

BIODIREITO E DIREITO DO CONSUMIDOR – UMA INTERAÇÃO SOB A VISÃO DA CIÊNCIA DO DIREITO

* Denis Domingues Hermida

Advogado, Professor Universitário, Coordenador Regional da Escola Superior de Advocacia em Santos, Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP, Doutorando em Direito do Trabalho pela PUC/SP, Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas/SP e Especialista em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários-

SUMÁRIO:1. Introdução. 2. O biodireito. 2.1. Origem e conceito do biodireito. 2.1.1. A bioética como fonte material do biodireito. 2.1.2. O biodireito sob os prismas do direito positivo e da ciência do direito. 2.2. Das condutas objeto de regulação pelo biodireito. 2.3. Da teoria geral do biodireito aos princípios específicos do biodireito. 3. O direito do consumidor. 3.1. Panorama factual gerador do direito do consumidor. 3.2. Da justificativa da tutela do Estado em matéria de consumo. 3.3. Das condutas objeto de regulação pelo direito do consumidor. 3.4. Dos princípios específicos do direito do consumidor. 4. Da intersecção entre o “Biodireito” e o “Direito do Consumidor”. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas

1) Introdução

A ciência dogmática do direito divide o estudo do direito positivo dividindo-o em “ramos do direito”, isto é, em sub-sistemas do direito positivo como um todo. É certo, também, que o próprio direito positivo, linguagem objeto da ciência do direito (sendo esta vista como uma metalinguagem, linguagem de segundo grau e que tem como linguagem objeto o direito positivo, isto é, as normas postas), também acaba, na sua organização interna, adotando o critério de sub-sistemas, de ramos do direito, dividindo a sua *área de atuação* em ramos do direito (vide, como argumento exemplar, a forma de codificação do direito positivo brasileiro: código civil, código tributário nacional, código penal, código de processo penal, código de processo civil etc).

Se de um lado a divisão do direito (seja como ciência do direito, seja como direito positivo) é procedimento fragmentador, analítico, de cunho eminentemente didático, facilitador da compreensão do direito como um todo, de outro lado não podemos nos afastar de que o direito positivo, pelo menos quando

visto sob o foco de um determinado Estado, é um só sistema, é um só conjunto, é uma só classe, formada por um grande número de normas jurídicas (repertório do sistema) e regras estruturais (que não são fontes do direito, mas respondem pela coesão global do sistema jurídico¹), sistema esse que tende a ter *consistência* (no sentido de ausência de antinomia, de contradição entre normas – princípio lógico da não-contradição) e *completude* (como sistema que objetiva *decisão* para afastar a existência ou pôr fim a conflitos de interesses, sob o foco de resistência, na sociedade e que, para alcançar tal fim, necessita ter - ou pelo menos parecer ter - para cada conduta humana uma proposição normativa).

Como *micro cosmos* de um mesmo cosmos, elementos de um mesmo todo, os “ramos” do direito tendem a se harmonizar, a se compatibilizar e a se completar, vez serem indivíduos de uma mesma classe, a classe da “direito” (seja sob o enfoque de direito positivo, seja sob o enfoque de ciência do direito). Essa harmonização entre as diversas normas jurídicas que compõem as mais diversas áreas do direito integram-se através de *valores*. Isto é, as normas jurídicas que são repertório de um sistema devem se compatibilizar através de valores que não se anulem, nem sequer se choquem, seja no universo teórico seja no prático (como resultado da aplicação da norma jurídica no caso concreto – subsunção normativa -).

Esses valores são exteriorizados através de *princípios*, os denominados *princípios jurídicos*, que são estruturas concentradoras de valores incidentes – ou que devem incidir – sob determinados objetos – visando não só nortear a interpretação dos textos normativos, como também servir de instrumento auxiliar na *decisão jurídica*, na aplicação da norma jurídica – já interpretada – no caso concreto e até mesmo na produção de novos enunciados prescritivos (atividade legislativa). Esses “princípios” podem ser *gerais* (aplicáveis ao direito como um todo, ou, melhor dizendo, a todos os ramos do direito) ou *específicos*, aplicáveis a determinado sub-sistema, a determinado ramo do direito, com o fim de lhe suprir necessidade específica. Não só os *princípios* específicos de um determinado ramo do direito devem se compatibilizar, como também todos os princípios específicos de cada um ramos do direito (vistos em sua totalidade) devem harmonizar-se entre si e, por fim, todos os princípios específicos devem ter compatibilidade com os princípios gerais e todos os princípios gerais

¹ Para Tercio Sampaio Ferraz Junior, o sistema de direito positivo, o ordenamento jurídico, é formado não só por normas jurídicas (elementos normativos), que compõem o *repertório* do ordenamento jurídico, mas também por uma *estrutura*, que é o conjunto de regras que determinam relações entre os elementos do sistema jurídico (normas jurídicas). Sobre as *regras de estrutura*, Sampaio Ferraz afirma que “*por exemplo, quando dizemos que as normas estão dispostas hierarquicamente, umas são superiores, outras inferiores, estamos pensando em sua estrutura. Hierarquia é um conjunto de relações, estabelecidas conforme regras de subordinação e de coordenação. Essas regras não são normas jurídicas nem são elementos não elementos não normativos, isto é, não fazem parte do repertório, mas da estrutura do ordenamento. Exemplo de regra estrutural é o princípio da “lex superior” (regra segundo a qual a norma que dispõe, formal e materialmente, sobre a edição de outras normas prevalece sobre estas em caso de contradição: as normas constitucionais prevalecem sobre as leis ordinárias) ou a “lex posterior” (havendo normas do mesmo escalão em contradição, prevalece a que, no tempo, apareceu por último), ou a “lex specialis” (a norma revoga a geral no que esta dispõe especificamente).* FERRAZ JUNIOR, Tercio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 177

necessitam se conformarem. Essa constante e necessária harmonia entre princípios é condição para que se tenha *consistência* no sistema jurídico.

Do ponto de vista científico do direito, busca-se a *autonomia* dos mais diversos ramos do direito criando-se para os mesmos (através de derivação dos *princípios gerais*) *princípios específicos* que, repetimos, nortearam a produção legislativa, a interpretação normativa e as decisões jurídicas daquela determinada área do direito.

Mas voltemos à questão da essência e da razão dos ramos do direito. O direito positivo constitui-se como um conjunto de normas jurídicas (e de regras de estrutura) que regulam a conduta humana intersubjetiva, visando o denominado *bem comum*, a manutenção da vida social com a eliminação de conflitos entre os componentes da sociedade. A relação entre direito e conduta é *sine qua non*. Não há direito se não houvesse conduta, se não houvesse comportamento humano praticado, voluntária ou involuntariamente, para determinado fim (fim de modificar em algo o universo, por menor que seja tal modificação, tangível ou intangível). Sendo a conduta a referência do direito, é essa (a conduta) o critério diferenciador dos mais diversos ramos do direito. Isto é, cada *ramo* objetiva cuidar de uma determinada faceta do comportamento humano, de um determinado número de condutas que, objetiva ou subjetivamente, se interligam por determinado grau de semelhança. Ora, o “direito do trabalho”, visto como ramo dogmático do direito, visa nortear comportamentos realizados no *cosmos* da relação de trabalho, da troca de remuneração por força de trabalho humana; o “direito do consumidor”, por sua vez, tem por objeto os comportamentos na relação de consumo, de aquisição de bens e serviços por cidadãos como destinatários finais do quanto adquirido, o “direito tributário” centraliza-se nas condutas entre Estado-Fisco e Cidadão-Contribuinte numa relação que objetiva, *a priori*, a formação de condições financeiras para que o Estado realize as suas atividades-fins... Em suma, é o caráter da conduta analisada que remete o aplicador do direito a um ou outro ramo do direito.

Não se tem dúvida da validade empírica dessa *técnica* de divisão do direito em áreas específicas. De outro lado, o que se vê hoje, início do século XXI, é a cada vez maior especialização do conhecimento como um todo. Se de um lado essa especialização do conhecimento vem trazendo um aprofundamento no conhecimento de objetos individualizados, permitindo um melhor conhecimento dos mesmos, de outra mão o que se vê e a transformação do abstrato em concreto, isto é, a especialização do conhecimento (sob a forma de criação de subsistemas de conhecimento) vem alcançando *autonomia* (que para nós é uma pseudo-autonomia, vez que vai contra o gradiente da realidade, que é a existência de um só e único universo do conhecimento humano) geradora de desvinculação da parte em relação ao todo, uma desfragmentação do sistema do conhecimento, comprometendo a harmonia necessária para a manutenção do sistema. Essa *pseudo-autonomia* criada para alguns ramos do direito vem levando a tamanho grau de abstração, que alguns operadores do direito, em especial aqueles que construíram o seu conhecimento jurídico já sob o império da tendência desfragmentadora do direito, criam a idéia (falsa idéia) de vida própria

de alguns elementos do sistema jurídico, de vida autônoma e desvinculada de determinados setores do direito, criando princípios específicos incompatíveis com os princípios gerais do sistema. E não só criando princípios desarmônicos, mais também aplicando-os na interpretação normativa, na atividade legislativa e na decisão judicial.

Se os prejuízos gerados por tal raciocínio na teoria do direito são enormes para o direito enquanto ciência, os danos são imensuráveis e de absurda gravidade na prática do direito sob o enfoque da decisão, da decisão jurídica (que acaba sendo tomada com base em premissas incompatíveis com princípios gerais do direito), decisão essa que forma “coisa julgada”, alterando o mundo material, solucionando os conflitos de interesses intersubjetivos com bases incompatíveis ao direito como um todo, ao sistema jurídico em sua totalidade (totalidade essa que é o que existe efetivamente de concreto).

O objetivo deste estudo é exatamente trabalhar o “direito do consumidor” em relação ao “biodireito” num sentido principiológico, com base nos princípios específicos de cada um desses ramos do direito, sempre com foco nos princípios gerais do sistema jurídico brasileiro, demonstrando os pontos de intersecção entre muitas das condutas norteadas por tais ramos e a conseqüente necessidade de interação entre as normas jurídicas objetos de atuação de cada um desses ramos, inclusive com a harmonização e *inter-aproveitamento*² de muitos de seus princípios específicos. Esse inter-aproveitamento é, inclusive, uma conseqüência lógica possível da própria noção de relação entre sistema e sub-sistemas, vez que todos os sub-sistemas (e leia-se, *in casu*, ramos do direito) tem direta e necessária relação com o sistema (em sua totalidade – no caso, sistema jurídico em sua completude).

O aspecto prático do presente estudo se reside em especial na argumentação “*a pari*” ou “*a símile*” (que é a espécie de argumento jurídico que relaciona 2(dois) casos entre si, considerados semelhantes, concluindo que, se para ambos valem a mesma hipótese, devem ter as mesmas conseqüências também³), que serve de fundamento para a aplicação de norma jurídica por “analogia” na hipóteses de integração necessária gerada por lacuna do direito. Outro aspecto prático da possibilidade de inter-aproveitamento entre princípios específicos do “direito do consumidor” e do “biodireito”, é a possibilidade de interpretação de textos normativos *pertencentes* a uma área utilizando-se princípios específicos inerentes ao outro ramo (em hipóteses de lacuna principiológica que leve à dificuldade de exercício da atividade hermenêutica).

Uma vez exposta a razão desse estudo, bem como a sua relevância, cabe-nos, agora, apontar o caminho que percorreremos na sua realização. Primeiro, faremos estudos gerais sobre o “biodireito”, acentuando não só o seu *conceito*, mas também as suas *origens* e os seus *princípios específicos*. Num segundo momento, atuaremos na análise geral do “direito do consumidor” sob o foco de seu conceito e de seus princípios específicos. Num terceiro e último

² Utilizamos a expressão “inter-aproveitamento” para identificar a situação em que os princípios específicos de um determinado ramo podem ser utilizados em outro ramo com o objetivo de completar lacunas, criando um verdadeiro “movimento” de princípios específicos entre ramos do direito.

³ FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio. *Op. cit.*, p. 656

momento, realizaremos a inter-seção entre o “biodireito” e o “direito do consumidor”, primeiramente no que tange às condutas por eles regulada e, por fim, na possibilidade de inter-aproveitamento de seus princípios específicos.

2 – BIODIREITO – Origem, conceito e princípios

Entre os ramos do direito que mais se destacam na realidade jurídico-acadêmica brasileira atual temos o biodireito. Esse destaque advém da relevância dos temas que são tratados nessa especialidade, como os experimentos científicos com seres humanos, o uso de células-tronco embrionárias, o transplante de órgãos, a reprodução assistida, a produção e o uso de organismos geneticamente modificados, entre outros. Trata-se de temas que discutem até onde a ciência é capaz de caminhar substituindo a vontade divina e até onde vai a liberdade do homem de dispor de seu próprio corpo. Tudo isso sob a luz do direito positivo, isto é, das normas jurídicas válidas que objetivam regular as condutas pertinentes a tais controvertidos temas.

No estudo do biodireito é encontrado realce aos casos polêmicos, extremamente controvertidos e envolvidos por grande comoção popular, sendo que muitas vezes, na investigação jurídica em busca de uma solução para casos concretos, os operadores do direito, equivocadamente, acabam por se posicionar emocionalmente sobre o assunto, propondo soluções que mais se vinculam a um “achismo não jurídico” e que encontra como pano de fundo uma convicção ideológica do próprio operador e não uma base científica jurídico-constitucional.

O biodireito deve ser operado por técnicos, por estudiosos que sejam capazes de manejar os instrumentos próprios de verificação de seu objeto e que não se afastem da certeza de ser o biodireito um microcosmos do direito, uma parte da ciência jurídica e sob seu manto operada. As soluções das complexas e controvertidas situações pertinentes ao biodireito devem ser buscadas no direito positivo, nas normas jurídicas vigentes em nosso Estado e não direta ou exclusivamente em bases religiosas, ideológicas e emocionais.

É verdadeiro, e isso jamais poderíamos negar, que todos esses aspectos *extrajurídicos* influenciam o cientista do direito em especial na interpretação jurídica, na obtenção do conteúdo e do alcance da norma jurídica a partir do texto de lei, mas como coadjuvantes, mesmo porque pertencem à essência do ser humano. O que não se pode aceitar, em especial ante o princípio da legalidade marcado no artigo 5º, II, da Constituição Federal, é que as soluções do biodireito se afastem do ordenamento jurídico pátrio.

Também é necessário realçar que o operador do biodireito deve mergulhar, até o limite de sua necessidade, nos conhecimentos biomédicos, buscando conhecer o *fato* sobre o qual incidirá normas jurídicas típicas do biodireito. O renomado jurista Ives Gandra da Silva Martins ensina que no

mundo atual o operador do direito é um cientista universal⁴, devendo não só conhecer a lei no seu aspecto formal, como também conhecer bem *aquilo* que o direito regula, o fato normatizado pelo direito. E essa é uma realidade pujante no biodireito. Exemplifiquemos. Para investigar se a *pílula do dia seguinte* é ou não abortiva, devemos não só saber que o Código Penal brasileiro, nos seus artigos 124 a 128 criminaliza algumas espécies de aborto, mas também o conceito de aborto, compreendendo-o como a interrupção prematura da gravidez com a morte do feto, conhecer o que é gravidez e quando esta se inicia, e quais são os efeitos da pílula do dia seguinte no funcionamento do corpo humano para, então, poder-se afirmar ser ou não esse mecanismo abortivo.

A relação prática entre o direito e as práticas médica, que é uma das características marcantes da operação do biodireito, entrega-lhe uma beleza acadêmica capaz de gerar a paixão daqueles que a realizam.

2.1- Origem e conceito do biodireito

Nesse item conheceremos o objeto do estudo do biodireito, delimitando o campo de investigação científica dessa área do direito. Para se realizar ciência, necessitamos não só conhecer a técnica de verificação pertinente, mas também a finalidade dessa verificação e especialmente o objeto dessa verificação. Portanto, outro não poderia ser o tema de deste primeiro capítulo senão os conceitos de bioética e biodireito, com a busca do conteúdo, das finalidades e das inter-relações entre esses dois institutos.

2.1.1) A bioética como fonte material do biodireito

A bioética se apresenta nesse contexto como fonte propulsora do surgimento do biodireito e como fonte técnica dos conhecimentos necessários à sua operação. Não há como se pensar o biodireito sem a bioética, estando ambos unidos por verdadeiro cordão umbilical, em efetiva relação recíproca de condição de existência. Partiremos, assim, do estudo da bioética para alcançarmos o biodireito.

a) Moral, ética, ética e ética profissional médica

O homem diferencia-se dos demais animais pela sua racionalidade, pela sua capacidade de, tendo conhecimento da realidade que o envolve e da potencialidade de seus atos, exercer a sua própria razão. Esse processo de atuação racional do homem envolve o livre-arbítrio, a liberdade de praticar os atos

⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A economia e o direito*. In *Carta Forense*, ano V, no. 45, fevereiro de 2007, p.3

desejados, mas que deve ter como baliza os efeitos potenciais dos atos realizados sob a permissão do livre agir. Esses efeitos potenciais do agir humano se dirigem não só à individualidade do ser atuante, mas também à comunidade que o cerca, motivo pelo qual o binômio liberdade-responsabilidade interessa não só a cada cidadão, mas à sociedade.

A manutenção da sociedade e o seu funcionamento harmônico dependem diretamente da responsabilidade, do cuidado de cada indivíduo no exercício de seu livre arbítrio. O homem, frente a uma determinada situação concreta que é enfrentada, realiza o seu *juízo de valor*, que é a parte da psique humana onde residem o discernimento primordial entre o erro e a verdade. É o hábito mental de apreciar as coisas, as pessoas e as situações. Através do juízo de valor, há a efetiva análise das possibilidades que tem o homem, naquele momento, de agir, isto é, dos comportamentos possíveis frente à situação, bem como os efeitos potenciais que cada um desses comportamentos possíveis é capaz de gerar na sua individualidade e no mundo que o rodeia.

Exemplifiquemos: atrasado para o serviço, o homem trafega pela via pública, quando avista um idoso caído ao chão em razão de um acidente automobilístico sem que qualquer pessoa estivesse por perto para ajuda-lo. Nesse momento, o homem tem a liberdade de agir, praticando o ato que bem entender. Aqui começa a agir o seu livre-arbítrio. Munido pelo *juízo de valor*, o homem passa a enumerar os comportamentos que lhe são possíveis naquela situação, como continuar o seu percurso sem auxiliar o ferido, continuar o percurso e telefonar para que alguém socorra o ferido ou suspender o seu percurso para o socorra o ferido. Para cada um desses comportamentos possíveis, o homem analisa os efeitos potenciais de cada um deles: se continuar o seu percurso, o idoso poderá vir a falecer por omissão de socorro; se suspender o seu percurso, poderá sofrer punições de seu empregador em razão do atraso; entre outras possibilidades. Aberta na mente humana essa virtualidade de possibilidades e seus potenciais efeitos, cabendo ao homem optar por um dos comportamentos possíveis, realizando-os e se responsabilizando por seus efeitos.

A relação entre o livre-arbítrio e os efeitos por ele gerados gera a necessidade de existência de parâmetros, de balizas, de limites para o livre agir humano. Tais parâmetros são gerados pelo próprio homem, vez que, sentindo no seu interior que foi criado para aperfeiçoar a sua essência, passa a direcionar o seu juízo de valor para a realização do bem, buscando a sua auto-perfeição, como também são gerados pela própria sociedade, que o impulsiona para a realização de comportamentos que não desarmonizem a vida social. Através da experiência, do conviver e da observação do mundo que o rodeia, o homem acumula um grupo de regras que acredita serem eficazes e úteis para o seu aperfeiçoamento. A formulação dessas regras, bem como o conjunto sistemático de normas oriundas dessa formulação recebem a denominação de *moral*⁵.

⁵ DROPA, Romualdo Flávio. *Ética, Política e Justiça*. Disponível em: <<http://dropa.sites.uol.com.br/etica3.htm>> Acesso em 15.mar.2006.

Assim, por *moral* se entende não só a formulação das normas morais, como também a “moral positiva”, que é o conjunto de normas e valores morais de fato aceitos por uma comunidade para regular as relações entre os seus membros⁶. E mais, se a moral está diretamente relacionada à comunidade a que é inerente, a variedade de contextos históricos, sociais e culturais leva a uma pluralidade de morais, significando dizer que morais concretas podem coexistir ou suceder uma às outras, sendo nessa pluralidade que o homem, como sujeito moral, expressa seu papel ativo e criador⁷. Essa teoria é percebida na prática ao, por exemplo, verificarmos que numa mesma cidade existem bairros com diferentes características, gerando morais positivas diferentes em cada um desses.

Apresentado o conceito de moral, partimos para o conhecimento da ética. Muitos estudiosos não conseguem constatar a diferença exata entre a ética (que advém do grego *éthos*, que significa modo de ser) e moral (que tem origem no latim *mores*, cujo significado é *costumes*), tratando-as, em razão da semelhança semântica dos termos, como sinônimos⁸. Essa, entretanto, não será a forma que compreenderemos ética e moral. Tratando-se essa obra de um estudo científico, devemos nos atentar à precisão dos termos, que é uma das características da ciência, evitando-se a ambigüidade dos vocábulos, já que a delimitação do objeto é pressuposto do controle da incidência das proposições descritivas produzidas pelo conhecimento científico⁹.

