

BIOÉTICA LATINO-AMERICANA: REFLEXÕES NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

LATIN AMERICAN BIOETHICS: REFLECTIONS ON THE CONTEXT OF NEOCONSTITUTIONALISM

Tâmis Hora Batista Fontes Couvre¹

Miriam Coutinho de Faria Alves²

Kelly Helena Santos Caldas³

Resumo: A bioética enquanto conjunto de reflexões biofilosóficas inscrita nas ciências da vida, pode ter caráter amplo, a cuidar da sobrevivência na Terra (macrobioética), ou mais restrito, a cuidar das práticas médicas em particular (microbioética). Esse artigo aborda origem e desenvolvimento, ressaltando que os países da América Latina para assegurar seu objetivo intrínseco relativo à preservação da vida digna e da biossegurança de gerações presentes e futuras devem revisitar paradigmas fundantes. Nesse sentido, são abordadas as características do neoconstitucionalismo, alicerce paradigmático que retoma a interlocução entre Direito e Ética, sem se furtar às críticas ao movimento. Por fim, aborda-se o surgimento da bioética latino-americana, como possível norte axiológico para uma bioética que considere em si as peculiaridades de um povo ou de povos semelhantes.

Palavras-chaves: Bioética. Latino-americana. Constituição. Neoconstitucionalismo.

Abstract: Bioethics as a set of biophilosophical and moral reflections inscribed in the life sciences, can have a broad character, taking care of survival on Earth (macrobioethics), or more restricted, to take care of medical practices in particular (microbioethics). This article addresses its origin and development, emphasizing that latin american countries to ensure its intrinsic objective related to the preservation of life and biosecurity of present and future generations must revisited paradigms. Moreover, the characteristics of neoconstitutionalism are addressed, a paradigmatic foundation that resumes the dialogue between Law and Ethics, without shying away from criticism of the movement. Finally, the emergence of Latin American bioethics is approached as a possible axiological north for a bioethics that considers in itself the peculiarities of a people or similar peoples.

Keywords: Bioethics. Latin American. Constitution. Neoconstitutionalism.

1- Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ). Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Arte e Literatura (CNPq/UFS). Servidora Pública Federal (UFS). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6461479746036823>. E-mail: tamis.hora@gmail.com.

2- Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS) Pesquisadora Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Arte e Literatura CNPq/UFS. Doutora em Direito (UFBA). Membro honorária da Rede Brasileira de Direito e Literatura. Currículo lattes: Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/0824235400578640>.

3- Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Didática e Metodologia do Ensino Superior pela Faculdade São Luís de França (FSLF/SE). Atriz formada pelo Teatro Escola Célia Helena (TECH/SP). Membro do grupo de pesquisa Direito, Arte e Literatura (CNPq/UFS). Advogada. Currículo Lattes: Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4780185234167280>. E-mail: kellycaldas.contato@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O crescente progresso biotecnológico traz descobertas biomédicas que passam pela manipulação genética e pela produção em laboratório da própria vida, deixando inúmeros questionamentos acerca de sua utilização. Até que ponto podem ir as pesquisas científicas? Como preservar a saúde do planeta para as futuras gerações? Pessoas menos esclarecidas de países subdesenvolvidos podem ser cobaias ou exploradas em troca de pagamento, mesmo informadas dos riscos? Há autonomia nessas “escolhas”? E como solucionar as colisões entre direitos fundamentais, judicialmente demandados?

As respostas da bioética e do biodireito estão em constante construção, considerando a realidade latino-americana carente de perspectivas axiológicas, esse artigo se propõe a tratar da Bioética como um norte ético a ser considerado, sobretudo porque o Direito não é capaz de abarcar sozinho toda a extensão e complexidade das mudanças sociais, nem a rapidez e dinâmica das descobertas científicas.

Os países que passaram pelo neoconstitucionalismo sofreram mudanças no sentido de atribuir maior voz aos princípios do que às regras; utilizar a ponderação no lugar de subsunção; dar mais poder ao Judiciário e menos ao Legislativo e Executivo; aplicar a Constituição com força normativa; dentre outras (ÁVILA, 2009).

