação, pois não há interpretação destituída do tempo.²⁰² Não é possível uma interpretação fora da história, ou seja, não é possível preestabelecer uma compreensão originária do texto normativo para aplicá-lo futuramente. Afasta-se, aqui, a possibilidade da distinção da *mens legis* e *mens legislatoris* para entender o texto normativo mediante sua historicidade, que não se trata de um método disponível para a escolha do intérprete, mas condicionante da interpretação judicial. É a historicidade que permitirá a reconstrução do discurso normativo presente no programa normativo, o que é essencial para possibilitar que o programa normativo seja aplicável ao caso concreto envolvendo biotecnologia sem que se crie uma norma discricionária, mediante o sentimento de justiça do intérprete.

Uma demonstração desse elemento pode ser dada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 que entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico. A evolução da compreensão do que é gênero passou por reconstrução do discurso jurídico por meio de sua historicidade, deixando de ser definido por critérios objetivos e biológicos para ser estabelecido por critérios subjetivos e psicológicos, pois se entendeu que tal mudança acompanha o desenvolvimento da atual percepção da sexualidade e gênero, bem como assegura melhor a tutela dos direitos fundamentais de indivíduos transgêneros. Caso se mantivesse a compreensão feita ao tempo da criação da Lei de Registros Públicos e de suas

²⁰² VESTING, Thomas. *Teoria do direito* cit., p. 234.

reformas, o elemento gênero não seria interpretado conforme a historicidade adequada ao contexto de aplicação do suporte normativo e de acordo com a melhor tutela de direitos fundamentais. Foi preciso reconstruir o discurso normativo jurídico acerca de gênero, adequando-o ao seu momento histórico de interpretação.

Por fim, o quarto elemento, somente pelo qual o biodireito é possível ser formulado e compreendido no paradigma pós-positivista, está no fato de que o direito, nesse paradigma, é uma prática, uma realidade social em que estrutura e conteúdo são formulados conforme o imaginário e a linguagem de quem a utiliza.

No paradigma positivista, é preciso lembrar a célebre afirmação de Kelsen de que a doutrina pura do direito “não considera o objetivo perseguido e alcançado pelo ordenamento jurídico, mas considera, apenas e tão somente, o ordenamento jurídico; e considera este ordenamento na autonomia da sua estrutura, e não em relação a este seu objetivo”.²⁰³

Tal forma de compreender o direito se deve a um modelo de racionalidade que preside a ciência moderna e se formou a partir da revolução científica do século XVI em diante nas ciências naturais. O mundo passou a ser representado por meio de postulados que determinavam a estabilidade matemática da vida, e tal estabilidade de representação passou a permear as ciências sociais emergentes,²⁰⁴ em especial no século XIX.²⁰⁵ Isso implicou que a cientificidade do conhecimento das ciências humanas e sociais apenas seriam notadamente científicas se mantivessem os mesmos critérios de cientificidade e métodos das ciências naturais, pois somente tais métodos seriam sofisticados e precisos para se considerar um conhecimento como científico, estabelecendo

²⁰³ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Viena: Deuticke, 1934. p. 33.

²⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2003. p. 21.

²⁰⁵ Gadamer, nesse sentido, inclusive ressalta que “O que caracteriza o desenvolvimento das ciências do espírito (sociais) no século XIX é que não só reconhece exteriormente as ciências da natureza como seu modelo, como também, partindo do mesmo fundamento de que vive a ciência da natureza, desenvolvem o mesmo *pathos* de experiência e pesquisa que aquela” (GADAMER, Georg-Hans. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 110.

leis precisas de compreensão do fenômeno.²⁰⁶ Assim, podem-se indicar três ideias centrais das ciências naturais que foram aplicadas às ciências humanas e sociais:

- a) A sociedade humana é regulada por leis que possuem as mesmas características das leis da natureza como até então eram compreendidas – predeterminadas, imutáveis e independentes da autonomia e vontade humanas;
- b) Como a sociedade é guiada por leis que têm a mesma natureza das leis naturais, então os mesmos métodos das ciências naturais podem ser aplicados a elas, e a pesquisa necessita ter idêntica metodologia;
- c) Como as leis das sociedades seguem os mesmos padrões das leis naturais, da mesma forma que se imagina serem as ciências naturais neutras, sem ideologia alguma, também assim seria possível com as ciências sociais, que seriam livres de juízo de valor, de pressupostos ideológicos etc.²⁰⁷

Nessa projeção da euforia científica das ciências naturais, em especial da física,²⁰⁸ às ciências humanas e sociais também naturalmente o direito passou a corresponder com tal transposição, aderindo ao paradigma científico racional que cominará com o positivismo jurídico,²⁰⁹ como forma de propiciar as mesmas características das ciências naturais cartesianas de segurança²¹⁰ e certeza.²¹¹ O caráter científico da ciência jurídica, por meio da teoria positivista, é dado pela formulação de uma ciência formal, fundada na redução de comportamentos sociais apreendidos tão somente nos limites estabelecidos de

²⁰⁶ KAUFMANN, Felix. *Metodologia das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977. p. 12.

²⁰⁷ ALMEIDA, Emanuel Dhayan Bezerra de. A influência do racionalismo no sistema jurídico. *Direito e Liberdade*, v. 12, n. 2(6), p. 77-104 (92-93).

²⁰⁸ Dá-se inclusive o nome de fisicalismo às tendências teóricas que propagavam a necessidade de contar com modelos de ciências naturais dentro dos modelos das ciências sociais. Cf. WARAT, Luis Alberto. *Por quem cantam as sereias*. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 125.

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.

²¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 32.

²¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 193.

uma estrutura normativa,²¹² transformando o mundo em um discurso sem suspeitas. Dentre os alicerces que dão sustentação a tal forma de compreender o mundo, destacam-se cinco características:²¹³ o legislador racional, completude do ordenamento, inexistência de lacunas, neutralidade do juiz e aplicação de um método.

Para compreender como o biodireito só pode ser formulado num paradigma pós-positivista e funcionalista, vamos restringir à análise do postulado da aplicação de um método. Para o paradigma positivista fundado no cartesianismo, é imprescindível que se adote um método apropriado, uma vez que a segurança e a validade do resultado do pensamento científico são dadas pelo método, que também confere coerência e sentido à operação científica, e o postulado racionalista pressupõe um direito coerente, preciso, completo, não redundante, decisível e logicamente derivável.²¹⁴

Como postulado do racionalismo, a estrutura de construção científica do direito também passou a se pautar pela fragmentação do conhecimento, reduzindo o fenômeno jurídico a partes menores determinadas por problemas mais específicos determináveis por métodos igualmente mais específicos. Surgem as áreas específicas do direito com suas particulares formas de estabelecer postulados de representação do mundo, ou seja, cada qual com uma estrutura normativa própria, cujo conteúdo é reconhecidamente daquele fragmento científico do direito. Essa é a característica marcante do racionalismo legado às ciências positivistas: a simplificação do mundo para melhor compreendê-lo – é preciso separar o mundo em partes para compreender o todo.²¹⁵

No caso do biodireito, não se pode falar em uma fragmentação do fenômeno jurídico para melhor compreendê-lo, tampouco estamos diante de um

²¹² WARAT, Luis Alberto; PEPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do direito*. São Paulo: Moderna, 1996. p. 60.

²¹³ CORDEIRO, Antonio Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 16.

²¹⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: SafE, 1994. p. 52.

²¹⁵ VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papyrus, 2002. p. 77.

conteúdo científico que fora simplificado para melhor determinação do método ao qual deve ser aplicado. Antes, o objeto do biodireito, que é o domínio da vida pelas biotecnologias e suas consequências, é um problema sistêmico apresentado pela sociedade civil ao qual toda a ciência jurídica articula seu conhecimento e métodos para tentar compreender e sistematizar normativamente. Dessa forma, o biodireito demanda conhecimentos específicos de cada área cartesiana do direito, bem como demanda a interação entre cada uma das áreas.

Um exemplo dessa articulação específica e conjunta é dado pelo caso do testamento vital, ou diretrizes antecipadas de manifestação de vontade. Articula-se especificamente o conhecimento do direito civil para saber a natureza jurídica e os requisitos de existência, validade e eficácia, para perquirir se há como encaixar tal modalidade de manifestação de vontade para quando não se é possível manifestar sobre questões existenciais dentro de normativas preexistentes e se os formalismos que existem são aplicáveis também a tal modalidade de manifestação, bem como se é possível desconsiderar tais formalidades para o caso de uma manifestação explícita, como é o caso das pessoas que, não querendo ser ressuscitadas em caso de colapso cardiorrespiratório fora do ambiente hospitalar, tatuam no peito a decisão “DNR” (Do Not Resuscitate). Tal manifestação de vontade seria suficientemente válida para ter os efeitos de uma diretriz antecipada de vontade? E se, ao ser encontrada, a pessoa portadora de uma tatuagem DNR estivesse vestindo uma camiseta de ativismo “pro-life choice”, corrente de ideologia favorável à manutenção da vida em qualquer forma e estágio (sendo, por exemplo, contrária ao aborto, eutanásia etc.)? A articulação conjunta de conhecimento ocorreria quando questionada a conduta do médico que deixasse de salvar a vida de tal paciente. Teria ocorrido omissão de socorro do qual decorreu homicídio culposo? Ou então seria atípica, ou talvez não se possa alegar antijuridicidade, diante da dúvida, ou ainda alegar a culpabilidade do agente?

O biodireito não pode, portanto, ser compreendido no paradigma positivista de bases racionalistas. A complexidade do suporte fático demanda igualmente abordagem complexa e integral do conhecimento jurídico, o que só

pode ser realizado por meio do paradigma pós-positivista de bases hermenêuticas²¹⁶. A maneira de estruturar o biodireito tampouco pode ser com base nas clássicas formulações do conhecimento científico jurídico específico, com base em princípios e sistemas normativos que representem os dogmas do conhecimento positivo de completude do ordenamento para lidar com aquele fato. Deve ser proposto como uma função do conhecimento jurídico em torno dos problemas apresentados pela bioética e o domínio da vida pela biotecnologia.

²¹⁶ Nesse sentido, substancial a contribuição do pensamento de Willis Santiago Guerra Filho e Paola Cantarini em *Teoria Poética do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 6-14, onde propõe uma compreensão fenomenológica do Direito, não apenas reduzindo-o a uma manifestação dogmática específica, inclusive apontando a crescente procedimentalização do Direito na contemporaneidade.

CAPÍTULO 3 INTERPRETAR E DECIDIR: A RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE CORRETA OU ADEQUADA EM BIODIREITO

3.1 O problema central do direito contemporâneo: interpretar e decidir

Parte essencial do problema de cientificidade do direito contemporâneo perpassa pela questão de interpretar e decidir. Quando mencionamos o problema da interpretação, falamos da interpretação do suporte fático apresentado, do suporte normativo disponível e das técnicas e critérios adotados para interpretar ambos os suportes. Quando mencionamos o problema de decidir, estamos diante da construção da resposta jurídica que se deve extrair do suporte normativo diante do contexto fático para responder ao problema que se apresenta.

Apressadamente, no primeiro caso, alguns discursos já mencionados são tomados como óbvios,²¹⁷ como é o caso da teoria das fontes, da qual se extrai o suporte normativo em que se interpretará. No segundo, acerca da decisão, uma vez que a resposta seja extraída com fundamento em algum suporte normativo, seria uma resposta juridicamente válida. Ocorre que, quando se analisa tais questões mais detidamente, outros problemas surgem e os discursos tomados como óbvios não são mais tão óbvios assim.

Desse modo, se considerarmos a concepção do começo do século XX de jurisprudência enquanto fonte do direito, no *civil law*, teríamos sua utilização para elucidar um direito positivo já existente, apenas explicando o conteúdo e a extensão que uma norma possui, como um mero suplemento do texto normativo. Quando houvesse alguma dúvida sobre a palavra “nua e elástica do legislador”, as decisões anteriores seriam utilizadas “na porfia de fixar o significado das frases de uma norma positiva”.²¹⁸ A jurisprudência aqui tem um papel de esclarecedora de códigos, “reveladora da verdade ínsita em normas concisas”,²¹⁹ algo que remonta à prática do direito no século XVII com o declínio

²¹⁷ AGUILÓ REGLA, Josep. La identificación del derecho. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Ciudad de Mexico: UNAM, 2015. p. 1.047.

²¹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 146.

²¹⁹ Idem, p. 145.

dos *legum doctores*. Nessa posição temos a teoria declaratória da jurisdição: a decisão jurídica nada mais faz do que explicar o conteúdo normativo dos textos que estão na legislação para dizer o direito.

Por outro lado, apresentando-se mais coerente com os efeitos da jurisprudência no ordenamento jurídico contemporâneo, há a teoria constitutiva da jurisdição, em que a jurisdição não apenas interpreta o conteúdo dos textos normativos, mas cria novos suportes para decisões futuras, pois ela própria cria o direito. A função criativa da jurisprudência manifesta-se de forma expressa quando se depara com lacunas no ordenamento de textos normativos. E aqui podemos imaginar desde a ideia de “casos difíceis”, idealizada por Herbert Hart, até a situações de completa anomia (decisão jurídica que irá criar o direito aplicado ao caso e se tornará suporte normativo para casos idênticos futuros, ampliando o suporte normativo existente a cada momento). Com isso, referimo-nos à criação do direito que acontece pela repetição de uma decisão com base em um costume anterior dos tribunais, gerando a certeza de sua incorporação à esfera de interesse de quem quer que incorpore condições para pleitear idêntica situação para si,²²⁰ mesmo que seja possível a existência de decisões contrárias ao posicionamento jurídico pleiteado.

É essa pluralidade de posicionamentos criadores do direito que iremos analisar adiante. Não obstante a realidade demonstre que há posições distintas quanto à interpretação de um suporte fático, a aplicação de uma delas como fonte do direito depende de repetição, como se fosse apenas a única interpretação possível. Daí então questionamos: existe apenas uma resposta jurídica correta para um caso ou há respostas distintas juridicamente aceitáveis e, por isso, igualmente corretas?

A relevância dessa pergunta implica diretamente a forma como se poderá compreender as questões em biodireito: embora com suporte normativo deficiente ou inexistente, há uma única resposta jurídica correta ou há um feixe de respostas juridicamente aceitáveis como corretas?

²²⁰ AGUILÓ REGLA, Josep. *Op. cit.*, 2015, p. 1.048.

3.2 Entre a resposta adequada e a resposta correta em questões jurídicas

3.2.1 A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy

Robert Alexy tornou-se muito popular nos últimos tempos devido à sua teoria dos princípios, em que se faz uma análise detalhada das diferenças entre regras e princípios, elaborando regras e critérios para a sua aplicação. No entanto, há outra relevante teoria de Alexy, que está no centro de estudo discursivo do direito, centrada na ética do discurso elaborada por Jürgen Habermas, cujas premissas servem de base para Alexy desenvolver uma tese baseada na argumentação. No entanto, mais do que um alicerce para teoria da argumentação, essa tese de Alexy é de suma importância para a filosofia do direito, pois relaciona direito e moral; direito e razão prática e argumentação jurídica e argumentação prática.

Para Alexy, há diferentes discussões jurídicas, mas com uma mesma base comum: em todas as discussões, o argumento é jurídico. O discurso jurídico é pautado, então, em lei válida, mas possui certas limitações.

Seguindo, em sua teoria pós-positivista, o autor alemão defende um modelo de complementação entre direito e moral. Dessa forma, o discurso jurídico seria um “caso especial” do discurso “prático geral”,²²¹ pois “as *incertezas linguísticas* do direito possibilitam a utilização de *questões de justiça* na complementação do discurso jurídico”.²²² Assim, o discurso jurídico seria insuficiente para resolver alguns casos, possibilitando a utilização do discurso prático geral; em outras palavras, Alexy acredita que casos difíceis não são possíveis de serem solucionados apenas pelo direito, permitindo-se ao julgador o emprego de argumentos relacionados à moral e à justiça. O discurso jurídico,

²²¹ O discurso prático geral seria, em breves palavras, aquele que combina os pontos de partida da adequação ou da utilidade, do valor ou da identidade e da moral ou da justiça. Ou seja, o discurso prático geral combina questões pragmáticas, éticas e morais num único discurso. Por ex., há uma prioridade do justo sobre o bom nas questões relacionadas aos direitos humanos, como a escravidão, a tortura e o tratamento degradante. Tais questões de justiça são objetivas e independentes de qualquer concepção de bem.

²²² CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Existe, no Brasil, o direito fundamental à obtenção de respostas corretas?: critérios para uma teoria da decisão judicial e requisitos mínimos para se alcançar a resposta correta. *Revista de Processo* vol. 276, p. 91-121, fev. 2018.

desse modo, é um caso especial do discurso prático geral, pois compartilha com ele semelhanças (ambos buscam lidar com questões práticas e erigem uma pretensão de correção), ao mesmo tempo em que se distancia em um aspecto importante: a correção do direito é restringida por leis, por precedentes e pela dogmática.

O jusfilósofo defende que a moral seria um parâmetro de correção do direito. No direito, haveria preservação de uma “autonomia relativa”, na medida em que os padrões de legalidade, conformidade com o ordenamento e eficácia social estariam mantidos, porém, na existência de algum tipo de lacuna ou até mesmo em casos de evidente injustiça, o discurso moral poderia corrigir o discurso jurídico.”²²³

Nas palavras de Alexy,

De importância central para isso é a ideia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O que os discursos jurídicos têm em comum com o discurso prático geral que, em ambas as formas de discurso, se trata da correção de enunciados normativos. Fundamentar-se-á que tanto com a afirmação de um enunciado prático geral, como com a afirmação ou pronunciamento de um enunciado jurídico, será levantada uma pretensão de correção. No discurso jurídico, trata-se de um caso especial, porque a argumentação jurídica ocorre sob uma série de condições limitadoras. Entre essas, devem-se mencionar especialmente a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do direito organizada institucionalmente, assim como – o que não concerne, todavia, ao discurso científico-jurídico – as limitações das regras do ordenamento processual.²²⁴

²²³ ABBOUD, Georges. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: RT, 2015. p. 182.

²²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 31.

O discurso jurídico é, então, um caso especial do discurso prático em geral, pois, diferentemente deste, sofre limitações do próprio sistema que pretende articular na forma de enunciados normativos. Deve-se estabelecer, então, um sistema de enunciados em que se possam deduzir premissas normativas ausentes, que são necessárias para a fundamentação, pois, caso contrário, a decisão não terá fundamentação lógica diante das normas do ordenamento.

Este é o ponto decisivo em Alexy: a tese da complementaridade. Para ele, a valoração e a conexão com a moral não só existem como são importantes para a argumentação jurídica, visto que chega até um determinado ponto no qual já não são possíveis outros argumentos especificamente jurídicos, momento em que a esses argumentos devem ser unidos outros, do discurso prático em geral. É aqui que o discurso jurídico é penetrado por argumentos baseados em valores. Em outras palavras, é nesse momento que o discurso moral penetra o discurso jurídico.

Desse modo, o conceito de norma é alargado e o discurso normativo passa a comportar, no interior da teoria da argumentação jurídica, um sentido deontico, (referente a uma proibição, uma permissão ou a um mandamento) e um sentido axiológico (referente a valores).

Seguindo nessa linha, Alexy parece aceitar a distinção de Kelsen – que, em realidade, vem de Kant – entre *ser* e *dever-ser*. Ou seja, o discurso prático é um conjunto de enunciados produzidos sobre o *dever-ser*. Contudo, para Alexy, o *dever-ser* está vinculado não apenas a formas deonticas, mas também a um problema de valores.

Assim, se o sistema axiológico puder ser extraído das normas pressupostas, estaremos diante de um caso comum, no qual regras de interpretação serão suficientes. Quando a solução de um caso concreto exigir decisão que não decorra do ordenamento, nem puder ser fundamentada com a ajuda das regras de interpretação, caberá ao aplicador decidir qual o enunciado normativo será afirmado (selecionado por *volição*) ou construído (ou seja, embasado em argumentos extrajurídicos) na decisão. Assim, se decidir envolve

um ato de preferir um comportamento a outro, na base de tal ação estará a alternativa eleita como melhor em algum sentido. A necessária escolha encerra, portanto, um juízo de valor, que será o núcleo da fundamentação.