A *ética* é a ciência que tem como objeto a *moral*, é um conhecimento racional que, a partir da análise de comportamentos concretos, caracteriza-se pela preocupação em definir o que é bom, enquanto a moral preocupa-se com a escolha da ação que, em determinada situação, deve ser empreendida¹⁰. A ética foi profundamente tratada pelos filósofos gregos, sendo que para eles a ética se subordinava à idéia de felicidade da vida presente e do soberano bem, entendendo que o objetivo supremo era encontrar uma definição desse bem, de tal maneira que o sábio se bastasse a si mesmo, isto é, que dependesse dele mesmo para ser feliz, estando a felicidade ao alcance de todo homem racional¹¹.

⁶ GARRAFA, Volnei, KOTTOW, Miguel e SAAD, Alya (organizadores). *Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano*. Tradução de Luciana Moreira Pudenzi e Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Gaia, 2006, pp. 122-123

⁷ SOARES, André Marcelo M. e PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 25

⁸ *Idem*, p. 21

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Língua e Linguagem – Signos Lingüísticos – Funções, Formas e Tipos de Linguagem – Hierarquia de Linguagem*. In: Apostila de Filosofia do Direito I (lógica jurídica), utilizada como material de apoio na cadeira de “Lógica Jurídica” no curso de pós-graduação *stricto sensu* na PUC/SP no 2º semestre de 2002, p. 33.

¹⁰ GARRAFA, Volnei, KOTTOW, Miguel e SAAD, Alya (organizadores). *Op. cit.*, p. 24

¹¹ BARONI, Robison. *Cartilha de ética profissional do advogado: perguntas e respostas sobre ética profissional baseadas em consultas formuladas ao Tribunal de Ética da OAB-SP*. 3ª edição. São Paulo: LTr, 1999, p. 23

Ética e moral não se excluem e não estão separadas, embora os problemas teóricos e práticos se diferenciem, de maneira que decidir e agir concretamente é um problema prático e, portanto, moral. Investigar essa decisão e essa ação, a responsabilidade que a elas é inerente, e o grau de liberdade e de determinismo aí envolvidos é um problema teórico e, portanto, ético¹².

Hoje, muito se fala sobre a “crise da ética”, fenômeno gerado em nome da modernidade, do avanço tecnológico ou das novas tendências em que se verifica a existência de um modo de pensar, de agir, de viver fora dos princípios morais que até há pouco tempo eram respeitados e aceitos, essa é a chamada *crise ética*. E a aceitação natural e constante dessa nova situação caracteriza a denominada crise da ética, ao arrepio das regras que regem os atos humanos, tanto particulares, como públicos, existindo uma superestimação das coisas em detrimento do sentido da vida¹³.

A ética se divide em dois grandes campos de estudo, quais sejam: a *Deontologia* (que é a “ciência dos deveres”) e a *Diceologia* (que é a “ciência dos direitos”). Como a ética cobra o comportamento moral, abre, por consequência, caminho para o exercício de direitos e cumprimento de obrigações. No campo da ética, o que pode ser feito ou realizado é chamado *direito*, no sentido do que é autorizado, aceito ou admitido, e o que não pode é denominado *dever*, no sentido de obrigação¹⁴.

Diversos são os tipos de moral ou de sistema ético, vez que, como já tratamos, a moral está diretamente relacionada à comunidade a que é inerente, sendo que a variedade de contextos históricos, sociais e culturais leva a uma pluralidade de morais. Assim, cada tipo de moral, que leva, respectivamente, a diversos sistemas éticos, possui características próprias, onde cada uma delas coloca problemas particulares. Assim, têm-se as “éticas grupais”, as “éticas profissionais”, entre outras¹⁵.

Concentremos, agora, a nossa atenção à *ética profissional*, citamos Gisela Gondim Ramos, para quem, na órbita das profissões, emprega-se o termo ética (ética profissional) como norma de conduta profissional¹⁶. Ainda na ética profissional, Carlos Pessoa Aquino ensina que “ética, como ciência normativa, são princípios da conduta humana, diretrizes no exercício de uma profissão, estipulando os deveres que devem ser seguidos no desempenho de uma atividade profissional, também denominada filosofia moral”¹⁷.

¹² SOARES, André Marcelo M. e PIÑEIRO, Walter Esteves. *Op. cit.*, pp. 24-25

¹³ BARONI, Robison. *Op. cit.*, p. 27

¹⁴ *Ibidem*, p. 43

¹⁵ *Ibidem*, p. 24

¹⁶ RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. Florianópolis: OAB/SC Ed., 1999, p. 24

¹⁷ AQUINO, Carlos Pessoa de. Ética - ética profissional e outras reflexões. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2237>>. Acesso em: 01. mar. 2005.

Assim, à ética, vista sob o adjetivo *profissional*, cabe, observando os comportamentos concretos realizados no exercício de uma determinada profissão, apontar regras gerais que são capazes de, alimentando a prática das condutas morais, gerar o efetivo cumprimento do *valor* da profissão, isto é, a realização do bem na prática profissional.

Como afirma Robison Baroni, a segurança e o bem-estar do povo, em qualquer Estado, estão intimamente ligados ao exercício das profissões, decorrendo daí a necessidade de sua regulamentação pelos órgãos oficiais. Quando essa regulamentação é incompleta, ou ineficaz, para que possam sobreviver e se preservar, os próprios integrantes da classe que comporta os profissionais de determinada área, acabam estabelecendo padrões e controles internos. Mesmo onde seja exercido pelo Estado esse controle, essas profissões de importância de auto-regulamem através de códigos de conduta, também chamados de *códigos de ética*, que servem como referencial para a medida da competência individual. Portanto, são as profissões, como tal, que irão desempenhar o papel mais importante no estabelecimento de padrões e no exercício do controle¹⁸.

Temos, assim, como *código de ética* um sistema de regras escritas, produzido por órgão de classe oficial representante de determinada profissão, que têm como objetivo servir como *norte*, como referência para a realização de condutas práticas, no exercício da profissão, que alcancem o sentimento de *bem* no cumprimento profissional.

Já quando tratamos de *ética médica*, referimo-nos à ética centrada no exercício da profissão de médico. O Código de Ética Médica, no Brasil, é de competência do Conselho Federal de Medicina, que é um órgão que possui atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica, e a quem cabe editar e alterar o seu conteúdo.

O Código de Ética Médica hoje está contido na Resolução no 1.246, de 8 de Janeiro de 1988, do Conselho Federal de Medicina, e que, no inciso I de seu “preâmbulo”, determina que “O presente Código contém as normas éticas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, independentemente da função ou cargo que ocupem”. Isto é, quando estamos tratando de ética médica, estamos fixando os limites de comportamento no exercício da função de médico “independentemente da função ou cargo que ocupem”, incluindo, na nossa opinião, até mesmo aqueles médicos que estejam praticando atividade de “cientistas”, testando novos métodos médicos, desenvolvendo teorias sobre assuntos que envolvam a medicina de forma geral.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 35

b) O surgimento da bioética

O surgimento da bioética data da segunda metade do século XX, mais precisamente entre 1960 e 1970, quando os avanços científicos e tecnológicos no meio médico passaram a receber forte incentivo por seus resultados positivos e começaram a produzir questionamentos na sociedade, sendo desse período a criação das UTIs (Unidades de Terapia Intensiva), os transplantes de rins, o diagnóstico de morte cerebral, as novas descobertas da psicofarmacologia, a regulação hormonal da procriação, o diagnóstico pré-natal e alguns avanços no conhecimento dos mecanismos imunológicos de rejeição¹⁹. As indagações envolvendo essas inovações surgiram em razão da perplexidade e do forte impacto social provocados decorrentes dessas novidades das ciências biomédicas, da engenharia genética e das altas tecnologias aplicadas à saúde²⁰.

O progresso científico vem alterando a forma de atuação da medicina tradicional como, por exemplo, o choque trazido pela possibilidade de um paciente terminal poder ser mantido, por vários anos, numa UTI, em estado vegetativo, ou pela possibilidade de inseminação artificial *post mortem* e da fertilização *in vitro*, concebendo-se um ser humano fora do útero para posterior implantação, ou pela possibilidade de clonagem de seres humanos²¹.

O impacto dessas novas tecnologias na sociedade levou médicos e biólogos à busca da definição do que é *bom* e à procura da existência ou não da possibilidade de uma autoridade estabelecer o que é bom ou não na aplicação dessas inovações. Surgiram, a partir daí, grupos de médicos, pesquisadores e professores de diferentes disciplinas médicas, em regiões diferentes dos Estados Unidos, que se encontravam para discutir essas questões, formando o que futuramente passou a ser denominado *Comitês de Bioética*²². Numa primeira etapa, as discussões desses grupos eram restritas às preocupações no meio médico, mas rapidamente foi se descobrindo a necessidade de contrastar as opiniões científicas de outras áreas do conhecimento, como a teologia e a filosofia, dando-se início a diálogos interdisciplinares entre cientistas e humanistas²³.

É importante ressaltar que a revolução nas técnicas biomédicas geraram questionamentos que os códigos de ética médicos não eram capazes de solucionar, havendo a efetiva necessidade de uma interação da ética médica com outros ramos do conhecimento, como a sociologia, a psicologia, a economia, a teologia, a filosofia, o direito, a antropologia, entre outros.

¹⁹ SOARES, André Marcelo M. e PIÑEIRO, Walter Esteves. *Op. cit.*, p. 13

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3ª edição, aumentada e atualizada conforme o novo Código Civil e a Lei no. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1

²¹ *Ibidem*

²² SOARES, André Marcelo M. e PIÑEIRO, Walter Esteves. *Op. cit.*, pp. 13-14

²³ *Ibidem*

c) O termo bioética e os seus precursores

A expressão “bioética” foi utilizada pela primeira vez por Van Rensselaer Potter, bioquímico dedicado à investigação oncológica na Universidade de Winsconsin, nos Estados Unidos, quando publicou, em 1971, a obra “Bioethics: Bridge to the future”. A intenção de Potter era desenvolver, sob a denominação “bioética” uma ética das relações vitais, ou seja, dos seres humanos entre si e dos seres humanos com o ecossistema²⁴. Eis o que dizia Potter:

“Em todo membro da espécie humana há, como resultado do processo evolutivo que busca a adaptação perfeita ao meio, um instinto para obter vantagens a curto prazo, dando-lhe prioridade em relação às necessidades da espécie a longo prazo. O objetivo da ética global é preparar pessoas capazes de perceber a necessidade de futuro, de mudar a orientação atual de nossa cultura e influir nos governos, no âmbito local e global, a fim de conseguir o controle da fertilidade humana, a proteção da dignidade humana e a preservação do meio ambiente. Esses são os requisitos mínimos para se poder falar de sobrevivência aceitável em confronto com a sobrevivência miserável.”²⁵

A obra de Potter difundiu-se rapidamente e, em 1979, Tom L. Beauchamp e James F. Childress publicaram, em co-autoria, a obra “Principles of Biomedical Ethics”, que deu novo caminho ao estudo da bioética, limitando a intenção original de Potter, já que, enquanto este dava à bioética um caráter mais global, aqueles procuravam restringi-la aos meios científicos e esse foi o ponto de partida para a construção da bioética que conhecemos hoje²⁶.

Essa maior preocupação da bioética ao problemas éticos nas clínicas se iniciou com o médico holandês André Hellegers, dedicado às áreas da obstetrícia e ginecologia e fundador do primeiro instituto universitário de bioética dos Estados Unidos, na Universidade de Georgetown. Um dos grandes méritos de Hellegers foi estabelecer critérios bem definidos para as discussões em bioética, como o diálogo interdisciplinar entre cientistas e humanistas como metodologia de trabalho, a racionalidade dos argumentos, a suspensão dos argumentos de autoridade e a elaboração de novas respostas para novos problemas. Por esse motivo, costuma-se afirmar que a bioética conhecida hoje se deve a Hellegers, que demarcou as características de seu diálogo²⁷.

²⁴ *Idem*, p.11

²⁵ POTTER, V.R. Getting to the year 3000: can global bioethics overcome evolution's fatal flaw? Perspectives in virology and medicina, no. 34, 1990, p. 97. Apud SOARES, André Marcelo M. e PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 17

²⁶ SOARES, André Marcelo M. e PIÑEIRO, Walter Esteves. *Op. cit.*, pp. 11-12

²⁷ SOARES, André Marcelo M. e PIÑEIRO, Walter Esteves. *Op. cit.*, pp. 17-18

d) O conceito e o papel da bioética

Já sabemos que a bioética surgiu como um instrumento de reação à perplexidade trazida pelas inovações biomédicas originadas a partir da segunda metade do século XX, buscando novas diretrizes para o comportamento médico ante as novas necessidades advindas da evolução médica. É importante, agora, conceituarmos bioética, isto é, apresentarmos as características essenciais da bioética que são capazes de diferenciá-la de outros institutos que lhe sejam semelhantes.

León Olivé ensina que a bioética é um *conhecimento complexo* de natureza pragmática, aplicado aos questionamentos morais suscitados pelas decisões clínicas e pelos avanços científicos e tecnológicos e que implica a capacidade de tomar decisões, moral e legalmente aceitas, em casos que envolvem conflitos de valores e em situações em que os avanços terapêuticos e científicos excluem de seus benefícios determinados grupos humanos, não avaliam cuidadosamente a relação riscos-benefícios ou não consideram a autonomia dos sujeitos passivos²⁸. Destruindo o conceito apresentado por Olivé, temos na bioética uma técnica de verificação de questões controversas originadas do exercício da atividade médica em razão dos avanços científicos e tecnológicos, técnica essa que tem como característica interdisciplinariedade, isto é, a fonte de informações que alimentam esse procedimento tem origem em várias áreas do conhecimento.

Para Maria Helena Diniz, a bioética é um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular e que, para tanto, abarca pesquisas multidisciplinares, envolvendo-se na área antropológica, filosófica, teológica, sociológica, genética, médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política etc, para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia etc, decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou a integridade física e psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações. A bioética consistiria ainda no estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científica e tecnicamente possível²⁹.

Do material até aqui colhido, somos capazes de extrair as seguintes características essenciais da bioética, e que formarão o seu conceito:

²⁸ OLIVÉ, Leon. *Epistemologia na ética e nas éticas aplicadas*. In GARRAFA, Volnei, KOTTOW, Miguel e SAAD, Alya (organizadores). *Op. cit.*, pp.28-29

²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pp. 13-14

- é uma ética aplicada: é uma espécie de ética, centrada no comportamento médico frente a conflitos originados da evolução tecnológica da biomedicina, procurando suprir a incapacidade da ética profissional médica clássica para solucionar tais conflitos;

- é um conhecimento complexo: o procedimento utilizado pela bioética para o alcance de seus objetivos envolve conhecimentos inerentes a várias áreas do conhecimento (como antropológica, filosófica, teológica, sociológica, genética, médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política etc) e não só a medicina. Essa complexidade também recebe a denominação de interdisciplinariedade (ou multidisciplinariedade).

- objetiva a solução de conflitos relacionados a procedimentos médicos frente à evolução da tecnologia biomédica.

Podemos dizer que a bioética surge como uma “nova ética médica”, necessária em razão da incapacidade dos códigos éticos e deontológicos para guiar a boa prática médica frente às revoluções tecnológicas aplicadas à medicina na atualidade. Ante a interdisciplinaridade típica do procedimento bioético, acaba-se realizando uma verdadeira reflexão filosófica e moral sobre a vida em geral e, em especial, sobre os procedimentos clínicos médicos.

A bioética acaba por desempenhar importante papel de controle da atividade científica, zelando para que os cientistas, em suas pesquisas, abstenham-se de práticas capazes de ferir as atividades humanas. É tarefa da bioética harmonizar o uso das ciências biomédicas e suas tecnologias com os direitos humanos, isto é, as biociências e suas tecnologias devem servir ao bem-estar da humanidade e à paz mundial³⁰.

e) Os dilemas da bioética

Na solução dos conflitos que lhe são inerentes a bioética enfrenta algumas questões que têm como foco especificamente quais são os limites da ciência frente à vida, isto é, quais são os limites do procedimento científico para que não se ponha em risco o futuro da humanidade. Maria Helena Diniz³¹ especifica cada uma dessas questões que são abaixo destacadas:

- o ético estaria subordinado ou não ao científico?

- seria correto que a ciência pudesse transformar-se em Deus, alterando as leis fundamentais da natureza?

³⁰ CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 8

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 14

- o emprego de certos recursos biomédicos não seria um atentado contra a soberania de Deus ?
- Como limitar o uso da biotecnologias, promovendo o consumo, sem que se atinjam a ética, o direito e a ordem sociopolítica ?
- Como respeitar os direitos fundamentais das pessoas e preservar os das futuras gerações?
- Como adequar as novas conquistas biotecnocientíficas com as normas éticas e jurídicas vigentes na sociedade atual ?
- Como manter os valores da sacralidade da vida e da inviolabilidade do corpo sem questionar o poder de médicos, cientistas, teólogos, juízes etc?
- Como evitar o biopoder, que transforma o ser humano em mero objeto de políticas eugênicas?
- Como impedir que a engenharia genética seja como uma roleta russa, tendo uma chance mínima de não acabar em catástrofe, resultante da redução da biodiversidade?
- Como traçar os rumos para evitar que a engenharia genética seja um passo para o eugenismo universal, devido à coisificação do ser humano ?

f) O procedimento utilizado pela bioética

Para tomar as suas decisões, a bioética analisa, em um determinada realidade, a complexidade micro e macrossocial, micro e macroeconômica e a repercussão de suas decisões no interior de uma sociedade com seu sistema de valores³², bem como os reflexos no indivíduo. A responsabilidade do médico diante do sofrimento e das mais inusitadas vontades de seu paciente não pode ser desconsiderada, mas não se pode, por outro lado, ignorar a subjetividade, os critérios de valor e o desejo que o paciente tem de ser respeitado e de continuar mantendo a confiança naquele ao qual foi entregue³³.

O método utilizado é o da *dialética*. Sobre tal método, Nicola Abbagnano³⁴ afirma que a Dialética é o a técnica da investigação conjunta, feita através da colaboração de duas ou mais pessoas, segundo o procedimento

³² SOARES, André Marcelo M. e PIÑEIRO, Walter Esteves. *Op. cit.*, pp. 28-29

³³ *Ibidem*, p. 35

³⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo : Martins Fontes, 2000, 4ª edição, p. 269-274

socrático de perguntar e responder. O processo dialético tem 2(dois) momentos, um primeiro momento de “abertura da virtualidade”, isto é, o procedimento de se elencar o maior número possível de formas de solução do caso e um segundo momento que é de apreciação das hipóteses levantadas (virtualidade) a fim se apontar aquela que mais se compatibiliza com os “requisitos selecionadores”, que, no caso, serão os princípios que nortearão a bioética.

Portanto, existente um conflito que cabe à bioética solucionar, realizar-se-á, frente ao caso concreto em análise, um processo dialético no qual, primeiramente, serão arroladas as possíveis formas de solução do conflito e, num segundo momento, será apreciada cada uma das hipóteses de solução elencadas, através de uma ampla discussão interdisciplinar, até se apontar a solução tida como a mais correta, a que melhor se compatibiliza com os valores sociais naquele dado momento. Cabe, para arrematar o presente tópico, transcrever o magistério de Pedro Luiz Sotolongo:

“A bioética tem de lidar, em suas reflexos teóricas e em sua práxis, com circunstâncias, situações e fenômenos referentes à vida e à sua sustentabilidade, que emanam das *interações* entre os seres vivos – os seres humanos, sobretudo – e os entes inanimados, interações sociais e interações com a natureza inanimada de *diversas escalas espaciais e temporais*. Ela tem relação, portanto, com complicadíssimos emaranhados de *múltiplos componentes*, verdadeiras redes-em-rede de circunstâncias, situações e fenômenos. Rede-de-redes em que se manifesta uma dialética muito específica entre a totalidade (o todo) e suas partes.

Algumas dessas interações possuem incidência sobre as outras; estas, por sua vez, tramadas em rede com aquelas-, reincidem sobre aquelas, de modo suscitante ou amortecedor. Isso implica que, em algumas ocasiões, mesmo pequenas variações iniciais podem detonar importantes conseqüências (o chamado “efeito borboleta”); isto é, a bioética tem de lidar com interações não lineares que fazem com que ocorram circunstâncias, situações e fenômenos bioéticos emergentes, muitas vezes inesperados e surpreendentes, paradoxais, para os quais nem sempre há uma solução prevista ou pensada.” Isso nada mais é que a “complexidade” manifestando-se nas “entranhas” da bioética.”³⁵

g) Os princípios básicos da bioética

Dois são os pontos de origem da denominada *bioética principiológica* ou bioética de princípios, quais sejam: o *Relatório Belmont* e a obra *Princípios da ética biomédica*.