Assim, tais mudanças possuíam também mecanismos de concretização dos direitos fundamentais que garantisse a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, como a importação dos princípios bioéticos norte-americanizados não estava proporcionando a dignidade dos povos latino-americanos (GARRAFA, 2005), marcados pela colonização, desigualdades e pobreza, foi discutido no terceiro e último item, o surgimento da bioética latino-americana (BUSSINGUER, 2014).

A bioética latino-americana se mostra como possível norte axiológico que considere em si as peculiaridades de um povo ou de povos semelhantes, na busca por respostas equilibradas e mais próximas da realidade, diante dos conflitos atuais e futuros. Este artigo propõe ao leitor que reflita o direito a partir da perspectiva bioética, a fim de trilhar um caminho para o equilíbrio entre a conduta científica humana e a pacificação dos conflitos neoconstitucionais.

2 BIOÉTICA: BREVES NOTAS SOBRE SUA ORIGEM E DESENVOLVIMENTO EM MEIO AO PROGRESSO BIOTECNOLÓGICO

A biotecnologia se desenvolveu ao longo dos séculos, a ponto de proporcionar a revolução tecnológica da biomedicina, considerada capaz de realizar proezas em um tal nível em termos de “artificialização dos processos biológicos”, que chega a atingir o impensável, isto é, a possibilidade de produção da própria vida (CORRÊA, 1997, p. 74). Ela compreende toda sorte de técnicas modernas que envolvem biologia molecular e celular, incluindo a engenharia genética, não só relacionadas ao ser humano, mas também às plantas e animais.

Além da engenharia genética, também chamada de tecnologia do DNA recombinante, que possibilita a obtenção de transgênicos (denominação ampla dada aos Organismos Geneticamente Modificados – OGMs), outras biotecnologias contemporâneas podem ser citadas, segundo o Ministério do Meio Ambiente brasileiro⁴, como: o desenvolvimento dos marcadores moleculares (que permitem a análise da diversidade genética e os testes de paternidade); o sequenciamento do DNA (que permite o conhecimento do genoma dos organismos e sua aplicação no melhoramento genético); a clonagem de animais; a utilização das técnicas de reprodução humana assistida⁵ e das células tronco etc.

4- Dados colhidos no site do Ministério do Meio Ambiente, em 28 de novembro de 2019, Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/informma/item/7510-biotecnologia.html>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

5- Faz-se necessária a conceituação de Reprodução Humana Assistida, segundo Álvaro Villaça Azevedo: “[...] reprodução humana assistida é a fecundação, com artificialidade médica, informada e consentida por escrito, por meio de inseminação de gametas humanos, com probabilidade de sucesso e sem risco grave de vida ou saúde, para a paciente e para seu futuro filho” (1996, p. 44).

Nesse contexto biotecnológico, em constante progresso, surgem também novos dilemas éticos, morais e jurídicos, que encontram na Bioética um norte axiológico, sobretudo porque o Direito não é capaz de abarcar sozinho toda a extensão e complexidade das mudanças sociais, nem a rapidez e dinâmica das descobertas científicas.

Nos estudos do oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin, Potter trazia um sentido ecológico para o termo, considerando a bioética como a “ciência da sobrevivência” na Terra, notadamente em perigo pelo descontrolado crescimento da tecnologia industrial, do uso indiscriminado de agrotóxicos, de animais em pesquisa ou experiências biológicas e da sempre crescente poluição aquática, atmosférica e sonora (DINIZ, 2009, p. 9-10).

Portanto, a bioética era tomada como uma área do conhecimento que se destinava ao estudo das formas de equilíbrio entre a atuação humana e a preservação do ecossistema e da própria vida no planeta, ou seja, voltada para a projeção da qualidade de vida e não, necessariamente, vinculada à medicina.

Garrafa (2005, p. 126), no texto *De uma bioética de princípios a uma bioética interventiva* considera a bioética laica e, portanto, “não parte de absolutos morais”, de forma que possibilita considerar diferentes moralidades, diante das situações e conflitos. Ademais, Garrafa defende que a bioética possui ferramentas teóricas e metodológicas adequadas para proporcionar significativos impactos nas discussões, tanto dos temas persistentes (antigos e cotidianos, como: a exclusão social, a discriminação, a vulnerabilidade ou o aborto), quanto dos emergentes (novos, como: a genômica, os transplantes ou as tecnologias reprodutivas), nos campos societários locais, nacionais ou internacionais.