No entanto, essa teoria seria uma “autorização para o juiz decidir conforme sua consciência”,²²⁵ com a finalidade de alcançar a decisão que, no seu entender, seja a mais correta para o caso, justamente por isso essa tese não elimina a possibilidade de decisões injustas. O próprio autor reconhece que as decisões injustas ou incorretas são remanescentes da imperfeição da própria estrutura que envolve os processos reais de argumentação e discurso jurídico. Desse modo, para amenizar decisões equivocadas, Alexy sugere meios para contorná-las. A fórmula de Radbruch, que já havia sido utilizada na reconstrução da Alemanha depois do nazismo e, também, na reunificação da Alemanha em 1990, foi a solução. A fórmula baseia-se em que lei injusta não é direito, trata de uma moral corretiva ao direito, sendo, assim, possível afastarem-se decisões extremamente injustas e equivocadas. Cabe dizer que o direito não substitui coercitivamente a capacidade moral dos indivíduos, mas a complementa. Como a fórmula não foi muito prática, devido ao risco de rompimento institucional com o ideal de segurança jurídica, Alexy atribuiu nova roupagem a ela, com o intuito de eliminar os questionamentos sobre esse ponto. Assim, o autor acredita que as razões morais devem se manter atrás da fórmula de Radbruch, compreendendo os direitos humanos ou fundamentais. Alexy defende que ela não pode ser utilizada para qualquer caso de injustiça grave, mas apenas em casos de extrema injustiça, ou seja, decisões que violem o núcleo dos direitos fundamentais. Em resumo, a tese de Alexy permite o afastamento de decisões extremamente injustas, possibilitando a correção dessas decisões por meio de argumentos de justiça e moral. Para Alexy, então, o direito possui duas naturezas: a *real* e a *ideal*. Aquela é representada pelos elementos de autoridade e de eficácia social; esta encontra sua expressão no elemento de correção moral. Essa teoria repercutiu na construção da tese sobre a norma jurídica do autor, e, por consequência, no seu modo de compreender e diferenciar as regras e os princípios. Eis outro ponto de análise do autor: as

²²⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Existe, no Brasil, o direito fundamental à obtenção de respostas corretas?, cit., p. 93.

normas jurídicas podem ser divididas entre princípios e regras. Princípios são mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em vários graus, sua utilização não depende somente das possibilidades do fato jurídico, mas também das possibilidades jurídicas. A possibilidade jurídica deve ser analisada pela presença de princípios e regras que se opõem. Segundo Alexy, os princípios jurídicos evoluem de posição, conquistando normatividade, pois não poderiam ser aplicados direta e imediatamente em razão de sua ampla dimensão axiológica. Regras, por sua vez, são normas jurídicas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, são baseadas no "tudo" ou no "nada". Se uma regra jurídica for aplicável, o julgador deve fazer exatamente o que for determinado por ela. Em resumo, regras são comandos rígidos e definitivos, que delimitam o comportamento em determinadas situações. Para Alexy, a norma ou é uma regra ou um princípio.

Quando Alexy defende que direitos humanos possuem uma dimensão de princípios, aceita que questões morais e de justiça integrem a estrutura normativa dos princípios. Assim, aceita que decisões proferidas com base em princípios abrangerão, conseqüentemente, questões relativas ao discurso prático geral. Ou seja, o problema não se resolve, pois Alexy mantém a subjetividade do intérprete. Como lembra Lenio Streck:

(...) quem escolhe os princípios que estarão em situação de colisão? Quem decide sobre a tensão existente na otimização principiológica que prescreve a máxima: "todo princípio deve ser cumprido em suas máximas possibilidades, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas emergentes da aplicação?"²²⁶

O juiz, a partir de sua subjetividade, escolhe os princípios. A teoria de Alexy admite a arbitrariedade, como o próprio autor reconhece no posfácio de sua *Teoria dos direitos fundamentais*.²²⁷ Neste trabalho, considera-se que o

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, 2013. p. 349.

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

equivoco da tese de Alexy é a defesa de que a superação do paradigma positivista está na possibilidade de correção do direito por meio da moral. Alguns autores defendem, inclusive, que Alexy tem um aspecto positivista, pois atribui à norma caráter abstrato, permitindo a interferência de argumentos do discurso prático geral, admitindo a discricionariedade judicial como meio de solução de casos difíceis.

3.2.2 A teoria construtivista de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, em *A Justiça de Toga* (2006), inicia um diálogo entre um juiz da Suprema Corte Americana e um jovem. O jovem agradece uma carona dada pelo juiz e, para se despedir, grita: “Faça Justiça, Juiz!”. O juiz pede, então, que o condutor retorne e, para a surpresa do jovem, diz: “Não é esse o meu trabalho!”. A partir daí, formula a pergunta central dessa obra: “Como as convicções morais de um juiz devem influenciar seus julgamentos acerca do que é o direito?”.²²⁸

Desse modo, há uma análise de direito e moral. O filósofo afirma que entre o direito e a moral não existem separações ou vinculação, muito menos complementaridade. O direito seria um ramo da moral, havendo, entre eles, uma interconexão; nesse sentido, Lenio Streck²²⁹ acredita em uma relação de cooriginariedade: embora haja especificidades próprias de cada um desses campos – *e.g.*, o direito possui seu grau de autonomia – o direito e a moral compartilham a mesma origem, de modo que, em sua constituição, o argumento jurídico é moral (na medida em que, para se saber qual o melhor argumento jurídico para conformar um caso concreto, é preciso proceder a valorações de ordem moral). Nos termos propostos por Dworkin, o direito é tratado como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como parte da moral compreendida em termos gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas.

²²⁸ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Dworkin defende o direito como integridade, de modo que direito não seria apenas a lei e os precedentes, mas também os princípios de moralidade política. Em sua obra, o argumento jurídico aparece como um tipo específico de argumento moral. Nesse sentido, coloca a decisão de casos controversos como um "romance em cadeia", no qual cada juiz é um autor que se apropria do que os outros fizeram no passado:

(...) Ao decidir um novo caso, o juiz deve considerar-se parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas e práticas faz a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem nas mãos, e não partir em alguma nova direção. (...) ²³⁰

Ao fazer essa comparação, o norte-americano defende que um juiz se encontra sempre vinculado a uma cadeia de precedentes, vinculação essa que, com o passar do tempo, será cada vez mais forte e ampla. É dizer, aquele que recebe o capítulo inicial continua a história, mantendo o mesmo tom do trabalho anterior. Cada autor é, então, um intérprete dos capítulos anteriores e, para dar continuidade coerente, é necessária uma reconstrução do passado.

A integridade, por sua vez, ignora se os juízes "descobrem" ou "inventam" o direito, uma vez que só entendemos o raciocínio jurídico partindo do ponto de vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. Assim, a interpretação construtiva vai ter papel fundamental no direito, pois os juízes são instigados a caracterizar direitos e deveres legais até o limite, considerando que todos foram criados por um único autor: a comunidade política. A integridade busca a melhor interpretação da prática jurídica, desde as decisões passadas, sempre as adequando às escolhas atuais, em que a história assume papel importante na medida do pressuposto de coerência de princípios em todo o

²³⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 238.

sistema jurídico que a comunidade faz vigorar. O direito contém não apenas o limitado conteúdo explícito das decisões passadas, mas a justificativa e o sistema de princípios necessários a tais decisões.

No Brasil, o Poder Judiciário resolve casos difíceis por meio de argumentos discricionários. Como ensina Georges Abboud,

o Brasil adotou uma espécie de fusão entre as teorias de Hart e de Alexy, admitindo-se, em última análise, que o discurso jurídico é limitado e que, por essa razão, não teria aptidão para dar uma única resposta correta para o caso concreto.²³¹

Esse posicionamento permite que o intérprete esteja autorizado a utilizar um “poder discricionário” (Hart) ou a recorrer a “questões de justiça” (Alexy), buscando a solução de casos difíceis. No entanto, esse tipo de entendimento faz que uma decisão tenha mais de uma solução “correta”, ainda que em sentidos totalmente contrários. Dworkin defende que existe apenas uma resposta correta, não sendo possível haver respostas divergentes, ainda que para decidir casos apontados como difíceis.

A teoria do autor foi desenvolvida considerando algumas críticas à Hart sobre a discricionariedade judicial. Destacando as impossibilidades da metodologia positivista, Dworkin não aceita as decisões jurídicas como questões de decisão, como Hart propõe, e discorda que as proposições jurídicas possuam algum ponto inalcançável, sobretudo fundado na textura aberta da linguagem jurídica, como defende Hart. As decisões judiciais em casos controversos, não são apenas expressões das preferências e arbítrios pessoais dos magistrados, que, diante da ausência de uma regra, não podem tomar uma decisão, impondo suas próprias convicções à prática jurídica. Assim, a teoria de Hart propunha a ideia de que as indeterminações linguísticas do direito permitiriam várias interpretações discursivamente aceitáveis, cabendo ao

²³¹ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: RT, 2016. p. 59.

intérprete decidir, por discricionariedade, qual seria a decisão mais correta para a resolução de um caso difícil. Contrapondo essa ideia, Dworkin fez uma série de estudos que demonstram a sua preocupação na apresentação de uma teoria que não admitisse a discricionariedade judicial, o que afasta o autor de um grande número de teses que, apesar de autodenominadas pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, apostam no poder discricionário dos juízes.

A teoria dworkiana apresenta, assim, uma perspectiva pragmática sobre a atividade jurisdicional, partindo da premissa de que o direito é uma prática interpretativa. Dworkin procura superar o paradigma do positivista jurídico, de acordo com o qual o juiz poderia decidir casos difíceis discricionariamente. Além disso, o autor se contrapõe ao realismo jurídico, que lida com uma teoria do direito em que as decisões não têm ligação com a história jurídica de uma comunidade, mas apenas com o futuro projetado politicamente em cada nova decisão, cuja legitimação apenas era verificada posteriormente. Desse modo, apresenta uma teoria, que, ao contrário de Alexy, não trabalha mais com ideia semântica de norma jurídica.

Desse modo, para o norte-americano, o ordenamento jurídico é formado por um sistema de regras e princípios. A sociedade obedece às regras criadas politicamente e também reconhece os princípios comuns. Portanto, sociedade passa a ser compreendida como uma comunidade de princípios. Por essa visão, o direito se restringe ao conjunto de regras jurídicas, assim como a atividade do juiz não é apenas a tentativa de reproduzir um sentido previamente estabelecido. Na verdade, Dworkin defende uma reconstrução na forma como deve ser interpretado o direito, a partir de uma visão pós-positivista do fenômeno jurídico. A sua teoria construtivista rompe, enfim, com o paradigma positivista e com outros paradigmas que, como vimos no tópico sobre Alexy, apesar de serem considerados pós-positivistas, continuam a defender uma teoria semântica da norma jurídica.

Propõe, assim, o desafio de vencer o positivismo e o realismo. Como destaca Jürgen Habermas:

(...) a teoria dos direitos, elaborada por Dworkin, pode ser entendida como a tentativa de se evitar as falhas das propostas de solução realista, positivistas e hermenêuticas, bem como através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências de segurança do direito e aceitabilidade racional.²³²

O direito, por essa teoria, é uma prática jurídica interpretativa. Nessa visão, a interpretação é um elemento indissociável e imprescindível para a adequada compreensão do fenômeno jurídico, e não apenas um elemento instrumental, pois, deve-se ter em mente que as partes apresentam em juízo interpretações alternativas sobre uma mesma questão jurídica, ambas pretendendo “dizer o direito”. Por essa via, o direito é mais do que uma mera relação ou conjunto de princípios e regras. Dworkin acredita que as partes entram em um jogo argumentativo, que concordam ou discordam, mas, mesmo quando discordam, há uma suficiente compreensão dos argumentos de ambos os lados com o objetivo de verificar quais justificativas são as mais plausíveis dentro das apresentadas. Em resumo, o direito é visto como integridade e aparece no conjunto dos significados destas três dimensões: Constituição, lei e precedentes.

Assim, o estudo da interpretação e da atitude interpretativa deve buscar novos paradigmas. Pensando nisso, Dworkin apresenta o modelo da interpretação literária na chamada hipótese estética. Ou seja, busca explicar a interpretação jurídica por meio da interpretação de um texto literário. Ao interpretar um texto literário, entre tantas visões, o crítico tenta mostrá-lo como a melhor obra de arte que ele pode ser. A análise de uma obra procura ser o melhor entendimento acerca de como devemos compreendê-la, no entanto, não se pode fugir do gênero do texto ou do que é factual – ou seja, dos elementos que são dados no texto (por ex., não podemos apenas considerar *Os Sertões*,

²³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997. p. 251-252.

de Euclides da Cunha, um romance, e desconsiderar que, em realidade, é um tratado científico sobre Canudos. Seria arriscado, e o colocaria como uma obra secundária). Desse modo,

Uma interpretação não pode tornar a obra de arte superior se trata o texto como irrelevante, ou boa parte dos incidentes como acidentais, ou boa parte do tropo ou estilo como desarticulado e respondendo apenas a padrões autônomos das belas-lettras. Portanto, não decorre da hipótese estética que, como um romance filosófico é esteticamente mais valioso que uma história de mistério, um Romance de Agatha Christie seja na verdade um tratado sobre o significado da morte.²³³

Seguindo no seu raciocínio, um romance sempre será mais interessante e mais coerente quando se supõe as personagens com motivos diferentes daqueles originariamente imaginados pelo autor, que pode dissociar sua obra de suas pretensões originais chegando a novas conclusões e caminhos. Pode-se dizer que um grande romance tem as vozes dos personagens apresentadas com uma independência excepcional na estrutura da obra, criando a sensação de que estão em pé de igualdade com o autor, e não se subordinam à sua consciência. Dworkin na sua hipótese estética da interpretação literária acredita que a obra está livre das tentativas de subjetivação ou das concepções pessoais, assim como retira os preconceitos do entendimento objetivista, proposta pela abstinência de valores ao buscar desvendar o verdadeiro significado da obra na intenção original do seu autor.

Essas ideias surgem em *Império do Direito* (1986), obra em que refuta, mais uma vez, as teses positivistas. Nessa obra, Dworkin retira o aguilhão semântico, imagem distorcida das discussões nos casos limítrofes entendidos como fatos históricos e circunstâncias aplicáveis por subsunção lógica aos casos

²³³ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, cit., p. 221.

concretos, excluindo o intérprete da norma, outorgando-lhe apenas o papel de investigador das intenções originárias contidas nela, como se fosse necessário desvendar a intenção do autor. Assim, o intérprete atua no momento de interpretação da prática social e do direito, trazendo uma forma mais adequada de perspectiva da prática jurídica, esmiuçando as nuances desta na vida social e jurídica.

Para melhor exemplificar, Dworkin faz a metáfora do juiz Hércules, que possui capacidade e paciência sobre-humanas, e que aceita o direito como integridade, resgatando toda a sua história institucional. Seguindo essa linha, o juiz Hércules faz um exame adequado das pretensões que lhe foram apresentadas em juízo.

Na prática, a tese da resposta correta deve ser compreendida do ponto de vista da teoria interpretativo-construtivista do direito como integridade. Em Dworkin, os princípios somente possuem juridicidade no momento de sua interpretação. Por essa razão, o conceito de princípio se manifesta como uma possibilidade. A resolução de um caso não deve levar em consideração apenas um princípio, mas, sim, o contexto e a repercussão do conjunto de princípios da comunidade. Isso impede que o intérprete proceda de modo subjetivista, como se a comunidade não tivesse passado e a história jurídica tivesse início a partir do próprio intérprete. Portanto, a atividade jurisdicional exige uma resposta a um conjunto coerente de princípios.

Em resumo, a teoria de Dworkin supera o paradigma positivista, além de superar o paradigma do realismo jurídico (em que há uma clara desconsideração com o passado jurídico de uma comunidade, pois entende que as decisões judiciais são uma espécie de projeção política). Dworkin entende que o juiz, ao exercer sua atividade interpretativa, tem o dever de reconstruir a história jurídica da comunidade. Segundo explica Lenio Streck, “não é somente o ontem, também não é só o hoje, tampouco apenas intérprete, ou tão só autor. A jurisdição deve imbricar a história jurídico-institucional do passado, construída coletivamente com as exigências do hoje”.

Com isso, existe uma diferença fundamental entre as teorias de Robert Alexy e Dworkin. Segundo Alexy, princípios são apenas mandados de otimização, o que não elimina a subjetividade do intérprete. Para Dworkin, a juridicidade dos princípios apresenta-se no mundo prático, cujo objetivo é considerar decisões anteriores e manter-se coeso a elas, fechando a interpretação e restringindo o espaço da discricionariedade judicial. Interpretação e aplicação do direito são, desse modo, atos inseparáveis, e assim não há diferença entre casos difíceis e casos fáceis.

Por fim, a resposta correta é uma rejeição ao relativismo e à possibilidade de o intérprete utilizar-se da discricionariedade para resolver questões jurídicas. Na verdade, a tese de Dworkin impõe ao intérprete a obrigatoriedade de justificar os motivos pelos quais a solução dada ao caso concreto foi tida por ele como a que mais adequada. Ou seja, o julgador é obrigado a explicar as razões que considerou e porque a decisão proferida está em harmonia com o ordenamento jurídico. Assim, a tese de Dworkin faz que o julgador fundamente de modo substancial e explicitamente porque entendeu que a decisão proferida é a melhor saída para resolver o caso em relação às outras soluções apresentadas pelas partes, ou, ainda, diante de outras que possam existir na doutrina ou nos tribunais. Mantendo a analogia com literatura, o crítico sempre deve justificar concretamente com o texto a interpretação dada àquela obra e qual a teoria utilizada para sua interpretação. Não se pode fugir da realidade, com interpretações discricionárias, puramente subjetivas. O juiz, como o crítico, deve avaliar os fatos e interpretá-los com coerência.

Isso se deve à tese dworkiana de que o direito deve ter coerência e integridade, reconhecendo o direito enquanto uma atividade interpretativa, sem que isso implique em uma atitude relativista da teoria da argumentação. A tese da resposta correta está centrada na abertura do jurista ao fenômeno interpretativo, uma vez que é parte da condição humana e o direito consiste numa prática social humana que requer a sua dimensão interpretativa. Em suas palavras, “[...] isso significa que os juristas não devem tratar a interpretação jurídica como uma atividade *sui generis*. Devemos estudar a interpretação como

um modo de conhecimento, atentando para outros contextos dessa atividade”.²³⁴ Sabendo do risco da discricionariedade que há na atividade interpretativa é que Dworkin centrará seus esforços em determinar que há apenas uma resposta juridicamente correta, pois isso é um elemento de igualdade, ou seja, os diversos casos serão julgados em igual consideração, guardando a consistência lógica que casos semelhantes devem guardar entre si.

Nesse esforço de encontrar a resposta correta, Dworkin critica a discricionariedade judicial, pois o julgador não é livre, tampouco absoluto. Não há espaço na discricionariedade na hora de selecionar a norma aplicável o, ou ao fixar seu alcance concreto.

O poder discricionário, em síntese, é uma “autorização” para o juiz atuar como “legislador intersticial”. E isso não é democrático, no plano de qualquer teoria contemporânea. Nesse sentido, Georges Abboud²³⁵ acentua que, diferentemente do que preceitua grande parcela de nossa doutrina, discricionariedade e direito não coabitam o mesmo espaço, afinal, quando admitimos o uso da decisão discricionária, automaticamente, afirmamos que essa decisão poderá ser pautada por critérios não jurídicos.