³⁵ SOTOLONGO, Pedro Luis. *O tema da complexidade no contexto da bioética*. . In GARRAFA, Volnei, KOTTOW, Miguel e SAAD, Alya (organizadores). *Op. cit.*, pp. 106-107

O primeiro foi o “Relatório Belmont”, datado de 1978 e produzido pela Comissão Nacional para a Proteção dos Sujeitos Humanos na Pesquisa Biomédica e de Comportamento, que fora criada pelo Congresso norte-americano no ano de 1974 e teve como objetivo identificar os princípios básicos da bioética que fossem capazes de fundamentar a conduta nas pesquisas e servir ao desenvolvimento de pautas e regulamentações administrativas. Essa comissão foi constituída em resposta à forte tensão política entre os defensores dos direitos civis, que protestavam devido à divulgação pública, em 1972, do estudo da sífilis não tratada na população negra de Tuskegee, por um lado, e, por outro, os grupos conservadores que se opunham à pesquisa com células embrionárias procedentes de aborto³⁶.

O “Relatório Belmont” propunha 3(três) princípios bioéticos básicos: o respeito pelas pessoas, a beneficência e a justiça.

Em 1979, Tom L. Beauchamp e James F. Childress publicaram, em co-autoria, a obra “Princípios da Ética Biomédicas” (*Principles of Biomedical Ethics*), enunciando 4(quatro) princípios básicos da bioética, quais sejam: a autonomia, a beneficência, a não-maleficência e a justiça. Esses princípios se diferenciaram daqueles previstos no Relatório Belmont em razão de manifestar uma preocupação maior com a clínica e menor com as questões ligadas à pesquisa com seres humanos. Esses princípios também ficaram conhecidos como *Princípios de Georgetown* em razão de terem sido difundidos internacionalmente a partir do Kennedy Institute da Universidade de Georgetown.

A obra de Beauchamp e Childress ganhou reconhecimento internacional, servindo os princípios nela inaugurados como referência para o procedimento bioético.

Passemos a analisar o conteúdo de cada um desses princípios:

- *Princípio da Beneficência*: impõe o respeito por parte do profissional da medicina aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, qualquer dano. Esse princípio baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo e nunca para fazer o mal ou praticar injustiça³⁷. Em suma, este princípio exige que o tratamento ou a intervenção médica seja realizada sempre com o intuito de ajudar o paciente, de lhe trazer bem-estar, e nunca de prejudicar.

- *Princípio da Não-Maleficência*: impõe que ao médico que jamais deva realizar o seu trabalho submetendo o seu paciente a risco desnecessário. Em casos em que

³⁶ TEALDI, Juan Carlos. *Os princípios de Georgetown: análise crítica*. In In GARRAFA, Volnei, KOTTOW, Miguel e SAAD, Alya (organizadores). *Op. cit.*, pp. 49-52

³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 17

o risco não possa ser afastado, o médico deverá, utilizando-se de sua perícia, apontar qual o tratamento capaz de trazer menor risco ao paciente³⁸. Trata-se de verdadeiro desdobramento do princípio da beneficência, por conter a obrigação de não causar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere*³⁹.

- *Princípio da Autonomia*: determina que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante (na hipótese daquele não ter condições de manifestar a sua vontade), levando em consideração, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Esse princípio reconhece o domínio, até certo ponto, do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade⁴⁰. Trata-se do mais complexo entre os princípios de Georgetown, vez que o conceito de autonomia nem sempre é exposto com clareza, já que, algumas vezes torna-se impossível realizar uma distinção precisa entre autonomia e heteronomia. Autonomia não significa liberdade que um indivíduo tem de ser uma lei para si mesmo. Na realidade, consiste na obediência do indivíduo à lei da razão, que ele encontra em si mesmo como um ser racional. Não se trata da submissão a uma lei estabelecida pelo indivíduo a partir de suas disposições e inclinações particulares, mas da obediência ao princípio que fundamenta e estrutura a existência, isto é, a lei da razão, que é a lei da natureza e da realidade⁴¹.

O consentimento livre e esclarecido-como é chamado o direito que o paciente tem de ser corretamente informado sobre sua situação e de recusar um tratamento que lhe é proposto se este não for compatível com a sua escala de valores – trouxe uma série de questionamentos à clínica médica. Um dos motivos é que o reconhecimento prático desse direito fundamental, ligado intimamente ao princípio da autonomia do paciente, se opõe à tradição hipocrática. Em seu juramento, Hipócrates de Cós (460-377 a.C) professa: “aplicarrei os regimes para o bem dos doentes segundo(...) minha razão (...)”. Parece haver nesse juramento um desprezo pela razão (autonomia) do paciente, sobressaltando a superioridade do conhecimento médico. Na verdade, o juramento não contempla, em momento algum, os direitos da contraparte nesse relacionamento, isto é, a vontade do paciente não é mencionada. No juramento moderno, derivado do hipocrático, chama a atenção a frase “Não permitirei que fatores de ordem religiosa, nacional, racional, política ou de caráter social se interponham entre os meus deveres e o meu paciente”, existindo aqui uma ambigüidade, pois ao mesmo tempo em que se quer afastar qualquer forma de preconceito com relação ao paciente, pode-se abstrair dele as características individualizadoras que o constituem em sua peculiaridade⁴².

³⁸ SOARES, André Marcelo M. e PIÑEIRO, Walter Esteves. *Op. cit.*, p. 32

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 18

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 16

⁴¹ SOARES, André Marcelo M. e PIÑEIRO, Walter Esteves. *Op. cit.*, pp. 35-36

⁴² *Ibidem*, pp. 33-34

- *Princípio da Justiça*: determina a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que pertine à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente. Esse princípio é a expressão da justiça distributiva, exigindo uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente⁴³.

O objetivo desses princípios é servirem de referência para a solução de conflitos bioéticos, devendo-se, entretanto, considerar que, ante a complexidade inerente a tais conflitos, muitas vezes não é possível contar com um eficaz auxílio dos princípios, vez que as peculiaridade de cada caso podem levar à impossibilidade de incluí-lo em regras padronizadas de solução.

E é exatamente essa impossibilidade de padronização de soluções o foco das críticas à bioética principiológica, isto é, aos princípios básicos da bioética. Tais críticas se iniciaram no início dos anos 1990, fundadas na universalidade característica dos princípios que, segundo os críticos, desrespeitaria os diferentes contextos sociais e culturais existentes mesmo num mundo globalizado e, por extensão, as próprias interpretações morais dadas aos diferentes conflitos ou problemas nele verificados⁴⁴.

Afirma-se que uma boa razão para questionar a doutrina principialista reside na observação de que os princípios foram utilizados para obscurecer diversos temas bioéticos, diminuindo-lhes força no debate. Assim, a autonomia foi invocada pra negar a validade dos argumentos que favorecem um direito universal ao tratamento médico, em razão de que todo compromisso social impositivo interfere indevidamente na liberdade individual. A não-maleficência é utilizada para justificar uma ética pragmática em pesquisadores que utilizam placebos e tratamentos *sub-standart* presumivelmente aceitáveis porque não prejudicam, esquecendo-se que também deixam de beneficiar justamente onde seria eticamente obrigatório fazê-lo⁴⁵.

Acrescentam os críticos do principialismo que no desenvolvimento da bioética estabeleceu-se que não existem postulados absolutos, sendo a missão de uma bioética racional e secular a adoção de modos argumentativos abertos à pluralidade, à tolerância e ao intercâmbio comunicativo. Obter enunciados que possam ser objeto de uma análise cognitiva requer o exercício de equilíbrios reflexivos desenvolvidos em um clima de significações, linguagem e modos de raciocinar comuns, em que a rigidez de máximas e princípios de validade pretensamente geral não fazem senão prejudicar e descuidar o reconhecimento do outro diferente⁴⁶.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* P. 18-20

⁴⁴ GARRAFA, Volnei, KOTTOW, Miguel e SAAD, Alya (organizadores). *Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano*. Tradução de Luciana Moreira Pudenzi e Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Gaia, 2006, p. 12

⁴⁵ *Ibidem*, p. 38

⁴⁶ *Ibidem*, p. 39

Daí que hoje não se aceita uma bioética assentada em princípios básicos, mas, sim, numa bioética que se caracterize pela análise dialética e multidisciplinar de cada caso concreto, com suas peculiaridades, para a apreensão de forma livre, da melhor solução.

Nesse contexto, importante a visualização de que a bioética evoluiu, sendo que em seus 35 anos de existência, a história da bioética já passou por quatro grandes fases, quais sejam:

- a **etapa de fundação**, nos anos 1970, relacionada com o estabelecimento de suas primeira bases conceituais;
- a **etapa de expansão e difusão**, na década de 80, quando se propagou pelos cinco continentes;
- a de **consolidação e revisão crítica**, a partir do início dos anos 1990, época em que recebeu reconhecimento internacional, porém juntamente com as primeiras críticas surgidas com relação à sua base epistemológica anglo-saxônica sustentada exclusivamente em quatro princípios (autonomia, beneficência, não maleficência e justiça) – a chamada bioética principialista;
- e a etapa atual, de **revisão e ampliação conceitual**, que iniciou com o Quarto Congresso Mundial promovido pela *International Association of Bioethics* (Tóquio/Japão, 1998) e o sexto Congresso Mundial de Bioética (Brasília/Brasil, 2002), cujos sugestivos temas foram, respectivamente, “Bioética Global” e “Bioética, Poder e Injustiça”.

Principalmente os estudiosos da bioética que tinham seus projetos direcionados para questões coletivas – especialmente os problemas sociais, a saúde pública e os temas ambientais – interpretaram esta última fase de desenvolvimento da disciplina com uma forma saudável e concreta de “oxigenar” e ampliar a especialidade, estendendo seu campo conceitual para além dos estreitos limites biomédicos e biotecnológicos até então preconizados⁴⁷.

⁴⁷ GARRAFA, Volnei, KOTTOW, Miguel e SAAD, Alya (organizadores). *Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano*. Tradução de Luciana Moreira Pudenzi e Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Gaia, 2006, prefácio.

2.1.2- O biodireito sob os prismas do direito positivo e da ciência do direito

Finalizada a análise conceitual da bioética, podemos avançar em nosso estudo, apreendendo o que vem a ser biodireito. Já adiantamos que entre a bioética e o biodireito há verdadeira relação umbilical, de dependência, sendo o biodireito um dos instrumentos de reação da sociedade aos potenciais riscos gerados pela aplicação da moderna tecnologia biomédica.

a) O conceito de direito positivo

O homem é um ser social, sendo a vivência em sociedade um requisito para a sua sobrevivência (Aristóteles já dizia que o homem é um “animal político”). É verdadeiro também que, como afirmou Thomas Hobbes em “O Leviatã”, “o homem é lobo do homem”. Isto é, o ser humano tem uma potência de destruição de seu próximo, gerada pela luta de interesses.

Com o objetivo de compatibilizar as duas assertivas acima, surgiu o “Estado”, que tem o objetivo de organizar a sociedade, limitando a liberdade de seus membros, com o objetivo de alcançar o “bem comum”, isto é, a felicidade de todos. O instrumento utilizado pelo Estado para “organizar” a sociedade é o direito, mais especificamente as normas jurídicas, que são comandos (ordens), produzidos pelo Estado, que têm em seu cerne a concessão de direitos e a determinação de obrigações, comando esse de caráter obrigatório, ante o elemento coercitivo nele existente.

Como ensina Maria Helena Diniz não se tem conseguido um conceito único de direito, não só pela variedade de elementos que apresenta, mas também porque o termo “direito” é análogo, pois ora designa a “norma”, ora a “autorização ou permissão” dada pela norma de ter ou fazer o que ela não proíbe, ora a “qualidade do justo”, exigindo tantas definições quantas forem as realidades que se aplica⁴⁸.

E continua a Professora afirmando que o ser humano é gregário por natureza, não só pelo instinto sociável, mas também por força de sua inteligência, que lhe demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos. O homem é essencialmente coexistência, pois não existe apenas, mas coexiste, isto é, vive necessariamente em companhia de outros indivíduos. Com isso, espontânea e até inconscientemente, é levado a formar grupos sociais: família, escola, associações esportivas, recreativas, culturais, religiosas, profissionais, sociedades agrícolas, mercantis, industriais, grêmios, partidos políticos etc⁴⁹.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 1995

⁴⁹ *Idem*

Em virtude dessas características, estabelecem os indivíduos entre si relações de coordenação, subordinação, integração e delimitação, relações essas que não se dão sem o concomitante aparecimento de normas de organização da conduta social.

Como o ser humano encontra-se em estado convivencial, é levado a interagir, encontrando-se sob a influência de alguns homens e está sempre influenciando outros. E como toda interação perturba os indivíduos em comunicação recíproca, para que a sociedade possa conservar-se, é preciso delimitar a atividade das pessoas que a compõem, mediante normas jurídicas.

Temos, assim, que o direito atua sobre o comportamento humano intersubjetivo, isto é, sobre as condutas dos seres humanos em relação a outros seres humanos, *sendo o direito positivo o conjunto de normas jurídicas estabelecidas pelo poder político que se impõe, regulando a vida social de um dado povo em determinada época.*

É mediante normas jurídicas que o direito pretende obter o equilíbrio social, impedindo a desordem e os delitos, procurando proteger a saúde e a moral pública, resguardando os direitos e a liberdade das pessoas.

b) A ciência do direito

Iniciemos pela pergunta “O que é ciência?”. É todo conhecimento que inclua, em qualquer forma ou medida, a garantia da própria validade. A limitação expressa das palavras “em qualquer forma ou medida” é aqui incluída para tornar a definição aplicável à ciência moderna, que não tem pretensões de absoluto. Mas, segundo o conceito tradicional, a ciência inclui garantia absoluta de validade, sendo portanto, como conhecimento, o grau máximo de certeza. É diferente da opinião, já que a esta falta a certeza de validade. Como conhecimento, caracteriza-se pelo grau máximo da certeza, apesar da ciência moderna não ter pretensões de certeza absoluta.

As diferentes concepções de Ciência podem ser distintas conforme a garantia de validade que lhes atribui. Essa garantia pode consistir:

- na demonstração: doutrina segundo a qual a ciência provê a garantia de sua validade demonstrando suas afirmações, isto é, interligando-as num sistema ou num organismo unitário no qual cada uma delas seja necessária e nenhuma possa ser retirada, anexada ou mudada, é o ideal clássico da ciência.
- na descrição: começou a formar-se com Bacon, Newton e os filósofos iluministas. Seu fundamento é a distinção baconiana entre a *antecipação* e

interpretação da natureza : a interpretação consiste em “conduzir os homens diante dos fatos particulares e das suas ordens”

- na autocorrigibilidade: concepção que reconhece, como garantia única da validade da Ciência, a sua autocorrigibilidade. Reflete uma desistência de qualquer pretensão à garantia absoluta, seja por abrir novas perspectivas ao estudo analítico dos instrumentos de pesquisa de que as ciências dispõem.

E a ciência do direito, o que vem a ser? Qual é o seu objeto ?

Responderemos através da análise de 2(dois) pontos : a) análise do que vem a ser “direito” e “norma jurídica” b) Diferenciação entre direito positivo e ciência do direito.

Para a afirmação do que venha a ser o “direito”, partiremos da parte (normas jurídicas) para se chegar ao todo (direito).

Então perguntamos, o que vem a ser “norma jurídica” ?

Na definição de Paulo de Barros Carvalho, “a norma jurídica é a significação que colhemos da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captados pelos sentidos. Vejo os símbolos lingüísticos marcados no papel, bem como ouço a mensagem sonora que me é dirigida pelo emissor da ordem. Esse ato de apreensão sensorial propicia outro, no qual associo idéias ou noções para formar um juízo, que se apresenta, finalmente, como proposição.”⁵⁰

E complementa o Professor :

“A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito(...). Ao enunciar os juízos, expedindo as respectivas proposições, ficarão registradas as discrepâncias de entendimento dos sujeitos, a propósito dos termos utilizados.

Aponta o Mestre importante analogia :

“Por analogia aos símbolos lingüísticos quaisquer, podemos dizer que o texto escrito está para a norma jurídica, tal qual o vocabulário está para sua significação. Nas duas situações, encontraremos o suporte físico que se refere a algum objeto do mundo (significado) e do qual extratamos um conceito ou juízo (significação)”. E conclui :

“... nessa estrutura triática ou trilateral, o conjunto dos textos do direito ocupa o tópico de suporte físico, repertório das significações que o jurista

⁵⁰ CAVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo : Saraiva, 7ª edição, atualizada, 1995

extraí, compondo juízos lógicos, e que se reporta ao comportamento humano, no quadro de suas relações intersubjetivas (significado).”

“Se pensarmos que a norma é um juízo hipotético-condicional (*se ocorrer o fato x, então deve ser a prestação Y*), formado por várias noções, é fácil concluir que nem sempre um só texto (de lei, p.ex.) será suficiente para transmitir a integralidade existencial de uma norma jurídica. Às vezes, os dispositivos de um diploma definem uma, algumas, mas nem todas as noções necessárias para a integração do juízo e, ao tentar enuncia-lo verbalmente, expressando a correspondente proposição, encontramos-lo incompleto, havendo a premência de consultar outros textos do direito em vigor.”⁵¹

Da análise do texto do Professor Paulo de Barros Carvalho em comunhão com os nossos conhecimentos de teoria geral do direito, podemos afirmar que :

- não se pode confundir “lei” (*lato sensu*) com “norma jurídica”, vez que esta última tem um caráter mais amplo do que a “lei”, pois a norma jurídica é o juízo hipotético completo, isto é, o comando completo pretendido pelo direito positivo, em que se enlaça determinada conseqüência à realização de um evento, contendo uma previsão abstrata (antecedente da norma) que, ocorrendo, leva à formação de uma relação jurídica (conseqüente da norma)), que envolve direitos e deveres das partes (sujeitos da norma), o que, na maior parte das vezes, não se encontra em uma única “lei”, sendo o cientista do direito obrigado a recorrer a inúmeras legislações para, compreendendo o significado de cada elemento contido na disposição legal, poder apontar a integralidade do comando abstrato.
- A falta do conhecimento do real significado de “norma jurídica” leva muitas vezes o operário do direito a não compreender o sistema positivo como um todo, levando a conclusões equivocadas e cientificamente imprestáveis.
- na norma jurídica haverá uma hipótese, suposto ou antecedente (antecedente da norma), a que se conjuga um mandamento, uma conseqüência (conseqüente da norma). A hipótese trará a previsão de um fato (ex. ser proprietário de imóvel urbano), enquanto que o conseqüente prescreverá a relação jurídica (ex.: dever de pagar o IPTU e direito do Fisco cobrar o tributo).
- O princípio que estabelece o elo de ligação entre antecedente e conseqüente das normas jurídicas é o *dever-ser*, contrapondo às leis

⁵¹ CARVALHO, Paulo de Barros. “Curso de Direito Tributário”. São Paulo: Saraiva, 7ª. edição, atualizada, 1995, pp. 7 e 8

naturais, onde encontramos o princípio da causalidade. O enunciado da proposição, em símbolos lógicos, é este : *se A, então deve ser B*, ao passo que as regras da natureza se exprimem assim : *se A, então B*.

Feita essa ampla análise das normas jurídicas, e sabendo-se que as mesmas são os instrumentos através do qual o direito alcança os seus objetivos, podemos, agora, definir direito positivo como um conjunto coordenado e harmônico (sistema) de comandos (normas jurídicas) que tem por objetivo coordenar o comportamento das pessoas que formam uma determinada sociedade a fim de, limitando tais comportamentos, atingir o fim do Estado, que é o bem comum.

Isto é, o direito positivo é, nada mais, nada menos do que o sistema jurídico de um país, sistema esse, por óbvio, válido e vigente, formado por normas jurídicas que se harmonizam e se correlacionam.

Já a ciência do direito é, nada mais, nada menos, uma linguagem de sobrenível, uma metalinguagem, que tem o seu foco dirigido para o estudo daquele complexo normativo, que é o direito positivo. Portanto, o objeto da ciência do direito é o direito positivo.

c) *O conceito de biodireito*

Maria Helena Diniz, buscando um conceito de biodireito, afirma que: “como o direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o *biodireito*, estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.”⁵²

A pergunta que fazemos é: podemos afirmar que o biodireito é um “estudo jurídico”, isto é, uma análise do direito positivo? Parece-nos por demais limitado o conceito acima apresentado. É necessário enfrentar-se o conceito de biodireito sob o prisma do “direito positivo” e sob o ângulo da “ciência do direito”.

- *Biodireito como “direito positivo”*

Como “direito positivo”, o biodireito é o conjunto de normas jurídicas, aplicáveis num determinado Estado em determinado momento, que têm como

⁵² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual...*, p. 9

objetivo a proteção direta do bem “vida” em todas as suas dimensões ou gerações, resolvendo, através da aplicação do direito, dilemas típicos da bioética.

Trata-se, assim, de uma “parte” do direito positivo pátrio, que objetiva diretamente a proteção da “vida”. E, quando nos referimos a “parte” do direito positivo, devemos esclarecer que essa divisão do direito positivo em “partes” (ramos do direito) é meramente didática, isto é, retiramos um *pedaço* do todo para melhor analisa-lo, jamais se podendo perder de vista que o *direito positivo* é um todo, é um sistema em que todos os seus elementos (normas jurídicas) convivem num mesmo ambiente, interagem-se e se harmonizam, não havendo lugar para contradições entre normas jurídicas.

