

## 1. INTRODUÇÃO

O emprego associado dos termos Bioética e Biodireito é encontrado de diversas formas, principalmente, envolvendo à saúde, aos avanços científicos, biotecnológicos e biomédicos. O presente artigo pretende distinguir e relacionar estes termos à partir da Teoria do Discurso de Jurgen Habermas.

Atualmente, somente parte das questões que derivam da Bioética são regulamentadas pelo Biodireito e levadas ao conhecimento dos seus aplicadores, que muitas vezes sequer conhecem a sua matéria, uma vez que os progressos científicos, biotecnológicos, médicos evoluem cada vez mais rápidos e de maneira especializada. Assim, percebe-se que há muitos desafios e que o Biodireito, que se embasa na Bioética, deverá ser discursivo na construção das normas jurídicas, na aplicação e julgamento das demandas judiciais.

Diante de tal situação, realizou-se o presente trabalho, apontando-se como problema a ser discutido, a necessidade de se utilizar a Teoria discursiva na Bioética e no Biodireito de forma a promover a inter e a transdisciplinariedade.

Considerando como hipótese a ser confirmada ou não nas considerações finais do trabalho, constatou-se, inicialmente, que o Biodireito, como ramo do Direito, tem como objetivo a regulamentação discursiva das normas para as questões vinculadas à Bioética, que se relacionam a existência humana e a adequação aos princípios constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro. E que relacionado discursivamente à Bioética, torna-se mecanismo para a preservação da dignidade humana, já que atua sob o enfoque dos direitos fundamentais, reforçando o seu caráter preventivo.

Assim, apresentar-se-á uma interpretação sistemática de estudos e normas que tenham por finalidade proteger a vida humana ante o interesse do desenvolvimento científico.

Para isto, utilizar-se-á o método dedutivo, pois o raciocínio parte de uma proposição geral, para construir uma proposição discursiva concreta, a fim de compreender a aceitação do risco pelo participante em pesquisas científicas. Ainda, mencionar-se-á o resultado da pesquisa bibliográfica e de artigos científicos nas áreas: da Teoria discursiva, Bioética, Biodireito e legislações pertinentes.

## 2. DA BIOÉTICA AO BIODIREITO: diferenças e pontos em comum

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

O neologismo Bioética foi formado a partir da união de *bio* e *ética*, ambos de origem grega. *Bios* significa vida, enquanto *ethos* é o termo grego do qual a ética é derivada. A sua autoria gera polêmicas, acreditava-se que sua criação teria sido no início da década de 1970, mas, em 1997, o Professor alemão Rolf Lothar, mencionou em uma conferência em Tübingen, que Paul Max Fritz Jahr foi o verdadeiro precursor, tendo utilizado o termo “*Bio-Ethik*”, em 1927, no seu artigo *Bio-Ethics: A Review of the Ethical Relationships of Humans to Animals and Plants* (Bioética: uma revisão do relacionamento ético dos humanos em relação aos animais e plantas). Neste trabalho, Fritz Jahr defendeu a necessidade de se respeitar todos os seres vivos, ele enxergava a Ética não somente à sua frente, mas ao seu redor. (PESSINI, 2013, p. 9-16)

O termo Bioética foi utilizado, pelo biólogo e oncologista, Van Rensselaer Potter, pesquisador e professor no laboratório McArdle da Universidade de Winsconsin nos Estados Unidos, no artigo *Bioética: Ciência da Sobrevivência* (*Bioethics: the Science of Survival*) e se popularizou em 1971 com a publicação do seu livro *Bioética: a ponte para o futuro* (*Bioethics: Bridge to the Future*), que apareceu na mídia pela primeira vez em 19 de abril de 1971, no artigo publicado na revista *Time* intitulado *Man into superman: the promise and peril of the new genetics*, no qual o livro de Potter foi citado. A dedicatória desse livro foi feita a Aldo Leopold, professor da mesma instituição, pioneiro na pesquisa da ética ecológica.