Quando nos deparamos com situações que envolvam biotecnologia e domínio da vida, invariavelmente encontramos uma busca pelo retrocesso da segurança democrática que há na resposta juridicamente correta, contrária à discricionariedade. O principal mecanismo se dá por meio da consideração de que situações como tais seriam *hard cases*. Há, nesse sentido, um equívoco que é bem demonstrado pela Crítica Hermenêutica do Direito, que é, primeiramente, dizer o que é um *easy case* e um *hard case* e, secundamente, ao admitir-se que determinadas situações não possuem uma solução jurídica adequada à Constituição se está, por consequência, endossando um discurso de ceticismo, aceitando que as coisas são relativas e tudo é possível.

Naturalmente que as situações que envolvam bioética e biotecnologia apresentam um desafio maior por ver insuficiente a interpretação jurídica e suas

²³⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, cit., p. 220.

²³⁵ ABBOUD, Georges. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*, cit.

metodologias desenvolvidas até o momento para se chegar à resposta juridicamente correta e constitucionalmente adequada, uma vez que o modelo pautado no binômio vencedor/vencido não atende aos anseios sociais, e seus resultados podem implicar consequências ainda piores que o problema apresentado, seja pelo descompasso com o atual estado do conhecimento científico, com a compreensão moral do suporte fático, ou ainda pelo engessamento do conhecimento científico, o que seria igualmente inconstitucional.

Nesse sentido, veremos adiante a questão da proceduralização jurídica como técnica de resposta constitucionalmente adequada a situações de judicialização da bioética e da biotecnologia. Antes, porém, convém nos ater um pouco mais ao problema de se considerar tal suporte fático sempre um *hard case*.

3.3 A resposta constitucional a questões de biodireito

3.3.1 Hard cases ou casos pouco compreendidos? O desafio da complexidade do biodireito

As diversas correntes do positivismo jurídico sempre se caracterizaram por apresentar três pontos específicos sobre a análise do fenômeno jurídico.²³⁶ O primeiro deles está no fato de que o positivismo reconhece apenas como objeto de pesquisa aquele conteúdo produzido por fontes estatais, recusando abordar como fenômeno os fatores externos àquilo que foi produzido pelo Estado como regulação social. O segundo está no fato de que, em alguma medida, as teorias professam a tese da separação entre direito e moral, oferecendo critérios para análise do direito que excluem sua adequação a um sistema moral que determine o conteúdo das normas jurídicas. O terceiro está no fato de que as correntes do positivismo jurídico estabelecem, de alguma forma, um coeficiente de discricionariedade judicial na aplicação do direito, mormente quando se está diante de casos especiais, que apresentam alguma complexidade cuja solução

²³⁶ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*, cit., p. 509.

não seja facilmente respondida, e seus resultados suscitam discussão de qual a melhor resposta, ou respostas, possível, ou, ainda, a resposta correta.

É sob esses fatos que uma teoria a respeito das condições epistemológicas do biodireito precisa se debruçar, pois, invariavelmente, os casos estudados pelo biodireito trazem consigo uma complexidade intrínseca, inerente à própria natureza do encontro entre as ciências da vida e suas biotecnológicas com o direito. A complexidade advém da própria dificuldade de se compreender o domínio da vida, seja pela inovação trazida pelas biotecnologias, seja pela consequência das aplicações médicas ou não médicas, ou ainda pela própria dificuldade de se compreender detalhes de um conhecimento que se desenvolve rapidamente, de forma não linear e sem grandes consensos.

Por influência do direito americano, tais casos costumam ser chamados de *hard cases*. Conforme já mencionamos no primeiro capítulo desta tese, dá-se tal nome a situações em que a resposta jurídica é obscura, e remete-se à Herbert Hart, quando tentava explicar *o que é direito?* em sua obra homônima²³⁷. Para ele, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em virtude da autoridade de pessoas que costumam ser obedecidas, mas, fundamentalmente, em virtude de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas²³⁸. Hart irá determinar, ainda, a existência de uma zona clara e outra de penumbra no sistema normativo-positivo. Quando se está diante de casos que sempre ocorrem em contextos semelhantes, há uma consolidação de respostas, e a regra a ser aplicada torna-se clara. Todavia, haveria situações em que as peculiaridades da situação tornam o caso mais complexo, sem que se tenha claro o modo de incidência normativa, gerando dificuldades de aplicação do direito – e essa seria a zona de penumbra normativa, ou *hard cases*.²³⁹

²³⁷ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 91.

²³⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 42.

²³⁹ Idem, *ibidem*.

No caso do biodireito, o suporte fático apresenta inúmeras dificuldades, seja pelo ineditismo, seja pelo pouco consenso científico que há acerca das informações, ou ainda das inesperadas aplicações médicas e não médicas que precisam ser extensamente detalhadas para a melhor causalidade normativa possível. Questões como o melhoramento cognitivo humano por meio do uso de neuroestimulantes levantam uma série de debates éticos, sociais e econômicos que resvalam ao direito dar a resposta para pacificar socialmente,²⁴⁰ ou, ainda, a possibilidade de patenteabilidade de embrião humano geneticamente modificado,²⁴¹ o acesso à tecnologia de diagnóstico genético pré-implante, seus limites e o uso para questões não médicas.²⁴²

Para Hart, tais situações – em que a regra jurídica não é um procedimento automático de subsunção de fatos a normas – correspondem ao “paraíso de conceitos dos juristas”,²⁴³ pois a textura aberta do direito exigiria um esforço argumentativo para encontrar a resposta correta ao caso.

Disso decorre que em situações de complexidade, como as do biodireito, busca-se teorias da argumentação para solucionar a questão. Em situações fáceis, ou *easy cases*, resolve-se por subsunção ou dedução normativa, enquanto os *hard cases* são resolvidos mediante ponderação,²⁴⁴ quando diversos princípios são chamados ao debate, podendo-se, inclusive, criar novos princípios para dar conta disso. Nesse contexto, surge a discricionariedade,

²⁴⁰ Nesse sentido, vale conferir a opinião do Comitê Nacional de Bioética da Itália: Neuroscience and pharmaceutical cognitive enhancement: bioethical aspects. Disponível em: <<http://presidenza.governo.it/bioetica/eng/opinions.html>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

²⁴¹ Cf., nesse sentido, *Oliver Brüstle v. Greenpeace*, em outubro de 2011, e *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, em dezembro de 2014.

²⁴² Cf. entrevista de Arthur Caplan sobre embriões selecionados com base no gênero ao *Wall Street Journal* em agosto de 2015: <<http://www.wsj.com/articles/fertility-clinics-let-you-select-your-babys-sex-1439833091>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

Sobre o tema, é importante mencionar ainda que em países como a Índia, o número de mulheres com menos de 6 anos para cada 1000 homens (cálculo que compõe o índice CSR – Child Sex Ratio) diminuiu nos últimos 20 anos de 945 (em 1991) para 918 (em 2011). Cf.: <<http://asiapacific.unwomen.org/en/digital-library/publications/2014/9/sex-ratios-and-gender-biased-sex-selection>>. Acesso em: 19 dez. 2018).

²⁴³ HART, Herbert L. *O conceito de direito*, cit., p. 143.

²⁴⁴ STRECK, Lenio. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan.-jun. 2010, p. 45.

como já mencionamos, pois é possível que o intérprete escolha qual a melhor forma de interpretar o caso.²⁴⁵

Por isso, deve-se questionar se é plausível que toda e qualquer situação que envolva o domínio da vida por meio do desenvolvimento das ciências da vida e suas biotecnologias implique necessariamente uma situação de complexidade que possa ser compreendida como *hard case* e se a melhor técnica para resolver seria a ponderação.

O ponto chave que faz separar os casos em fáceis e difíceis está na compreensão deles. Uma vez que se compreenda o suporte fático e as possibilidades de análise do suporte normativo, o caso deixa de ser difícil e passa a ser debatida apenas a natureza da resposta jurídica que se dará – se apenas uma, tida como melhor e mais adequada constitucionalmente ou se uma escolha entre algumas respostas possíveis.

Como é da natureza do biodireito lidar continuamente com a inovação científica e, portanto, com a novidade, constantemente se depara com situações que se apresentarão inicialmente obscuras. E isso, por si só, não pode implicar licença poética para recorrer à argumentação livre por meio de princípios para encontrar alguma resposta que possa soar agradável e poética, mas não necessariamente jurídica ou até mesmo inconstitucional.

Se a biotecnologia se desenvolve não linearmente e de modo nem sempre consensual e sua compreensão demanda conhecimento de outra área científica, o biodireito, que naturalmente viverá no que Hart chamaria de "zona de penumbra", pois não há resposta jurídica clara. A esse fator, pode-se reagir de duas formas. Na primeira delas, ignora-se que é da natureza do biodireito conviver com a complexidade, e constantemente, conforme a casuística, recorre-se a teorias argumentativas e se vale de ponderação e de utilização de princípios livremente, como se fosse um *buffet*. Na segunda, aceita-se que é da natureza do biodireito lidar com questões que são complexas porque o desenvolvimento das ciências da vida é constante, não linear e não consensual e se desenvolve técnicas para enfrentar a complexidade e reduzir a dificuldade de aplicação do

²⁴⁵ Idem, p. 148.

direito; afinal, o que é *difícil* para um intérprete não necessariamente o é para outro.

A compreensão é a condição de possibilidade para a interpretação.²⁴⁶ É equivocado, portanto, cindir os casos entre fáceis e difíceis. Por outro lado, é sim possível falar em casos simples de casos complexos, pois a complexidade é do próprio suporte fático.

É aqui que entra o problema da relação entre biodireito e a hermenêutica: a biotecnologia torna uma questão jurídica suficientemente complexa para ser resolvida apenas por ponderação? Sempre que estamos diante de problemas jurídicos decorrentes das ciências da vida, teremos algumas respostas possíveis as quais o legitimado poderá escolher livremente?

Hart também entendia que seria impossível que o legislador conseguisse prever todas as possibilidades da vida e que, assim, criasse normas para tanto; seria na multiplicidade de hipóteses da vida que surgiriam os casos difíceis.²⁴⁷ Ou seja, não haveria nenhuma possibilidade, nenhum paradigma em que o texto normativo poderia ser adaptável conforme as descobertas científicas e os surgimentos de novas questões fáticas e novos dilemas éticos e sociais que decorrem de tais descobertas?

Há aqui, portanto, dois pontos relevantes. O primeiro diz respeito à possibilidade da discricionariedade ou não do intérprete acerca do suporte normativo para encontrar a resposta correta ou escolher entre uma série de respostas juridicamente aceitáveis. A outra diz respeito ao modelo jurídico de criação, abertura e atualização do suporte normativo para acompanhar o desenvolvimento e a complexidade do suporte fático do desenvolvimento biotecnológico.

Conforme vimos anteriormente no debate entre Alexy e Dworkin, temos, de um lado, uma teoria de argumentação jurídica proposta num contexto de positivismo jurídico que permite discricionariedade do intérprete na escolha das respostas possíveis; enquanto, de outro, temos a impossibilidade de existir mais

²⁴⁶ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*, cit., p. 250.

²⁴⁷ Idem, p. 139-143.

de uma resposta correta para o mesmo caso – ou, ao menos, se houver possíveis respostas, uma delas será mais adequada constitucionalmente e, por isso, será ela a resposta correta.

Como em qualquer outra área do direito, a previsibilidade e a segurança jurídica e respeito às bases democráticas e às instituições são necessárias para a estabilidade do direito enquanto ciência e instituição social, ou seja, tanto para sua própria sustentação, como ficção normativa, quanto para o funcionamento social. O biodireito não pode, portanto, valer-se de uma licença poética para ser a única área que pode ter livre discricionariedade no momento de decisão.

Todavia, o modelo decisório pautado no sistema binário vencedor/vencido é insuficiente para lidar com a complexidade fática das biotecnologias.

Em primeiro lugar, a base axiológica com a qual se constitui a moralidade social é fluida, ou seja, a apreciação social de um fenômeno pode ser inicialmente negativa e, posteriormente, positiva, demonstrando que as tensões políticas, religiosas e socioculturais não se assentam, mas alteram conforme circunstâncias distintas. Assim, uma decisão pode não ser considerada correta com o passar do tempo por conta do conteúdo axiológico dos princípios morais de uma comunidade. Não se pode operar na lógica vencedor/vencido, pois a sentença não resolverá as tensões axiológicas e, ocasionalmente, pode-se modificar a compreensão social e, conseqüentemente, jurídica de algum fenômeno biotecnológico. Vale lembrar: como usualmente são questões inéditas na sociedade, é cedo para esperar alguma sedimentação axiológica sobre tais questões, razão pela qual a decisão jurídica não pode cristalizar uma compreensão que não é cristalizável.

Em segundo lugar, a compreensão de uma biotecnologia nem sempre será pacífica nas próprias ciências da vida. A decisão jurídica não pode cristalizar uma compreensão e não possibilitar a revisão daquela posição, seja pelo avanço científico, seja pela nova compreensão da comunidade científica acerca da biotecnologia disponível. A lógica da rigidez dos efeitos da decisão no tempo em questões de biotecnologia precisa ser diferente, pois estamos lidando com a

judicialização de um conhecimento científico que se desenvolve de forma não linear e rapidamente.

Assim, a lógica da resposta constitucionalmente correta a questões de biodireito precisa ser a de uma decisão jurídica proceduralizada, que se trata de um paradigma pautado na lógica da construção e adaptação, e não na cristalização binária do vencedor/vencido.

Uma resposta constitucionalmente correta a uma questão envolvendo biodireito é aquela que (1) respeita a Constituição; (2) estabelece o estado do conhecimento científico sobre o objeto a respeito do qual se decide; (3) possibilita a revisão pela defasagem da base de conhecimento sobre o qual se decidiu com um novo estágio de desenvolvimento do conhecimento científico acerca do objeto; e (4) permite que representantes da comunidade científica e da sociedade civil participem da construção da decisão tanto para ajustar a interpretação do complexo suporte fático quanto para acertar na interpretação e aplicação do suporte normativo a tal complexidade.

3.4 A proceduralização jurídica como técnica aplicável a questões de biodireito

A proceduralização é um conceito que foi desenvolvido por Rudolf Wiethölter como um novo paradigma às ciências sociais para a complexidade econômica e social do começo dos anos 1980, e que repercutiu em diversas áreas.²⁴⁸ Tendo demonstrado o desenvolvimento desse paradigma ao direito, tem sido cada vez mais utilizado para compreender e estruturar mecanismos em sistemas complexos e com modificações que demandam participação social, como é o caso de normas comuns da comunidade europeia nas mais diversas áreas do direito.²⁴⁹ Suas ideias foram construídas especialmente em três

²⁴⁸ Por exemplo, LO FARO, Antonio. *Reality and Myth of Collective Bargaining*. Sidney: Hart Publishing, 2000; LOMFELD, Bertram; SOMMA, Alessandro; ZUMBANSEN, Peer. *Reshaping Markets: economic governance, the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

²⁴⁹ Cf. ELIANTONIO, Mariolina. Concluding thoughts: legitimacy, rational and extent of the incidental proceduralization EU law. *Review of European Administrative Law*, vol. 8, n. 1, p. 177-204, Paris: Paris Legal Publishers, 2015; ELIANTONIO, Mariolina. The Procedural ius ationof EU Environmental Legislation: International Pressures, Some Victories and Some Way to Go. *Review of European Administrative Law*, vol. 8, n. 1, p. 99-123. Paris: Paris Legal Publishers, 2015.

artigos,²⁵⁰ com os quais ele dialoga com as ideias de Habermas e Luhmann, aplicando-as a um modelo social que seja adequado ao desenvolvimento da sociedade pós-industrial.

A primeira fagulha teria acontecido em 1977, quando Wiethölter escreveu um artigo²⁵¹ analisando as possibilidades do futuro da ciência jurídica no *Festschrift*, em homenagem ao seu professor, Gerhard Kegel, e listava pontos favoráveis e contrários à teoria de Kegel sobre conflitos entre normas jurídicas. A partir de uma fórmula conciliatória proposta por Kegel e seguidores, Wiethölter propõe uma “politização do direito privado”, no qual o clássico direito constitucional contratualizado e o direito privado se transformariam em um direito constitucional organizacional com um moderno direito não privado,²⁵² em que o bem comum resulta não do exercício institucional de direitos subjetivos por atores privados, mas de conflitos políticos dentro de organizações sociais constituídas legalmente.²⁵³ Algumas premissas são adotadas para isso, como a de que o direito clássico formal foi substantivo enquanto filosofia da liberdade e, enquanto programa diretivo, orientado para sua realização em direção à proceduralização, bem como a de que não há como existir materialização sem forma e sem procedimento.²⁵⁴

O contexto que Wiethölter escreve é justamente aquele em que Habermas²⁵⁵ observara que haveria ocorrido uma mudança na consciência moral que superava a rígida separação entre o direito, a moral, a política etc., e que agora estariam se articulando em outro nível, embora não tenham com isso perdido completamente suas autonomias. Isso implicaria uma nova forma de

²⁵⁰ WIETHÖLTER, Rudolf. Social Science models in economic law. In: DAINITH, T.; TEUBNER, Gunther (eds.). *Contract and organization*. Berlin e New York, 1986, p. 52-67; WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin e New York, 1986, p. 221-248; WIETHÖLTER, Rudolf. *Proceduralization of the Category of Law*. Universitätsbibliothek Johann Christian Senckenberg, 2006.

²⁵¹ WIETHÖLTER, Rudolf. *Begriffs-und Interessenjurisprudenz – Falsche Fronten Im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht*. Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm. *Festschrift für Gerhard Kegel*. Frankfurt, 1977, p. 213-263.

²⁵² WIETHÖLTER, Rudolf. *Begriffs-oderInteressenjurisprudenz*, cit., 1977, p. 260.

²⁵³ Idem, p. 216. Cf. também WIETHÖLTER, Rudolf. *Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers*. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. 1988, p. 1-28.

²⁵⁴ WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin e New York, 1986, passim.

²⁵⁵ HABERMAS, J. Wieist Legitimität durch Legalität möglich? *Kritische Justiz*, n. 20, 1987.

compreender o que seriam normas, bem como sua distinção de princípios justificadores e procedimentos para regular e controlar suas correlativas adequações. Acerca disso é que o professor Willis Santiago Guerra Filho aponta: o direito passa a depender, sobretudo, dos procedimentos que institui, bem como os resultados das decisões necessitam ser fundamentados e justificados para estar de acordo com ideais básicos da comunidade, tal como racionalidade, participação democrática, pluralismo etc., que são ideários que fomentam a instituição dos próprios procedimentos.²⁵⁶

Nas sociedades pós-industriais, diante desse contexto, encontra-se como característica mais distintiva do direito justamente sua *Prozeduralisierung*. É importante ressaltar, nesse ponto, que há uma divergência relevante para a forma como se traduziu o termo para o português. Para o mesmo termo utilizado por Wiethölter, Willis Santiago Guerra Filho²⁵⁷ e Henrique Garbellini Carnio²⁵⁸ traduzem como procedimentalização, enquanto Georges Abboud²⁵⁹ utiliza como proceduralização. A primeira tradução conta com a congenitalidade da tese de Luhmann, que historicamente tem a obra *Legitimation durch Verfahren* traduzida como *Legitimação pelo Procedimento*. Assim, ao se optar por um termo que fosse mais próximo ao português para expressar tal conceito, partiu-se de outra leitura léxica, formando-se o neologismo "procedimentalização" – que é utilizado com significativa amplitude. Todavia, diante da poluição conceitual de procedimentalização – que evoca procedimento, fluxo burocrático para algo, e sua crescente utilização na burocracia estatal –, não necessariamente estaremos diante do mesmo conceito ao se falar *procedimentalização*, correndo o risco de uma poluição semântica. Nesse sentido, a tradução por proceduralização evita tais confusões, mantendo inclusive paralelismo léxico com o termo *Prozeduralisierung* e *proceduralization* – embora tanto *Prozedure* quanto *procedure* possam ser traduzidos como *procedimento* ou, no inglês, também se possa entender como processo. Com o intuito de evitar a confusão

²⁵⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Reapreciação da autopoiese do Direito na pós-modernidade. *Revista opinião jurídica*. n. 11, 2009, p. 279-295.