O que caracteriza essas normas jurídicas que compõem o biodireito é o conteúdo de seus respectivos antecedentes, onde consta a descrição abstrata de comportamento (proibido, obrigatório ou permitido) que objetiva a proteção direta da vida em toda a sua extensão (seja vida como integridade física, seja vida *digna*, seja vida *genética*, seja vida *embrionária* etc).

Citemos exemplo de texto de lei que compõe o biodireito positivo:

- Na Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança, publicada em 24 de março de 2005), consta no seu artigo 5o a seguinte redação:

“Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

- *Biodireito como ciência do direito*

Se de um lado o biodireito pode ser analisado como *direito positivo*, de outro lado não podemos nos afastar da atuação da ciência do direito sobre essas normas jurídicas típicas do *biodireito positivo*.

Como ciência do direito, o biodireito é a verificação/análise do *biodireito positivo*, com o fim de descrever cada uma das normas jurídicas que compõem o *biodireito positivo*, possibilitando, desta forma, a sua aplicação nos casos concretos, bem como o estudo sobre a eficiência dessas normas no cumprimento de seu objetivo (que é a proteção do bem “vida” em toda a sua extensão).

Assim, quando Maria Helena Diniz apresenta o biodireito como um “estudo”, está-se analisando o biodireito como ciência do direito, limitando-se o campo conceitual. Citemos abaixo um texto típico de “biodireito como ciência do direito”:

- “*Alguns códigos penais em outros países prevêm diminuição da pena para a eutanásia. No Brasil não há crime de eutanásia. O Código Penal brasileiro não faz referência à eutanásia. Conforme a conduta, esta pode se encaixar na previsão do homicídio, do auxílio ao suicídio ou pode, ainda, ser atípica. Assim, no Brasil, o que se chama de eutanásia é considerado crime. Encaixa-se na previsão do art. 121, homicídio. Se se trata mesmo da eutanásia verdadeira, cometida por motivo de piedade ou compaixão para com o doente, aplica-se a causa de diminuição de pena do §1º do art. 121...*”⁵³

É nítido que o texto acima faz uma análise dos textos de lei/das normas jurídicas que descrevem em seu antecedente comportamento abstrato que se enquadra tipicamente como “eutanásia”. Não é um texto de direito positivo, mas de ciência do direito, de análise do direito positivo!

2.2) Das condutas objeto de regulação pelo “biodireito”

Como já afirmamos o biodireito, como direito positivo, é o conjunto de normas jurídicas, aplicáveis num determinado Estado em determinado momento, que têm como objetivo a proteção direta do bem “vida” em todas as suas dimensões ou gerações, resolvendo, através da aplicação do direito, dilemas típicos da bioética.

Trata-se, assim, de uma “parte” do direito positivo pátrio, que objetiva diretamente a proteção da “vida”. E, quando nos referimos a “parte” do direito positivo, devemos esclarecer que essa divisão do direito positivo em “partes” (ramos do direito) é meramente didática, isto é, retiramos um *pedaço* do todo para melhor analisá-lo, jamais se podendo perder de vista que o *direito positivo* é um todo, é um sistema em que todos os seus elementos (normas jurídicas) convivem num mesmo ambiente, interagem-se e se harmonizam, não havendo lugar para contradições entre normas jurídicas.

O que caracteriza essas normas jurídicas que compõem o biodireito é o conteúdo de seus respectivos antecedentes, onde consta a descrição abstrata de comportamento (proibido, obrigatório ou permitido) que objetiva a proteção direta da vida em toda a sua extensão (seja vida como integridade física, seja vida *digna*, seja vida *genética*, seja vida *embrionária* etc).

⁵³ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 291.

Em suma, é objeto do biodireito as condutas que positiva ou negativamente sejam capazes de diretamente afrontar o bem “vida” seja como integridade física, seja como vida digna (neste último caso, foco de incidência de direitos fundamentais de terceira geração).

2.3 – Da teoria geral do biodireito aos princípios específicos do biodireito

Agora, apresentaremos o instrumental técnico necessário para o efetivo trato dos assuntos pertinentes ao biodireito, partindo-se da análise do objetivo do direito frente à vida, desenvolvendo-se temas pertinentes como a pluralidade de significados de vida, o conceito jurídico de vida, os princípios jurídicos que norteiam o trato dos conflitos envolvendo o direito à vida e o conceito de saúde.

Uma vez apreendida essa teoria geral, partiremos, nos capítulos seguintes, para a análise dos grandes temas específicos do biodireito.

a. O objetivo do direito frente ao bem “vida”

A geração da vida, como é óbvio, é papel da natureza através de formas que lhe são próprias e que podem, sim, ser objeto de intervenção direta da atividade humana principalmente frente ao atual grau de evolução da tecnologia genética e às perspectivas de evolução da mesma.

O que queremos esclarecer aqui é que o papel do direito não é gerar o bem “vida”, o que lhe seria impossível através de sua função de regular deontologicamente o comportamento humano intersubjetivo, mas proteger a “vida”, proteger não só a sua existência mínima, mas também garantir o seu desenvolvimento de acordo com a ótica que a sociedade lhe imprimir.

Assim, o nosso objeto de investigação é também proteção constitucional do bem “vida”, na forma como é tutelada pela própria constituição através, inclusive, de mutações constitucionais que se inserem nesse campo normativo.

b. A polissemia da palavra “vida” no caput do artigo 5º da CF/88

Nossa primeira função no trabalho de obtenção do atual conceito constitucional de vida é obter o “programa normativo”⁵⁴, isto é, as

⁵⁴ Como afirma José Joaquim Gomes Canotilho, os componentes fundamentais da norma jurídica são o programa normativo e o domínio normativo e, por isso, a norma só pode compreender-se como uma

possibilidades semânticas do texto normativo “indisponibilidade do direito à vida” constante no *caput* do artigo 5º da CF/88.

Antes de adentrarmos na investigação sobre a capacidade semântica do termo “vida”, é necessário que já procedamos à primeira delimitação. A “vida” a que se refere o *caput* do artigo 5º da Lei Maior é a “vida humana”, a vida do animal *taxinomicamente* mais evoluído, que é o Homem, afastando-se da incidência do conceito a que discutimos outras modalidades de vida, como a vida vegetal, a vida dos animais que não são humanos etc.

Não que a Constituição feche os olhos para essas outras modalidades de vida, mas realiza a sua proteção através de outras normas jurídicas constitucionais, com características bem diversas, sob outro enfoque, vez que, no artigo 225 da CF/88, quando o Constituinte trata de “meio ambiente ecologicamente equilibrado” impondo o dever de “defendê-lo e preservá-lo”, o faz em defesa da “vida humana” das “presentes e futuras gerações”.

Analisando o significado de “vida” (e, a partir de agora, sempre que mencionarmos o termo “vida”, estamos nos referindo à “vida humana”) percebemos que, dependendo do enfoque que adotemos, obteremos um significado diferente. Sob o prisma das ciências biológicas teremos um significado, sob o enfoque filosófico teremos outro, e assim por diante. E, nesse ponto, surge a pergunta: para o direito, qual o enfoque que será adotado?

Talvez nem fosse necessário dizer que o termo “vida” não é termo típico do direito, mas de outras ciências. Não podemos, de outro lado, afastar-nos da idéia de que o papel do direito é incidir nas relações humanas intersubjetivas, isto é, interferir de alguma forma e para determinado fim no comportamento humano. Também não se tem dúvida de que aquele que faz o direito, que faz o Estado, é o povo, que “importa” para o direito assuntos que são típicos de outras áreas do conhecimento. São importados para o direito temas que, sendo relevantes para a manutenção da vida social, merecem ser regrados juridicamente.

Não há como impormos que o direito adote a concepção de vida de uma ou de outra área do conhecimento, o que o direito absorverá será

articulação destas duas dimensões. O programa normativo é o resultado de um processo parcial de concretização (inserido, conseqüentemente, num processo global de concretização) assente fundamentalmente na interpretação do texto normativo. Daí que se tenha considerado o enunciado lingüístico da norma como ponto de partida do processo de concretização (dados lingüísticos). Por sua vez, o setor normativo (os termos “setor normativo” e “domínio normativo” são sinônimos) é o resultado de um segundo processo parcial de concretização assente sobretudo na análise dos elementos empíricos (dados reais, ou seja, dados da realidade recortados pela norma). Desta forma, a norma jurídico-constitucional é um modelo de ordenação orientado para uma concretização material, constituído por uma medida de ordenação, expressa através de enunciados lingüísticos, e por um campo de dados reais (fatos jurídicos, fatos materiais). Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1.089-1.090.

aquilo que a sociedade entender como sendo necessário de regulamentação pelo direito. Cabe ao direito, através de instrumentos que lhe são próprios, captar tais anseios da sociedade, normatizando-os.

É necessário que sejamos capazes de extrair o que a CF/88 aponta hoje como sendo “vida” a ser protegida.

c. As acepções jurídicas do termo “vida” e sua característica histórica

Apontamos que o direito atuará naquilo que a sociedade, em determinado momento da história, entender como sendo pertinente de regulação pelo direito, isto é, o conceito jurídico de “vida” tem como característica a historicidade, que, inclusive, é uma característica de todos os direitos fundamentais (classe em que obviamente se enquadra o “direito à vida”) e que é explicada por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior da seguinte forma: “Os direitos fundamentais têm caráter histórico, isto é, se formos buscar seus antecedentes, encontraremos uma cadeia evolutiva, no pico da qual eles se situam.”⁵⁵.

Essa historicidade nos leva à conclusão de que o conceito jurídico de vida é dinâmico, sendo capaz de se modificar conforme a evolução da própria sociedade, em especial conforme os valores e necessidades por esta agregados.

Interessante expormos a relação entre direitos fundamentais e direito à vida. Como é cediço na doutrina, os direitos fundamentais são, em realidade, várias extensões ou dimensões do próprio direito à vida. Conforme evolui a sociedade, conforme novos valores e necessidades se agregam ao elemento “vida”, surgem novos direitos fundamentais, novas concepções da “vida” a serem protegidas. Se num primeiro momento falava-se somente em vida como integridade física, hoje, como veremos, o direito trata de vida digna, vida social, vida privada, vida do ponto de vista genético etc.

Essa informação sobre a origem dos direitos fundamentais como acepções do direito à vida que devem ser tuteladas pelo direito leva-nos à conclusão de que a busca do conceito constitucional de vida deve advir de uma interação entre os mais diversos direitos fundamentais.

Se de um lado o prisma “físico-biológico”⁵⁶ é essencial para a existência da “vida” em sua completude, de outro lado não é real dizermos

⁵⁵ *Curso de Direito Constitucional*, p. 88

⁵⁶ Adotamos a expressão “prisma “físico-biológico”” para designar a concepção da vida como simples manutenção das estruturas e características metabólicas humanas.

que há relação de identidade entre o conceito constitucional de vida e o conceito físico-biológico de “vida”.

d. A evolução do termo “vida” no direito constitucional

O conceito que temos hoje de “vida” na Constituição Federal de 1988 é produto da evolução da sociedade, não se restringindo ao conceito então pensado pelo Poder Constituinte Originário, mas se ampliando a cada dia.

Pietro de Jesús Lora Alarcón⁵⁷ aponta a existência de 4(quatro) acepções de “vida” na constituição de 1988, dividindo-as em “acepções tradicionais” e “acepção inovadora”.

O Autor apresenta como acepções “tradicionais”⁵⁸ aquelas já amplamente estudadas pela doutrina e já sedimentadas no mundo jurídico, quais sejam:

- a. a integridade física do ser humano;
- b. o homem como sujeito livre e autodeterminado;
- c. o homem como sujeito social.

E aponta Alarcón, como acepção “inovadora”⁵⁹, a tutela da vida humana a partir da ótica genética. Não podemos também deixar de observar que a doutrina também acrescenta entre as acepções inovadoras à tutela da vida, além da tutela pela ótica genética, também a tutela frente à cibernética e à informática, além da proteção em relação à globalização⁶⁰.

É verdadeiro que todas essas acepções de vida não surgiram ao acaso, mas foram resultados de um longo processo histórico em que foi se dilatando o conceito de vida e, conseqüentemente, viu-se a necessidade de uma proteção mais ampla pelo direito.

A proteção da vida humana é dialética, se confundindo a sua evolução com a do Direito e, particularmente, com a evolução do Direito Constitucional, o que se comprova examinando-se a preocupação da positividade constitucional, a partir da Magna Carta, passando pelas Declarações de Direitos por Constituições consideradas marcos na história jurídica do mundo com a Constituição soviética e a Constituição de Weimar, finalizando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com a proteção do direito à vida⁶¹. Pode-se até dizer que o conjunto positivado de liberdades e garantias forma o desdobramento do direito a viver, seja direito a existir, direito a conviver, ou

⁵⁷ *Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*, p. 167-219.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 190-218.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 219-240.

⁶⁰ Arion Sayão Romita, *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*, p. 107-117.

⁶¹ Pietro de Jesús Lora Alarcón, *op.cit* .p.85.

direito a viver protegido dos impactos e choques do convulsionado mundo contemporâneo⁶².

Francisco Pedro Jucá, dissertando sobre os direitos fundamentais do trabalhador, conceitua direitos fundamentais como um conjunto de direitos que, por sua natureza e papel desempenhado no contexto, servem de fundamento para a construção do ser qualificado como humano, isto é, aqueles sem os quais não se pode entender a condição humana desse ser⁶³ e acrescenta, a respeito da variação do conteúdo do direito à vida no tempo, que:

“... os valores, especial e destacadamente o Justo, sobrepairam, integram o universo fundamentalmente da organização cultural da sociedade, pertinzendo ao seu imaginário, ao seu caldo de cultura como categoria ideal e, em razão disto, serve de referência a matriz na formulação das normas de conduta que são obrigatórias aos membros daquela comunidade, na medida em que estas normas buscam, com maior ou menor fidelidade, materializar, como representação, este valor nas suas repercussões e rebatimentos às necessidades da vida social.”⁶⁴

Temos, pois, o conceito de direitos fundamentais como sendo o conjunto de normas jurídicas que têm por objetivo a proteção do direito à vida em todas as suas acepções absorvidas pelo direito, contendo no seu antecedente normativo a descrição abstrata de um comportamento, obrigatório, proibido ou permitido, que realiza a proteção do direito à vida.

Passamos, agora, a analisar tal evolução semântica da vida em seu tratamento jurídico.

d.1. A proteção da integridade física do ser humano

Inicialmente, cultuava-se a manutenção da existência humana, proibindo-se a interrupção do processo vital, isto é, da vida biológica. Nesse momento, a acepção jurídica de vida tem relação de identidade como “existência biológica”.

Como afirma Marconi do Ó Catão, o significado de “integridade física”, que também é denominada de “direito à vida”, “direito à integridade corporal” e “direito à saúde”, refere-se à completude ou perfeição, ou seja, o que não sofreu redução e é suscetível de se manter íntegro ou de se desenvolver normalmente, porque está ileso, logo, o bem da integridade física é

⁶² *Idem.*

⁶³ *Os direitos individuais fundamentais do trabalhador.* In : Amauri Mascaro Nascimento (coord.), *A transição do direito do trabalho no Brasil*, p. 264.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 266.

definido como lado de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos, estando esse bem na hierarquia dos bens mais elevados, o bem da vida⁶⁵.

É de inequívoca relevância para o ser humano o direito à integridade física, através do qual se protege a incolumidade do corpo e da mente, por meio da conservação da higidez física e da lucidez mental da pessoa, opondo-se a qualquer ato que venha a comprometê-las e, assim, condenam-se os atos contra a integridade física, rejeitando-se, social e individualmente, lesões causadas à normalidade funcional do corpo humano, sob os pontos de vista anatômico, fisiológico e psíquico⁶⁶.

Assim, entendemos como integridade física a manutenção da anatomia (forma e estrutura dos elementos que compõem o corpo humano⁶⁷), da fisiologia (processos físico-químicos que ocorrem nas células, tecidos, órgãos e sistemas e que são responsáveis pelo funcionamento normal dos seres humanos⁶⁸) e da psique (estrutura mental ou psíquica do ser humano⁶⁹) humanos, sendo que a ofensa à integridade física humana recebe o nome de “lesão corporal”, conceituada por Delton Croce e Delton Croce Júnior como “qualquer dano ocasionado à normalidade do corpo humano, quer do ponto e vista anatômico, quer do fisiológico ou mental”⁷⁰.

Quanto às formas de ofensa à integridade física humana, a medicina legal utiliza o termo “ofensa à integridade física” para os danos de natureza anatômica e “ofensa à saúde” para danos fisiológicos e mentais, como destaca o clássico magistério da medicina legal de Almeida Júnior e J.B. de Oliveira Costa Júnior:

“A ofensa à *integridade corporal* objetiva-se pelo dano anatômico : escoriação, equimose, ferida incisa, ferida látero-contusa, ferida penetrante, luxação, fratura, cicatriz, mutilação, amputação, etc. Existe lesão, ainda que ao dano anatômico não corresponda a nenhum dano funcional, como pode suceder no caso de escoriações ou de equimoses (...) A ofensa à *saúde* se expressa mediante perturbações funcionais: alterações na sensibilidade geral ou específica, na motricidade, nas funções vegetativas (digestão, respiração, circulação, excreções), atividade sexual, no psiquismo. As perturbações funcionais às vezes alcançam intensidade e duração suficiente para caracterizar uma *doença*. Existe lesão mesmo que o dano funcional não acompanhar-se de alteração anatômica (como em perturbações mentais provindas de traumas psíquicos).”⁷¹

⁶⁵ *Biodireito: transplante de órgãos e direitos de personalidade*, p. 168-169.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 168.

⁶⁷ Antonio Houaiss (coord.), *Houaiss Dicionário da Língua Portuguesa*.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Manual de Medicina Legal*, p. 115.

⁷¹ *Lições de medicina legal*, p. 221.

No que tange à integridade mental, este é um dos direitos da personalidade, impondo a todos o dever de respeitar a estrutura psíquica de outrem, seja por ações diretas ou indiretas, seja em tratamentos psicológicos, seja, ainda, em atos repressivos, sendo preciso resguardar os componentes identificadores da estrutura interna da pessoa, suas convicções, idéias, modo de pensar etc, de forma que a ofensa à integridade psicofísica representa muitas variações, por abranger gravame à saúde, à estética, à mente, entre outros⁷².

A importância da integridade física do ser humano é indiscutível, vez que é através do corpo humano, formado de aparelhos, sistemas, tecidos e células que o estruturam⁷³, que a pessoa humana realiza a sua missão no mundo fático⁷⁴, que atua no mundo corpóreo, deixando a sua marca e realizando o seu destino.

d.2. Os direitos fundamentais de primeira geração

Em especial após a revolução francesa, passou o conceito jurídico de vida a agregar a característica de autodeterminação humana, de liberdade. A partir daí, a vida somente é integral quando se tem liberdade. Surgiu, então, a necessidade de se especificar aquilo que é de domínio público e o que é de domínio privado, regulando-se o *quantum* que o Estado pode interferir na particularidade humana, na liberdade do cidadão. Surgem daí os direitos fundamentais de primeira geração⁷⁵. A autodeterminação do homem, transladada especialmente para a “liberdade de contratar”, era vista como uma forma de “igualar” os homens. Isto é, somente seriam iguais aqueles que possuíssem liberdade.

Trata-se de uma acepção que, à época, compatibilizava-se com o sistema liberal que preconizava, fundamentalmente, a liberdade individual, prendendo-se à idéia de que o poder central deve se afastar de tudo aquilo que não seja essencial para manter os direitos individuais do ser humano, passando a

⁷² Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, p. 160-161.

⁷³ Marconi do Ó Catão, *op. cit.*, p. 174.

⁷⁴ Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, p. 78.

⁷⁵ A doutrina costuma utilizar-se das expressões “geração” e “dimensão” para caracterizar cada uma das acepções jurídicas da “vida”. Trata-se de expressões já consolidadas, motivo pelo qual as utilizamos no presente trabalho, sem, entretanto, deixar de enfatizar a existência de alguma polêmica quanto à utilização das mesmas, como aponta Aryon Sayão Romita, que prefere adotar as expressões “famílias”, “naipes” ou “grupos” de direitos fundamentais, sob a argumentação de que “Usual é o emprego do vocábulo gerações para designar as famílias (naipes ou grupos) de direitos fundamentais. Não se trata, porém, de gerações, estas se sucedem com o passar do tempo, umas tomam o lugar das outras. Não é o que ocorre, porém, com os direitos fundamentais. A revelação dos direitos de determinado naipe não faz desaparecer os anteriores. Os diferentes grupos de direitos fundamentais existem simultaneamente, concomitantemente, sendo impensável a supressão dos direitos de primeira e segunda “gerações” pelo fato de se revelar uma terceira “geração”. E acrescenta o Sayão Romita que não se justifica a denominação “dimensões”, vez que a mesma só adquire legitimidade quando alusiva a certo e determinado direito, mas se revela imprópria para designar os grupos de direitos fundamentais. Cf. Arion Sayão Romita, *op. cit.* p. 89-90.

ter importância o indivíduo e o individualismo, a liberdade e a propriedade⁷⁶, como narra Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“ Desde a revolução de 1789, o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. Não é ocioso recordar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 16) condicionou à proteção dos direitos individuais a própria existência da Constituição.