A proposta de Potter neste momento de seu trabalho era considerar a Bioética: a “ciência da sobrevivência humana”; “a ponte entre a ciência e as humanidades”; como forma de enfatizar “os dois componentes mais importantes para se atingir uma nova sabedoria, que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos”. Assim, a Bioética, diante das ameaças à vida humana e

ao meio ambiente, seria uma ponte entre o conhecimento científico e a preservação da vida no nosso planeta, entre as ciências biológicas e a ética.

André Hellegers, obstetra holandês, da Universidade de Georgetown, fundou o Instituto Joseph e Rose Kennedy para o Estudo da Reprodução Humana e da Bioética (*Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*). Posteriormente, o termo Bioética foi retirado do nome deste instituto, cuja denominação atual é Instituto Kennedy de Ética (*Kennedy Institute of Ethics*) e cuja criação vem sendo considerada de extrema importância para a expansão da Bioética, pois foi o primeiro Centro Nacional de Pesquisa sobre Bioética como também o primeiro programa de pós-graduação em Bioética do mundo.

A abordagem da Bioética proposta por Hellegers foi muito diferente da de Potter. Aquele abandonou o viés ambiental deste, tendo restringido a Bioética à ética aplicada ao âmbito da Medicina e das Ciências Biológicas. Para Hellegers, o termo deveria ser utilizado apenas para se referir à ética da vida humana. Sua principal preocupação diante do avanço das Ciências Biológicas é com o ser humano e ao que ele se relaciona. Assim, pode-se afirmar que há problemas de Macrobioética, com inspiração na perspectiva de Potter; de outro, problemas de Microbioética ou Bioética clínica, baseada na visão de Hellegers, que influenciou as definições expostas a seguir.

Para Bioética, principalmente para a Microbioética que possui o homem como objeto material, o ser humano é simultaneamente seu sujeito e objeto de seu estudo. Baseando-se no fato de que o homem sofre as consequências das ações que realiza sobre si mesmo e sobre o meio ambiente, a Bioética propõe uma reflexão sobre o comportamento humano por meio de debates, argumentações e contra-argumentações, abrindo espaço para discussões e críticas construtivas. Um dos seus interesses é acompanhar o progresso biotecnológico de perto, procurando entender seu objetivo e objeto, para refletir a respeito dos riscos e benefícios que este poderá desencadear.

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

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

Portanto, o Biodireito é um ramo do Direito que tem como objetivo mediar e controlar os desenvolvimentos biomédicos e biotecnológicos, ou seja, regulamentar, solucionar os seus conflitos e questões vinculadas às pesquisas que se relacionam direta ou indiretamente com a existência humana de forma coerente com o ordenamento jurídico.

Com ele é possível estabelecer uma forma de controle jurídico, capaz de coagir aquele que ultrapassar o limite imposto ao mundo científico, pois apesar de a Bioética possuir princípios próprios, o Biodireito além de levá-los em conta tem em mente os princípios constitucionais reguladores do ordenamento jurídico vigente. Portanto, os princípios constitucionais, juntamente com os princípios da Bioética, constituem o cerne estrutural do Biodireito. (MOREIRA, 2007, p.123).

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

A Bioética e o Biodireito não se confundem, mas se relacionam na medida em que ambos possuem a vida humana e seus desdobramentos como objetos.

### **3. BIOÉTICA e BIODIREITO: à partir da Teoria do discurso**

Na tradição ocidental Lima Vaz ressalta que a ética é uma expressão cultural, pelo fato de o saber ser uma das formas de expressão da cultura. Essa mostra toda uma face voltada para o dever-ser do indivíduo e não apenas para a continuação do seu ser: nela, o indivíduo encontra, além do sistema técnico que assegura sua

sobrevivência, o sistema normativo que lhe impõe sua auto-realização. Assim, a cultura é inseparável do *ethos* (LIMA VAZ, 1993, p. 41).

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

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

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

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

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

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

Para García Máynez, a Ética como um dos ramos da Filosofia geral tem como objeto a moralidade positiva. Por conseguinte, a Ética aparece dividida em dois setores: o problema do dever e o do valor. Entre ambos existe uma correspondência já que a pergunta “O que devemos fazer?” depende logicamente da resposta que se dá à interrogação “O que é valioso na vida?”.