Contudo, se distanciando da amplitude inicialmente contida nas reflexões sugeridas por Potter e outros cientistas da época que compartilhavam as mesmas preocupações, a aceção e abrangência da bioética foram limitadas, ficando circunscritas a uma dimensão meramente ligada à ética biomédica (DURAND, 2003). Essa redução do campo de estudo da Bioética, que excluiu temas ligados à ética ambiental e à ética animal, é atribuída a Hellegers, fundador do *Kennedy Institute of Ethics*, em 1971 (DURAND, 2003, p. 21).

A propagação da versão limitada da bioética (relações entre médicos, clínicas e pacientes) contou com o principalismo desenvolvido à época, a partir dos anos 70, que norteava sobretudo a elaboração dos Termos de Consentimento Informado (GARRAFA, 2005). Tais princípios foram inicialmente delineados pelo *Belmont Report*, um relatório-síntese apresentado pela Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*) norte-americana e publicado em 1979 (DURAND, 2003).

O *Belmont Report* trouxe apenas três princípios: respeito pelas pessoas (proteção da autonomia⁶), beneficência (não prejudicar, equilibrar benefícios e inconvenientes) e justiça⁷; mas certos autores subdividem o segundo deles em beneficência⁸ e não-maleficência⁹, para se chegar a quatro princípios bioéticos fundamentais, forma que se entende mais didática.

6- O princípio da autonomia assegura ao ser humano a liberdade para fazer suas próprias escolhas, para governar-se, para ter o domínio sobre sua própria vida, realizando atos livres de coação moral ou física, após o recebimento das informações sobre os riscos e benefícios do tratamento ou intervenção que precise se submeter (NAMBA, 2015, p. 12).

7- O princípio da justiça impõe o tratamento equitativo para todos e a promoção da justa distribuição de recursos destinados à saúde (justiça distributiva). Idem.

8- O princípio da beneficência impõe o dever de fazer o bem a outrem (no plano médico, requer a avaliação de riscos e benefícios para o paciente). Idem.

9- O princípio da não-maleficência impõe o dever do médico de não promover o mal a seu paciente. Idem.

Contudo, o mesmo relatório indicava, ainda, que havia outros princípios além dos nele expressamente constantes. Sendo assim, é possível extrair outros princípios ou referenciais bioéticos da doutrina, como o da solidariedade, do respeito à vida, da proteção da qualidade de vida, do respeito aos vínculos familiares, da proteção do patrimônio genético humano etc. (DURAND, 2003).

A acepção limitada da bioética que perdurou entre os anos 70 e 80, apesar de também utilizar as concepções deontológicas da beneficência e da não-maleficência, possuía seu foco hiperdimensionado no princípio da autonomia¹⁰ (GARRAFA, 2005). E, a verdade é que, alerta Garrafa, “o campo da justiça, e portanto do coletivo, acabou ficando em grau de importância secundário” (GARRAFA, 2005, p. 128).

Entretanto, o entendimento bioético com hipertrofia da autonomia seria “uma faca de dois gumes, pois as universidades, corporações e indústrias também começaram a treinar seus profissionais na construção de TCIs adequados a cada situação”, o que obstaculizava “os objetivos iniciais e históricos da medida em proteger os mais vulneráveis, pelo menos nos países com grandes índices de excluídos sob os pontos de vista social e econômico” (GARRAFA, 2005, p. 129).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe a consolidação do Estado Democrático de Direito, com a menção expressa a diversos direitos fundamentais (art. 5º), sem pretender esgotá-los e consagrando o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), bem como trouxe a preocupação com a preservação da vida digna e da biodiversidade para as gerações presentes e futuras (art. 225), numa notável postura bioética e, por que não dizer, bioconstitucional¹¹.