Tal exagero tinha uma significação profunda. Indicava em alto e bom som o objetivo do governo em prol da Constituição escrita, qual seja, o estabelecimento em favor do indivíduo de uma esfera autônoma de ação, delimitando assim o campo de interferência legítima do Estado com qualquer um.”⁷⁷

A vida, nesse momento histórico, reiteramos, era vista como sinônimo de liberdade, como sinônimo de limitação da atuação estatal sobre o homem, agora considerado como “cidadão”, como ensina Francisco Teixeira, citado por João Marcos Castilho Morato:

“O Estado não pode violar estes direitos. Ao contrário, deve reconhecê-los e assegurar o seu exercício por cada indivíduo. Isto transforma o indivíduo em um cidadão, na medida em que ele é reconhecido como portador de direitos e pode, assim, cobrar do Estado a liberdade de exercê-los contra todo e qualquer poder arbitrário imposto a ele sem seu consentimento.”⁷⁸

d.3. Os direitos fundamentais de segunda geração

Quando da Revolução Industrial, no início do século XX, surgiu a visão de necessidade de manutenção da subsistência do Homem, agregando-se ao conceito jurídico de vida a “vida com qualidade”, a vida com dignidade, a necessidade de intervenção do Estado nas relações jurídicas no sentido de tentar igualar os pólos diversos dessas relações, municiando o hipossuficiente⁷⁹ de condições para se manter socialmente vivo. Dessa necessidade surgem os direitos fundamentais de segunda geração.

⁷⁶ João Marcos Castilho Morato, *Globalismo e Flexibilização Trabalhista*, p. 17-20.

⁷⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, p. 286.

⁷⁸ *Op. cit.* p. 19.

⁷⁹ O termo “hipossuficiente” é aqui utilizado para designar a classe genérica formada pelas pessoas que, por questões econômicas, sociais ou culturais possuem, em determinadas relações jurídicas, inferioridade em relação a outras pessoas que ocupam pólo oposto da relação, cuja superioridade lhes permite impor unilateralmente cláusulas contratuais, que o hipossuficiente não tem condições de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco. Cf. Luiz de Pinho Pedreira da Silva, *Principiologia do Direito do Trabalho*, p. 22-24.

O panorama vivido durante a revolução industrial destacava-se pela exploração do ser humano. A introdução da máquina a vapor e dos modernos sistemas de produção em série, com a redução do número de trabalhadores na planta das fábricas e conseqüente aumento do desemprego, criou um horizonte perfeito para a exploração da mão-de-obra, bem descrito por Sebastião Geraldo de Oliveira:

“ A Revolução Industrial veio alterar o cenário e gerar novos e graves problemas. O incremento da produção em série deixou à mostra a fragilidade do homem na competição desleal com a máquina; ao lado dos lucros crescentes e da expansão capitalista aumentavam paradoxalmente a miséria, o número de doentes e mutilados, dos órfãos e das viúvas, nos sombrios ambientes de trabalho.

Contando com a sorte ou com o instinto de sobrevivência, cabia ao próprio trabalhador zelar pela sua defesa diante do ambiente de trabalho agressivo e perigoso, porque as engrenagens aceleradas e expostas das engenhocas de então estavam acima da saúde ou da vida “desprezível” do operário. Segundo as concepções da época (o *laissez-faire*), os acidentes, as lesões e as enfermidades eram subprodutos da atividade empresarial e a prevenção era incumbência do próprio trabalhador.”⁸⁰

O homem, frente ao capitalismo já bastante desenvolvido e munido pelas diretrizes do sistema liberal, via-se como mero “instrumento de produção”, num cenário onde as máquinas, os bens produzidos e os lucros dos detentores dos meios de produção tinham valor superior à própria vida humana.

A tão batalhada liberdade contratual, fruto em especial da Revolução Francesa, tornou-se uma arma contra o próprio homem. A doutrina do *laissez-faire*⁸¹, com a não intervenção estatal nos contratos, transformou-se no punhal que levava o ser humano à sua própria destruição, exposto a condições de trabalho degradantes, como relata o saudoso Orlando Teixeira da Costa:

“Com a invenção da máquina, a ferramenta que era usada pelo trabalhador foi por ela substituída, daí decorrendo a concentração dos meios de produção, principalmente no setor industrial. Ao mesmo tempo em que se operava essa mudança, a produção aumentava e barateava, desestimulando as atividades meramente artesanais, o que resultou na privação dos instrumentos de trabalho dos antigos artesãos, pois o custo da

⁸⁰ *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*, p. 62-63.

⁸¹ Doutrina alimentada pelo liberalismo, cujo precursor foi Adam Smith, e que tinha como premissa que a busca do auto-interesse pelos indivíduos (individualismo) beneficiaria a todos (coletividade), pregando que a liberdade do mercado, afastada a intervenção do Estado nas relações jurídicas de direito privado, produziria o bem-estar de todos.

maquinaria só se tornou acessível a quem podia dispor de capital acumulado ou associado.

Concomitantemente, os proprietários das máquinas só puderam operá-las recrutando a mão-de-obra indispensável. Como, entretanto, ela era abundante, a contratação passou a ser feita a preço vil, pois sujeita à lei da oferta e da procura, em que o trabalho humano é visto como uma mercadoria.

As condições e os locais de trabalho, outrossim, eram os piores possíveis, o que implicava em verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Com isso, o nível de vida do obreiro baixou a níveis nunca antes atingidos.

A tudo isso o Estado assistia impassível, como mero espectador encarregado de manter a ordem quando necessário, pois o seu papel resumia-se a garantir o livre exercício da economia, segundo os padrões liberais vigentes na época.”⁸²

A diferença de poderes econômico, político e cultural entre as partes componentes da relação de trabalho era um despropósito. O trabalhador, hipossuficiente, passou a viver à mercê da vontade do empregador.

Nascia, na terceira década do século XX, em razão da necessidade de solucionar tal desequilíbrio nas relações laborais, o Estado Social em substituição ao Estado Liberal, sendo que o advento desse novo modelo de Estado, identificado doutrinariamente como Estado Social de Direito, iniciou-se em virtude dos narrados acontecimentos políticos, sociais e econômicos e tinha entre suas funções a intervenção do Estado na relação jurídica trabalhista, fixando direitos mínimos aos trabalhadores, buscando equilibrar o vínculo entre os cidadãos trabalhadores e os detentores dos meios de produção⁸³. Segadas Vianna narra com detalhes a queda do modelo liberal:

“O sistema liberal, que se julgava construído sobre o subjetivismo dos direitos individuais, ‘começou a perder em altanaria e em importância à medida que se ia escoando o momento político e econômico em que fora possível a sua formação, combatido por uma nova realidade que se desenvolvera, e uma realidade onde já não achava apoio a antiga doutrina’.

Se o liberalismo (...) não é, por si só, gerador de desigualdade, é certo entretanto que, graças a ele, e à sua sombra, havia sido cometidos os maiores abusos dos fortes contra os fracos, havido sido anulada a liberdade, e o próprio Estado, em vez de simples assistente dos acontecimentos, passara, sob o domínio do capitalismo, a ser um instrumento de opressão contra os menos favorecidos. A afirmação de *Palacios* definia bem o que sucedera: “A liberdade sem freios será a causa da brutalidade e da usurpação se há desigualdade nas

⁸² *O direito do trabalho na sociedade moderna*, p. 18-19.

⁸³ Pietro de Jesús Lora Alarcón, *op. cit.* p. 78-79.

forças individuais”, e reafirmava o preceito de *Lacordaire*: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta”.⁸⁴

Como expõe Maurício Godinho Delgado – destacando que essa nova visão de proteção do direito à vida tem origens em fatores econômicos, sociais e políticos-:

“Do ponto de vista *econômico*, são fatores que propiciaram as condições favoráveis (...): de um lado, a utilização da força de trabalho livre mas subordinada como instrumento central da relação de produção pelo novo sistema produtivo emergente; de outro lado, a circunstância de esse novo sistema produtivo também gerar e desenvolver uma distinta modalidade de organização do processo produtivo, a chamada *grande indústria*. Essa nova modalidade suplantou as formas primitivas de organização da produção, consubstanciadas no artesanato e na manufatura (...)

Do ponto de vista *social*, são fatores (...) : a concentração proletária nas sociedades européia e norte-americana em torno das grandes cidades industriais; o surgimento de uma inovadora identificação profissional entre as grandes massas obreiras, a partir de um mesmo universo de exercício de sua força de trabalho – universo consubstanciado no estabelecimento ou empresa.

Finalmente, do ponto de vista *político*, são fatores que conduziram ao surgimento do Direito do Trabalho as ações gestadas e desenvolvidas no plano da sociedade civil e do Estado, no sentido de fixar preceitos objetivos para a contratação e gerenciamento da força de trabalho componente do sistema produtivo então estruturado.”⁸⁵

d.4. Direitos fundamentais de terceira geração

Os avanços tecnológicos, com a maior capacidade do homem de intervir na natureza, explorando-a, juntamente com uma realidade retratada pela irresponsabilidade do homem em seu ato de exploração dos recursos naturais fez com que surgisse a preocupação com a proteção da própria humanidade, uma proteção que tem por objetivo a manutenção da existência humana, mas não somente sob um referencial individual, mas sob toda a humanidade. Surgem dessa nova preocupação os direitos fundamentais de terceira geração, conforme descrito por José Francisco Rezek:

⁸⁴ Arnaldo Süssekind *et al*, *Instituições de direito do trabalho*, p. 36.

⁸⁵ Maurício Godinho Delgado, *Curso de direito do trabalho*, p. 87-88.

“ Vieram a qualificar-se como de “segunda geração” os direitos econômicos, sociais e culturais de que cuida a parte final da Declaração de 1948. A idéia contemporânea dos direitos humanos de “terceira geração” lembra o enfoque dado à matéria pelos teóricos marxistas, pouco entusiasmados com o zelo – alegadamente excessivo – por direitos individuais, e propensos a concentrar sua preocupação nos direitos da coletividade a que pertença o indivíduo, notadamente no plano do desenvolvimento sócio-econômico. Vanguardas do pensamento ocidental alargam o horizonte desses direitos humanos societários, trazendo à mesa teses novas, como a do direito à paz, ao meio ambiente, à *co-propriedade do patrimônio comum do gênero humano*. O problema inerente a esses direitos de terceira geração é, como pondera Pierre Dupuy, o de identificar *seus credores e devedores*. Com efeito, quase todos os direitos individuais de ordem civil, política econômica, social e cultural são operacionalmente reclamáveis, por parte do indivíduo, à administração e aos demais poderes constituídos em seu Estado patrial, ou em seu Estado de residência ou trânsito. As coisas se tornam menos simples quando se cuida de saber de quem exigiremos que garanta nosso direito ao desenvolvimento, à paz ou ao meio ambiente.”⁸⁶

Os direitos fundamentais de terceira geração ainda se encontram em fase de maturação e têm como referência a proteção de direitos denominados *metaindividuais*, isto é, aqueles que transcendem o indivíduo isoladamente considerado⁸⁷, que excedem o âmbito estritamente individual mas não chegam a constituir interesse público, onde se incluem os *direitos difusos* – que são os interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico muito preciso⁸⁸ -, *coletivos* - que compreendem direitos de uma categoria determinada, ou pelo menos determinável de pessoas⁸⁹ - e *individuais homogêneos* - que decorrem de uma origem comum⁹⁰, compreendendo os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias⁹¹ - .

Como afirma Vasak, citado por Lora Alarcón⁹², são identificados cinco direitos chamados *de fraternidade*, ou de *terceira geração*, a saber: *o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação*.

⁸⁶ *Direito internacional público : curso elementar*, p. 222-223.

⁸⁷ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 22.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de direitos do consumidor*, p. 39.

⁹¹ Hugo Nigro Mazilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, p.6.

⁹² Op. cit. p. 80.

d.5. As mais novas gerações de direitos fundamentais e o atual conceito constitucional de direito à vida

A doutrina aponta, atualmente, para a existência de mais três espécies de direitos fundamentais, que são os de quarta, quinta e sexta gerações.

No que tange aos direitos fundamentais de quarta geração, as mais recentes descobertas na área da biologia, mais especificamente no campo da genética, com as conseqüentes preocupações quanto à forma como o homem pode intervir no patrimônio genético humano, à problemática do direito de privacidade e aos efeitos da publicidade do patrimônio genético de determinado ser humano, a forma como o direito deve tutelar as novas formas de “geração” de seres humanos, entre outros assuntos ligados à biotecnologia⁹³, levaram a mais uma ampliação do conteúdo jurídico da “vida”, agregando-lhe o caráter genético⁹⁴. Daí surge mais uma geração de direitos fundamentais, a quarta geração.

Como direitos fundamentais de quinta geração, temos os direitos relacionados à proteção da vida frente à utilização dos conhecimentos fornecidos pela cibernética e pela informática, compreendendo-se *cibernética* como a ciência que objetiva o estudo comparativo dos sistemas e mecanismos de controle automático, regulação e comunicação nos seres vivos e nas máquinas e a *informática* como o conjunto de conhecimentos científicos e técnicos que possibilitam o tratamento automático da informação por meio de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados (computadores e programas)⁹⁵.

Sob a denominação de “direitos fundamentais de 6ª geração”, temos a proteção do ser humano frente aos efeitos decorrentes da globalização, envolvendo os direitos à democracia, à informação correta e ao pluralismo (sociedade composta de vários grupos ou centros de poder)⁹⁶.

Essa visão, de certa forma cronológica, do surgimento dos direitos fundamentais nos possibilita não só a constatação de que todas as

⁹³ Biotecnologia é conceituada como o conjunto de tecnologias que usam transferência de genes entre seres vivos (microrganismos, plantas ou animais) nos processos industriais. Cf. Sérgio Olavo Pinto da Costa. *Glossário de biotecnologia* – 2004.

⁹⁴ Pietro de Jesús Lora Alarcón, *op. cit.* p. 87-100.

⁹⁵ Arion Sayão Romita, *op. cit.*, p. 107-108.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 110-116

denominadas “gerações” de direitos fundamentais têm como origem a ampliação do conteúdo de “vida” para o direito e, consideradas globalmente, levam-nos à conclusão sobre o atual conteúdo constitucional de vida.

Em suma, o atual conceito constitucional de vida abrange as seguintes concepções: *integridade física do ser humano* e os *direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira, quarta, quinta e sexta gerações*.

e. Os princípios do biodireito

Na atuação da proteção constitucional à “vida”, muitos choques são presenciados, alguns acontecem com outros bens juridicamente tutelados (com normas jurídicas que protegem outros bens jurídicos que não a vida diretamente), outros em relação ao próprio direito à vida (choques entre direitos fundamentais), seja de mais de um indivíduo⁹⁷, seja de um mesmo indivíduo⁹⁸.

São necessárias referências que dirijam o intérprete na solução desses choques de interesses jurídicos que deverão ser enfrentados no desenvolvimento dessa dissertação. Daí fazermos uso dos *princípios*, institutos esses que, como ensina Paulo César Conrado, são utilizados, no campo da Ciência do Direito, para denotar as diretrizes que iluminam a compreensão de setores normativos (mais ou menos abrangentes, segundo o caso), imprimindo-lhes caráter de unidade e servindo, em virtude dessa mesma unidade, de fator de agregação das normas integrantes dos apontados setores⁹⁹.

E o conceito apresentado por Paulo César Conrado, a despeito de tratar especificamente de princípios jurídicos, compatibiliza-se, em seu âmago, com a definição genérica de princípio como sendo sinônimo de começo, de primeiro, de inaugural, de estrutura.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior apontam que os princípios são regras-mestras dentro do sistema positivo, devendo ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema e que, realizando tais identificações, estaremos identificando os princípios constitucionais¹⁰⁰. E Carlos Ari Sundfeld, por sua vez, entende que os princípios são idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a

⁹⁷ Adotamos a expressão “choque entre direitos fundamentais de mais de um indivíduo” para nos referirmos à situação em que direitos fundamentais de pessoas diferentes entram em choque em determinada situação concreta.

⁹⁸ Adotamos a expressão “choque entre direitos fundamentais de um mesmo indivíduo” para referência à situação concreta de conflito entre gerações de direitos fundamentais de uma mesma pessoa.

⁹⁹ Paulo César Conrado, *Introdução à Teoria Geral do Processo Civil*, p.25.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p.59.

compreensão de seu modo de organizar-se¹⁰¹.

Quanto à importância dos princípios, interessante a lição de Lenio Luiz Streck no sentido de que os princípios constitucionais assumem importância ímpar no Estado Democrático de Direito, sendo a própria condição de possibilidade da Constituição porque conformadores do seu núcleo político, naquilo que se denomina no contemporâneo constitucionalismo da *relação de pertinência entre as normas*¹⁰².

Para a prática do biodireito, onde se confronta, em várias oportunidades, a vida como integridade física com outros bens, em especial com os bens econômicos e as consequências do direito de propriedade, necessário é o estudo do *princípio da dignidade da pessoa humana*, do *princípio da primazia do direito à vida* e do *princípio da concordância prática ou da harmonização*.

e.1. O princípio da dignidade da pessoa humana

Não se pode, logo de início, deixar de destacar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na estrutura constitucional do Estado Brasileiro, definido como Estado Democrático de Direito pelo artigo 1º da CF/88, que aponta em seu inciso III a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A qualidade de “fundamento” da República Federativa do Brasil só pode verdadeiramente ser valorizada quando buscamos o real significado do termo “fundamento” que, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, é “base, alicerce, razões em que se funda, razão, motivo”¹⁰³.

Assim, não há como se admitir, seja política, seja juridicamente, qualquer ato jurídico¹⁰⁴ no Brasil que não cumpra o requisito de

¹⁰¹ *Fundamentos de direito público*, p. 137.

¹⁰² Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do Direito*, p. 413.

¹⁰³ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Minidicionário da Língua Portuguesa*, p. 264.

¹⁰⁴ Sobre o conceito de ato jurídico, Marcos Bernardes de Mello afirma existirem os conceitos *lato sensu* e *stricto sensu* de ato jurídico, aquele como sendo “o fato jurídico cujo suporte fático tenha como cerne uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não-proibido e possível” e este como “fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas” (Cf. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico*, p. 115 e 135). Custódio da Piedade Ubaldino Miranda esclarece que quando se fala em ato jurídico sem qualquer outra designação complementar, tanto se pode querer significar uma simples atuação da vontade, um comportamento de que resultam certos efeitos jurídicos por exclusiva obra da lei, ainda que o seu autor os não tenha querido ou previsto, como se pode querer significar o negócio jurídico, que consiste numa declaração que exterioriza um certo conteúdo de vontade e mediante a qual o seu autor se propõe obter determinados efeitos que a lei dota de juridicidade (Cf. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *Teoria geral do negócio jurídico*, p. 21-22). Esclarece-se também que nesse trabalho utilizamos o termo ato jurídico tanto como ato jurídico *lato sensu*, quanto como ato jurídico *stricto sensu* ou negócio

reconhecer e proteger a dignidade da pessoa humana e, partindo-se do princípio de que o funcionamento estatal não depende exclusivamente dos atos da administração pública, todos os atos dos cidadãos, em especial os caracterizados pela intersubjetividade (onde age o direito), devem, da mesma forma, zelar pela dignidade da pessoa humana.

A previsão do princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições é tendência que tomou força no período pós-segunda guerra mundial, como forma de responder às atrocidades nazistas que até hoje marcam a consciência humana, como uma das maiores marcas da nocividade do homem contra o seu semelhante.

Aponta Edílson Pereira Nobre Júnior que, na atualidade, pauta a tendência dos ordenamentos no reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Essa inclinação, reforçada depois da traumática barbárie nazi-fascista, encontra-se plasmada pela adoção, à guisa de valor básico do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana¹⁰⁵. Mesmo ponto é ratificado por Ingo Wolfgang Sarlet no sentido de que apenas ao longo do século XX e, ressalvada uma ou outra exceção, tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948¹⁰⁶.

Essa informação histórica é bastante relevante para constatar que a proteção da dignidade da pessoa humana surge como uma resposta ao estigma da destruição humana patrocinada pelo nazismo, o que influenciará por demais quando da conceituação do princípio em discussão.

Atualmente, ganha vulto no mundo a importância da pessoa humana – expressão que melhor evoca os valores éticos do que os termos indivíduo, cidadão, homem – como categoria filosófica porque muitas vezes é o próprio valor do ser humano que está sendo posto em causa. Assim, a pessoa humana é hoje considerada como o mais notável, senão raiz, de todos os valores, devendo, por isso mesmo e dentro de uma visão antropocêntrica, ser o objetivo final da norma jurídica, ser a base do direito, revelando, assim, critério essencial para conferir legitimidade a toda ordem jurídica¹⁰⁷.

Se de um lado é incontestável a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, de outro há que se destacar a abstração que circunda o conceito desse instituto, principalmente porque o artigo 1º da CF/88, a

jurídico, envolvendo não só atos de particulares, como também os estatais, inclusive aqueles referentes à produção normativa.