Na história ocidental, de acordo com a divisão proposta por García Máynez, o pensamento ético possui quatro formas fundamentais, a saber: Ética empirista, Ética de bens, Ética formal e Ética dos valores (GÁRCIA MÁYNES, 1990, p. 13). Mas, deve-se chamar atenção para o fato de que García Máynez produziu a primeira edição de seu livro em 1944, época em que ainda não havia se desenvolvido a Ética do Discurso, que será então incluída nessa divisão.

Assim, deve-se incluir a Ética do Discurso como forma fundamental do pensamento, e considerar que à luz do Paradigma do Estado Democrático de Direito, ela é a que mais contribui para o bem-estar do homem, pois respeita os homens em sua totalidade, consagrando a liberdade, a igualdade de todos e o respeito à diferença.

O Estado Democrático de Direito se distingue dos demais modos de organização estatal moderno por ser uma forma de vida adequada à sobrevivência de uma sociedade pluralista, ao reconhecer como constitutiva da democracia contemporânea o fenômeno do pluralismo e do multiculturalismo. (GALUPPO, 2002, p. 20-21). Por esse motivo, no Estado Democrático de Direito não se pode eliminar qualquer projeto ou qualquer valor, devendo ser reconhecidos todos os projetos de vida, inclusive os minoritários.

Nesse paradigma, através do resgate discursivo fundamentado na racionalidade comunicativa dos processos decisórios, a Bioética e o Biodireito podem ser adequados à afirmação de direitos humanos. Assim, acredita-se que os novos temas que surgem das descobertas da Biomedicina e da Biogenética e os conflitos bioéticos deles provenientes podem ser solucionados.

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

Desta forma, a Bioética e o Biodireito podem orientar e limitar as pesquisas e práticas relacionadas à saúde e vida humanas, consagrando a liberdade, a igualdade de todos e o respeito à diferença. Esta compreensão no marco do Estado Democrático de Direito assinala a contingência da vida humana, bem como a possibilidade e a necessidade de escolher entre caminhos distintos nas sociedades plurais modernas. A abertura para uma maior participação da sociedade civil, por via da interação comunicativa na esfera pública, alcança os problemas gerados pelos avanços biotecnológicos, a responsabilidade com as gerações futuras e a justiça entre gerações.

Nas atuais sociedades modernas e complexas não existe apenas uma concepção de vida boa. A resposta para problemas que envolvam o ser humano, no contexto *bio*, pode ser diferente em cada sociedade de acordo com sua concepção de vida boa. O discurso poderá possibilitar o encontro de respostas racionalmente aceitas para os eventuais questionamentos.

Diante da incerteza e do dissenso que pode surgir, o Direito (Biodireito) como integrador social deve regulamentar essas questões, de forma discursiva, seja para, em alguns casos, impor padrões mínimos de conduta, seja para, em outros casos, assegurar a autonomia da vontade.

A Teoria do Discurso de Jurgen Habermas é adequada ao momento atual, porque é democrática, neutra, baseada na racionalidade comunicativa, consagrando a igualdade de todos. Este autor pode ser considerado o maior sociólogo, filósofo, jurídico e pensador vivo. Ele iniciou seu trabalho no início da década de 60 e, ainda hoje, está em plena atividade.

A partir de 1992, com a publicação de *Direito e Democracia entre Faticidade e Validade*, Habermas relacionar cooriginariamente o Direito e a Moral. Nesse sentido, o Direito não pode ser justificado apenas na política legislativa ou na jurisdição, pois passa a ser fundamentado em um Princípio do Discurso que é neutro e cooriginário em relação ao princípio moral.

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

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

Entretanto, não se pode confundir o consenso fático com o consenso discursivo. Habermas defende que, em uma situação ideal, com liberdade e igualdade, não seriam acordadas decisões arbitrárias, pois o Discurso é imparcial, ou seja, a fundamentação do Direito não se dá mais pela Moral, e sua validade é procedimental. Conforme salienta Travessoni Gomes Trivisonno, Habermas adota um conceito procedimental de legitimidade, que é fundada em uma base racional, ligada à ideia de imparcialidade. (TRAVERSSONI GOMES, 2002, p. 98).