O retorno aos trilhos originais delineados por Van Rensselaer Potter, foi observado em todo o mundo a partir dos anos 90, com a retomada de discussão sobre a preservação da biodiversidade, a finitude dos recursos naturais planetários, o equilíbrio do ecossistema, os alimentos transgênicos, o racismo e outras formas de discriminação, o acesso das pessoas a sistemas públicos de saúde e a medicamentos, etc. e, definitivamente, em 1998, com a realização do Quarto Congresso Mundial de Bioética, realizado em Tóquio, Japão, cujo tema oficial foi “Bioética Global” (GARRAFA, 2005, p. 129).

Mais tarde, em outubro de 2005, houve homologação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos em Paris (MARTINS; SILVEIRA, 2018). Com ela deu-se o reconhecimento universal das questões éticas que permeiam a medicina, as ciências da vida e as tecnologias associadas à sua aplicação nos seres humanos e como devem estar respaldadas no que concerne ao respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos humanos e liberdades fundamentais (MARTINS; SILVEIRA, 2018).

Sendo assim, hodiernamente, considera-se bioética o estudo da moralidade da conduta humana diante das ciências da vida, perfazendo um conjunto de reflexões filosóficas e morais, de forma interdisciplinar, sobre a vida em geral (macrobioética) e sobre as práticas médicas em particular (microbioética), cujo objetivo é assegurar a biossegurança e os direitos fundamentais das pessoas envolvidas e das gerações futuras (DINIZ, 2009).

10- Cabe acrescentar que o princípio da autonomia pressupõe tanto o consentimento livre e informado, quanto a não-aceitação do tratamento (DURAND, 2003, p. 173). Logo, cria-se o dever de informação por parte dos que intervêm, de forma que seja possível garantir o conhecimento das implicações que se sucederão com ou após o tratamento e o paciente possa agir de forma livre e autônoma, segundo seus próprios valores morais e crenças religiosas.

11- Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, a Bioconstituição designa “o conjunto de norma (princípio e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidade privada, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual e futuro, tendo em vista também as suas relações com a Biomedicina” (BARACHO, 2000, p.89).

Cumpra mencionar que, a evolução e consolidação da bioética retratadas acima, bem como a sua crescente interferência na realidade científica e social tiveram o suporte da constitucionalização do Direito. Portanto, importante delinear o novo contexto paradigmático, que apesar da ausência de consenso, pôde ser denominado de neoconstitucionalismo¹².

3 PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL: CARACTERÍSTICAS E CRÍTICAS

Esse item contém um panorama do que se trata o chamado “neoconstitucionalismo”. Há quem defenda sua existência como importante paradigma de teorização do Direito Constitucional contemporâneo, pois percebem as mudanças de pensamento que podem individualizá-lo, ainda que reconheçam a sua pluralidade de pensamento jusfilosófico enquanto movimento.

No entanto, há quem acredite que pela complexidade e pluralidade não se caracterizaria como movimento coeso, ou ainda aqueles que criticam sua aplicação deturpada por muitos países. A seguir, então, as características do neoconstitucionalismo no Brasil e no mundo e, posteriormente, as críticas ao neoconstitucionalismo à brasileira.

3.1 CARACTERÍSTICAS PLURAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

O movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado “neoconstitucionalismo” guarda divergências, mas também mudanças essenciais para a concretização dos direitos e garantia da dignidade da pessoa humana, sobretudo na Era do progresso biotecnológico.

Ávila (2009) resume as mudanças essenciais em cinco abordagens: foi dada maior voz aos princípios do que às regras; usou-se de ponderação no lugar de subsunção; houve maior análise individual e concreta das demandas judiciais, em vez da justiça geral e abstrata; deu-se mais poder ao Judiciário e menos ao Legislativo e Executivo; e, houve maior ou direta aplicação da Constituição em vez das leis.

Contudo, falar em neoconstitucionalismo é falar de um movimento plural, ou mesmo devia-se trazer sua nomenclatura plural, como Miguel Carbonell fez, em sua obra intitulada “Neoconstitucionalismo(s)”, de 2003 (SARMENTO, 2009, p. 93). Ocorre que, embora guarde em comum as mudanças essenciais elencadas acima, o neoconstitucionalismo possui ampla diversidade, ou até divergência, de posições jusfilosóficas e de filosofia política, o que dificulta a tarefa de conceituá-lo como uma concepção teórica clara e coesa (SARMENTO, 2009).