¹⁰⁵ *O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana, passim.*

¹⁰⁶ *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 65.

¹⁰⁷ José Cabral Pereira Fagundes Júnior, *Limites da ciência e o respeito à dignidade humana*. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, p. 271.

despeito de introduzi-lo como fundamento da República Federativa do Brasil, não apresenta o seu conceito, deixando ao intérprete essa função.

Aliás, esse modelo de omissão é adotado pelos Constituintes de vários Estados. Para tal, basta leitura do artigo 3º da Constituição da República Italiana (“*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge...*”¹⁰⁸), do artigo 1º da Constituição da República Portuguesa (“*Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”), do artigo 1º, item 1, da Constituição Alemã (“*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Si zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*”¹⁰⁹) e do artigo 10, item 1, Constituição Espanhola (“*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”¹¹⁰)¹¹¹.

Nesse sentido, cabe ao intérprete da constituição a busca do real conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo fácil tal missão ante a polissemia da expressão ‘dignidade da pessoa humana’.

Fernando Ferreira dos Santos apresenta a existência de 3(três) concepções da dignidade da pessoa humana : o individualismo, o transpersonalismo e o personalismo, com as seguintes características¹¹² :

O individualismo caracteriza-se pelo entendimento de que cada homem, cuidando dos seus interesses, protege e realiza, indiretamente, os interesses coletivos. Seu ponto de partida é, portanto, o indivíduo. Trata-se de uma concepção liberalista (individualismo burguês), onde os direitos fundamentais seriam inatos e anteriores ao Estado e impostos como limites à atividade estatal. Por essa concepção, interpretar-se-á a lei com o fim de salvaguardar a autonomia do indivíduo, preservando-o da autonomia do Poder Público. Num conflito entre o indivíduo e o Estado, privilegia-se o indivíduo.

O transpersonalismo é uma concepção oposta ao individualismo, defendendo que é realizando o bem de todos que se salvaguardam os interesses individuais. Inexistindo harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do todo, devem prosperar, sempre, os valores coletivos. Nega-se, por essa concepção, a pessoa humana como valor supremo,

¹⁰⁸ Tradução nossa: “*Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são protegidos perante a lei...*”.

¹⁰⁹ Tradução nossa: “*A dignidade do ser humano é intangível. Todos os poderes públicos têm a obrigação de a respeitar e a proteger.*”.

¹¹⁰ Tradução nossa: “*A dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social.*”.

¹¹¹ Os textos de Constituições estrangeiras transcritos foram extraídos do site <www.planalto.gov.br> Acesso em: 07-12-2005.

¹¹² *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, passim.*

afirmando-se que a dignidade da pessoa humana é realizada no coletivo. Tem como consequência a tendência de, na interpretação do direito, limitar-se a liberdade em favor da igualdade¹¹³.

O personalismo rejeita as concepções individualista e coletivista, negando a espontaneidade da harmonia entre indivíduo e sociedade. Busca a compatibilização entre valores individuais e valores coletivos partindo da distinção entre indivíduo e pessoa. Se no individualismo exalta-se o homem abstrato, típico do liberalismo-burguês, no personalismo o indivíduo “não é apenas uma parte. Como uma pedra-de-edifício no todo, ele é, não obstante, uma forma do mais alto gênero, uma pessoa, em sentido amplo – o que uma unidade coletiva jamais pode ser”¹¹⁴.

A despeito de opiniões diversas, entendemos que a concepção individualista é a que melhor se compatibiliza com a dignidade da pessoa humana prevista na CF/88. Manoel Gonçalves Ferreira Filho relaciona a dignidade da pessoa humana como o reconhecimento de que, para o direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo¹¹⁵.

Nesse sentido, o conceito de dignidade da pessoa humana aproxima-se do direito que cada indivíduo tem de alcançar a própria ‘felicidade’, não de simplesmente existir, mas de lhe ser garantida a busca por uma existência feliz, como explica Luiz Alberto David Araujo :

“A vida em sociedade objetiva deve permitir que os indivíduos encontrem sua felicidade, seu bem-estar. E, no caso do transexual, a felicidade só poderá ser conquistada com a cirurgia para a mudança de sexo, caso seja do seu interesse. Ao analisar os pedidos, portanto, o Poder Judiciário deve interpretar a Constituição, conforme os princípios constitucionais, especialmente o fundamento do Estado Democrático de Direito, que tem como objetivo assegurar a dignidade da pessoa humana.”¹¹⁶

O conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana não gera como efeito somente um comportamento do Estado no sentido de prover a liberdade do cidadão, mas também atos comissivos que viabilizem a busca pelo cidadão de sua felicidade.

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ *Comentários à Constituição do Brasil*, p.19.

¹¹⁶ *A proteção constitucional do transexual*, p. 105.

Marcus Vinicius Xavier de Oliveira destaca a relação entre a topografia do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 (art. 1º) e o seu grau de importância não só jurídica, como também política :

“O princípio da dignidade da pessoa humana está insculpido na mais emblemática norma da Constituição, o artigo 1º, norma que traz em si toda a carga de esperança que anos de ditadura não conseguiram sufocar. Se juridicamente ele delinea todo o arcabouço jurídico brasileiro, devendo servir de fonte primária para qualquer interpretação constitucionalmente adequada, já que veicula princípios indeclináveis como o princípio republicano, o princípio federativo, o princípio de estado constitucional, princípio da liberdade, princípio da soberania popular etc, politicamente ele significa a vitória da liberdade contra a opressão, da paz contra a belicosidade, do humanismo contra o tecnicismo desumanizante.”¹¹⁷

Nesse mesmo compasso, Luiz Alberto David Araujo, em seu estudo sobre a proteção constitucional do transexual, afirma que:

“O intérprete deve retirar do Texto Constitucional os valores para sua tarefa. A dignidade da pessoa humana deverá servir de farol para a busca da efetividade dos direitos constitucionais. Em relação à proteção constitucional do transexual, por exemplo, a dignidade da pessoa humana revestir-se-á de princípio necessário e básico para a sua proteção constitucional.”¹¹⁸

Sob o ponto de vista interpretativo, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um valor interpretativo no sentido de que a construção da norma jurídica deve ter como elemento axiológico a busca da felicidade do ser humano, sendo que essa ‘busca da felicidade’ demanda não só a liberdade física da pessoa, como também a manutenção das condições materiais necessárias ao alcance dos objetivos individuais.

Assim, temos que, na solução de conflitos da proteção constitucional à vida seja com outros bens juridicamente tutelados (com normas jurídicas que protegem outros bens jurídicos que não a vida diretamente), seja em relação ao próprio direito à vida (choques entre direitos fundamentais), envolvendo mais de um indivíduo ou um mesmo indivíduo, aplicaremos o princípio da dignidade da pessoa humana sob o enfoque individualista, conforme posição já fixada.

¹¹⁷ *Considerações em torno do princípio da dignidade da pessoa humana*, passim.

¹¹⁸ *Op. cit.* p. 104.

Destaquemos, por fim, os ensinamentos de Maria Helena Diniz que, enfrentando a influência do princípio da dignidade da pessoa humana na solução de questões do biodireito e da bioética, entende que:

“Urge (...) a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se se estiver atento à dignidade humana. (...) O respeito à vida humana digna, paradigma bioético, deve estar presente na ética e no ordenamento jurídico de todas as sociedades humanas. (...) A Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina, que foi adotada pelo Conselho da Europa em 19 de novembro de 1996, após advertir no Preâmbulo que o mau uso da biologia e da medicina pode conduzir à prática de atos que colocam em risco a dignidade humana, prescreve em seu art. 2º que “os interesses e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse isolado da sociedade ou da ciência”. Como então ficar inerte diante de agressões à dignidade de seres humanos ou do respeito à vida humana sob o pretexto de buscar novos benefícios para a humanidade? Como silenciar diante de injustiças cometidas contra a pessoa humana, aceitando que os fins justificariam os meios?”¹¹⁹

e.2. O princípio do primado do direito à vida

É óbvio que não há direito sem vida. Se o direito tem por objetivo reger o comportamento humano intersubjetivo a fim de garantir a manutenção da sociedade, não haveria razão para a existência do direito, para a existência de normas jurídicas, se não houvesse sujeito para aplicação dos mesmos, se não existissem seres humanos sobre os quais incidissem as normas.

Da mesma forma, não existiria sociedade sem vida humana, motivo pelo qual a proteção do bem “vida” é requisito *sine qua non* para a manutenção da sociedade e, por consequência (*ubi societas, ibi jus*), para a existência do direito, tornando-se tal proteção valor supremo para a sociedade e para o direito. Trata-se de uma conclusão lógica.

A supremacia da vida também tem fundamentação em sentido material, revelando-se como valor supremo para o ser humano, além de fundamentação formal, vez que o Constituinte petrificou a inviolabilidade do direito à vida, através do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, consagrando-a com essa posição na escala normativa¹²⁰.

¹¹⁹ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*. p. 18-19.

¹²⁰ Pietro de Jesús Lora Alarcón, *op. cit.*, p. 182-183.

Dessas letras iniciais surge o *princípio do primado do direito à vida*, segundo o qual a vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido e, por corolário, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de interesse econômico, de interesse político etc¹²¹.

Havendo conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante¹²², superando hierarquicamente o direito à vida, sob qualquer um de seus enfoques (integridade física e moral, direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira, quarta, quinta e sexta gerações), qualquer outro bem jurídico. Sobre o valor do bem “vida”, citamos Marconi do Ó Catão:

“O direito à vida está inserido entre os direitos de personalidade de ordem física, ocupando posição de máxima importância como bem maior no âmbito jurídico, pois, ao seu redor e como consequência de sua existência, todos os demais bens gravitam.”¹²³

A indisponibilidade do direito à vida também é uma consequência da posição axiológica superior da “vida” sobre os demais bens jurídicos, o que é, inclusive, reforçado pela letra expressa do *caput* do artigo 5o. da Lei Fundamental de 1988 (“...garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida...”).

Trata-se também de um direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito e pela observância que a todos os membros da sociedade se exige, e, em virtude disso, tem-se a ineficácia de qualquer declaração de vontade de indivíduo que implique negação a esse direito, visto que não se pode tirar a vida humana, por si ou por outrem, mesmo sob consentimento em razão do caráter supremo do bem da vida, consagrado pela ordem jurídica brasileira¹²⁴. Desse mesmo entendimento partilha Pietro de Jesús Lora Alarcón:

“Diz a norma [art. 5o., *caput*, da Constituição Federal de 1988]¹²⁵ que o direito à vida é inviolável, portanto, ao abrigo de qualquer violência, intocável, intangível. Em homenagem à supremacia do Diploma Constitucional, e com fundamento no art. 60, § 4o., inciso IV, pode-se inferir que qualquer projeto de emenda tendente a abolir a inviolabilidade do direito à vida seria inconstitucional. Também um projeto de lei, uma lei ou ato normativo, pode ser declarado inconstitucional quando se

¹²¹ Maria Helena Diniz, *op. cit.* p. 25.

¹²² *Idem.*

¹²³ *Op. cit.* p. 159.

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ Observação nossa.

manifeste contrário ao postulado constitucional da inviolabilidade do bem jurídico.

Constata-se, assim, a *originalidade* que possui o direito à vida enquanto direito fundamental.”¹²⁶

Portanto, do estudo do princípio do primado do direito à vida, extraímos os seguintes pontos úteis para esta dissertação:

- no confronto entre o bem “vida” e qualquer outro bem jurídico, sempre prevalecerá a vida, por ser axiologicamente superior, e;
- o bem “vida” é indisponível, seja pelo titular desse bem, seja por terceiros, com ou sem o consentimento do seu titular.

e.3. O princípio da concordância prática ou da harmonização

Necessário enfrentarmos a discussão sobre qual a condição do direito mais tradicional à vida, isto é, vida como integridade física frente aos demais direitos fundamentais.

Alguns autores apontam o direito à vida física¹²⁷ como absoluto, inafastável, intangível frente a qualquer situação. Tal visão afasta o real conteúdo do conceito constitucional de vida, como já exposto anteriormente.

Interessante como alguns Autores¹²⁸ no início de suas investigações apontam enfaticamente o caráter “absoluto” do direito à intangibilidade do direito à vida biológica e, no desenvolvimento de suas teses, findam por, chocando o direito à vida biológica (acepção biológica-existencial da vida, vida como integridade física) em determinadas situações extremas (como a do doente terminal), com outros direitos fundamentais como o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proibição da tortura ou de tratamento desumano ou degradante, vê-lo superado. Parece, às vezes, existir um certo estigma na afirmação da relativização do direito à vida física.

¹²⁶ *Op. cit.* p. 182-183.

¹²⁷ Utilizamos nesse trabalho as expressões “vida física”, “vida biológica” e “vida físico-biológica” no sentido de vida sob a concepção de “integridade física”, de manutenção da anatomia, fisiologia e psique humanas.

¹²⁸ Citamos como exemplo Maria Helena Diniz que, na sua obra “O Estado Atual do Biodireito”, defendendo o princípio do primado do direito à vida (páginas 25 e 26 da citada obra), trata a vida como bem absoluto e, ao analisar o “direito à morte digna” (páginas 317 a 361 da obra), as espécies de aborto não criminalizadas pelo direito brasileiro (páginas 29 a 101 da obra), acaba por considerar relativa a vida em determinadas situações.

Ao mesmo tempo em que há esse estigma, há uma aceitação ou até indiferença em relação a situações claras de relativização do direito à proteção à vida como integridade física, como no caso do aborto sentimental (permitido pelo ordenamento jurídico pátrio nas hipóteses de gravidez por estupro), da excludente de ilicitude do crime de homicídio pela existência de legítima defesa, etc.

Não se tem dúvida de que não há o que se falar em direitos quando inexistente o ser humano, quando não há uma vida física a ser tutelada. Trata-se de premissa importante, mas não definitiva ou determinante para a análise da relativização ou não desse direito frente a outros direitos fundamentais.

Entendemos que a análise dos focos de tensão existentes entre direitos fundamentais deve ser procedida sob dois enfoques:

- a. *quando existe concorrência de direitos fundamentais de mais de uma pessoa num mesmo caso concreto*. Temos como exemplos dessa situação a legítima defesa e o estado de necessidade¹²⁹, em que se admite o sacrifício da vida física de uma pessoa em prol da manutenção da vida física de outra pessoa numa determinada situação de fato em que somente poderia se manter a vida física de uma;
- b. *quando existe a concorrência de direitos fundamentais incidentes numa mesma pessoa num determinado caso concreto*. Temos como exemplo dessa modalidade a ortotanásia¹³⁰ na hipótese de paciente terminal, em que se conflitam a integridade física e a dignidade da pessoa humana.

Em ambas as modalidades entendemos que deve haver uma interpretação das normas protetivas do “direito à vida” (observadas de uma forma global) levando em consideração o princípio interpretativo da concordância prática ou harmonização, pelo qual se impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos fundamentais em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. Concorrendo várias normas constitucionais sobre um mesmo caso concreto, dever-se-á procurar a composição entre as mesmas, impondo-se limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre as mesmas.

Afirmamos que o direito à vida como integridade física, como também as demais dimensões do direito à vida (direitos fundamentais), são

¹²⁹ Figuras apontadas no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848/40), em seu artigo 23, incisos I e II, como causas excludentes da antijuridicidade.

¹³⁰ A ortotanásia é a conduta de deixar que a morte ocorra no seu momento natural (momento em que ocorre a falência de órgãos vitais para a manutenção da vida física) não submetendo o paciente a aparelhos mecânicos que substituem os órgãos vitais falidos.

relativos frente à concorrência (focos de tensão que podem ser vistos como antinomias aparentes dentro do sistema jurídico constitucional) com outros direitos fundamentais.

f) Vida e saúde

Vida e saúde são termos muito adotados, mas nem sempre bem distintos. Trata-se de termos que muitas vezes são utilizados como sinônimos e, em outras oportunidades, analisados como institutos totalmente estanques, sem a devida inter-relação.

Não há identidade entre “vida” e “saúde”, mas, sim, uma relação de intensa dependência entre esses dois institutos. Em realidade o direito à saúde é verdadeiro desdobramento do direito à vida¹³¹.

O direito à vida, de natureza individual de cada cidadão, refere-se não somente ao impedimento de atos que ceifem de forma instantânea a vida do ser humano, como também aqueles atos que de forma gradativa diminuam a expectativa de vida do ser humano.

E, ressaltemos, o termo de vida é, pela Constituição Federal, tratado como “vida com qualidade”¹³² e não como mera sobrevida¹³³, o que leva à necessidade de proteção do indivíduo contra qualquer situação que seja capaz de lhe causar qualquer efeito negativo que possa reduzir a sua qualidade de vida.

A saúde pode ser analisada segundo três tipos de abordagem: a estática, a prospectiva e a estratégica. Sob o enfoque estático, a saúde é a ausência de doença. Trata-se de uma visão essencialmente negativa e que durante muito tempo foi adotada pelos profissionais do campo da saúde¹³⁴.

Segundo a abordagem prospectiva, adotada pela Organização Mundial de Saúde, a saúde é o melhor estado de bem-estar físico, mental e social, considerada como um estado de perfeição. Ao contrário da precedente, esta abordagem é essencialmente dinâmica, mas o objetivo previsto é dificilmente operacional, sobretudo nas áreas onde o desenvolvimento é lento e onde as populações não dispõem de meios simples de atendimento¹³⁵.

Já sob o enfoque estratégico, o melhor estado de saúde se baseia no conceito de equilíbrio e não no de perfeição, no qual os diversos e

¹³¹ Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *op. cit.*, p. 434.

¹³² Concepção de vida sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹³³ A expressão “sobrevida” é aqui utilizada no sentido de fenômeno de manutenção metabólica do ser humano sem que seja conservada a integridade física necessária à realização pelo homem de seus anseios individuais e coletivos, obstaculizando o alcance da “felicidade”.

¹³⁴ Daphnis Ferreira Souto, *Saúde no Trabalho : uma revolução em andamento*, p. 20.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 21.

múltiplos fatores que afetam a saúde são contrabalançados: um estado de capacidade ótima (não necessariamente máxima), um estado de adaptação e funcionamento correto de todas as funções corporais e de ajustamento do indivíduo e do grupo ao meio ambiente, com suas necessidades físicas, fisiológicas e sociais. A doença ocorre quando o equilíbrio é quebrado pela alteração na força com a qual um ou mais fatores agem. Esta visão oferece uma aproximação maior da realidade¹³⁶.

Ao enfoque prospectivo (saúde como o melhor estado de bem-estar físico, mental e social) adotado pela Organização Mundial da Saúde não faltam críticas reputando-o utópico, difícil de ser alcançado e medido e que de acordo com ele todos nós estamos doentes¹³⁷. Nesse ponto do raciocínio, transcrevemos o magistério de Daphnis Ferreira Souto:

“Subjetivamente, o bem-estar é uma experiência pessoal de satisfação positiva de vida. Obviamente, deve abranger a ausência de sintomas desagradáveis. Contudo, os sintomas de dores musculares, por exemplo, sentidos após uma corrida de fundo, não interferem com o prazer positivo do exercício; de fato, são aceitos com satisfação. Não se pode dizer, portanto, que a dor muscular seja, independentemente da causa, um sintoma de doença. Um extremo exemplo de bem-estar pessoal é a situação que surge após o banho de mar em um dia de verão. Existe um prazer físico derivado do exercício e da sensação da água, do sol e do vento sobre a pele. Assim a expressão *bem-estar* não é claramente definível; é uma Expressão de natureza emocional e conseqüentemente subjetiva.”¹³⁸

O enfoque estático, também denominado de conceito negativo de saúde, não acrescenta muito em termos de busca de soluções para uma melhor condição de vida do cidadão.

Destaca-se, como por nós considerada a melhor abordagem para o presente estudo, a estratégica, segundo a qual a saúde é uma relação equilibrada, dinâmica e harmônica entre as condições biológicas e os meios físico e social. A doença ocorre quando o equilíbrio é perturbado pela alteração da força com a qual um ou mais fatores operam. Quando o sistema está em estado de equilíbrio, a saúde prevalece. Quando, ao contrário, quaisquer das forças mudam, sobreveem o desequilíbrio e, portanto, a doença. Assim, a doença é sinal de que o equilíbrio foi rompido¹³⁹.

Sob a inspiração da dignidade da pessoa humana, vida deve ser cogitada como “vida com saúde”, com qualidade de vida, com equilíbrio e harmonia entre as condições biológicas do ser humano e os meios físico e social.

¹³⁶ *Idem.*

¹³⁷ *Ibidem*, p. 18.

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ *Ibidem*, p. 19.

Aí está a demonstração da relação íntima, mas não de identidade, entre vida e saúde. Eis a vida digna que é buscada pelo Constituinte de 1988, como conclui Ana Paola Santos Machado:

“A Constituição Federal de 1988 elevou o sistema ao último estágio [estágio da saúde do trabalhador]. Determinou a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene, segurança, e aproximou a noção de saúde à de qualidade de vida, definindo-as como direito fundamental.”¹⁴⁰

3 – O DIREITO DO CONSUMIDOR

Para que possamos cogitar num estudo sério sobre o *inter-aproveitamento* dos princípios do “biodireito” no direito do “consumidor”, é importante que, da mesma forma como agimos com o biodireito, também analisemos os aspectos essenciais do ramo do direito identificado como “direito do consumidor”. Para tal, passamos a nos referir às origens, ao conceito e aos princípios inerentes ao direito do consumidor.