²⁵⁷ CARNIO, Henrique Garbellini. Filosofia do direito processual e procedimentalização do Direito. *Revista de Processo* vol. 231, p. 367-378, São Paulo: RT, maio/2014.

²⁵⁸ Idem, *ibidem*.

²⁵⁹ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, cit., p. 1.241.

semântica que o primeiro termo permite, utilizaremos a segunda, mas reconhecendo perfeitamente a possibilidade de uso da primeira.

A proceduralização do direito proposta é um problema de justificação de regras de colisão enquanto instituição de vinculatividade.²⁶⁰ A ação de vinculação sempre se refere a algo ou coisa como materialização de um conteúdo, sendo as regras de conflito uma forma. Sua tese é a de que a ideia de indivíduo (que tanta importância tem à formulação do direito, em especial do direito civil) não existe para as teorias sociais. As aspirações individuais, conectadas a um sonho de justiça, liberdade, equidade e fraternidade, podem ser buscadas pelo direito, e a proceduralização pode ser o caminho para alcançar tais promessas e, ao mesmo tempo, suportar a frieza da massificação moderna, aproveitando seus frutos. Ou seja, dentro da massificação das teorias sociais modernas, em que o ser perde a individualidade dentro da complexidade, é possível abrir espaço no direito formal para manifestação das representações dessas aspirações massificadas.

Com isso, a tese de Max Weber de que o direito na sociedade moderna seria essencialmente formal para perder justamente a subjetividade com a prevalência de normas abstratas gerais passa a não ser a mais adequada à necessidade pós-industrial da sociedade. O problema maior da sociedade, agora, não é mais a proteção da liberdade individual diante da arbitrariedade do Estado, mas a efetivação de interesses coletivos e públicos pelo Estado diante da sociedade civil organizada, respeitando interesses individuais, o que é complexo o suficiente para se conseguir apenas por normas jurídicas gerais, abstratas e objetivamente positivadas.²⁶¹

Segundo Wiethölter, o paradoxo do direito em nosso tempo é que, para demandas substantivas no direito, como é o caso do conflito positivo de normas, em que as duas são igualmente indispensáveis e precisam ser limitadas, não se tem critérios ou formas procedimentais de se discutir, apenas fórmulas, ou seja, um aspecto formal resolvendo um aspecto substancial. A teoria jurídica crítica

²⁶⁰ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, cit., p. 1.241.

²⁶¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Reapreciação da autopoiese do Direito na pós-modernidade, cit., p. 283.

deveria ter influenciado o pensamento jurídico para trabalhar no sentido de justificar a mediação feita entre os conflitos normativos e suas condições de validade e trabalhar para incluí-los no processo de tomada de decisão como recontextualizações.²⁶² Aponta, ainda, que os juristas de seu tempo trabalham e interpretam suas próprias funções no processo, falam constantemente em dogmática jurídica, embora sejam parte de um sistema social analisado pela teoria social, ignorando tal fato, e, eventualmente, mencionem sobre metodologia. Não obstante tenham métodos, não necessitam falar sobre eles, muito menos legitimá-los; a doutrina (e também os tribunais) descansa no fato de que falando de dogmática jurídica, de fontes jurídicas, de lógica de aplicação e de interpretação jurídica – seja na prática, seja na reflexão – estará trabalhando o direito como uma teoria social e que, simplesmente, se atentando a elementos de autolimitação e autotranscendência, será suficiente a produção de ciência jurídica, sem precisar se envolver com o constrangimento da legitimação. Nesse sentido, Wiethölter aponta que uma jurisprudência crítica deve reconstruir sua consciência e seu arcabouço metodológico jurídico como um desenvolvimento voltado a resolver crises e, ao mesmo tempo, procurando as condições da possibilidade de superar a própria crise. É a isso que deve se voltar um programa de procedimentalização do direito.²⁶³

Sob esse prisma, o fato de um *direito natural sociológico*, com distintos conteúdos que aparece de tempos em tempos como uma solução para a cultura jurídica contemporânea, pode ser uma equação de três fatores desconhecidos. (1) O direito natural permanece como uma herança de expectativas de justificação, em que os esforços relativos de justificação são devidos; (2) O aspecto sociológico permanece como um atributo complementar do direito, pois, embora ele regulamente a sociedade, prioriza a categorização formalista de elementos com os quais analisará elementos sociais. Como categoria formal, o direito privilegia substancialmente liberdades e mecanismos de controle, enquanto as categorias substantivas do direito evocam ideias contrárias à realidade social e a seu desenvolvimento. Esses dois elementos levam a (3) o direito falha como uma promessa de instituição neutra apta a realizar as

²⁶² WIETHÖLTER, Rudolf. *Proceduralization of the Category of Law*, cit., p. 502.

²⁶³ Idem, p. 503.

aspirações de distribuição da justiça, sendo explicada contemporaneamente por três abordagens teóricas: (a) a teoria do mercado, ou a renovada teoria da economia política como teoria social; (b) a teoria dos sistemas; e (c) as teorias sociais críticas.²⁶⁴

Sobre as transformações jurídicas, Wiethölter²⁶⁵ estabelece que alguns problemas recorrentes podem ser estabelecidos nos seguintes pontos:

- 1) Socialização dos critérios legais: demonstra a própria transformação do direito, desde sua a disposição política (o direito como ordem do Estado), por meio da disposição legal da sociedade (direito como mercado ou como liberdade), até sua a disposição social;
- 2) Descentralização dos macrocontroles: demonstra os esforços contemporâneos para lidar com a mediação de integração social e sistêmica. Wiethölter considera que, após a falência do mercado e da política, uma terceira via, aparentemente, é requerida para aliar tanto liberdade quanto igualdade: a solidariedade. O desenvolvimento histórico demonstra que é difícil mensurar conceitos como trabalho, classes, sistemas de divisão, gerando uma grande irracionalidade de compreensão da sociedade e sua forma de organização. Por outro lado, em termos jurídicos, a “solidariedade” poderia significar as condições de possível universalização e imparcialidade do critério sobre o qual cada tipo de particularidade poderia assegurar a *justiça*. Se ainda for possível falar em universalização sobre particularidades radicais, então é na proceduralização que se encontrariam os meios de transformações, mediante a justificação e do direito como funcionalidade a ser atingida.
- 3) Reestruturação de orientações por meio de proibições: significa a redefinição da formalização do direito de modo que a autonomia social possa ser exercitada sob condições confiáveis de regras básicas e controles, assim, a meta passa a ser a garantia da reciprocidade como uma forma de pacificação social.

²⁶⁴ Idem, p. 506-507.

²⁶⁵ Idem, p. 509.

Nesse contexto, a proceduralização visa a construção e produção de tais reciprocidades sociais como forma de estabilização social. É um meio de reconstitucionalizar a liberdade como um caminho de readquirir critérios, vias e processos de justificação do direito. A materialização do direito é menos um estágio de desenvolvimento que um problema de disjunção, incorporado no modo de realizar o direito por morais universais e na ideia de imparcialidade como um jeito específico de se fazer o direito. Dessa forma, a proceduralização não se trata de uma materialização travada do direito, mas sim de uma forma de reconstrução permanente e crítica em busca de uma construção correta do direito, baseada em se tornar acessível a manifestações sociais e interagirem enquanto atores de construção jurídica, bem como em tentativa e erro e *recall*, tanto quanto na valorização das diferenças (dualismo e disjunção) entre o direito como justificação e assertividade como no direito enquanto aplicação e direito positivo.²⁶⁶ A racionalidade jurídica deve buscar um projeto de mediação entre universalidade normativa e circunstâncias reais.

Nesse sentido, reitera-se o que mencionamos acerca da congenialidade da proceduralização com a tese luhmanniana da legitimidade pelo procedimento, sendo o conceito da proceduralização entendido também como um “chamado à responsabilidade judicial”,²⁶⁷ pois, como Rawls afirma, o melhor que se pode ser feito pelo direito é assegurar um procedimento isento, alcançando decisões aptas a equalizar todos os interesses e valores em conflito.²⁶⁸ Willis Santiago aponta que isso acontece principalmente pela *ponderação* (*Abwägung*) desses interesses, de acordo com o “princípio da proporcionalidade” (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*)²⁶⁹, que realizaria a função de um oscilador, em termos de teoria de sistemas sociais autopoieticos, necessária para alterar em ambas as direções – de heterorreferência para autorreferência, que seria vital para o sistema autopoietico. Assim, em vez de uma distinção epistêmica que oscila entre verdadeiro/falso, ou ética, oscilando entre justo/injusto, tem-se uma

²⁶⁶ Idem, p. 509.

²⁶⁷ CORNELL, Drucilla. *Philosophy of the limit*. Amazon, 1992.

²⁶⁸ RAWLS, John. *A theory of justice*. Harvard University Press. 1972.

²⁶⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Reapreciação da autopoiese do Direito na pós-modernidade, cit., p. 281.

alternância “para cima/para baixo”, em que o “para cima” seria o mais próximo que um sistema jurídico pode fornecer de fórmula contingente de justiça e, ao mesmo tempo, também “para baixo”, com a introdução de uma exceção no sistema, levando-o próximo à negação do direito.²⁷⁰

É assim que Luhmann aponta existir uma dependência entre o Judiciário e o Legislativo, conforme se pode perceber pelo art. 97 da Constituição Federal alemã: “os juízes são independentes e se sujeitam somente às normas do direito”. Trata-se do paradoxo da *coerção que se torna liberdade*,²⁷¹ pois se tem a obrigação de decidir somente conforme o direito, estando livres da tarefa política de fornecer regras de conduta de uma determinada sociedade, e não podendo ser responsabilizados por suas decisões – se, e somente se, decidirem conforme o direito. Willis Santiago aponta que, nesse sistema, o Judiciário é a unidade do sistema legal que, por definição, opera por retroalimentação, e que, embora apareçam elementos que são encontrados também em outros sistemas, tal como moral, economia, política etc., e conforme são utilizados pelo Judiciário para justificar decisões, são convertidos em elementos do sistema legal. O Judiciário teria um *toque de Midas*, convertendo tudo em sistema jurídico – “o sistema é fechado com, não para o ambiente”.²⁷² Por conta disso é que se postula o papel da Magistratura como o centro do sistema jurídico que seja autônomo, enquanto o Legislativo é apenas periférico.²⁷³

Há uma função relevante do sistema jurídico, que é regular os demais sistemas como um sistema imunológico da sociedade, com a tarefa de mantê-la livre de “doenças dos conflitos” a partir da representação desses conflitos como prescrições a serem seguidas pelos Tribunais, imunes à política.²⁷⁴ Por outro lado, a autoimunidade também destrói o sistema que tem por objetivo proteger – eis que as doenças autoimunes são as mais complexas e menos compreendidas de nossos tempos. Daí que também pode o direito, enquanto sistema autoimune social também implicar problemas à própria sociedade. Se o

²⁷⁰ Idem, p. 282.

²⁷¹ LUHMANN, Niklas. Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem. *Rechtstheorie*, n. 21, 1990.

²⁷² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Reapreciação da autopoiese do Direito na pós-modernidade, cit., p. 283.

²⁷³ Idem, ibidem.

²⁷⁴ Idem, p. 284

sistema autoimune não se abre ao estranho para torná-lo parte do próprio sistema ou para combatê-lo, não é funcional. Acontece que o sistema precisa prever mecanismos de ter o outro dentro de si para combatê-lo, correndo o risco de não vencer, e começar, assim, a ser derrotado. Como menciona Willis Santiago, “a hospitalidade carrega dentro de si o perigo da hostilidade, mas igualmente toda hostilidade retém uma chance de hospitalidade”.²⁷⁵ O mesmo autor também lembra que a etimologia da palavra “imunidade” vem do latim *immunis*, que significa isento, e que, no caso do sistema, procuraria estar isento de parasitas; no direito, o parasita da lei seria a violência.²⁷⁶

Nesse contexto, para Wiethölter, o conflito de direitos passa a ser de paradoxo jurídicos, uma vez que a tendência de resolver conflitos unilateralmente se torna uma interpretação do paradoxo inerente do problema que não se pode ser alcançado com decisões baseadas em critérios ou procedimentos.²⁷⁷ A diferença entre conflito de direitos e conflito de paradoxos jurídicos pode ser melhor sistematizada da seguinte forma:

- 1) Conflitos de direito são contradições entre diferentes reivindicações de validade: Se *x*, então *y*, e não *z*. Tem-se aqui um dualismo, no qual uma das opções necessariamente exclui a outra;
- 2) Conflitos podem ser resolvidos pela escolha de uma das alternativas, enquanto paradoxos não são resolvidos apenas por uma das alternativas, pois cada escolha abrirá uma série de consequências, que implicam novas decisões para resolver novos problemas jurídicos e sociais;
- 3) Conflitos podem ser solucionados por critérios e procedimentos formais em que uma decisão seja possível, enquanto paradoxos não possuem uma forma de resolução, pois levam à tona não a decisão do conflito, mas o próprio conflito em si.²⁷⁸

²⁷⁵ Idem, p. 285.

²⁷⁶ Idem, p. 286.

²⁷⁷ TEUBNER, Gunther. *Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter*, p. 51.

²⁷⁸ Idem, p. 52.

O foco dos paradoxos deve-se porque há uma relação de destruição relevada por eles: a complexidade da realidade resolvida de forma binária pode representar novos problemas sociais – para não dizer "caos social" criado pelo direito formalizado em uma forma de decisão judicial.

Um exemplo brasileiro que pode ser citado é o caso da ADPF 165, que tratava sobre o conflito acerca da taxa de juros a ser aplicada aos diversos planos econômicos e a expectativa dos poupadores que, em sua maioria, representavam parcela social mais frágil da sociedade brasileira. Se, de um lado, a causa fosse dada ao sistema financeiro nacional, valendo-se a tese demandada pelos bancos, haveria uma grande ruptura com a segurança jurídica esperada pela sociedade e pela opinião pública e, conseqüentemente, também com a pacificação social. Por outro lado, se os poupadores "vencessem", uma crise econômica surgiria pela quebra do sistema financeiro nacional. Seja qual fosse a decisão, ou qual o lado vencedor, as conseqüências não seriam favoráveis a ninguém. Por esse motivo, optou-se pelo inédito acordo em sede de jurisdição constitucional, com mediação da AGU e com a intervenção do Banco Central.²⁷⁹ Esse caso é representativo de um paradoxo jurídico, pois, uma decisão jurídica formal não daria conta de resolver o conflito que se apresentava, abrindo inúmeros outros problemas jurídicos a serem resolvidos pelo direito.

Tal análise em relação à visão sistêmica de Luhmann é também apresentada por Wiethölter, seja concordando ou discordando. Em relação aos pontos de convergência, apresenta-se a proceduralização nos seguintes passos:

- 1) Paradoxificação: Luhmann mostra a ilusão do código jurídico binário, o qual é exposto para os paradoxos de sua própria autorreferência. Não há apenas certo e errado, mas um complexo, em que cada escolha implica novos problemas. Assim, o sistema jurídico propõe uma ilusão de estabilidade artificial, apesar de as formas de desparadoxificação nos programas jurídicos terem mudado;²⁸⁰

²⁷⁹

Disponível

em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371096>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

²⁸⁰ LUHMANN, Niklas. Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem, cit., p. 55-56.

- 2) Desparadoxificação: para Luhmann, o direito alcança uma forma de sistema autopoietico que converte o paradoxo perigoso em uma diferença inofensiva, confundindo um conflito sem-fim em uma contradição condicionável, enquanto código binário programável.²⁸¹ Daí a pergunta: o que está em conflito no ordenamento jurídico? Suas normas, a racionalidade, os princípios, as teorias, os paradigmas?²⁸²
- 3) Sociologizando o paradoxo: para se resolver o paradoxo, Luhmann propõe que se escolha um observador por meio da comunicação social, e não das decisões individuais, pois sistemas sociais que sofrem ambivalências e incertezas podem encontrar distinções que causem certas estabilidades temporais. Todavia, Wiethölter propõe que escolher o sistema jurídico como observador, internalizando a oposição do direito com a sociedade, propiciaria uma nova perspectiva, alinhando-se teoria crítica, teoria autopoietica e institucionalismo econômico.²⁸³
- 4) Retorno do paradoxo e sua ocultação que se renova: Luhmann estabelecia que as catástrofes sociais ocorriam entre as estruturas semânticas e sociais, quando ocorriam mudanças nas estruturas sociais que colocavam em descompasso as estruturas semânticas. Sob a pressão dos problemas sociais, novas diferenças são aceitas por meio da comunicação social se elas forem plausíveis, enquanto, sob outras circunstâncias, se a pressão dos problemas sociais preza pela sua manutenção e sua plausibilidade é alta, então se pode descartar sua nova paradoxificação.²⁸⁴

Nesse aspecto, Wiethölter coloca como foco jurídico o pluralismo radical de autonomias sociais, dissolvendo a distinção *direito central vs. não direito* em vários conflitos de direito contra moralidade, política e economia. O que passa a estar no centro do direito é a sua relação com autonomias sociais extremamente

²⁸¹ Idem, p. 56.

²⁸² Idem, ibidem.

²⁸³ Idem, p. 56-57.

²⁸⁴ Idem, p. 57.

variadas e suas normatividades e racionalidades intrínsecas.²⁸⁵ Com isso, deve-se abandonar o triângulo direito/política/economia para aceitar um polígono de racionalidades sociais que o direito deve considerar.

Isso implica também uma mudança na forma como se compreende e se distribui o peso das fontes jurídicas habituais, pois há uma queda na importância do direito legislado para dar maior predileção a um fazer direito dentro da sociedade como resultado de conflitos internos, e a um valor maior do direito feito pelo juiz como agente sensível e capaz de refletir normatividades sociais,²⁸⁶ o que demanda inúmeras críticas, por si só, à capacidade de interpretação da sociedade por parte do magistrado. É preciso considerar que o contexto em que se desenvolve a ideia de proceduralização é o fracasso da razão legal, a perda de coesão social e a estagnação da política, de tal forma que não há mais um certo consenso fundamental para orientar as organizações e formas institucionais de coexistência pacífica.²⁸⁷

Desse modo, a ideia básica é a de que o direito precisa propiciar mecanismos em que o Tribunal possa agir como um “árbitro de interesses”, propiciando que as partes possam interagir, definindo condições amplas de interação de instituições que clamam por um direito para decidir e uma parte nos procedimentos de decisão.²⁸⁸ Com isso, haveria uma socialização de critérios legais, na qual os tribunais não dão total vitória a um lado, mas, sim, estabelecem uma área de atuação livre e negociada para as instituições atuarem de acordo com a sua competência, mantendo essa área livre de critérios jurídicos de proporcionalidade ou razoabilidade, em que o juiz aplica seus parâmetros para estabelecer uma resposta, deixando que as instituições negociem uma resposta equilibrada que atende parcialmente o interesse de cada e promova um consenso.²⁸⁹ O Judiciário, nesse sentido, deveria limitar sua forma de agir para não perturbar o equilíbrio básico, e por isso que Duncan Kennedy entende que Wiethölter enxerga essa limitação própria do Judiciário como uma consequência

²⁸⁵ TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, p. 62.

²⁸⁶ *Idem*, *ibidem*.

²⁸⁷ KENNEDY, Duncan. Comment On Rudolf Wiethölter's Materialization and Proceduralization in Modern Law and Proceduralization of the Category of Law, p. 512

²⁸⁸ *Idem*, p. 514

²⁸⁹ *Idem*, *ibidem*

do fracasso do direito, pois o Tribunal não teria um método jurídico neutro que, no lugar desse acordo entre as instituições sociais, possa decidir inequivocadamente.²⁹⁰

Diante da insuficiência do direito em dar respostas a paradoxos complexos é que Henrique Garbellini propõe, sob a luz de uma filosofia do direito processual, a existência da procedimentalização para construir respostas para o processo que não são simplesmente dadas, mas construídas, uma vez que não há verdade ou decisão pronta, velada na questão jurídica posta, mas, sim, uma resposta que se dá na construção e no desenvolvimento do processo.²⁹¹ É nesse sentido que, diante da importância de uma filosofia do direito processual (em especial o processual constitucional) e da necessidade de proceduralização do direito, Garbellini aponta que o estudo do direito ganha novo enfoque, mais crítico e com novas possibilidades de investigação e perquirição.