Por outro lado, há autores que preferem denominar esse movimento como “Constitucionalismo Contemporâneo”, expressão de Streck (2011, p. 37), divulgada na sua obra “Verdade e Consenso” a fim de evitar os mal-entendidos que permeiam o termo “neoconstitucionalismo”.

Por isso, conceituar o termo “neoconstitucionalismo” de forma única é inviável. Em 2005, Barroso (2005, p. 2) no artigo Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, sensível ao caso, fez considerações sobre os marcos contextuais e históricos entre democracia e neoconstitucionalismos.

Estabelecer o fio condutor que caracteriza esse movimento, portanto, não é tarefa fácil. A própria classificação dos elementos básicos que compõem o neoconstitucionalismo varia de autor para autor, como por exemplo, segundo Barroso (2005) sua classificação seria em função dos marcos: teórico, filosófico e histórico; já para Ávila (2009) a classificação consideraria os fundamentos: normativo, metodológico e axiológico.

12- Importante esclarecer, desde já, que esse artigo não irá abordar a crítica acerca da existência do próprio movimento neoconstitucional, mas, ao contrário, partirá da sua existência e demonstrará quais as suas características essenciais. No momento oportuno, serão tratadas quais as críticas à recepção das teorias ditas neoconstitucionais. Sobre a discussão acerca da existência desse novo movimento, consultar o artigo “Déjà vu no neoconstitucionalismo?” de LAUTENSCHLAGER, Lauren; THOMASI, Tanise Zago. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1230>>. Acesso em 20 nov. 2019.

Contudo, é possível vislumbrar tanto as efetivas mudanças geradas nesse contexto neoconstitucional, trazidas por Ávila (2009) e elencadas acima, quanto os elementos centrais para existência e desenvolvimento do neoconstitucionalismo, presentes nas mais variadas classificações: a) atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; b) reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; c) formação de uma nova hermenêutica constitucional; d) desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o postulado da dignidade humana (BARROSO, 2005).

Cumprir registrar o marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, como o constitucionalismo do pós-guerra, no caso a Segunda Guerra Mundial, especialmente na Alemanha e na Itália (BARROSO, 2005). Sua principal referência é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951 (BARROSO, 2005). Como segunda referência de destaque tem-se a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956, mas ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) também agregaram valor e volume ao debate sobre o neoconstitucionalismo (BARROSO, 2005).

No Brasil, o surgimento do neoconstitucionalismo, com a forte presença dos elementos descritos acima, se dá com as transformações derivadas da Constituição Cidadã de 1988 e da consolidação do atual Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2005). Sobre o tema, Ávila (2009, p. 1) ressalta que “o fortalecimento do que se convencionou chamar de ‘neoconstitucionalismo’ foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 20 anos no Brasil”.

O novo direito constitucional brasileiro, delineado como integrante do movimento neoconstitucional, em verdade não apresenta ineditismo, mas tão somente adoção tardia do sentimento constitucional e da força normativa da Constituição. Nesse sentido, Barroso (2005, p. 19) explica que “a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea”.

Desse modo, houve na Europa Ocidental e na América Latina a necessária ampliação do alcance constitucional, diante da nova realidade democrática, globalizada e biotecnológica. No Brasil, a implementação da Carta de 1988 e sua normatização dos princípios e garantias fundamentais, teve finalidade também de superar a desigualdade que cunhava uma sociedade formada na sua maioria por pessoas “sem direitos” (MORAES, 2014, p. 270). Passou-se a garantir expressamente no texto constitucional: educação, saúde, saneamento básico, segurança pública, habitação, lazer, preservação do meio ambiente e oportunidades de uma vida digna.

Então, a própria Constituição de 1988 vem sendo considerada pela maioria doutrinária como marco histórico do neoconstitucionalismo brasileiro, observando-se que impulsionou o direito constitucional a sair “da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”. (BARROSO, 2005, p. 4). Ademais, importa destacar, também, o fato de ter fomentado o “mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país”, sobretudo em meio aos desafios da crise política, financeira e dos desafios biotecnológicos atuais (BARROSO, 2005, p. 4).

Chama a atenção que, ao longo dos 31 anos de Constituição de 1988, mesmo permeada de alterações em seu texto, foi possível concretizar muitos direitos fundamentais e pacificar os dilemas sociais complexos sem recorrer à violência e ao arbítrio estatal.