3.1- Panorama factual gerador do “direito do consumidor”

A preocupação do direito com a situação de fato denominada “consumo” (que, em linguagem natural, significa ato ou efeito de consumir, quantidade que se utiliza de , ingestão, utilização¹⁴¹) tem várias vertentes, desde a questão relacionada à estrutura interna da atividade empresária que gera condições para o consumo (que é objeto de ramo específico do direito denominado “direito de empresa”), até a incidência de tributos sobre os atos de consumo (objeto do “direito tributário”), incluindo-se, obviamente, outros aspectos relevantes do fato “consumo” e que são objetos dos mais diversos ramos do direito.

Ocorre que há uma vertente específica de análise do fato “consumo” que se pondera como também extremamente relevante. É o consumo sob o foco do consumidor, sob o ângulo de efeitos do *consumo* sobre a pessoa que realiza a atividade do verbo *consumir* (que representa a dinâmica do substantivo *consumo*; em realidade o *consumo* é o efeito final do ato de consumir, da concreção do verbo no mundo concreto).

O fato “consumir”, ou mais especificamente, a regulação pelo direito do ato de consumir é de extrema importância na atualidade, vez que, como acentua João Batista de Almeida, citando Cappelletti, “a sociedade

¹⁴⁰ *Saúde no trabalho*, p. 30.

¹⁴¹ DICIONÁRIO HOUAISS DA LINGUA PORTUGUESA. Versão eletrônica acessada através do site www.uol.com.br. Acesso em 10.setembro.2007

contemporânea se caracteriza pelo “fenômeno de massa”, salientando que, do ponto de vista econômico, a produção é uma produção de massa, o comércio é de massa; o consumo, da mesma forma, tipicamente de massa. Isso significa dizer que o ato de uma pessoa ou de uma empresa envolve efeitos que atingem uma quantidade enorme de pessoas e categorias”.

São necessárias mais algumas palavras sobre a nossa sociedade atual sob o aspecto do consumo. A constante e irreversível divisão de trabalho, que vem dominando a sociedade desde a revolução industrial, impõe ao cidadão, para a obtenção de um bem do qual não é produtor, uma relação de fato (e jurídica) com terceira pessoa (produtora do bem ou intermediário) que tenha como objeto a aquisição do bem pretendido. A relação do “titular do bem para circulação” em relação ao cidadão desejoso da obtenção do referido bem é uma *relação factualmente de poder*, vez que ao titular, de fato, cabe a faculdade ou não de “negociar” o objeto, podendo, *a priori*, impor a condição que bem entender para a realização de tal ato final. Essa situação individualidade deve se maximizada levando em consideração a enorme (e incalculável) quantidade de “relações titular de bem/cidadão desejoso na aquisição do bem” existente na atual sociedade globalizada.

Realça ainda mais essa situação o fato da mesma sociedade globalizada estimular o consumo cada vez maior, motivo pelo qual surge não só o simples desejo, mas a efetiva necessidade do cidadão adquirir determinado bem, necessidade esta muitas vezes relacionada à própria manutenção da integridade física do cidadão-consumidor como, por exemplo, em relação a determinado medicamento.

Não se tem dúvida, portanto, que a relação de consumo tem nítido caráter de relação de poder (sob o foco do titular dos meios de produção de bens e dos intermediários na circulação do bem entre o produtor e o consumidor final) e de relação de submissão (sob o foco do cidadão-consumidor). É lição de José Geraldo Brito Filomeno, com base em reflexão realizada por Fabio Konder Comparato, que consumidores são aqueles que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destas, motivo pelo qual o consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, sendo que tais circunstâncias, além da óbvia conotação econômica do que se deva entender por consumidor, ficam ainda mais evidentes quando se levam em conta, por exemplo, os danos causados por um produto alimentício ou medicinal nocivo à saúde, ou então por um bem de consumo durável perigoso, ficando as vítimas em situação de literal desamparo, não apenas em face de sua impotência ante o produtor, como também pelos frágeis instrumentos de defesa de que dispõem¹⁴².

Da conjunção entre essas duas características opostas (mas que fazem parte da sua própria essência) da relação de consumo, podemos concluir pela denominada vulnerabilidade *a priori* do cidadão-consumidor, vulnerabilidade (no sentido de ato de ser vulnerável, de poder ser ferido, ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido).

¹⁴² FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 31

Essa vulnerabilidade pode ser apresentada como efeito direto da “hipossuficiência”, que é a desigualdade de fato entre os sujeitos de uma determinada relação. Os motivos dessa igualdade podem ser:

- *inferioridade-constrangimento*: afeta o consentimento do contratante fraco em seu componente de liberdade. Não pode ele negociar da melhor maneira para os seus interesses porque não é realmente livre para aceitar ou recusar. A aceitação tem somente um valor limitado quando emana de alguém que não tinha meio de recusar¹⁴³. É o que acontece na situação do enfermo que necessita adquirir medicamento que é condição para a manutenção da sua integridade física.

- *inferioridade-ignorância*: é o que faz o essencial da desigualdade entre os contratantes, quando um é profissional e o outro é leigo, sendo que este último carece de conhecimentos técnicos, não dispondo das informações jurídicas que lhe permitam uma representação exata da operação de que resulta a conclusão do contrato. Nas relações de consumo é de rezear que ao consumidor falem informações sobre as características da relação jurídica que tem como objeto a aquisição de determinado bem ou serviço. Seria necessário, entretanto, que o consentimento fosse dado com inteiro conhecimento de causa.¹⁴⁴.

- *inferioridade-vulnerabilidade*: o consumidor é um contratante vulnerável porque na execução do contrato, sua própria pessoa está implicada ou corre o risco de ser implicada. A esse respeito, a tomada de consideração da vulnerabilidade se exprime em exigências de segurança física¹⁴⁵.

3.2- Da justificativa da tutela do Estado em matéria de consumo

É exatamente essa característica de possível vulnerabilidade do consumidor, bem como a maximização dessa situação em razão da *massificação* das relações sociais que impõe ao Estado intervir nas relações de consumo objetivando equilibrar, através de normas jurídicas protetivas, a relação jurídica de consumo, isto é, buscando compatibilizar, na busca do *bem comum*, o *poder* do titular dos meios de produção ou seu intermediário (fornecedor) e o *desejo/necessidade* do consumidor.

A manutenção do desequilíbrio de forças entre o fornecedor e o consumidor seria capaz, em razão do próprio objeto da relação de consumo (aquisição de um bem ou de um serviço), de afrontar o direito à vida, não só como *integridade física* (manutenção das estruturas anatômicas, fisiológicas e psicológicas humanas), como também sob o aspecto *liberdade* (campo de atuação dos direitos fundamentais de primeira geração) e de *vida digna*

¹⁴³ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da Silva. *Direito do trabalho: principiologia*. São Paulo: LTr,1997, pp. 22-24

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ *Idem*.

(condições mínimas de sobrevivência – que é campo de atuação dos direitos fundamentais de segunda geração).

Na intervenção do Estado nas relações de consumo é, na prática, condição necessária (mas não, por si só, suficiente) para a manutenção da vida social, evitando a sua total desagregação.

Do ponto de vista *deôntico* (no campo do direito positivo, e não somente de “política jurídica” como analisado no parágrafo anterior), a existência de normas específicas de proteção do consumidor é imposta pela própria Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXII, *in verbis*: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Aliás, na “Constituição Econômica” (normas constitucionais que tratam da ordem econômica e financeira) encontra-se disposição expressa, no artigo 170, *caput* e V, a imposição implícita (no *caput*) e explícita (no inciso V) de proteção do consumidor:

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

V- defesa do consumidor;”

3.3 - Das condutas objeto de regulação pelo “direito do consumidor”

O desequilíbrio na relação fornecedor-consumidor é capaz de gerar os seguintes efeitos genéricos factuais, que são objeto de normatização pelo direito do consumidor:

- afronta à integridade física do consumidor, seja pela impossibilidade na aquisição do bem ou do serviço, seja por inadequações quantitativas ou qualitativas do bem ou do serviço;

- afronta às condições mínimas de sobrevivência em razão da impossibilidade ou da subjugação em relação à aquisição de bens ou serviços que, a despeito de não estarem diretamente relacionados à integridade física do consumidor, têm a característica de “necessidade” visto as condições mínimas impostas pela vida social atual, em especial aos direitos veiculados no artigo 6º da Constituição Federal, quais sejam: a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados;

- afronta à liberdade do consumidor, oprimido por publicidade abusiva ou enganosa que acaba por lhe impor, por erro (no sentido de falsa percepção da realidade), a aquisição de determinado bem ou serviço que não lhe seria

necessário (como, por erro, aparentava-lhe ser) ou útil ante a incompatibilidade entre a visão publicitária abusiva ou de caráter enganoso;

- afronta à justiça enquanto equilíbrio entre as relações (justiça no equilíbrio das relações que é condição necessária para a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, da Constituição Federal), para “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”(art. 3º, III, da Constituição Federal) e para “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, da Constituição Federal).

Podemos, inclusive, extremando as conseqüências, afirmar que, em razão da massificação e da globalização da sociedade, esses efeitos podem se estender por um campo territorial enorme, extrapolando, inclusive, as dimensões de um país ou de um continente, colocando em risco a “humanidade como um todo”, sendo que tais aspectos inserir-se-iam em objeto de preocupação dos direitos fundamentais de terceira geração.

Tem-se, assim, que as condutas reguladas pelo direito do consumidor são especificamente aquelas relacionadas diretamente com a relação de consumo e que são capazes de afrontar não só a integridade física do consumidor, mas também outros direitos fundamentais e objetivos traçados ao Estado Brasileiro pela Constituição Federal de 1988.

3.4- Dos princípios específicos do direito do consumidor

É verdadeiro que em razão da ciência dogmática do direito não se utilizar de uma linguagem formalizada, mas técnica (linguagem que mistura a univocidade da linguagem científica com a vaguidade e a equivocidade da linguagem natural), é comum encontrarmos textos de “ciência do direito” descrevendo princípios específicos do direito do consumidor com iguais conteúdos mas com *nomen juris* diferentes.

É certo, entretanto, que o importante é o conteúdo do princípio e não propriamente o título que lhe é dado. Daí que para efeito de leitura dos princípios específicos do direito do consumidor, partiremos da classificação apontada por João Batista de Almeida em sua obra “A proteção Jurídica do Consumidor”¹⁴⁶ para quem são 3(três) os princípios do direito do consumidor, quais sejam:

a) **Princípio da isonomia (ou princípio da vulnerabilidade do consumidor):** trata-se do princípio geral de igualdade previsto genericamente no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal adaptado à especificidade do direito do

¹⁴⁶ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 45-47

consumidor. Considerando-se a hipossuficiência do consumidor (sob qualquer de seus aspectos inferioridade-vulnerabilidade, inferioridade-ignorância ou inferioridade- constrangimento, já expostos no item “III.1”), há a necessidade de tutela estatal do consumidor, realizada através da intervenção na relação de consumo mediante normas jurídicas que, concedendo privilégios e garantindo “direitos básicos” aos consumidores, realizem o equilíbrio da relação. Trata-se de efetiva aplicação da igualdade relativa, tratando-se desigualmente os desiguais com o objetivo de alcance da igualdade jurídica constitucionalmente determinada.

Ante a própria natureza de tais normas (proteção do contratante hipossuficiente frente ao *poder* daquele que ocupa o pólo contrário da relação contratual), estas tem natureza de ordem pública. Importante nesse contexto, portanto, aprofundarmo-nos no estudo da norma jurídica de ordem pública.

Há grande dificuldade da doutrina em conceituar tal classe de normas, vez que a maioria das tentativas de conceituação resulta em mera descrição da qualidade dessas normas de serem indisponíveis como, por exemplo, acontece na obra de Sebastião Geraldo de Oliveira, que as conceitua como “as regras de obediência obrigatória, que não deixam qualquer margem de opção para o particular”¹⁴⁷.

Nosso primeiro passo na tarefa de conceituar “normas de ordem pública” é, assim como o faz Krotoschin, esclarecer que normas de ordem pública não se identificam com normas de direito público, já que a ordem pública refere-se igualmente tanto a normas de direito privado quanto a normas de direito público¹⁴⁸. Egon Felix Gottschalk, também no sentido de desmistificar o equívoco na afirmação de identidade entre normas de direito público e normas de ordem pública, após conceituar relação de direito público como sendo aquela em que pelo menos um dos sujeitos da relação seja detentor de poder público e que se caracteriza por ato de *imperium* decorrente da função estatal de organizar e realizar os fins da sociedade, afirma que outro erro origina-se da confusão entre direito público e direito cogente, isto é, as normas imperativas ou de ordem pública e que com maior frequência se verificam no direito social como expressão da intervenção tutelar do Estado nas relações jurídicas de ordem privada, delimitando o direito das partes de dispor, livremente, de seus interesses (direito dispositivo, próprio da iniciativa privada)¹⁴⁹.

Egon Felix Gottschalk inclusive afirma que as normas de ordem pública se confundem ou até se identificam com o direito privado¹⁵⁰, arremessando para a estratosfera eventual conclusão de sinonímia entre normas de direito público e normas de ordem pública.

Não se tem dúvida de que a imperatividade é típica da norma jurídica, no entanto, manifesta-se tal imperatividade de acordo com o bem

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: LTr, 2002, p. 42.

¹⁴⁸ KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones de Derecho del Trabajo*. 2ª edição. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 14.

¹⁴⁹ GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 17.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 17.

ou o interesse tutelado. As regras de obediência obrigatória, que não deixam qualquer margem de opção ao particular, são denominadas “normas de ordem pública”, “normas cogentes” ou “normas indisponíveis”. Por outro lado, as regras que permitem aos particulares dispor de forma diferente são identificadas como normas “dispositivas”¹⁵¹.

Mauricio Godinho Delgado vê ainda a existência de normas indisponíveis de forma absoluta (indisponibilidade absoluta) e normas indisponíveis de forma relativa (indisponibilidade relativa). De indisponibilidade absoluta são as normas cujo objeto merece uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política num dado momento histórico e que, portanto, não comporta qualquer tipo de alteração de seu conteúdo pela autonomia privada. Já a indisponibilidade relativa revela a possibilidade de alteração do conteúdo das normas que a ela têm pertinência, desde que essa alteração não resulte em prejuízos ao sujeito por ela protegido, não reduzindo, assim, o conteúdo protetivo da norma¹⁵². Como se verá ao final dessa abordagem, entendemos que ambas as espécies de indisponibilidade são características instrumentais de normas jurídicas de ordem pública, não sendo, para o presente estudo¹⁵³, necessária essa classificação apresentada por Godinho.

Trata-se de classificação das normas jurídicas quanto à sua intensidade e que, já apresentada, permite-nos avançar na busca do conceito de *normas de ordem pública*.

Eduardo Couture conceitua as normas de ordem pública como o conjunto de valorações de caráter político, social, econômico ou moral, próprios de uma determinada sociedade, num determinado momento histórico, que fundamentam o direito positivo e que este tende a tutelar¹⁵⁴. E Mario Garmendia Arigón, na sua obra *Ordem Pública e Direito do Trabalho*, inicialmente afirma ser possível uma aproximação do conceito de ordem pública, observando que pode ser concebida como o conjunto de valores que, pela especial transcendência que assumem em determinado estágio da evolução social, passam a integrar a consciência jurídica coletiva e se constituem em objeto de tutela privilegiada por parte do direito¹⁵⁵ e, ao final, apresenta o seu conceito de normas de ordem pública:

“ A ordem pública é “substantivamente” esse complexo de valores superiores aos quais se atribui precisamente essa magnitude pelo fato de serem imanentes à natureza humana. Por esse motivo, sustentar que parte da ordem pública integra-se a

¹⁵¹ Sebastião Geraldo de Oliveira, *op. cit.* p. 42.

¹⁵² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2004, p. 217-219.

¹⁵³ Entendemos a indisponibilidade característica das normas de ordem pública como a restrição de redução de seus respectivos conteúdos mínimos, não afastando o caráter de “ordem pública” a permissibilidade de disponibilidade *in mellius* ao valor protegido pela norma de ordem pública.

¹⁵⁴ COUTURE, Eduardo. *Vocabulário Jurídico*. 4ª impressão. Buenos Aires: Depalma, 1991, p. 143.

¹⁵⁵ Mario Arigón Garmendia, *Ordem pública e direito do trabalho*, p. 29.

valores que não contemplam, senão indiretamente, a preservação de bens humanos deve ser considerada uma *contradictio in adjecto*.”¹⁵⁶

A doutrina cogita também a existência de outras especialidades de normas de ordem pública, como a “ordem pública social” e a “ordem pública econômica”.

A ordem pública social enuncia, como um dos seus princípios básicos e essenciais, a limitação da autonomia da vontade e o fortalecimento da imperatividade e indisponibilidade das normas jurídicas, tendo a sua materialidade fundamental representada por um triângulo formado pelos seguintes valores: trabalho não é mercadoria, o trabalho é objeto de tutela jurídica especial, e a consecução da justiça social é o critério diretor da disciplina jurídica do trabalho¹⁵⁷. Já em relação ordem pública econômica temos a diretriz da existência de circunstâncias que obriguem o legislador a privilegiar a tutela de certos valores do âmbito mercantil em detrimento do amparo de outros pertencentes à esfera da ordem pública social, contrapondo-se, portanto, a este último tanto no substancial como no instrumental¹⁵⁸.

Sebastião Geraldo de Oliveira manifesta preocupação no estabelecimento de um critério para identificar as normas de ordem pública, concluindo que alguns textos normativos, como a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) no seu artigo 1º¹⁵⁹, já trazem expressa essa qualidade de ordem pública, outras não contêm essa literalidade, mas a sua condição de ordem pública advém do fato de protegerem altos interesses sociais, envolvendo princípios fundamentais da ordem jurídica¹⁶⁰.

Garmendia Arigón, a seu turno, enfatiza que a ordem pública transcende o direito positivo e por isso não deve necessariamente assumir expressão normativa concreta, vez que a sua existência não requer declaração explícita por parte do legislador, mas é uma emanção do profundo sentir de uma determinada coletividade. De outro lado, não deixa de ressaltar que o direito positivo deve constituir-se, ao mesmo tempo, em receptáculo e impulsor dos valores que naturalmente vão se integrando ao conceito de ordem pública, que os elevará à categoria de bens jurídicos e os dotará de tutela jurídica eficaz e privilegiada¹⁶¹.

Concordamos com Garmendia Arigón no sentido de que as normas de ordem pública podem possuir uma pré-existência lógica ao direito positivo, como acontece com as normas que visam proteger o direito à vida já que, como exposto quando do estudo do princípio do primado do direito à vida, não haveria razão para a existência do direito, para a existência de normas

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 119-120.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 121-128.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ Cuja redação é: “Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”.

¹⁶⁰ *Op. cit.*, p. 42.

¹⁶¹ Mario Arigón Garmendia, *op. cit.*, p. 40-41.

jurídicas, se não houvesse sujeito para aplicação dos mesmos, se não houvesse seres humanos vivos sobre os quais incidissem as normas.

Especial atenção daremos, em razão dos próprios limites deste estudo, à relação entre a classe das normas jurídicas de ordem pública e a Constituição. A ordem pública, como já exposto, relaciona-se com a idéia dos valores, modelos ou princípios que servem de sustentação para a organização ou a harmonia social e, conseqüentemente, para o sistema jurídico que gera determinada coletividade¹⁶². Alguns estudiosos sustentam que a ordem pública é a “ordem da sociedade”, considerada do ponto de vista moral e também material, sendo a que toca à moral, à boa ordem, à harmonia e às condições vitais da sociedade, sendo que, para esses autores, as normas de ordem pública seriam aquelas que assentam seus fundamentos nas bases consideradas como essenciais para a manutenção da existência da sociedade¹⁶³.

Os bens jurídicos que formam a substantividade da ordem pública são hierarquizados e tendem a prevalecer em relação a outros por meio de diversos mecanismos jurídicos de tutela privilegiada¹⁶⁴, sendo que para defesa desses valores e manutenção da unidade do sistema jurídico¹⁶⁵, importante partir-se de um conjunto de princípios e valores constitucionais superiores nos quais repousa uma convergência geral que se constitui em base estrutural da convivência política e social, baseando-se num consenso social suficientemente amplo¹⁶⁶.

Há que se ressaltar, nessa abordagem, o caráter instrumental ou funcional das normas de ordem pública como técnica a que recorre o direito para assegurar o respeito inexorável a determinadas normas jurídicas e, assim, costuma-se observar que no Direito Privado a ordem pública manifesta-se funcionalmente como a especial característica que possuem certas normas jurídicas, que as põe fora do alcance da autonomia da vontade dos particulares e as tornam indisponíveis e irrenunciáveis para eles¹⁶⁷.