A proposta da proceduralização, portanto, é fomentar a jurisdição constitucional com um mecanismo sofisticado que possibilite melhor adequação de resposta jurídica a problemas complexos da sociedade, especialmente aqueles que envolvem tecnologia.²⁹² A resposta jurídica não estaria fechada e definitiva, mas aberta e flexível ao influxo do desenvolvimento das novas tecnologias e do desenvolvimento da ciência.

A possibilidade de uso da proceduralização deve-se especialmente porque, diante da insuficiência do direito, é necessário reconhecer que há limites no uso de mandados de otimização, na forma utilizada por Alexy, conforme Ladeur e Campos²⁹³ demonstram. Para eles, os princípios, enquanto mandados de otimização, exigem uma centralização na instituição *Tribunal*, que não condiz com uma sociedade complexa, descentralizada e com grande fragmentação social, que demanda uma crescente necessidade de participar e cooperar com a forma como se compreende juridicamente uma questão que envolva direito

²⁹⁰ Idem, *ibidem*.

²⁹¹ CARNIO, Henrique Garbellini. *Op. cit.*

²⁹² ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, cit., p. 1.256.

²⁹³ LADEUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo. Entre teorias e espantinhos – Deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 117.

digital, pesquisa científica, biotecnologia etc. Para Ladeur e Ricardo²⁹⁴, os clamores sociais só começarão a ser atendidos se houver substituição de prospecções materiais do direito por prospecções procedimentais, as quais conferem um caráter dinâmico e aberto a revisões da situação jurídica futura.

3.5 Técnicas de proceduralização aplicadas no biodireito

O desenvolvimento das ciências biomédicas e da biotecnologia no século XXI é um fato inegável e desejado pela euforia científica biológica já mencionada anteriormente. Os efeitos benéficos desse desenvolvimento justificam bem a manutenção dos recursos destinados à pesquisa nas ciências da vida, bem como a expectativa social em relação a elas. Apenas a título de exemplo, em um século, a expectativa de vida humana ao nascer aumentou de aproximadamente 50 anos para mais de 80 em um grande número de países²⁹⁵ – embora os problemas basilares já conhecidos e recorrentes ainda impeçam o melhor desenvolvimento dessa expectativa globalmente, tais como o escasso acesso a tratamento médico, baixa qualidade de água potável disponível, saneamento básico etc.

Esse desenvolvimento não veio, e tampouco virá, desprovido de questões polêmicas que demandarão questionamentos em busca de uma resposta de qual conduta correta a se tomar, bem como os limites permitidos ao desenvolvimento e as consequências deles. Questões como o melhoramento cognitivo humano por meio do uso de neuroestimulantes levantam uma série de debates éticos, sociais e econômicos que resvalam ao direito dar a resposta para pacificar socialmente,²⁹⁶ ou ainda a possibilidade de patenteabilidade de embrião

²⁹⁴ Idem, ibidem.

²⁹⁵ Disponível em: <<https://data.oecd.org/healthstat/life-expectancy-at-birth.htm>> e <<https://www.nia.nih.gov/research/publication/global-health-and-aging/living-longer>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

²⁹⁶ Nesse sentido, vale conferir a opinião do Comitê Nacional de Bioética da Itália: *Neuroscience and pharmacological cognitive enhancement: bioethical aspects*. Disponível em: <<http://presidenza.governo.it/bioetica/eng/opinions.html>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

humano geneticamente modificado²⁹⁷, o acesso à tecnologia de diagnóstico genético pré-implante, seus limites e o uso para questões não médicas.²⁹⁸

Enquanto esta tese foi escrita, causou bastante alvoroço na mídia e nas academias científicas o anúncio feito pelo pesquisador chinês He Jiankui de que teria criado bebês geneticamente modificados resistentes ao vírus HIV. Ele teria feito as mudanças durante o tratamento de fertilidade de 7 casais, mas apenas um teria engravidado de gêmeas. A grande repercussão no meio científico internacional fez que o governo chinês se preocupasse com a manutenção da imagem de ciência ética desenvolvida e publicamente se manifestasse contrário à prática. Embora a universidade em que leciona negue que ele tenha sido preso, o cientista seguia desaparecido, levantando suspeitas de que tenha sido executado por conta da repercussão pública.²⁹⁹

Ainda no sentido de edição genética, é importante mencionar sobre o estado da arte enquanto esta tese foi produzida, o CRISPR-Cas9. Do inglês *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats* – ou “agrupados de curtas repetições palindrômicas regularmente interespaçadas” –, trata-se de uma técnica que se tornou “popular” pela qualidade de edição, precisão e custo do procedimento. Utiliza-se a proteína de uma bactéria e um RNA que a direciona para uma sequência específica da DNA. Cas9 é o gene responsável pela produção da enzima que possibilita cortar precisamente o DNA, de modo que a combinação entre as duas coisas gera a tecnologia de edição de sequências de DNA que mais tem revolucionado a biotecnologia nos últimos tempos.

²⁹⁷ Cf., nesse sentido, *Oliver Brüstle v. Greenpeace*, em outubro de 2011, e *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, em dezembro de 2014.

²⁹⁸ Cf. entrevista de Arthur Caplan acerca de embriões selecionados com base no gênero ao *Wall Street Journal* em agosto de 2015: Disponível em: <<http://www.wsj.com/articles/fertility-clinics-let-you-select-your-babys-sex-1439833091>>. Acesso em 28 nov. 2018.

Sobre tema, é importante mencionar ainda que em países como a Índia, o número de mulheres com menos de 6 anos para cada 1000 homens (cálculo que compõe o índice CSR – Child Sex Ratio) diminuiu nos últimos 20 anos – de 945 (em 1991) para 918 (em 2011). Cf. <<http://asiapacific.unwomen.org/en/digital-library/publications/2014/9/sex-ratios-and-gender-biased-sex-selection>>. Acesso em; 19 dez. 2018.

²⁹⁹Confira: <<https://www.abc.net.au/news/2018-12-07/chinese-scientist-who-edited-twins-genes-he-jiankui-missing/10588528>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

Apenas para exemplificar as possibilidades, em 2015, essa técnica foi utilizada para provar que era possível suprimir o vírus HIV de células vivas de pacientes portadores.³⁰⁰ Posteriormente, formaram um projeto maior, com cobaias que portavam o vírus em praticamente todas as suas células, e obtiveram a redução de 50% do vírus de células de todo o corpo com apenas uma injeção de CRISPR na calda. É diante da grande expectativa de pesquisas como essa que se imagina ser possível curar não apenas o HIV, mas diversas outras doenças no futuro. Em seres humanos, já foi aprovado o primeiro tratamento de câncer com a edição de DNA no começo de 2016, nos EUA.³⁰¹ Em outubro do mesmo ano, os cientistas chineses realizaram testes em pacientes com câncer de pulmão, criando células imunes modificadas pela técnica de edição CRISPR.³⁰²

As vantagens de utilização da CRISPR-Cas9 implicam também diversas questões³⁰³ que demandam debate não apenas prévio às tentativas de uso, mas também posteriores ao desenvolvimento da técnica. Embora He Jiankui tenha ganhado repercussão midiática em 2018, três anos antes, em 2015, os cientistas da Universidade de Guangzhou, na China, aplicaram o CRISPR-Cas9 em 86 embriões humanos não viáveis. Eles procuravam editar o gene responsável por β -thalassaemia e, após 48 horas, 28 dos 54 embriões sobreviventes apresentaram a modificação desejada. Contudo, ao mesmo tempo, desenvolveram-se diversas outras mutações inesperadas e de consequências desconhecidas, de modo que os próprios pesquisadores questionaram os riscos do uso médico.³⁰⁴ Como se tratava da primeira vez (que se tem notícias) em que se aplicou a técnica de edição genética em embriões humanos, iniciaram-se debates entre bioéticos, pesquisadores e juristas sobre aspectos éticos e legitimidade da aplicação da nova técnica em embriões humanos. Apenas para citar um caso que gera profundo debate: a possibilidade de se prevenir a surdez

³⁰⁰ Confira: <<https://www.nature.com/articles/srep22555>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

³⁰¹ Confira: <<https://www.nature.com/news/first-crispr-clinical-trial-gets-green-light-from-us-panel-1.20137>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

³⁰² Confira: <<https://www.nature.com/news/crispr-gene-editing-tested-in-a-person-for-the-first-time-1.20988>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

³⁰³ LEDFORD, H. CRISPR, The disruptor. *Nature*, 522, 20-24. Disponível em: <<http://www.nature.com/news/crispr-the-disruptor-1.17673>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

³⁰⁴ CYRANOSKI, D.; REARDON, S. Chinese scientists genetically modify human embryos. *Nature*. Disponível em: <<https://www.nature.com/news/chinese-scientists-genetically-modify-human-embryos-1.17378>>. Acesso 22 jan. 2019.

progressiva causada pela mutação do gene *Tmcl*, que leva à destruição gradativa de parte das células do ouvido interna dos mamíferos. Já se conhece a possibilidade de corrigir a mutação genética e, assim, prevenir a surdez, conforme estudo publicado na *Nature*,³⁰⁵ em dezembro de 2017. Ocorre que entre os indivíduos portadores de surdez, tal condição nem sempre é vista como uma deficiência, mas uma variabilidade da espécie humana que precisa ser respeitada, razão pela qual não aceitam a utilização de técnicas que os façam ouvir, e podem até mesmo considerar um desrespeito a adaptação por meio de leitura labial, por exemplo.

Ao se debater a formação do biodireito, fica evidente que ele é feito conforme se caminha a ciência, pois não há um modo de estabelecer um conhecimento jurídico para aquilo que desconhecemos ainda, que apenas o desenvolvimento científico futuro vivenciará e proporá como novos fatos sobre os quais serão necessários discutir implicações éticas e jurídicas. Se o biodireito se faz ao caminhar, não se pode atribuir a ele apenas dois extremos, entre os quais ele pode se apoiar: um conservador, que se baseia num ideário de princípio da precaução e atribui obstáculos à liberdade de pesquisa científica;³⁰⁶ e um liberal, que chega aos exageros de afirmar que a principal finalidade da bioética, hoje, deveria ser: “sair do caminho”.³⁰⁷

Nesse encontro entre direito e biotecnologia, as particularidades apresentadas pelo desenvolvimento do domínio da vida necessitam ser respeitadas pelo direito, em especial ao desenvolver uma área para pesquisar tais fenômenos, que é o biodireito. É preciso considerar que as biotecnologias e as ciências da vida trabalham em questões materiais complexas, cuja compreensão demanda entender não apenas sobre o que se trata, mas também a repercussão ética em que aquela técnica complexa implicará.

³⁰⁵ Confira: <<https://www.nature.com/articles/nature25164>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

³⁰⁶ Cf. as críticas feitas a essa formulação de pensamento, em especial quanto ao impacto sobre a liberdade de desenvolvimento científico: BARON, J. *Against Bioethics*, MIT Press, 2006.

³⁰⁷ Cf. a entrevista de Steven Pinker's ao *Boston Globe Today*, relatada por Michael Cook, *Disdain for bioethics ignites controversy*. *BioEdge* 9 August 2015. Disponível em: <<http://www.bioedge.org/bioethics/disdain-for-bioethics-ignites-controversy/11516>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

Com efeito, não é incomum que cientistas que não estejam sensibilizados com problemas éticos e conscientes de sua complexidade não percebam nenhuma complicação com o desenvolvimento e a aplicação de uma biotecnologia. Do mesmo modo, atores jurídicos, políticos ou éticos e regulatórios podem igualmente não compreender plenamente as funcionalidades da biotecnologia e, com isso, ter dificuldades para identificar problemas éticos.

Também é preciso considerar que aspectos antropológicos e culturais sensíveis de uma comunidade podem se alterar de forma complexa e nem sempre perceptível, especialmente quando se diz respeito à percepção de uma tecnologia e das possibilidades de sua aplicação no cotidiano, levantando novas questões que antes não eram apresentadas, ou seja, é possível que um consenso ético venha a ser questionado, implicando também a revisão das consequências jurídicas atribuídas a tal consenso, sendo necessário que legisladores e Cortes abram seus procedimentos a atores sociais mais sensíveis a tais alterações.

A atualização constante e o desenvolvimento não linear e rápido das ciências da vida e das biotecnologias também representam um desafio ao biodireito. Embora o conhecimento científico implique a replicabilidade de dados, ou seja, os resultados precisam ser testados novamente em outra pesquisa que os ratifique, não é possível que o direito aguarde a futura confirmação da cientificidade de um dado e sua operacionabilidade técnica para que só então se atente a debater as consequências jurídicas e éticas dele. Além disso, uma decisão tomada com base em um dado pode vir a se tornar obsoleta, pois esse dado não representa mais o estado da arte científica naquele tema, sendo necessário revisitar decisões judiciais para atingir as expectativas dos interessados, especialmente se pautando por estabilidade e precisão da decisão em face do desenvolvimento científico. Esses elementos determinam as particularidades que a formulação do biodireito necessita ter para lidar com as características do desenvolvimento das ciências da vida.

3.5.1 A abertura do biodireito

A complexidade do conhecimento das ciências da vida dificulta a compreensão das implicações éticas possíveis e, conseqüentemente, dos impactos jurídicos de uma nova biotecnologia. Essa peculiaridade acarreta uma formulação epistemológica do biodireito, causando, desde o começo, uma abertura do processo de criação do suporte normativo jurídico bem como do processo decisório.

Um exemplo da abertura no caso da criação do suporte normativo é o caso da *Lei de Bioética*, editada pelo Parlamento francês em 2011, que previu que “todo projeto de reforma sobre os problemas éticos e as questões sociais relevantes para o progresso do conhecimento e do domínio da biologia, da medicina e da saúde devem ser precedidos por um debate público”. As revisões ocorrem por iniciativa do *Comité Consultatif National d’Ethique pour les Sciences de la vie et de la santé* (CCNE), após consulta das comissões parlamentares permanentes competentes e do *Office Parlementaire d’Évaluation des choix scientifiques et technologiques* (OPESCT). Depois dos debates, o Comitê estabelece um relatório que apresenta ao OPESCT, que procede à sua validação.³⁰⁸ As revisões devem ocorrer em um intervalo de 7 anos. Dentro dos tópicos que permearam os debates ocorridos em 2018 estão:

- avanços da pesquisa nos domínios da reprodução, desenvolvimento embrionário e das células tronco, e do respeito ao embrião como uma pessoa em potencial;
- técnicas de sequenciamento e de engenharia genética e premissas éticas de uma medicina preditiva;
- doações e transplantes de órgãos;
- inteligência artificial e robôs e a responsabilidade dos profissionais de saúde em sua utilização;

³⁰⁸ Conforme mencionou o Roselyne Bachelot em seu discurso inaugural: “(...) non seulement une considérable somme d’études, de travaux de rapports et produits par les différentes instances concernées, mais aussi du Préambule nécessaire d’une réflexion collective suscitant l’expression d’un accord ayant vocation fondé à être sur la reconnaissance de valeurs partagées”. Disponível em: <<http://www.etatsgenerauxdelabioethique.fr/>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

- neurociência e desenvolvimento de técnicas de diagnóstico por imagem;
- relação saúde/meio-ambiente e as responsabilidades científicas e técnicas do ser humano;
- procriação;
- término de vida, analisando questões como a legalização do suicídio assistido e políticas de acompanhamento para as questões em final de vida.

Outro exemplo de abertura do processo legislativo ao desenvolvimento científico e suas dimensões éticas é a regulamentação britânica à doação mitocondrial, que passou a valer em outubro de 2015.³⁰⁹ A técnica da doação mitocondrial é parte do processo de FIV, permitindo alterar o DNA mitocondrial de um óvulo retirado de uma mulher que possua alguma doença genética mitocondrial com o de uma doadora saudável. Com isso, evita-se a transferência da doença por meio da exclusão da linhagem genética materna.

Diante da complexidade da questão, levando em conta que alguns especialistas consideram a prática ainda como insegura e insuficientemente testada, o Parlamento britânico procedeu com uma série de passos que visavam a apurar tanto a informação científica disponível quanto as opiniões éticas. Foi nomeado um comitê de especialistas pelo *Human Fertilisation and Embryology Authority*, em 2011, 2012 e 2014, com o objetivo de analisar os dados levantados, além de requisitar especificamente a opinião do *Nuffield Council on Bioethics* (um órgão filantrópico independente do Reino Unido, mantido pelo Nuffield Foundation, pelo Medical Research Council e pelo Wellcome Trust para examinar questões bioéticas), para então abrir consultas públicas *on-line*.³¹⁰ No mesmo sentido, em 2009, o diretor do órgão equivalente ao Ministério Público britânico iniciou uma consulta pública antes de decidir as condições pelas quais

³⁰⁹ MCLEAN, S.A.M. Mitochondrial DNA transfer. Some reflections from the United Kingdom, *BioLaw Journal*, 2015, II, 81.

³¹⁰ Cf. CRAVENAT, L. *et al.*, *Research in to Policy: A Brief History of Mitochondrial Donation, Stem Cells*. Feb. 2016, n. 34, v. 2, p. 265-267. Mais informações em: <<http://www.hfea.gov.uk/9935.html>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

não processaria pessoas que cometiam o crime de assistência ao suicídio.³¹¹ Também para questões relacionadas à reprodução humana, a *Human Fertilization and Embriology Act*, de 1990, teve por base o Relatório de Warnock, de 1984, enquanto na Espanha, a *Ley de Reproducción Humana Asistida* trouxe, em suas várias versões, as recomendações da *Comisión Palacios*, inicialmente, e, posteriormente, da *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida*.

Essas experiências demonstram a vantagem da abertura do procedimento de criação do texto normativo por novos atores, com sensibilidade técnica necessária e mediante participação popular, uma forma de proceduralização do biodireito que permite a abertura da nomogênese. Uma experiência distinta que serve para comparar com a abertura é a opção italiana, que não possui nenhum canal técnico-científico estruturado para auxiliar o Parlamento. Por exemplo, a Lei 40/2004, sobre reprodução medicamente assistida, é um caso paradigmático sobre o problema de uma legislação que não considera informações científicas em seu processo de criação, resultando em um texto normativo com pouca efetividade em sua regulação. O Tribunal Constitucional italiano já interferiu diversas vezes na interpretação legislativa para corrigir suas falhas científicas e constitucionais.³¹² Por exemplo, ao se determinar a imposição de transferir ao útero todos os embriões fecundados até o número de três, a lei ignorava a literatura médica sobre os riscos à gestante e à gestação de tal procedimento. Determinando isso, a própria lei estaria arriscando a saúde de seres humanos desnecessariamente – ou seja, não haveria direito fundamental algum que fosse tutelado e estivesse em conflito com o direito à saúde da gestante para que se preferisse arriscar a implantação de todos os embriões fecundados. Assim, a lei extrapolou sua extensão normativa, criando um suporte normativo contrariamente ao conhecimento científico desenvolvido, o que levou o Tribunal Constitucional a se manifestar: “exceto quando outros direitos ou deveres constitucionais estão envolvidos, não é o

³¹¹ Confira: <http://www.cps.gov.uk/publications/prosecution/assisted_suicide_policy.html>. Acesso em: 22 jan. 2019.