Como visto, nos países citados, incluindo o Brasil, é possível extrair das respectivas Constituições a presença dos valores e características neoconstitucionais, como por exemplo: a travessia para um Estado Democrático, a aquisição de força normativa, o fortalecimento da jurisdição constitucional, a reabilitação da razão prática.

O fenômeno também permitiu a origem e desenvolvimento da denominada “filtragem constitucional”, segundo a qual “toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados” (BARROSO, 2005, p. 27). Desta forma, a constitucionalização do direito infraconstitucional tem como sua principal marca a reinterpretação de seus institutos sob uma óptica constitucional (BARROSO, 2005).

A adoção do neoconstitucionalismo trouxe uma visão compromissada com as promessas dirigentes da Constituição, momento em que se pode falar também em preocupação bioética. Assim, observam Dantas, Barros e Castro (2017, p. 290) a constitucionalização de novas matérias (como as econômicas, por exemplo) e novos direitos, do que são exemplos os biodireitos inscritos na Lei Maior, de forma direta e/ou indireta. Para esses autores é notória a “existência de uma nova geração de Direitos, os denominados Biodireitos, em nível constitucional, permite que se fale, atualmente, em Biodireito Constitucional ou, autoriza a existência de uma Bioconstituição” (DANTAS; BARROS; CASTRO, 2017, p. 291).

Com isso, pode-se dizer que o surgimento de Biodireito, que incorpora os fundamentos bioéticos e tem na Constituição o lastro que necessita para definir os limites jurídicos diante da biotecnologia, só seria possível em um contexto neoconstitucional, marcado pela retomada da ética e da moral, como acima explanado, capaz de dar os subsídios necessários à resolução dos novos conflitos sociais e efetivar a dignidade da pessoa humana, mas que não está imune às críticas.

3.2 CRÍTICAS AO NEOCONSTITUCIONALISMO À BRASILEIRA

A disseminação do neoconstitucionalismo alcança os mais diversos países, seja na Europa, seja na América Latina, mas suas realidades históricas e econômicas bastante distintas ocasionaram adaptações ao movimento. Com o fortalecimento da jurisdição e incremento do controle de constitucionalidade brasileiro, por exemplo, o papel das normas e do juiz se modificou, transformando o modelo tradicional de interpretação do ordenamento.

O fato é que a interpretação unívoca das leis ou a sua aplicação mecânica e objetiva não condizem com a complexidade de causas que chegam à Justiça, em tempos de globalização e biotecnologias. As teorias neoconstitucionalistas buscam, então, construir novas grades teóricas que se compatibilizem com a discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis”¹³ do Direito.

Diante da nova abordagem hermenêutica constitucional e da complexidade da nova realidade social, cresce a responsabilidade do Poder Judiciário, que deverá apreciar e solucionar todos os casos a luz da Constituição, mas sem esquecer das regras legais.

As teorias dos princípios trazidas na Alemanha, por Robert Alexy, e nos Estados Unidos, por Dworkin (1999), pretendiam repensar a atuação dos juízes, o exercício interpretativo e o controle racional das decisões judiciais. Nelas estariam superadas a dicotomia entre direito e moral, utilizando a aproximação de ambos para uma solução justa.

Contudo, a preocupação e críticas que rodeiam o neoconstitucionalismo partem da premissa que embora haja aproximação da moral ao direito, não há um consenso axiológico sobre como essa relação deve ser compreendida.

No Brasil, podem ser citadas algumas críticas à atuação do Poder Judiciário camuflada sob o manto do neoconstitucionalismo, mas que em verdade expressam decisões subjetivas e antidemocráticas:

[...] três críticas que podem ser levantadas contra o neoconstitucionalismo: (a) a de que o seu pendore judicialista é antidemocrático; (b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo (SARMENTO, 2009, p. 103).

Streck (2011, p. 47) argumenta que as dificuldades encontradas em implementar o neoconstitucionalismo remetem para o fato de que, no Brasil, “não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico” e na carência houve má recepção das teorias da argumentação.

13- Para Barroso (2005, p. 15), casos difíceis são “aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável”.