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

A partir da análise da tensão inerente à linguagem, defende a neutralidade do Direito em relação à Moral. Portanto, o papel do Direito passa a ser o de *médium* de integração social, cuja fundamentação é discursiva. Apesar de o Direito não ser mais fundamentado na Moral, os argumentos morais continuam válidos, admitindo-se, assim, o conteúdo Moral no Direito. (HABERMAS, 1997, p.10).

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

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

Travessoni Gomes (2008) considera que o fundamento de validade do Direito foi alterado ao longo dos tempos. Em um primeiro momento, durante o jusnaturalismo, cujo caráter era dogmático e absolutista, tinha caráter material. Com



isso, a validade do Direito positivo vinha da sua concordância com o Direito natural. Em outras palavras, decorria da concordância do conteúdo dos direitos positivo e natural, cabíveis apenas em sociedades de moral homogênea. O Direito natural começou a perder sua força após a revolução francesa, dando lugar ao Legalismo do século XIX e, posteriormente, ao Positivismo do século XX.

Segundo a interpretação formalista (legalista) da escola da Exegese, a Lei era cultuada, e a separação dos poderes rígida. Com isso, o legislador fazia a lei, enquanto o juiz a aplicava de maneira mecânica. Portanto, acreditava-se que haveria apenas uma única solução de acordo com o código. A aplicação do Direito era feita a partir da interpretação lógico-dedutiva através de um silogismo no qual estão pressupostas uma premissa maior e uma premissa menor.

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

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

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

introduzindo o conceito de validade procedimental. (TRAVERSSONI GOMES, 2011, p. 319-323).

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

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

De acordo com sua Teoria Discursiva, o Direito legítimo é aquele que puder ser acordado racionalmente em um discurso que considere a igualdade dos participantes. Percebe-se, então, que o Discurso passa a ser o fundamento tanto da Moral quanto do Direito, estando um nível acima de ambos. Habermas ainda, em *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, apresenta seu modelo de Democracia que é fundamentado em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião. Portanto, não se fundamenta mais em valores ou ideais compartilhados e possui uma identidade histórica e valorativa.

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

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

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

Em Habermas o princípio do Discurso, que é princípio de universalização, incorpora a discursividade. O princípio Moral assume a forma do princípio do Discurso. Portanto, aquele princípio é obtido intersubjetivamente, de forma discursiva.

Para Habermas, as regras fazem do comportamento legal um dever, os cidadãos só podem adquirir uma figura positiva através da sua autonomia política (HABERMAS, 2003, p. 127). A pretensão segundo a qual uma norma é do interesse de todos os possíveis envolvidos tem o sentido de consenso. Segundo Habermas, esse só acontece sob condições pragmáticas de discursos onde prevalece a coerção do melhor argumento. (HABERMAS, 2003, p.137)

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

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

O Direito, mediante a institucionalização jurídica, assume a figura de um princípio da Democracia, que vem da conexão entre o princípio do Discurso e a forma jurídica. (HABERMAS, 2003, p. 157-158). Este princípio indica que a norma jurídica deve ser emanada da vontade democrática dos cidadãos. Para tanto, o procedimento legislativo deve consagrar a autonomia da vontade, que possibilita aos cidadãos a escolha das normas que regularão a convivência social.

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

Na visão discursiva de Habermas, a Democracia faz com que os indivíduos possam ser tanto destinatários quanto autores do Direito. Enquanto participantes de discursos racionais, os indivíduos, parceiros do Direito, devem poder examinar se uma norma controvertida pode ter a concordância geral de todos os possíveis atingidos.

Segundo Habermas, as regras morais e as regras jurídicas são tipos diferentes de normas de ação, que se complementam (HABERMAS, 2003, p.139). O Direito e a Moral são fundamentados no princípio do Discurso, devido ao nível pós-convencional de fundamentação, no qual a eticidade substancial se desenvolveu em seus componentes. Esse princípio é neutro, implicando a necessidade do consenso entre os destinatários para que as normas sejam válidas. Com isso, o princípio do Discurso tem abaixo de si dois princípios: o da Moral para as normas morais; e o da Democracia para as normas jurídicas.