³¹² Cf. Dossier: come è cambiata la legge 40 (2004-2017). *Biodiritto*. Disponível em: <<http://www.biodiritto.org/index.php/item/480-dossier-come-%C3%A8-cambiata-la-legge-40-2004-2014>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

legislador, via de regra, que está apto à determinar direta e especificamente qual é a prática terapêutica aceitável, em qual extensão e em quais condições”.³¹³

Em outra ocasião, ao se proibir um tratamento que a literatura médica entendia como eficiente, o Tribunal Constitucional italiano entendeu que o Parlamento estaria infringindo o direito fundamental à saúde, previsto no art. 32 da Constituição italiana.³¹⁴ Na fundamentação, o Tribunal Constitucional manifestou que “é importante salientar que a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem repetidamente enfatizado os limites colocados pelo conhecimento científico e experimental sobre a discricção legislativa, que estão em constante desenvolvimento e na qual o estado da arte médica é baseado: isso significa que, em questões relativas à prática clínica, a regra básica deve ser a autonomia e a responsabilidade do médico que, com o consentimento do paciente, faz as escolhas profissionais necessárias”.³¹⁵

Considerando os casos supracitados, sem esquecer a experiência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e da Corte Europeia de Direitos Humanos, que também analisaram diversas situações envolvendo desenvolvimento médico-científico e regulação jurídica,³¹⁶ pode-se afirmar que o conhecimento científico pode preencher o conteúdo normativo do direito à saúde, atribuindo um critério que possui legitimidade constitucional para melhor interpretar o suporte normativo. As ciências da vida, nesse sentido, necessitam ser consideradas no âmbito normativo para criação da norma.

No âmbito da jurisdição constitucional, parte dessa abertura ao conhecimento científico ou a atores morais pode ser realidade por meio da figura do *amicus curiae*, que, no direito brasileiro, está previsto pelo art. 7.º, § 2º, da Lei de Ação Direta de Inconstitucionalidade, e que a jurisprudência do STF

³¹³ Dec. 282/2002, que declarou a inconstitucionalidade da Lei regional de Marche, proibindo a eletroconvulsoterapia e a psicocirurgia.

³¹⁴ Decisão 151/2009: declaração de inconstitucionalidade do artigo da lei sobre a FIV que impõe a transferência “em um implante único e contemporâneo” de todos os embriões criados no procedimento.

³¹⁵ Dec. 151/2009.

³¹⁶ Entre alguns, citamos os seguintes: *Artegodan v. Commission* (ECJ 2002); *Hatton and Others v. The United Kingdom* (ECtHR 2003). Ainda sobre FIV, a Corte Europeia de Direitos Humanos enfatizou a importância de se considerar a velocidade e dinâmica do desenvolvimento social e científico no *Case of S.H. and Others v. Austria* (57813/00; november 2011).

corretamente estendeu à ADPF por analogia a essa possibilidade.³¹⁷ Embora Samuel Krislov ensine que a figura do *amicus curiae* seja a de ajudar a Suprema Corte a identificar os precedentes que devam ser aplicados no caso,³¹⁸ o fato é que cada entidade que nessa condição se manifesta procura apresentar suas razões, sua forma de vislumbrar a categorização jurídica ao caso analisado conforme seus interesses, tanto que, para ingressar na qualidade de *amicus curiae* é requisito a demonstração de interesse jurídico³¹⁹ e pertinência temática com a matéria discutida.³²⁰

Embora não seja equiparado à parte ou à figura do *terceiro* em sua compreensão tradicional no processo, discute-se a ampliação de seus poderes processuais para possibilitar que melhor representem o grupo social cujas ideias estão representadas pelo *amicus*.³²¹ E essa ideia de maior participação e de maiores atores figurando como *amicus curiae* vai ao encontro da ideia do caráter democrático do constitucionalismo contemporâneo pluralista da qual Peter Häberle fala,³²² ampliando a possibilidade de ilustração do universo interpretativo da Corte ou do juiz. Veja-se, na experiência norte-americana, o caso *Webster vs. Reproductive Health Services*, que poderia revisar o entendimento jurídico estabelecido por *Roe vs. Wade*, em 1973, sobre a possibilidade do aborto, razão pela qual a Corte Suprema recebeu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais a respeito dos mais diversos aspectos da controvérsia por parte de 25 senadores, 115 deputados federais, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, 281 historiadores, de 885 professores de direito e de um grande grupo de organizações contra o aborto.³²³

Essa virtude de pluralismo trazida pelo *amicus curiae* foi bem regulamentada pelo novo Código de Processo Civil, mas pesquisa recente

³¹⁷ Cf. ADPF 165/DF, ADPF 155/PB, ADPF 132/RJ.

³¹⁸ KRISLOV, Samuel. The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy. *The Yale Law Journal*, v. 72, 1963, p. 695.

³¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 595.

³²⁰ STF, ADI 3.931, rel. Min. Carmen Lucia, j. 06.08.2008, DJU 19.08.2008.

³²¹ STF, ADI 5.022/RO, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática do relator, j. 16.10.2013.

³²² HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 47-48.

³²³ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. 2. ed. Cambridge, 1996, p. 45.

demonstra que, embora haja no direito brasileiro um certo entusiasmo teórico e jurisprudencial por meio da relevante expansão da participação dos *amici curiae* entre os anos 1990 a 2015, a análise empírica demonstra que expressiva parcela das decisões do STF em processos de controle concentrado com participação de *amici curiae* não considera, de forma explícita, os argumentos por eles aventados – 94% dos relatórios e 70% dos votos.³²⁴

Assim, para possibilitar a realização da abertura do biodireito no Brasil, no que diz respeito à proceduralização em situações de controle concentrado de constitucionalidade na Jurisdição Constitucional, é necessário revisitar o modo como institucionalmente se realizam audiências públicas e se dialogam com os *amici curiae*.

3.5.2 A atualização do biodireito

Se a abertura do biodireito considera a utilização de meios técnico-científicos estruturados para a criação de novos enunciados no suporte normativo que sejam adequados e atualizados com o conhecimento científico disponível e que não viole direitos fundamentais, estabelecendo ou vedando condutas que os realize de forma indevida, a atualização é uma característica que o biodireito necessita ter pela peculiaridade da dinâmica de desenvolvimento não linear, mas rápido, com consequências que mudam significativamente a forma de aplicação e compreensão de terapêuticas, necessitando, também, atualizar a consequência normativa que há sobre tais técnicas.

Para dar conta de tal característica, alguns sistemas jurídicos utilizam instrumentos normativos que possibilitam velocidade de edição e temporalidade, tal como leis emergenciais, com efeitos temporários ou cláusulas de caducidade, ou ainda legislação experimental. As cláusulas de caducidade (ou *sunset clauses*) e as legislações experimentais costumam ser relevantes ao biodireito. As *sunset clauses* são textos normativos que estabelecem quando aquela regulação acabará e em quais condições isso acontecerá, a menos que haja

³²⁴FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus Curiae* em números: nem amigo da corte, nem amigo da parte? *Revista de Direito Brasileira* v. 16, n. 7, p. 169-185, São Paulo, jan.-abr./2017.

sólidas evidências de que deve ser renovada por outro período fixo. Para isso, estabelece-se quem são os atores jurídicos legitimados a analisar e estabelecer o fim da vigência ou a sua renovação. Já a legislação experimental são, normalmente, atos administrativos que regulamentam situações que estão fora da previsão legal por um período fixo de tempo e para um grupo determinado ou determinável de cidadãos num território específico, estando tal ato administrativo sujeito a uma avaliação periódica ou final.³²⁵

Um exemplo dessa experiência é a Autorização para Processamento de Dados Genéticos definida pela Autoridade de Proteção de Dados italiana, em 2007, que estabeleceu a validade de um ano e, desde então, anualmente, a Autorização é aprovada sem mudanças substanciais. Em algum momento, quando se observar que o processamento de dados genéticos é nocivo ou tem sido utilizado para questões não médicas, tal autorização é facilmente cancelável, protegendo os direitos fundamentais dos cidadãos italianos.

Ao lado do modelo que prevê instrumentos que conectam a efetividade do texto normativo à passagem do tempo, outro modelo possível é o que convida regularmente agentes a tecer reconsiderações ao texto normativo adotado previamente, ou que estabelece mecanismos de alteração por manifestação de alguma parte legítima para apontar que o texto se encontra desatualizado.

É exemplo desse modelo o sistema francês adotado pela *Lois de Bioéthique*, que prevê a revisão a cada sete anos, embora sua primeira versão, introduzida por uma opinião do *Conseil d'Etat*, previsse a revisão a cada 5 anos. Também a lei canadense de reprodução humana assistida de 2004 tem a mesma lógica, prevendo a revisão parlamentar a cada 3 anos.

Naturalmente, há um problema de previsibilidade e segurança jurídica nessa questão, afinal, espera-se que o direito seja previsível e que as instituições respeitem regras de funcionamento e aplicação. Todavia, é preciso observar o contraste entre a certeza jurídica e a necessidade de atualização do

³²⁵ RANCHORDÁS, S., Sunset clauses and experimental regulations: blessing or curse for legal certainty? *Statute Law Rev.*, 2014, 1. Disponível em: <<http://slr.oxfordjournals.org/content/early/2014/02/11/slr.hmu002.abstract>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

ordenamento jurídico com o conhecimento de ponta das ciências da vida e biotecnologia, que não é algo exclusivo do biodireito. Esse mesmo conflito de estabilidade e atualidade é percebido em outras áreas do conhecimento jurídico, tanto que, em 1923, Roscoe Pound menciona sua famosa afirmação: “Law must be stable, and yet it cannot stand still”.³²⁶ A favor do uso desses instrumentos jurídicos no biodireito, tem-se a dizer que, diferentemente do uso típico em condições de guerra, terrorismo ou crises econômicas, que são situações excepcionais, emergenciais ou temporárias, no que tange a regulação das ciências da vida se está tratando de uma condição regular da natureza científica desse conhecimento e das biotecnologias dele derivadas, impossibilitando a regulação de um objeto em constante mutação que não seja igualmente mutável.³²⁷

Analisando os sistemas anteriormente citados como exemplos, podemos falar da existência de dois modelos de atualização possíveis ao biodireito. No primeiro modelo, a flexibilidade da regulação está ligada diretamente com a mudança do conhecimento científico e seus paradigmas, ou seja, a lei não faz mais sentido porque seu objeto não existe mais, pois fora substituído por novos objetos mais precisos e avançados. Nesse caso, o sistema estabelece quem são os sujeitos legitimados a apontar a desatualização da regulação jurídica diante do novo estado científico e os mecanismos pelos quais se validarão a criação de uma nova regulação ou a atualização do estatuto normativo atual.

No segundo modelo, a flexibilidade da regulação está ligada a uma revisão prevista pelo próprio ordenamento em períodos iguais e consecutivos. Não se observa aqui a desatualização científica, mas sim a possibilidade de mudança da compreensão ética e moral daquilo que está regulamentado. Nesse modelo, a regulação jurídica não está desatualizada pela perda do objeto por mudança no conhecimento científico, mas sim pela mudança da sensibilidade social e política em relação ao objeto da regulação.

³²⁶ POUND, Roscoe. *Interpretations of Legal History*. Cambridge University Press, 1923, I.

³²⁷ RANCHORDÁS, S. Sunset Clauses and Experimental Regulations: Blessing or Curse for Legal Certainty? *Op. cit.*

A utilização dos dois modelos permite ao ordenamento jurídico uma igual preocupação com o acompanhamento do desenvolvimento científico e com as mudanças axiológicas que a sociedade apresenta com o tempo, conectando o direito não apenas à ciência, mas também às mudanças culturais. O direito não apenas se encontraria atualizado, mas também aberto ao diálogo com os diferentes atores sociais, religiosos e ideológicos para possibilitar um acordo democrático que fundamenta o direito contemporâneo. Com isso, não se estará diante de uma situação de posições vencedoras e vencidas, que é a lógica normativa usual; antes, cria condições de manter viva a pluralidade de opiniões, com um debate politicamente responsável que possibilita, inclusive, negociações e novos resultados, de modo que a argumentação se torne mais relevante que o cômputo de votos.

No âmbito da decisão judicial, também é relevante a consideração do tempo diante da possibilidade de desatualização do conteúdo decisório com o conhecimento científico acerca do objeto discutido. Diversos exemplos de revisão da decisão judicial com o objetivo de mantê-la atualizada são possíveis de serem citados, entre eles o caso da *International Stem Cell Corporation*, em que a Corte Europeia de Justiça decidiu, em dezembro de 2014, pela possibilidade de patentear partenomas, ou seja, células derivadas do processo de partenogênese, ou divisão independente de fecundação. O precedente era o caso *Brüstle v. Greenpeace*, que, três anos antes, decidira pela expressa exclusão dessa possibilidade. O *overruling* foi possibilitado pelo surgimento de novos estudos que determinavam com maior precisão a impossibilidade do desenvolvimento como embrião humano se colocado em um útero humano.³²⁸

Tais sentenças podem ser classificadas como manipulativas, que são decisões de inconstitucionalidade que interferem diretamente na atuação do legislador, pois não apenas declara que o texto normativo emitido pelo legislador é inconstitucional, como também, em seu lugar, estabelece um novo conteúdo

³²⁸ "(...) According to current scientific knowledge, a human parthenote, due to the effect of the technique used to obtain it, is not as such capable of commencing the process of development which leads to a human being... The mere fact that a parthenogenetically activated human ovum commences a process of development is not sufficient for it to be regarded as a human embryo" (Case C-364/1, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*. Judgment of 18 December 2014. Conferir também: Case C-34/10, *Oliver Brüstle v. Greenpeace*, Judgment of 18 October 2011.

normativo. Não se trata de um conteúdo debatido democraticamente em algum momento pelo Legislativo, mas sim algo originário do Judiciário, que tem valor normativo até a edição de um novo texto adequado constitucionalmente.³²⁹ São essas sentenças que permitem a atualização do direito mediante a concretização da doutrina, superando a ideia de que o controle de constitucionalidade se dá apenas como juízo sobre o texto normativo, e não sobre toda a normatividade.³³⁰ Tal como ocorreu nos exemplos mencionados sobre o controle de constitucionalidade da lei italiana de reprodução humana assistida pelo Tribunal Constitucional italiano, as sentenças manipulativas rescrevem o trecho, incorporando, por meio do dispositivo da sentença de inconstitucionalidade, um novo conteúdo.³³¹ A intensão não é apenas retirar do suporte normativo o texto constitucionalmente incompatível, mas também responder institucionalmente à inércia do legislador.

As sentenças manipulativas podem ser divididas em dois subgrupos, conforme a atuação que possuem: aditivas e substitutivas.³³² No primeiro grupo, encontram-se aquelas sentenças que declaram a ilegitimidade constitucional de um texto normativo por não conter todo o conteúdo esperado pelo texto constitucional. Ou seja, há uma omissão parcial ou total que torna insuficiente o ordenamento jurídico vigente diante da complexidade fática apresentada pela sociedade e, no caso do biodireito, pelo desenvolvimento científico da biotecnologia. Na Alemanha, as sentenças aditivas ainda podem ser utilizadas provisoriamente como forma de o Tribunal Constitucional regular transitoriamente alguma situação urgente, com o intuito de evitar graves prejuízos em prol do bem comum, conforme § 32, 1, da BVerfGG. No segundo grupo, estão aquelas sentenças que, declarando inconstitucional a disposição normativa aprovada pelo Legislativo, irão substituí-la com uma estrutura normativa completamente nova, criando conteúdo jurídico que não passou pelo crivo democrático. A esse grupo, temos o ativismo judicial.

³²⁹ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, cit., p. 563.

³³⁰ CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2008, p. 256-257.

³³¹ PINARDI, Roberto. *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 106.

³³² ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, cit., p. 564.

Para se valer de sentenças manipulativas, Georges Abboud estabelece dois requisitos autorizadores da possibilidade de interferência do Poder Judiciário na competência nomogênica de outro Poder. O primeiro deles é a antecedência de uma decisão de inconstitucionalidade, seja em razão do conteúdo omissivo da lei, seja em razão do conteúdo expresso da lei. Não é possível emitir uma decisão manipulativa se ela não for inconstitucional, pois, do contrário, o equilíbrio democrático que deve haver entre as instituições estaria prejudicado e o ordenamento jurídico seria preenchido por conteúdos sem qualquer legitimidade democrática, tornando o novo texto estabelecido pelo Poder Judiciário inconstitucional. Assim, em nosso ordenamento, somente seria cabível ao STF emitir decisões manipulativas com eficácia *erga omnes* em processos de controle de constitucionalidade, nos termos do art. 102, I, a, da CF. Importante, nesse aspecto, enfatizar que primeiro é preciso declarar a inconstitucionalidade – sem isso, haveria uma quebra do pacto democrático. É a partir do estabelecimento de qual a natureza da infração ao texto constitucional que se pode determinar qual forma de adição ou substituição se poderá realizar.

Por conta disso, Georges aponta para a ilegitimidade da decisão que julgou o conflito de demarcação da área indígena Raposa Serra do Sol.³³³ O caso tratava-se de uma ação popular ajuizada contra a União com o objetivo de declarar nulidade de Portaria Ministerial que demarcava a área indígena em questão. O STF, ao decidir, elencou no dispositivo decisório dezenove regras gerais que toda demarcação de área indígena deveria observar.³³⁴ Ou seja, não se tratava de questionar a inconstitucionalidade da Portaria, mas sim de dizer que ela estava ferindo patrimônio cultural; além disso, não se declarou previamente os fundamentos pelo qual referida portaria seria inconstitucional. Além de quebrar o requisito, o STF legislou indevidamente ao estabelecer efeitos *erga omnes* em critérios que criou sem qualquer parâmetro democrático, senão por autorrefência de justo e socialmente pacificador.

O segundo requisito que autoriza o uso de decisões manipulativas consiste na natureza do conteúdo dessa decisão, pois deve ser oriunda

³³³ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, cit., p. 576.

³³⁴ STF, Pet 3388/RR, Pleno, m.v., rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19.03.2009, DJU 24.09.2009.

diretamente do texto constitucional. Trata-se, portanto, de uma vedação à discricionariedade do Poder Judiciário, pois é preciso algum limite no conteúdo criado, e o parâmetro para ele sempre será a Constituição. A doutrina italiana chama esse efeito de *rime obbligate*, ou seja, decorre da obrigatória aplicação do texto constitucional.³³⁵ O Tribunal não inventa nada, mas limita-se a explicar um comando que estaria implicitamente contido no texto constitucional.³³⁶

No Brasil, as decisões manipulativas foram introduzidas recentemente, mormente por votos formulados pelo Ministro Gilmar Mendes, conforme destaca Georges Abboud,³³⁷ especialmente apontando para o caso da análise da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, que dispunha sobre a pesquisa com células tronco embrionárias,³³⁸ bem como para a análise da constitucionalidade da fidelidade partidária e para a admissibilidade da aplicação das resoluções do TSE que disciplinam os procedimentos de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo.³³⁹

No que diz respeito ao primeiro caso, que é afim a este trabalho, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que o art. 5º da Lei 11.105/2005 regulamentava as pesquisas com células-tronco embrionárias de forma deficiente e, por isso, seria inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Analisando o estado científico das pesquisas com células-tronco, o Ministro bem observou a existência de pesquisas avançadas e eficientes para tratamentos de algumas patologias de seres humanos com células-tronco adultas, de modo que o desenvolvimento de técnicas alternativas aos embriões humanos poderia afastar, ao menos em parte, a discussão sobre a utilização delas, uma vez que, usualmente, a legislação estrangeira opta por permitir a pesquisa com células-tronco embrionárias apenas quando outros meios científicos não se mostram eficientes para a finalidade ao qual se pesquisa o emprego de célula-tronco, como uma espécie de *cláusula de subsidiariedade*. Essa seria apenas uma das

³³⁵ CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 262.

³³⁶ BRANCO, Ricardo. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 205.

³³⁷ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, cit., p. 584.

³³⁸ STF, ADI 3510/DF, Pleno, m.v., rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 28 e 29.05.2008, DJU 04.06.2008.