Ademais, aponta para a equivocada e superficial utilização da teoria da argumentação de Alexy, bem como da jurisprudência de valores alemã e alerta para o uso performático do termo. (STRECK, 2011).

Sendo assim, ainda que pesem as críticas ao modelo neoconstitucional como deturpado no Brasil, que para os autores citados trouxe excessos ao ativismo judicial e impactos na separação dos Poderes, há quem defenda sua existência e importância, que remete à Constituição ao centro do ordenamento e consagra o Estado Democrático de Direito. A exemplo, transcreve-se a crítica de Streck em seu livro Verdade e Consenso, que embora reitere a recepção equivocada por alguns juizes das teorias ditas “neoconstitucionalistas”, acaba por confirmar a importância do neoconstitucionalismo para a configuração da forma normativa da Constituição:

Esse belo epíteto – cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis –, embora tenha representado um importante passo para afirmação da força normativa da Constituição na Europa continental, no Brasil, acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano (STRECK, 2011, p. 35).

Portanto, as teorias neoconstitucionalistas não estão imunes a reproduções equivocadas, sobretudo quando se depara com realidades sociais e econômicas tão distintas da norte-americana. Dessa forma, talvez o ideal não fosse a aplicação de teorias prontas, como a jurisprudência dos valores alemã e a teoria da argumentação de Robert Alexy, mas, sim, a possibilidade de recriação, com base num consenso axiológico sobre a aproximação entre Direito e Moral.

No intuito de fomentar a discussão sobre a criação teórica pertinente à realidade, este artigo traz a bioética como possível norte axiológico para a aproximação suscitada, no entanto, uma bioética que considere em si as peculiaridades de um povo ou de povos semelhantes, como é o caso da “bioética latino-americana”, que será pormenorizada a seguir.

4 A FORMAÇÃO DA BIOÉTICA LATINO-AMERICANA NO CONTEXTO NEOCONSTITUCIONAL

Em meio às críticas trazidas quanto aos possíveis excessos da atuação jurisdicional e da suposta recepção acrítica das teorias relacionadas, já tratadas no item anterior, o fato é que o neoconstitucionalismo desempenhou papel essencial para a concretização dos direitos fundamentais em face do avanço biotecnológico/biomédico e suas implicações éticas.

Sob as bases do neoconstitucionalismo, o alicerce que retoma a interlocução entre Direito e Ética, há que se ressaltar a importância do surgimento e desenvolvimento da bioética, como visto em item anterior e que segue em constante evolução.

Contudo, quando do seu surgimento nos Estados Unidos, importa lembrar que foi enaltecida sua faceta biomédica prática (*microbioética*), a fim de propor as formulações éticas para o dia a dia dos laboratórios e clínicas médicos, deixando à margem da discussão as questões mais profundas sobre a sobrevivência do planeta (*macrobioética*).

Ademais, no breve apanhado histórico do item 1 desse artigo que trouxe as peculiaridades do desenvolvimento da bioética, foi possível perceber a importação da visão norte-americana com relação à hipertrofia do princípio da autonomia e redução do debate bioético ambientalista. Sobre tal período, Garrafa (2005) alerta para a incapacidade da teoria bioética principialista, considerando os temas biomédicos que globais fazendo a pontando a fragilidade da teoria principialista para intervir em questões sobretudo sanitárias específicas.

Bussinguer (2014) também menciona as críticas que recaíram sobre a teoria principialista americana e sua maximização do princípio da autonomia tecendo críticas a teoria principialista evidenciando os marcos de desigualdades sociais do cone sul.

A partir daí, os questionamentos se intensificaram e surgem movimentos de contraposição ao imperialismo moral e ao colonialismo ético, de matriz anglo-saxônica ou europeia (BUSSINGUER, 2014), em que bioeticistas latino-americanos procuravam difundir a conscientização de que havia uma pluralidade de moral e não apenas uma moral universal. Não mais se aceitava as imposições éticas de nações hegemônicas que ignoraram as diferenças culturais, políticas e sociais (BUSSINGUER, 2014).