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

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

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

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

No contrato da sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentados moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo. Os direitos do homem, fundamentados na autonomia

moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. **O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio moral e o da democracia** (HABERMAS, 2003, p 127). (grifos nossos).

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

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

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

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

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

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

Diante de um problema *bio* ético e jurídico, é necessário, em primeiro lugar, remetê-lo ao contexto e à mentalidade cultural que servem de horizonte de compreensão para o seu equacionamento. Qualquer questão relativa à vida humana depende do mundo vivencial no qual ela surge. A mentalidade determina o modo de compreender e solucionar o problema. Por isso, é importante destacar a visão sociocultural que inspira e motiva certo problema de bioética.

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

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

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

Os valores morais variam de uma pessoa para outra, devido à inexistência de uma única moralidade positiva. Por isso, à partir da Teoria do Discurso não se deve basear em convicções particulares, que geram problemas quando temas polêmicos como aborto, eutanásia, transexualismo, doação de órgão são abordados.

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

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

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

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

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

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

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

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

Enquanto participantes de discursos racionais, os cidadãos devem poder questionar se um conflito de questões referentes à vida pode ter a concordância geral de todos os possíveis atingidos. A liberdade encontra espaço entre a Bioética e o Biodireito. As questões suscitadas pela Bioética também podem ser amparadas pelo Biodireito, que não pode desprezar a contingência, devendo estar em constante construção e reformulação. Apesar de ser permitida a utilização de argumentos morais também na produção do Direito e, conseqüentemente do Biodireito, adotada a Teoria de Habermas, não é permitida sua fundamentação na Moral.

O processo de tomada de decisões sobre questões referentes à vida humana deve se aproximar o máximo possível da situação ideal do discurso. Por isso, é importante que sejam neutras, incluam todos os interessados e possibilitem a livre participação. Na prática, algumas das condições dessa situação ideal não são realizadas, devido às limitações de tempo, à falta de conhecimento de causa de todos os possíveis interessados e ao uso da coerção. A impossibilidade de uma democracia direta, o que implica a impossibilidade de todos os afetados poderem participar das discussões, é um fator limitador da legitimidade das decisões institucionais. Portanto, é preciso aprimorar os instrumentos da democracia representativa.

## **CONCLUSÃO**

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



Habermas; (iv) o que deve implicar a necessidade de aprimoramento dos instrumentos da democracia representativa.

## REFERÊNCIAS

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

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

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

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

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

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

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

FRANCO, Livia Rosa; TAVARES, F.H. Legislación Brasileña en Derecho de la Salud y de Bioética. In: **Libertad de Conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica**. Madrid: Editorial Camares, 2010.

FRANCO, Livia Rosa *et al.* Bioética e Biodireito. **Revista Síntese de Direito de Família**, v.13, p.110-140, 2011.

FRANCO Livia Rosa. **Bioética e Biodireito no Estado Democrático de Direito à luz da Teoria Discursiva**. 2011;

FRANCO, Livia Rosa. A relação do Direito Ambiental com a Bioética. **Revista Diké**. Itabirito, vol. 4, ano 3, p. 13-22, 1º semestre de 2012.

FRANCO, Livia Rosa; ANTUNES, Renan Carlos; MARQUES, Fernando Cristian. O Meio Ambiente como um Direito Humano. **Revista Diké**. Itabirito, vol. 4, ano 3, p. 59-71, 1º semestre de 2012.

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

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

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

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

GARRAFA, V; OSELKA, G.; DINIZ, D. **Saúde Pública, Bioética e equidade**. v. 25, n. 2 (2017): **Revista Bioética**, 2017.

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

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e direitos fundamentais**, 1<sup>a</sup> Edição. Saraiva, 01/2012;

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

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

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

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

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

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

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

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 2<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

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

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

PESSINI, Leo. **As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr**. 2013;

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

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

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

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Horizonte: Del Rey, 2015.

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

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

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

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

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