³³⁹ STF, ADI 39999, Pleno, m.v., j. 12.11.2008, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 16.04.2009.

deficiências da lei, podendo-se citar também a necessidade de instituir, na opinião do Ministro, um Comitê Central de Ética devidamente regulamentado para tais finalidades. Diante dessa deficiência, não se poderia declarar totalmente inconstitucional, pois seria possível preservar o texto do dispositivo, desde que fosse interpretado conforme a Constituição por meio de uma sentença de perfil aditivo. Assim,

Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme a Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da “lei ainda constitucional” e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal. (...) Portanto, é possível antever que o STF acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. (...) Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação em conformidade com o *princípio responsabilidade*, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Conforme analisado, a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano. O art. 5º da Lei 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas

de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio de responsabilidade. Assim, *julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.*³⁴⁰

O STF também revisitou sua decisão sobre o amianto. Quando primeiramente julgou a lei federal que permitia a utilização industrial do amianto do tipo crisotila (Lei 9.055/1955), o STF não declarou a lei inconstitucional, apenas posteriormente, quando se analisou a constitucionalidade da proibição de tal uso por meio de lei estadual,³⁴¹ que o STF reconheceu o entendimento do Ministro Dias Toffoli de que a lei se tornou inconstitucional, pois não havia consenso científico sobre os malefícios do amianto, nem outro material que pudesse substituí-lo. O ministro falou em inconstitucionalidade progressiva, tornando esse caso um precedente válido para viabilizar a revisão de decisões já consolidadas por meio da coisa julgada, uma vez que o estado científico do conhecimento sobre a matéria tornou-se diferente, possibilitando compreender que a decisão anterior passou a ser inconstitucional.

³⁴⁰ STF, ADI 3.510/DF, voto do Ministro Gilmar Mendes.

³⁴¹ Cf. ADI 3.406/RJ e 3.470/RJ.

3.5.3 A prudência do biodireito

Por fim, a complexidade do encontro do direito com as ciências da vida e suas biotecnologias não esteja somente acompanhada de abertura a novos sujeitos legitimados à nomogênese e também sua periódica revisão e atualização, mas também esteja atento às considerações dos casos particulares. O suporte fático, além de complexo, apresenta variabilidades que, por menores que sejam, implicam considerações completamente diferentes. Veja-se por exemplo o caso de recusa de um tratamento por um paciente que seja testemunha de Jeová de outro que tenha fobia de agulhas, ou ainda de um paciente que sofra de alguma doença terminal.³⁴²

Nesse sentido é que o art. 14 da lei italiana sobre reprodução humana assistida foi declarada inconstitucional ao estabelecer a proibição de criação de número de embriões maiores que o estritamente necessário para uma única e simultânea implantação, e, em qualquer caso, nunca mais que três embriões, uma vez que as chances de sucesso do tratamento de fertilidade variam em relação não apenas às características dos embriões, como também das condições biológicas específicas da mulher que está passando pelo tratamento. Diante do risco da repetição de ciclos hiperestimulados hormonalmente para o implante de cada embrião (no caso de falha de cada implantação anteriormente feita), bem como o risco de gestação de múltiplos embriões tornou a lei incompatível com o direito fundamental à saúde previsto no art. 32 da Constituição italiana. A lei não deixava nenhum espaço para a compreensão científica da medicina determinar qual o melhor método ao caso específico a ser analisado. Ao se determinar o máximo de três embriões, desconsiderando qualquer peculiaridade específica, o dispositivo tornou-se inconstitucional por ferir direitos fundamentais.³⁴³

Do mesmo modo, o desrespeito à prudência do caso concreto é observado quando a mesma lei proíbe a utilização das técnicas de fertilização *in*

³⁴² GOOLD, I.; HERRING, J. *Great Debated in Medical Law and Ethics*. Palgrave, 2014.

³⁴³ Dec. 151, 8 de maio de 2009.

vitro por casais que não sejam comprovadamente estéreis ou inférteis. A lei, neste caso, não previu a necessidade de uso das técnicas por casais que tenham HIV, ou ainda por casais que tenham qualquer questão genética que necessitam de tal procedimento para fazer seleção de embriões para prevenção da doença, como é o caso dos portadores da Doença de Huntington. Tal dispositivo também foi considerado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional italiano, pois estabelecia um tratamento jurídico que não permitia qualquer sustentação à proibição de uso da técnica a casos que não fossem o de infertilidade ou esterilidade.³⁴⁴

Assim, ainda que o texto normativo preveja técnicas de abertura e atualização do ordenamento, é preciso que a decisão judicial seja o elemento de prudência ao considerar o âmbito normativo de aplicação do suporte normativo. Detalhes que possam parecer pequenos e insignificantes representam grandes consequências quando se analisa casos envolvendo o domínio da vida, biotecnologias e o direito.³⁴⁵

Alguns sistemas optam pelo uso combinado de instrumentos normativos que estabelecem alguma previsibilidade genérica, e definam princípios e cláusulas abertas, que dão maior flexibilidade na interpretação e na aplicação do direito, devendo ser preenchidos com características jurídicas extraídas dos elementos fáticos. Também é possível que o ordenamento traga definições para estabelecer um patamar mínimo comum de compreensão do que a lei entende por cada objeto que está sendo regulado, facilitando, inclusive, a atualização, aplicação e distinção ao caso concreto. No caso citado do *International Stem Cell Corporation*, a CJE optou por não definir o conceito exato de embrião humano, mas estabeleceu guias interpretativas para a compreensão em futuras tecnologias que venham a ser desenvolvidas com células humanas, a saber, o embrião humano seria o corpo que tem “capacidade inerente de se desenvolver e vir a se tornar um ser humano”.³⁴⁶

³⁴⁴ Dec. 96, 14 de maio de 2015.

³⁴⁵ Cf. KATZ, J. *Can principles survive in situations of critical care?* MOSKOPAND, J.; KOPELMAN, C. L. (eds.), *Ethics and Critical Care Medicine*. Dordrecht, D. Reidel Publ. Comp., 1985, 41-67.

³⁴⁶ Case C-364/1, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, Judgment of 18 December 2014, p. 38

3.6 A resposta correta em questões que envolvam a judicialização da bioética

Diante das características expostas acima, a resposta juridicamente correta que se pode esperar em situação de biotecnologia deve possuir as seguintes características:

A) Quanto ao Poder Judiciário: Que a decisão (1) respeite a Constituição; (2) estabeleça o estado do conhecimento científico sobre o objeto sobre o qual se decide; (3) possibilite a revisão pela defasagem da base de conhecimento sobre o qual se decidiu com um novo estágio de desenvolvimento do conhecimento científico acerca do objeto; e (4) permita que representantes da comunidade científica e da sociedade civil participem da construção da decisão para tanto ajustar a interpretação do complexo suporte fático quanto a interpretação e aplicação do suporte normativo dessa complexidade.

O respeito à Constituição se deve não apenas porque fora dela não há resposta jurídica que seja aceitável, mas também porque não compete ao Poder Judiciário inovar discricionária e arbitrariamente em qualquer tema, e é a Constituição um freio a qualquer tentativa nesse sentido. A decisão judicial, portanto, deve estabelecer a correlação de fundamento, demonstrando não apenas como a resposta dada encontra fundamento constitucional, mas atribuindo qual o sentido que é dado na interpretação constitucional para que outrem, ao analisar, possa igualmente chegar à mesma resposta ou questionar a sua adequação.

A sentença também necessita constar uma descrição do atual estado científico do conhecimento acerca do qual se está decidindo. Isso possibilita tanto demonstrar a adequação constitucional da sentença ao caso analisado, pois uma decisão pautada num conhecimento desatualizado seria errado e até mesmo inconstitucional, tanto quanto possibilitar a solicitação de revisão da decisão quando o conhecimento ao qual se embasa seja revisitado. Tal descrição necessita ser compartilhada entre os *amici curiae* científicos, que demonstrarão e comprovarão o atual estado científico da tecnologia, pois não

cabe ao Judiciário estabelecer o estado da ciência – e tampouco possui competência técnica para tanto.

Demonstrado o conhecimento científico sobre o qual a decisão foi tomada, e considerando que há um progresso não linear do conhecimento, a decisão necessita estabelecer as condições de revisão pela defasagem da base de conhecimento sobre o qual se decidiu para atualizá-la com o novo estágio de desenvolvimento do conhecimento científico acerca do objeto decidido, mantendo-a adequada e útil. Tal revisão pode ser solicitada por algum dos *amici curiae* que dialogaram com a Corte ou o juiz no momento de construção da decisão, ou ainda terceiros legitimamente interessados que comprovem tal condição.

Como se pode ver, a figura da sociedade civil é especialmente relevante em situações como a analisada, motivo pelo qual a sentença deve permitir que representantes da comunidade científica e da sociedade civil participem da construção da decisão para tanto ajustar a interpretação do complexo suporte fático quanto a interpretação e aplicação do suporte normativo a tal complexidade. Acerca da questão científica, já expomos. Todavia, acerca da moralidade, é necessário compreender que o juiz se manifesta como um intérprete da atribuição de moralidade ao suporte fático, e não cabe a ele fazer tal coisa – não sem retroceder a um certo “Movimento pelo Direito Livre”, em especial a escola sociológica do direito. Antes, é melhor que dê voz aos intérpretes morais da sociedade para que se manifestem acerca do modo como interpretam o suporte fático, dando espaço inclusive para as partes discutirem e encontrarem pontos de confluência sobre o qual é possível permear o caminho de construção da decisão judicial.

B) Quanto ao Poder Legislativo: Que a lei (1) seja criada à partir de debates da comunidade científica e sociedade civil; (2) preveja a sua revisão temporal ou quando necessária; e (3) estabeleça quem são os legitimados a revisar a lei.

A necessidade de se utilizar fomento de atores sociais científicos se deve pela necessidade de evitar que a legislação surja defasada e inútil diante do

estado do conhecimento científico em questão, implicando em sua revisão judicial ou mesmo inconstitucionalidade, como foi o caso da já citada Lei italiana acerca da fertilização *in vitro*. A presença de atores morais já acontece naturalmente no âmbito do Poder Legislativo, e sua participação na consolidação de uma legislação envolvendo biotecnologia seria natural tanto quanto em outros temas, respeitando-se os limites de uso do conhecimento científico para instrumentalização ideológica que implique em inconstitucionalidade.

Tanto quanto a decisão judicial, a lei acerca de biotecnologia está sujeita à desatualização por conta do desenvolvimento científico, de tal forma que ela própria necessita prever a revisão periódica de ofício ou estabelecer o mecanismo de questionamento da atualidade da lei por legitimados da sociedade civil ou do próprio legislativo.

Nisso implica a terceira característica, que é a delegação de competência de revisão para uma comissão prevista pela Lei com membros que representem não apenas o próprio Legislativo, mas também a comunidade científica, possibilitando tal revisão de forma técnica. A revisão da adequação legislativa pela moralidade não deve ocorrer no âmbito dessa comissão, pois isso faz parte do jogo democrático ao qual representa o Poder Legislativo, não podendo servir tal comissão de subterfúgio para aproveitar a revisão e modificar arbitrariamente, implicando em inconstitucionalidade da reforma. Também a legislação precisa prever a legitimidade para solicitar a revisão não periódica, decorrente de manifesto desenvolvimento científico que implique em obsolescência legislativa.

C) Quanto ao Poder Executivo: no que diz respeito em decisões da administração pública, necessário que siga o que consta quanto ao Poder Judiciário, observando-se que, sendo normalmente a composição da administração pública mais técnica e científica que representativa da sociedade civil, necessita assegurar espaço para o debate público acerca das decisões técnicas, tal como é feito no Conselho Nacional de Saúde, Conselho Nacional de Ética em Pesquisa e outros. Quanto às regulações emitidas pelos órgãos da administração pública, eles naturalmente têm a característica de ágil mutabilidade para melhor se adequar ao desenvolvimento científico. Ainda

assim, necessário prever mecanismos pelo qual a comunidade científica e a sociedade civil possam questionar a adequação científica de tal regulação diante do desenvolvimento do conhecimento sem a necessidade de judicializar a questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. As situações bioéticas normalmente correspondem a situações fáticas inéditas, seja pelo avanço biotecnológico, que antes não estava disponível, seja porque fatos sociais passaram a ser experimentados de formas diferentes por alguns indivíduos. Por conta disso, as situações bioéticas invariavelmente não possuem moralidade constituída

2. A primeira formulação da bioética se deu como razão crítica ao desenvolvimento biotecnológico irrefletido e instrumentalizado inadequadamente pela biopolítica vigente no III Reich que ocorreu na Alemanha.

3. Posteriormente, Van R. Potter formulará o termo *bioética* diante de diversos abusos científicos e com a sociedade ainda assombrada pelas cenas dos campos de concentração nazista, razão pela qual o termo nasce com muita aceitação e profunda significação, ainda que sem propriamente um corpo de doutrina.

4. A bioética não possui um método próprio. As diversas ciências que participam do diálogo de construção científica da bioética levam a esse diálogo os seus métodos. É o caminho metodológico das diversas ciências que constituem o método da bioética. E, ainda que isso corresponda a criar um nível de método composto por um complexo metodológico, não se pode simplificar o objeto que é essencialmente complexo sem correr o risco da superficialidade ou erro no resultado.

5. Os modelos de interpretação dos fenômenos bioéticos historicamente são construídos por meio de princípios, embora outros modelos tenham sido propostos, posteriormente, como crítica.

6. As formulações principiológicas da bioética costumam apresentar falhas por se fundamentarem em estatutos morais ou ideologias de seu

formulador ou, ainda, por não especificar a categoria ontológica a qual pertencem seus princípios, e o que seriam tais princípios.

7. Diante da natural ausência de construção histórica de axiomas cabíveis para integrar normativamente o ordenamento, os modelos hermenêuticos principiológicos da bioética servem como substrato para o reconhecimento de novos parâmetros normativos do suporte fático jurídico.

8. A construção do biodireito iniciou-se antes pelos tribunais para, só então, ser feita doutrinariamente. É a judicialização de questões bioéticas que tornaram necessário o debate jurídico sobre os conflitos éticos do domínio da vida por meio da biotecnologia.

9. A formulação do biodireito como uma área cartesiana do conhecimento científico jurídico pressupõe a organização do conhecimento dessa área estruturada em um suporte epistemológico de princípios. É essa capacidade de orientar e organizar um microssistema jurídico temático que possibilita diferenciar os princípios epistemológicos dos princípios gerais do Direito ou dos princípios constitucionais.

10. A autonomia do biodireito é reforçada pela sistematização principiológica que se dá a tal conteúdo, vez que um dos primeiros elementos que se busca compreender de uma disciplina que tenha sua natureza epistemológica formulada cartesianamente é a base principiológica da referida disciplina.

11. Ao se falar dos princípios do biodireito, verificamos a influência dos dois fatores. O primeiro está no esforço de construir a autonomia como uma nova área do Direito, sistematizando seu conteúdo por meio de vetores argumentativos que melhor propiciem sua compreensão, além de estabelecer didaticamente a análise de seu conteúdo. O segundo fator está na abertura do biodireito, seguindo o paradigma da jurisprudência dos valores em que, a pretexto de realização da Justiça ou de adequação do Direito, criam-se princípios conforme a necessidade casuística.

12. A ideia de analisar as fontes do direito de uma área jurídica endossa sua autonomia, seus limites didáticos, técnicos e epistemológicos.

Desde a base constitucional que fundamenta a área em questão às leis que compõem o microordenamento jurídico, sua interpretação pelos tribunais diante da casuística e as análises sistematizantes dada pela doutrina. No caso do biodireito, a definição epistemológica pelo modelo cartesiano de sua fonte não é possível pois não há um “código” que sirva de fundamento, tampouco um conjunto de leis definidas que suficientemente seja amostral do conteúdo do biodireito. O biodireito se serve de todo o programa normativo disponível para conseguir responder a demanda fática feita ao Direito.

13. A jurisprudência em biodireito possui funções que vão além de complementar, suplementar e interpretar, pois costuma casuística e discricionariamente ser o próprio marco regulador do tema, e as decisões não possuem um parâmetro básico comum.

14. O acesso hermenêutico da realidade ao programa normativo permite a superação da visão obsoleta de um positivismo legalista que não dá conta da complexidade apresentada pelo mundo ao qual ele é aplicado. A norma surge, nesse sentido, como um produto mediado pela linguagem a partir da concretização do texto normativo considerando o âmbito normativo do problema ao qual se aplicará.

15. A interpretação no pós-positivismo é um ato condicionado pela historicidade. No modelo hermenêutico de compreensão jurídica, inexistente interpretação destituída do tempo, razão pela qual a atividade interpretativa é sempre histórica e o texto somente é abordado a partir da historicidade do intérprete. O problema normativo da relação entre Direito e realidade somente pode ser entendido como uma teoria da prática jurídica que tenha por escopo investigar as condições essenciais para a realização do Direito.

16. É necessário superar a dicotomia da “questão de fato” e “questão de direito”, pois não é possível uma distinção metodológica entre o que seria um e outro e, mais que isso, um não prescinde do outro para ser operacionalizado.

17. O pós-positivismo não admite discricionariedade judicial, não há espaço para o elemento humano escolher qual resposta jurídica ao caso, dentre uma gama de possibilidades supostamente jurídicas. Tanto a Administração quanto o Judiciário interpretam a lei para proferir o ato administrativo ou a

decisão, e ambos poderes estão vinculados à Constituição, o que lhes obriga a proferir a melhor decisão constitucionalmente possível ao caso concreto, respeitando os direitos fundamentais e demonstrando, como fundamentação, porque aquela é a melhor solução do que outra. Só há, dessa forma, uma única resposta correta para cada questão jurídica apresentada, de outro modo não há como o direito ter integridade.

18. Uma decisão judicial só estará *justificada* não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, mas também quando respeita a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade. A manutenção da decisão judicial como integridade implica que a interpretação jurídica tenha uma descrição coerente da ordem jurídica em seu conjunto, levando em conta toda a principiologia constitucional.

19. Apenas no contexto em que se concebe o Direito pós-positivista é possível se falar na existência de um conhecimento biojurídico, ou no biodireito, em especial por alguns dos elementos do pós-positivismo que permitem a articular a sua complexidade.

20. Ao se analisar as questões que envolvem biotecnologia e justificar a aplicação ou afastamento de incidência dentro do programa normativo, é preciso afastar-se da falácia da forma lógica, da operação meramente mecânica ao decidir, para construir a norma aplicada a partir da interpretação do suporte normativo mediante o âmbito hermenêutico ao problema apresentado. Foge-se do conforto que o silogismo dá ao intérprete para demandar uma construção racional e argumentativa que analise os três elementos de uma norma no pós-positivismo: o suporte normativo, o âmbito hermenêutico (e também as compreensões pré-hermêuticas possíveis) e a adequação aos elementos do problema apresentado.

21. Só é possível formular o biodireito no paradigma pós-positivo porque não opera diante de linguagem prescritiva, com enunciados descritivos, mas sim mediante uma reconstrução do discurso que representa o suporte normativo. Essa reconstrução respeita o fator da historicidade da interpretação, pois não há interpretação destituída do tempo.

22. O biodireito é compreendido enquanto um recorte temático do Direito, e não se pode falar em uma fragmentação do fenômeno jurídico para melhor compreendê-lo, e tampouco estamos diante de um conteúdo científico que fora simplificado para melhor determinação do método ao qual se deve ser aplicado. Antes, o objeto do biodireito, que é o domínio da vida pelas biotecnologias e suas consequências, é um problema sistêmico apresentado pela sociedade civil ao qual toda a ciência jurídica articula seu conhecimento e métodos para tentar compreender e sistematizar normativamente. Dessa forma, o biodireito demanda conhecimentos específicos de cada área cartesiana do direito, bem como demanda a interação entre cada uma das áreas.

23. A maneira de se estruturar o biodireito não pode ser com base nas clássicas formulações do conhecimento científico jurídico específico, com base em princípios e sistemas normativos que representem os dogmas do conhecimento positivo de completude do ordenamento para lidar com aquele fato. Deve ser proposto como uma função do conhecimento jurídico em torno dos problemas apresentados pela bioética e o domínio da vida pela biotecnologia.