Inafastável é a relação entre Constituição e valores cultuados pela sociedade, mesmo porque a rejeição da sociedade a valores fixados em princípios constitucionais reflete uma mudança de rumo da sociedade, ensejando, em tese, revolução que dá origem a Poder Constituinte Originário ou, em graus menos acentuados de conflito entre valores constitucionais e valores sociais, à modificação constitucional através da manifestação do Poder Constituinte Derivado. Há, pois, uma nítida relação de

¹⁶² Mario Arigón Garmendia, *op. cit.*, p.22.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 23.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 32.

¹⁶⁵ Interessante anotar-se a diferença apresentada por Gregorio Robles entre “ordenamento jurídico” e “sistema jurídico”. O ordenamento é o texto bruto que resulta da linguagem criativa das autoridades, que são plurais e muitas vezes isoladas umas das outras, tratando-se de texto submetido à motorização e à pressa. É o texto de lei ou de outra espécie normativa e tem normalmente como característica ter linguagem deficiente, necessitando de uma reelaboração reflexiva que o converta numa ordem definitiva e é exatamente nisso que consiste o sistema, a construção do ordenamento em linguagem científica, de forma que os juristas não são descritores da realidade do direito, mas construtores criativos dela. Cf. Gregório Robles, *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*, p. 9

¹⁶⁶ Mario Arigón Garmendia, *op. cit.*, p. 33-34

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 25

identidade entre as principais normas constitucionais, normalmente estruturadas sob a forma de princípios, e os valores sociais e, por consequência, a ordem pública. Nesse sentido, citamos o saudoso Celso Ribeiro Bastos:

“Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas”¹⁶⁸

Dessa mesma conclusão comungam Luiz Alberto David Araujo ao sustentar que a atualidade guarda relação com a necessidade de manter a coerência entre os princípios constitucionais, firmados no sistema fundamental, e os projetos e ideais do povo, estabelecidos no ordenamento jurídico, no presente momento¹⁶⁹ e Wagner Balera ao observar que “o direito constitucional positivo é a expressão máxima dos valores considerados importantes, defensáveis e indispensáveis para a vida e o desenvolvimento da sociedade”¹⁷⁰.

Glauco Barreira Magalhães Filho, com base nas lições de Rudolf Smend, um dos intérpretes da Constituição de Weimar, após afirmar que a Lei Fundamental de uma nação deve integrar todos os valores (manifestações do espírito) representativos das aspirações dos diversos segmentos sociais, conclui que “a Constituição seria, então, o instrumento harmonizador de uma sociedade pluralista em razão de sua unidade de sentido.”¹⁷¹

Guardando a Constituição os valores primeiros da sociedade, é ela o grande referencial de ordem pública. Dessa forma, as normas jurídicas infraconstitucionais que instrumentalizam nos casos concretos princípios fundamentais da constituição (que na realidade são valores fundamentais da sociedade) carregam em si um foco de força constitucional, um forte germe axiológico capaz de lhes garantir característica de ordem pública.

Do todo exposto nesse tópico, podemos extrair que *normas de ordem pública* é a classe formada por normas jurídicas que carregam em si valores fundamentais ligados aos princípios morais e éticos de uma determinada sociedade em determinado momento histórico, cuja essência provém das mais profundas convicções e crenças geradas pela sociedade, que se “consagram com

¹⁶⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª edição, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 143-144.

¹⁶⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 92.

¹⁷⁰ BALERA, Wagner. *O valor social do trabalho*. In *Revista LTr*, v.5, no. 10, ano 1994, p. 1.167.

¹⁷¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 3ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 89.

a formação de um esquema básico de preceitos fundamentais e inalienáveis”¹⁷², tendo como característica instrumental básica a rigidez frente à autonomia privada, tornando indisponível o seu conteúdo mínimo, sendo que a Constituição é um foco emissor de valores a serem instrumentalizados também através de normas jurídicas infraconstitucionais que, carregando tal veia axiológica constitucional, tem-lhe atribuída a característica de ordem pública.

Que se evidencie, por ser importante para o raciocínio desenvolvido nessa pesquisa, que entendemos a indisponibilidade característica das normas de ordem pública como a restrição de redução de seus respectivos conteúdos mínimos, não afastando o caráter de “ordem pública” a permissibilidade de disponibilidade *in melius* ao valor protegido pela norma de ordem pública.

b) Princípio da boa-fé: é princípio extraído do *caput* do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor e que exige que os sujeitos da relação de consumo (tanto o fornecedor quanto o consumidor) atuem com estrita boa-fé, no sentido de agir com honestidade, com sinceridade, com veracidade, lealdade e transparência, sem objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo ao sujeito contrário na relação¹⁷³.

c) Princípio da equidade: trata-se de princípio também extraído do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor e que determina que se deve buscar o equilíbrio entre direitos e deveres dos contratantes, objetivando a justiça contratual, o preço justo, sendo vedadas cláusulas abusivas, bem como aquelas que sejam capazes de proporcionar vantagem exagerada para o fornecedor ou oneram excessivamente o consumidor¹⁷⁴.

Nesse contexto, não se afasta a existência, na doutrina, do apontamento de outros princípios específicos do direito do consumidor, mas que são, nada mais, nada menos, do que desdobramentos dos três princípios acima apontados, razão pela qual os princípios ora estudados já contêm o quanto tratado nos demais princípios que deles são extraídos cada qual com o objetivo de acentuar um determinado objeto específico de preocupação.

4 – DA INTERSECÇÃO ENTRE O “BIODIREITO” E O “DIREITO DO CONSUMIDOR”

¹⁷² Mario Garmendia Arigón, *op. cit.* p. 29.

¹⁷³ João de Almeida Batista. *A proteção jurídica do consumidor. Op. cit. p.46*

¹⁷⁴ *Idem*

Passamos ao nosso último campo de análise, qual seja, a busca da intersecção, da interação entre o biodireito e o direito do consumidor como ramos distintos segundo a ciência dogmática do direito. O que queremos, em realidade, saber é: há identidade entre condutas genéricas que sejam objeto de normatização tanto do biodireito quanto do direito do consumidor?

Com o objetivo de tal resposta, relembremos, abaixo, as nossas conclusões, já apresentadas nesta pesquisa, sobre as condutas que são objeto, respectivamente, de regulação do biodireito e do direito do consumidor:

a) *Condutas que são objeto de normatização pelo direito do consumidor:*

- condutas capazes de afrontar à integridade física do consumidor, seja pela impossibilidade na aquisição do bem ou do serviço, seja por inadequações quantitativas ou qualitativas do bem ou do serviço;

- condutas capazes de afrontar às condições mínimas de sobrevivência em razão da impossibilidade ou da subjugação em relação à aquisição de bens ou serviços que, a despeito de não estarem diretamente relacionados à integridade física do consumidor, têm a característica de “necessidade” visto as condições mínimas impostas pela vida social atual, em especial aos direitos veiculados no artigo 6º da Constituição Federal, quais sejam: a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados;

- condutas capazes de afrontar à liberdade do consumidor, oprimido por publicidade abusiva ou enganosa que acaba por lhe impor, por erro (no sentido de falsa percepção da realidade), a aquisição de determinado bem ou serviço que não lhe seria necessário (como, por erro, aparentava-lhe ser) ou útil ante a incompatibilidade entre a visão publicitária abusiva ou de caráter enganoso;

- condutas capazes de afrontar à justiça enquanto equilíbrio entre as relações (justiça no equilíbrio das relações que é condição necessária para a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, da Constituição Federal), para “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”(art. 3º, III, da Constituição Federal) e para “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, da Constituição Federal).

b) *Condutas que são objeto de regulação pelo biodireito*: é objeto do biodireito as condutas que positiva ou negativamente sejam capazes de diretamente afrontar o bem “vida” seja como integridade física, seja como vida digna (neste último caso, foco de incidência de direitos fundamentais de terceira geração

c) *Pontos de intersecção entre as condutas genéricas objeto de regulação*: das conclusões parciais e do raciocínio até agora por nós trilhado nesta pesquisa, não temos dúvida em afirmar que a matéria de normatização do biodireito contém parte da matéria de normatização típica do direito do consumidor, em especial no que tange: 1) às condutas capazes de afrontar à integridade física do consumidor, seja pela impossibilidade na aquisição do bem ou do serviço, seja por inadequações quantitativas ou qualitativas do bem ou do serviço; e 2) às condutas capazes de afrontar às condições mínimas de sobrevivência em razão da impossibilidade ou da subjugação em relação à aquisição de bens ou serviços que, a despeito de não estarem diretamente relacionados à integridade física do consumidor, têm a característica de “necessidade” visto as condições mínimas impostas pela vida social atual.

Demonstremos:

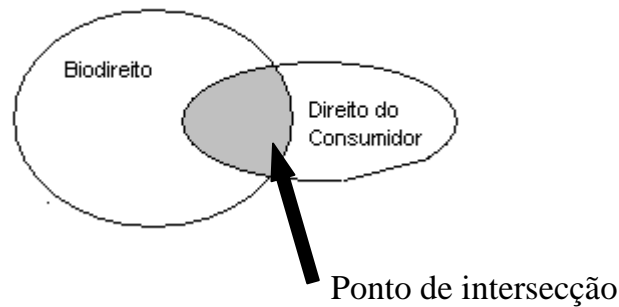
- a liberação ou não de uso comercial, de “transgênicos”(produzidos a partir de OGMS - organismos geneticamente modificados – ou seus derivados) é matéria de normatização tanto do biodireito (conforme Lei 11.105/05 – Lei de Biossegurança – nos seus artigos 1o e 2o) como, no que se refere ao consumo, também de normatização do direito do consumidor (conforme artigo 8o do CDC – Lei 8.078/90);

- a realização ou não de transfusão sangüínea necessária à manutenção da integridade física do paciente (que é consumidor, sob a ótica da relação jurídica de consumo que mantém com o médico e/ou com o hospital tendo como objeto a prestação de serviço de saúde) contra a vontade do paciente é matéria típica de discussão do biodireito como também é foco de normatização do direito do consumidor (artigos. 6o, I, e 14, ambos da Lei 8.078/90).

Trata-se somente de dois dos muitos exemplos que podemos citar de intersecção entre condutas normatizadas, ao mesmo tempo, por ambos os ramos do direito em discussão.

Resta claramente demonstrada, assim, a existência de coincidência de identidade parcial entre as matérias típicas tanto do biodireito quanto do direito do consumidor. Afirmamos que se trata de uma coincidência parcial em razão de

que, utilizando-se a linguagem da teoria lógica das classes, não há perfeita identidade entre os indivíduos (normas jurídicas) que compõem o subsistema do biodireito e o sub-sistema do direito do consumidor. Há, entretanto, várias normas pertencentes a ambos os sistemas. Ilustremos tal raciocínio:



Legenda:

“Biodireito” → Subsistema do Biodireito

“Direito do Consumidor” → Subsistema do Direito do Consumidor

“Ponto de intersecção” → Subsistema formado por normas jurídicas que pertencem tanto ao Biodireito quanto ao Direito do Consumidor, enquanto ramos do direito

O que nós denominamos na ilustração acima como “ponto de intersecção” enquadra-se perfeitamente no conceito de intersecção de classes, conforme ensinamentos de lógica, e mais especificamente de teoria das classes, ministrados por Alfred Tarski, para quem “decimos que dos clases K y L se INTERSECAN si ellas tienen al menos un elemento em común y, además, cada una contiene elementos no contenidos en la otra”¹⁷⁵, referindo-se a uma das hipóteses de operações com classes, que é a “multiplicação de classes”, assim explicada pelo mesmo Tarski:

“Otra operación con dos clases K y L, llamada MULTIPLICACIÓN DE CLASES, consiste en formar una nueva clase M cuyos elementos son aquellos, y solamente aquellos, objetos que pertenecen a ambas clases K y L; esta clase M es llamada el PRODUCTO o INTERSECCIÓN DE LAS CLASES K y L, y es designada por el simbolo: $K \cap L$ (o $K \cdot L$) “

¹⁷⁵ TARSKI, Alfred. *Introducción a la lógica*. [S.I.: s.n.], 19--., pp. 97-98. Apud CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila do Curso de Filosofia do Direito I (Lógica Jurídica) do Programa de Pós-Graduação em Direito realizado na PUC/SP*, p. 102.

Ora, para que determinado indivíduo (objeto) pertença a determinada classe é necessário que o mesmo possua os requisitos necessários para tal, isto é, é necessário que possua requisitos de pertinência (conjunto de características necessárias para que determinado elemento faça parte de uma determinada classe) em relação à determinada classe. Os elementos (indivíduos) de uma determinada classe possuem, assim, as mesmas propriedades (pelo menos em relação aos requisitos de pertinência) e, poderíamos afirmar, já inserindo mais uma vez a teoria das classes à específica situação da pesquisa, que todos os elementos de uma classe estão sujeitos aos mesmos princípios característicos da classe que ocupam.

Isto é, se determinadas normas jurídicas fazem parte do subsistema do Biodireito (isto é, são elementos da classe “Biodireito”), isto significa que as referidas normas encontram-se vinculadas aos princípios específicos do biodireito. O mesmo ocorrendo em relação às normas jurídicas que constituem o subsistema do Direito do Consumidor que, por sua vez, encontram-se vinculadas aos princípios específicos do direito do consumidor.

Já no que se refere aos indivíduos (elementos) que fazem parte da “classe produto” ou “intersecção de classes”, como são indivíduos comuns a duas (pelo menos) determinadas classes, esses indivíduos contêm os requisitos ou condições de pertinência de ambas as classes, estando, pois, sujeitos às propriedades também de ambas as classes. *Dessa forma, as normas jurídicas que pertencem tanto ao subsistema do “biodireito” quanto ao subsistema do “direito do consumidor” se sujeitam aos requisitos específicos de ambos os subsistemas.*

Podemos afirmar, genericamente, que uma determinada norma jurídica encontra-se subordinada aos princípios específicos de todos os subsistemas a que tenha relação de pertinência.

Na introdução dessa pesquisa apresentamos o conceito de “inter-aproveitamento” como sendo situação em que os princípios específicos de um determinado ramo podem ser utilizados em outro ramo com o objetivo de completar lacunas, criando um verdadeiro “movimento” de princípios específicos entre ramos do direito.

Agora, podemos estender esse raciocínio, afirmando que, em relação a normas jurídicas que pertençam a mais de um subsistema, haverá, em relação a estas normas jurídicas (e tão somente a estas), inter-aproveitamento dos princípios específicos de todos os subsistemas a que pertençam, servindo tal inter-aproveitamento não somente para realização de “argumento *a pari* ou *a simile* que permite a analogia na hipótese de lacuna da lei, mas para toda e qualquer atividade realizada com tais normas, seja de natureza interpretativa, seja como procedimento de decisão judicial.

5- CONCLUSÕES

Ante o todo apresentado, apresentamos as seguintes conclusões:

a) Tanto o “direito do consumidor” quanto o “biodireito” são subsistemas do sistema jurídico integral (em sua completude);

b) As mais diversas áreas do direito (subsistemas do sistema jurídico integral) integram-se através de *valores*. Isto é, as normas jurídicas que são repertório de um sistema devem se compatibilizar através de valores que não se anulem, nem sequer se choquem, seja no universo teórico seja no prático (como resultado da aplicação da norma jurídica no caso concreto – subsunção normativa -). Esses valores são exteriorizados através de *princípios*, os denominados *princípios jurídicos*, que são estruturas concentradoras de valores incidentes – ou que devem incidir – sob determinados objetos – visando não só nortear a interpretação dos textos normativos, como também servir de instrumento auxiliar na *decisão jurídica*, na aplicação da norma jurídica – já interpretada – no caso concreto e até mesmo na produção de novos enunciados prescritivos (atividade legislativa). Esses “princípios” podem ser *gerais* (aplicáveis ao direito como um todo, ou, melhor dizendo, a todos os ramos do direito) ou *específicos*, aplicáveis a determinado sub-sistema, a determinado ramo do direito, com o fim de lhe suprir necessidade específica. Não só os *princípios* específicos de um determinado ramo do direito devem se compatibilizar, como também todos os princípios específicos de cada um ramos do direito (vistos em sua totalidade) devem harmonizar-se entre si e, por fim, todos os princípios específicos devem ter compatibilidade com os princípios gerais e todos os princípios gerais necessitam se conformarem.

c) Determinadas normas jurídicas fazem parte do subsistema do Biodireito (isto é, são elementos da classe “Biodireito”), isto significa que as referidas normas encontram-se vinculadas aos princípios específicos do biodireito. O mesmo ocorrendo em relação às normas jurídicas que constituem o subsistema do Direito do Consumidor que, por sua vez, encontram-se vinculadas aos princípios específicos do direito do consumidor. Já no que se refere aos indivíduos (elementos) que fazem parte da “classe produto” ou “intersecção de classes”, como são indivíduos comuns a duas (pelo menos) determinadas classes, esses indivíduos contêm os requisitos ou condições pertinência de ambas as classes, estando, pois, sujeitos às propriedades também de ambas as classes. *Dessa forma, as normas jurídicas que pertencem tanto ao subsistema do “biodireito” quanto ao subsistema do “direito do consumidor” se sujeitam aos requisitos específicos de ambos os subsistemas.*

d) Em relação a normas jurídicas que pertençam a mais de um subsistema (inclusive, por óbvio aquelas que pertençam pertencem tanto ao subsistema do

“biodireito” quanto ao subsistema do “direito do consumidor) haverá, em relação a estas normas jurídicas (e tão somente a estas), inter-aproveitamento dos princípios específicos de todos os subsistemas a que pertençam, servindo tal inter-aproveitamento não somente para realização de “argumento *a pari* ou *a simile* que permite a analogia na hipótese de lacuna da lei, mas para toda e qualquer atividade realizada com tais normas, seja de natureza interpretativa, seja como procedimento de decisão judicial.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo : Martins Fontes, 2000, 4ª edição

AQUINO, Carlos Pessoa de. Ética - ética profissional e outras reflexões . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2237>>. Acesso em: 01. mar. 2005.

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. *Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora Método, 2004

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000

ALMEIDA JUNIOR, A. e COSTA JUNIOR, J.B. de Oliveira e. *Lições de Medicina Legal*. 20ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora Nacional, 1991

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2002

BALERA, Wagner. *O valor social do trabalho*. In *Revista LTr*, v.5, no. 10, ano 1994

BARONI, Robison. *Cartilha de ética profissional do advogado: perguntas e respostas sobre ética profissional baseadas em consultas formuladas ao Tribunal de Ética da OAB-SP*. 3ª edição. São Paulo: LTr

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 1.999

CATÃO, Marconi do Ó. *Biodireito: transplante de órgãos e direitos de personalidade*. São Paulo: Madras, 2004

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo : Saraiva, 7ª edição, atualizada, 1995

_____. *Língua e Linguagem – Signos Lingüísticos – Funções, Formas e Tipos de Linguagem – Hierarquia de Linguagem*. In: Apostila de Filosofia do Direito I(lógica jurídica), utilizada como material de apoio na cadeira de “Lógica Jurídica” no curso de pós-graduação *stricto sensu* na PUC/SP no 2º semestre de 2002

CONRADO, Paulo César. *Introdução à Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Max Limonad, 2000

CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004

COSTA, Orlando Teixeira da. *O direito do trabalho na sociedade moderna*. São Paulo: LTr, 1998

COUTURE, Eduardo. *Vocabulário Jurídico*. 4ª impressão. Buenos Aires: Depalma, 1991

CROCE, Delton e CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1998

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2004

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3ª edição, aumentada e atualizada conforme o novo Código Civil e a Lei no. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2006

_____. *Compêndio de Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 1995

DROPA, Romualdo Flávio. *Ética, Política e Justiça*. Disponível em: <<http://dropa.sites.uol.com.br/etica3.htm>> Acesso em 15.mar.2006

FERRAZ JUNIOR, Tercio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2007

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1990

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 1999

GARMENDIA ORIGÓN, Mario. *Ordem pública e direito do trabalho*. Traduzido por Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 2003

GARRAFA, Volnei, KOTTOW, Miguel e SAAD, Alya (organizadores). *Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano*. Tradução de Luciana Moreira Pudenzi e Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Gaia, 2006

GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995

KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones de Derecho del Trabajo*. 2ª edição. Buenos Aires: Depalma, 1968

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 3ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A economia e o direito*. In *Carta Forense*, ano V, no. 45, fevereiro de 2007

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 10ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 6ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 1993

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991

MORATO, João Marcos Castilho. *Globalismo e Flexibilização Trabalhista*. Belo Horizonte: Inédita, 2003

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: LTr, 2002

RAMOS, Gisela Gondon. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. Florianópolis: OAB/SC Ed., 1999

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1996

ROBLES, Gregório. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. Editora Revista dos Tribunais, 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da Silva. *Direito do trabalho: principiologia*. São Paulo: LTr, 1997

SOARES, André Marcelo M. e PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito: uma introdução*. São Paulo: Edições Loyola, 2002

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

SÜSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de direito do trabalho*. Volume 1. 19ª edição atualizada. São Paulo: LTr, 2000

TARSKI, Alfred. *Introducción a la lógica*. [S.I.: s.n.], 19--., pp. 97-98. Apud CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila do Curso de Filosofia do Direito I (Lógica Jurídica) do Programa de Pós-Graduação em Direito realizado na PUC/SP*