24. No biodireito, o suporte fático apresenta inúmeras dificuldades, seja pelo ineditismo, seja pelo pouco consenso científico que há acerca das informações, ou ainda das inesperadas aplicações médicas e não médicas que precisam ser extensamente detalhadas para a melhor causalidade normativa possível. Essa complexidade, todavia, não implica em licença poética para se recorrer à argumentação livre por meio de princípios para encontrar alguma resposta que possa soar agradável, embora não necessariamente jurídica ou constitucional.

25. Tanto quanto em qualquer outra área do Direito, a previsibilidade e a segurança jurídica e respeito às bases democráticas e às instituições são necessárias para a estabilidade do Direito enquanto ciência e enquanto instituição social, ou seja, tanto para sua própria sustentação enquanto ficção normativa, quanto para o funcionamento social. O biodireito não pode, portanto, valer-se de uma licença poética para ser a única área que pode ter livre discricionariedade no momento de decisão.

26. O modelo decisório pautado no sistema binário vencedor/vencido é insuficiente para lidar com a complexidade fática das biotecnologias. Em primeiro lugar, a base axiológica com o qual se constitui a moralidade social é fluida, ou seja, a apreciação social de um fenômeno pode ser inicialmente negativa e, posteriormente, positiva, demonstrando que as tensões políticas, religiosas e socioculturais não se assentam, mas alteram conforme circunstâncias distintas. Em segundo lugar, a compreensão de uma biotecnologia nem sempre será pacífica nas próprias ciências da vida. A decisão jurídica não pode cristalizar uma compreensão e não possibilitar a revisão daquela posição, seja pelo avanço científico, seja pela nova compreensão da comunidade científica acerca da biotecnologia disponível.

27. Uma resposta constitucionalmente correta a uma questão envolvendo biodireito é uma resposta que (1) respeite a Constituição, (2) estabeleça o estado do conhecimento científico sobre o objeto sobre o qual se decide e (3) possibilite a revisão pela defasagem da base de conhecimento sobre o qual se decidiu com um novo estágio de desenvolvimento do conhecimento científico acerca do objeto, bem como (4) permita que representantes da comunidade científica e da sociedade civil participem da construção da decisão para tanto ajustar a interpretação do complexo suporte fático quanto a interpretação e aplicação do suporte normativo a tal complexidade.

28. A proceduralização jurídica implica em uma mudança na forma como se compreende e distribui o peso das fontes jurídicas habituais, pois há uma queda na importância do direito legislado para dar maior predileção a um fazer direito dentro da sociedade como resultado de conflitos internos, e a um valor maior do direito feito pelo juiz como agente sensível e capaz de refletir normatividades sociais. O Direito precisa propiciar mecanismos em que o Tribunal possa agir como um “árbitro de interesses”, propiciando que as partes possam interagir, definindo condições amplas de interação de instituições que clamam por um direito para decidir e uma parte nos procedimentos de decisão.

29. A complexidade do conhecimento das ciências da vida dificulta a compreensão das implicações éticas possíveis e, conseqüentemente, também dos impactos jurídicos que uma nova biotecnologia implica. Essa peculiaridade

implica que uma formulação epistemológica do biodireito implica desde o começo uma abertura do processo de criação do suporte normativo jurídico, bem como do processo decisório.

30. Se a abertura do biodireito considera a utilização de meios técnico-científicos estruturados para a criação do textos normativos no suporte normativo que sejam adequados e atualizados com o conhecimento científico disponível e que não viole direitos fundamentais estabelecendo ou vedando condutas que os realize de forma indevida, a atualização é uma característica que o biodireito necessita ter pela peculiaridade da dinâmica de desenvolvimento não linear, mas rápido, com consequências que mudam significativamente a forma de aplicação e compreensão de terapêuticas, necessitando, também, atualizar a consequência normativa que há sobre tais técnicas.

31. A complexidade do encontro do Direito com as ciências da vida e suas biotecnologias não esteja somente acompanhada de abertura a novos sujeitos legitimados à nomogênese e também sua periódica revisão e atualização, mas também seja atento às considerações dos casos particulares. O suporte fático, além de complexo, apresenta variabilidades que, por menores que sejam, implicam em considerações completamente diferentes. Assim, ainda que o texto normativo preveja técnicas de abertura e atualização do ordenamento, é preciso que a decisão judicial seja o elemento de prudência ao considerar o âmbito normativo de aplicação do suporte normativo. Detalhes que possam parecer pequenos e insignificantes representam grandes consequências quando se analisa casos envolvendo o domínio da vida, biotecnologias e o Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 909

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 185-345.

———; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução ao estudo da filosofia e da teoria do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

———; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Posner vs. Dworkin: um debate sobre o lugar da teoria no direito. Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ABUMROD, Jad. The Imperfect Plaintiffs. *More Perfect*, 28 jun. 2016. Podcast. 1 MP3 (64 min.). Disponível em: <<https://goo.gl/28FMPu>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

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

AGUILÓ REGLA, Josep. Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxas, Cuadernos de filosofía del Derecho*, n. 30. Alicante: 2007.

ALMEIDA, Emanuel Dhayan Bezerra de. A influência do racionalismo no sistema jurídico. *Direito e Liberdade*. v. 12, n. 2, p. 77-104.

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

ÁRNASON, Vilhjálmur. Guest editorial. *Cambridge quarterly of healthcare ethics*, v. 21, n. 2, p. 150-153, abr. 2012.

ARRAS, John D. The Jewish chronic disease hospital case. In: EMANUEL, Ezekiel J. *et al. Oxford textbook of clinical research ethics*. Nova York: Oxford University, 2008.

ASCHHEIM, Steven. Nietzsche, Anti-Semitism and the Holocaust. In: GOLOMB, Jacob (ed.). *Nietzsche & Jewish culture*. Nova York: Routledge, 1997.

AULISIO, Mark. Why did hospital ethics committees emerge in the US? *AMA J Ethics*. 2016, v. 18, n. 5, p. 546-553.

BAMBACH, Charles. *Heidegger's Roots: Nietzsche, national socialism and the Greeks*. Ithaca and London: Cornell University, 2003.

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

BEECHER, H.K. Ethics and Clinical Research. *The New England Journal of Medicine*, v. 274, p. 1354-1360, 16 jun. 1966.

BENAYAS, Carlos De La Veja. *Introducción al derecho judicial*. Madrid: Montecorvo, 1970.

BENJAMIN, Antonio Herman. *O direito do consumidor*. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1277313638.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2018.

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

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BORRY, P.; SCHOTSMANS, P.; DIERICKX, K. The birth of the empirical turn in bioethics. *Bioethics*, v. 19, p. 49-71, 2005.

BRANDT, Allan M. Racism and research. The case of the Tukesgee syphilis study. *Hastings center report*, v. 8, n. 6, p. 21-29, 1978.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicuscuriae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BYK, Christian. *Tratado de Bioética*. São Paulo: Paulus, 2015.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del derecho*. n. 21, vol. 1, 1998.

CARNIO, Henrique Garbellini. Filosofia do direito processual e procedimentalização do Direito. *Revista de Processo* v. 231, p. 367-378, São Paulo: RT, maio/2014.

CASTANHEIRA NEVES, António. O sentido actual da metodologia jurídica. *Boletim da faculdade de direito*. Volume comemorativo do 75º tomo do BED. Coimbra, Universidade de Coimbra, 2003.

CERRI, Augusto. *Corso digiustizia costituzionale*. 5.ed. Milano: Giuffrè, 2008.

Cf. CAPLAN, Arthur L. Twenty years after. The legacy of the Tuskegee syphilis study. When evil intrudes. *Hastings center reports*, v. 22, n. 6, 1992.

Cf. HEISENBERG, Werner. *A Imagem da Natureza na Física Moderna*. Lisboa, Livros do Brasil, s. d. Coleção vida e cultura v. 91.

Cf. STEIN, Ernildo. *Sobre a verdade*. Lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo. Unijuí: Ijuí, 2006.

Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CHAVES, M. Complexidade e transdisciplinaridade: uma abordagem multidimensional do setor saúde. *Revista brasileira de educação médica*, v. 22, n. 1, p. 7-18, 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.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CORNELL, Drucilla. *Philosophy of the limit*. 1992.

COSTA, Philomeno. *Autonomia do Direito Comercial*. São Paulo: RT, 1956.

D'AGOSTINO, Francesco. *Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 95.

DIAMOND, Eugene F. The Willowbrook experiments. *The linacre quarterly*, v. 40, n. 2, p. 133, 1973.

DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. São Paulo: Zahar, 1977.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. 2. ed. Cambridge, 1996.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELIANTONIO, Mariolina. The Proceduralisation of EU Environmental Legislation: International Pressures, Some Victories and Some Way to Go. *Review of European Administrative Law*, vol. 8, n. 1, pp. 99-123. Paris: Paris Legal Publishers, 2015.

ELIANTONIO, Mariolina. Concluding thoughts: legitimacy, rationale and extent of the incidental proceduralisation on EU law. *Review of European Administrative Law*, vol. 8, n. 1, p. 177-204, Paris: Paris Legal Publishers, 2015.

ENGELHARDT Jr., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980.

———. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus Curiae em números: nem amigo da corte, nem amigo da parte?* *Revista de Direito Brasileira*. V. 16, n. 7, p. 169-185, São Paulo, jan.-abr./2017.

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

FIRST, Henderson. A importância das ideologias para a bioética e o biodireito. *Revista dos acadêmicos de direito da UNESP*, v. 14, p. 211-240, 2011.

FISCHER, Eugene. *Das Problem der Rassenkreuzung beim Menschen*. Freiburg i.B.: Speyer & Kaerner, 1914.

FISCHER, Eugene. *Die Rehobother Bastards und das Bastardierungsproblem beim Menschen*. Graz: Adeva, 1961.

FISCHER, Eugene; BAUR, Erwin; LENZ, Fritz. *Menschliche Erblchkeitsleher*. Berlin: Ullstein, 1927.

FOSTER, Julie. The real “Jane Roe”: famed abortion lawsuit plaintiff says uncaring attorneys “used” her. WorldNetDaily, 4.fev.2001. Disponível em: <<https://goo.gl/AfC4mc>>.

FRITH, Lucy. Empirical ethics: a growing area of bioethics. *Clinical ethics*, v. 5, p. 51-53, 2010.

GADAMER, Georg-Hans. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. v. II.

GALILEI, Galileu. *O ensaiador*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

GALVÃO, Kécia da Silveira et. al. Análise dos modelos de precificação de ativos sob uma abordagem epistêmica do positivismo/pós-positivismo e do construtivismo. *Cadernos EBAPE*, v. 14, n. 1, jan./mar. 2016, p. 228-242.

GOLDMAN, Louis. The Willowbrook debate: concluded? *World medicine*, v. 9, n. 2, 1973.

GOLOMB, Jacob; WISTRICH, Robert Solomon. *Nietzsche, godfather of fascism? On the uses and abuses of a philosophy*. Princeton and Oxford: Princeton University, 2002.

GRACIA, Diego. *Fundamentación e enseñanza de la bioética*. Bogotá: Búho, 1998.

GRACIA, Diego. *Fundamentos de bioética*. Eudema, 1989.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Reapreciação da autopoiese do Direito na pós-modernidade. *Revista opinião jurídica*. N.11, 2009, p. 279-295.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997.

HABERMAS, J. Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? **Kritische Justiz**, n. 20, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

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

HOSSNE, William Saad. Bioética – princípios ou referenciais. *Mundo Saúde*, v. 30, p. 673-676, out./dez. 2006.

HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do homem*. São Paulo: Zahar, 1982.

BARON, J. *Against Bioethics*, MIT Press, 2006.

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

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

JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a civilização tecnológica*. RJ: Contraponto, 2006.

JONSEN, Albert. An alternative or a complement to principles? *Kennedy Institute of Ethics Journal*, v. 5, p. 237-251, sep. 1995, p. 237-251.

JUNGES, José Roque. *Bioética: hermenêutica e casuística*. São Paulo: Loyola, 2006.

JUNGUES, José Roque. O nascimento da Bioética e a constituição do biopoder. *Acta Bioethica*. Santiago, CL, v. 17, p. 171-8, nov. 2011.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

———. *Nietzsche*. New Jersey: Princeton University, 1974.

———. *Metodologia das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho*. Mexico: UNAM, 1982.

———. *Reine Rechtslehre*. Viena: Deuticke, 1934.

KENNEDY, Dunkan. *Commenton Rudolf Wiethölter's Materialization and Proceduralization in Modern Law and Proceduralization of the Category of Law*.

KRISLOV, Samuel. The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy. *The Yale Law Journal*, v. 72, 1963.

KRUGMAN, Saul. The Willowbrook hepatitis studies revisited: ethical aspects. *Reviews of infectious diseases*, v. 8, n. 1, 1986.

LADEUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo. Entre teorias e espantalhos – Deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEDFORD, H. The disruptor. *Nature*, 522, 20–24. Disponível em: <<http://www.nature.com/news/crispr-the-disruptor-1.17673>>.

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

LO FARO, Antonio. *Reality and Myth of Collective Bargaining*; LOMFELD, Bertram; SOMMA, Alessandro; ZUMBANSEN, Peer. *Reshaping Markets: Economic governance, the Global Financial Crisis*.

LUHMANN, Niklas. Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem. In: *Rechtstheorie*, n. 21, 1990.

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 social*, v. 18, n. 2, p. 304-311, jun. 2009.

MACINTYRE, Ben. *Forgotten fatherland: the search of Elisabeth Nietzsche*. Nova York: Farrar Straus Giroux, 1992.

MALCOLM, Andrew. Nancy Cruzan: end to long goodbye. **The New York Times**. 29.12.1990. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1990/12/29/us/nancy-cruzan-end-to-long-goodbye.html>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

MESSARI, Nizan; NOGUEIRA, João Pontes. *Teorias das Relações Internacionais – correntes e debates*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MONTE, Izadora Xavier do. O debate e os debates: abordagens feministas para as relações internacionais. *Estudos Feministas*, v. 21. Florianópolis, jan-abril/2013.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOAKES, Jeremy; PRIDHAM, Geoffrey. *Nazism, 1919-1945: foreign policy, war and racial extermination: a documentary reader*. Cornwall: University of Exeter, 1998.

PINARDI, Roberto. *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*. Milano: Giuffrè, 2007.

PIOVEZAN, Stephanie. 2015. Pacientes pedem na justiça que USP forneça cápsulas no combate ao câncer. *Portal G1*, 17 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2015/08/pacientes-pedem-na-justica-que-usp-fornecacapsula-de-combate-ao-cancer.html>>.

Acesso em: 1 jun. 2016.

POIRIER, René. Prefácio. In: PARAIN-VIAL, Jean. *Philosophie des Sciences de la Nature. Tendances Nouvelles*. Paris, Klincksieck, 1983.

POTTER, V. R. Bioethics: the science of survival. *Perspectives in biology and medicine*, v. 14, n. 1, 1970.

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

PROCTOR, Robert. *Racial hygiene: medicine under the nazis*. Cambridge: Harvard University, 1988.

QUINTANAS, Anna. *Bioética, biopolítica e tanatopolítica*. A obsessão doentia pela saúde perfeita. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/536257-bioetica-uma-etica-para-a-vida-entrevista-especial-com-anna-quintanas>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*, 1972.

REGLA, Josep Aguiló. Fuentes del Derecho. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. v. 2.

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

REICHENBACH, H. *From Copernicus to Einstein*. Nova Iorque: Dover Publications, 1970.

Roscoe Pound *Interpretations of Legal History*, Cambridge University Press, 1923, I.

S. Ranchordás, SunsetClausesand Experimental Regulations: Blessingor Curse for Legal Certainty?, *Statute Law Rev.*, 2014, 1 Disponível em: <<http://slr.oxfordjournals.org/content/early/2014/02/11/slr.hmu002.abstract>>.

S.A.M. McLean, Mitochondrial DNA Transfer. Some Reflectionsfromthe United Kingdom, *BioLawJournal*, 2015, II, 81

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *Contrato futuro*. São Paulo: Cultura, 2000.

SANTANIELLO, Weaver. Nietzsche and the Jews. In: GOLOMB, Jacob (ed.). *Nietzsche & Jewish culture*. Nova York: Routledge, 1997.

SANTANIELLO, Weaver. *Nietzsche, God and the Jews*. Albany: State University of Nova York, 1994.

SANTOS, Boabentura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos avançados*. V. 2, n. 2, São Paulo, maio/ago. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141988000200007>.

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

SCHRAMM, Fermin Roland. Uma breve genealogia da bioética em companhia de Van Rensselaer Potter. *Bioethikos*, v. 5, n. 3, p. 302-310, 2011.

CRAVENAT, L. et al., Research in to Policy: A Brief History of Mitochondrial Donation, *Stem Cells*. Feb. 2016, n. 34, v. 2, p. 265-267. Mais informações em: <<http://www.hfea.gov.uk/9935.html>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

SHAFER, J. K.; USILTON, Lida J.; GLEESON, Geraldine A. Untreated syphilis in the male negro. *Public health reports*, v. 69, n. 7, 1954.

SHIRER, William. *The rise and fall of the third Reich*. Nova York: Simon and Schuster, 1960.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: LTr, 2002.

SOFAIR, André N.; KALDJIAN, Lauris C. Eugenic sterilization and qualified nazi analogy: the United States and Germany, 1930-1945. *Annals of internal medicine*, v. 132, n. 4, p. 313-317, 2000.

SPOTA, Alberto G. *O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

STEIN, Ernildo. *Melancolia: ensaios sobre a finitude no pensamento ocidental*. Porto Alegre: Movimento, 1976.

STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*. Porto Alegre: LP&M, 1988.

STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

———. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan.-jun. 2010.

———. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 509.

SUGARMAN, J.; FADEN, R.; WEINSTEIN, J. A decade of empirical research in bioethics. In: SUGARMAN, J.; SULMASY, D. (eds.). *Methods in medical ethics*. Georgetown: Georgetown University Press, 2001.

TEUBNER, Gunther. *Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter*.

TOMAZELA, José Maria. 2015. TJ suspende distribuição de suposto remédio contra câncer. *Estado de S. Paulo*, 29 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral/tj-suspende-distribuicao-de-suposto-remedio-contracancer,1771233>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

TUSHNET, Mark. Roe vs. Wade. In: HALL, Kermit L. (ed.). *The Oxford guide to United States Supreme Court Decisions*. Oxford University Press: 1999.

UKOVSKÁ, Barbora. Perpetrando o bem: as consequências não desejadas da defesa dos direitos humanos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 5, n.9, p.6-21, São Paulo, dez. 2008.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papyrus, 2002.

VERESSAYEV, Vikenty. *The memoirs of a physician*. Nova York: Alfred Knopf, 1972.

WAGNER, Richard. *Das Judentum in der Musik*. Leipzig: Verlagsbuchhandlung von J. J. Weber, 1869.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: SafE, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *Por quem cantam as sereias*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

WARAT, Luis Alberto; PEPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Moderna, 1996.

WEINMEYER, Richard. Legal Constraints on Pursuit of a “Good Death”. *AMA Journal of Ethics*. Virtual Mentor, v. 12, 2013, p. 1.056-1.061.

WIETHÖLTER, Rudolf. Begriffs-und Interessenjurisprudenz – Falsche Fronten Im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm. Festschrift für Gerhard Kegel. Frankfurt, 1977.

———. Materialization and proceduralization in modern law. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin e Nova Iorque: 1986.

———. *Proceduralization of the Category of Law*.

———. Social Science models in economic law. In: DAINTITH, T.; TEUBNER, Gunther (eds.). *Contract and organisation*. Berlin e New York, 1986.

———. *Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers*. Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 1988.

ZEHFUSS, Maja. *Constructivism in International Relations: The Politics of Reality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.