Dentre os bioeticistas latino-americanos, segundo Garrafa (2005), há destaque para os brasileiros, membros da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB, fundada em 1995) e da Rede Latino-Americana e do Caribe de Bioética da Unesco (Redbioética), idealizada em 2002 e criada formalmente em maio de 2003.

Assim, graças a luta desses movimentos, houve a incorporação de temáticas mais politizadas relacionadas com os problemas que afetam as pessoas de países periféricos, na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005). Houve, também, retorno à ampliação da agenda temática da bioética para os campos sanitário, social e ambiental, com enfoque multi-intertransdisciplinar, porém permanece como um saber fundamentalmente reflexivo, num processo de movimentação permanente rumo ao novo (BUSSINGUER, 2014).

Fica, então, o questionamento por uma teoria constitucional e pelo desenvolvimento de uma bioética latino-americana, que simbolizem um método adequado e compatível ao alcance de maior grau de justiça, na tomada de decisões bioéticas, em casos difíceis (BUSSINGUER, 2014), diante da interferência da ciência sobre a vida humana. Nesse toar, tem-se os ensinamentos sobre a bioética latino-americana de Bussinguer marcados pela transformação de perspectivas nos sistemas paradigmáticos da bioética, no protagonismo dos bioeticistas latino-americanos revisitando paradigmas norte americanos e eurocêntricos. (BUSSINGUER, 2014).

Hodiernamente, não se pode mais negar a insuficiência da utilização dos princípios bioéticos básicos (autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça) criados diante da realidade norte-americana, quando se está diante de conflitos pautados na desigualdade dos países latino-americanos. Da mesma forma que as teorias neoconstitucionalistas, como foram forjadas em seus países de origem, não seriam suficientes, o que provocou muitas das adaptações deturpadas, criticadas acima.

Considerando a fragilidade da teoria principialista frente à realidade latino-americana, Garrafa (2005) propõe uma bioética ampla e comprometida com os mais vulneráveis, incluindo outras categorias, a saber, solidariedade, comprometimento, alteridade, prevenção em todos os níveis, prudência, enfim, uma bioética voltada para o tratamento das questões intrínsecas da vulnerabilidade social.

Pelos caminhos bioéticos muito ainda se tem a trilhar, no entanto, como alerta Garrafa (2005, p. 131) “a caminhada futura da bioética brasileira e dos demais países da América Latina deve ser direcionada para a negação da importação acrítica e descontextualizada de ‘pacotes’ éticos forâneos”.

Pode-se concluir refletindo que a bioética latino-americana surgiu, então, numa visão pós-moderna para se chegar ao almejado ponto de equilíbrio entre o progresso científico e a dignidade humana, sem ter a pretensão de conduzir a respostas prontas, mas desde que considerado o contexto histórico, econômico e cultural de cada caso concreto. Seu desenvolvimento se deu juntamente com o declínio do positivismo e da reaproximação entre Direito e Ética, características de um novo olhar hermenêutico para o Bioconstitucionalismo.

5 CONCLUSÃO

Esse artigo se propôs a pensar o direito a partir da lógica bioética, como um caminho para o equilíbrio entre a conduta científica humana e a pacificação dos conflitos sociais que porventura surjam do novo contexto biotecnológico e neoconstitucional. Para tanto, após conceituar a bioética, diante de sua origem e desenvolvimento, pôde se ater ao movimento neoconstitucional, suas características e críticas, mas que, ao final, é reconhecido como movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional e serviu de base para as mudanças necessárias à concretização dos direitos fundamentais e à garantia da dignidade da pessoa humana.

Constatou-se que o neoconstitucionalismo e a bioética possuem preocupações comuns, cada um com suas práticas e os conhecimentos necessários à efetivação dos Direitos Fundamentais. Assim, compartilhar suas expertises de forma interdisciplinar pode gerar maior grau de justiça, sobretudo diante da realidade dos países do hemisfério Sul, que ainda sofrem com desigualdades e pobreza.

O futuro da bioética é indeterminado, pois deve estar sempre questionando e buscando as respostas equilibradas, diante dos conflitos atuais e futuros, porém, é certo que deve caminhar com abordagens pluralistas e rumo à reflexão mais próxima da realidade, como é o caso da bioética latino-americana. O surgimento dessa versão latina foi necessário para que permitisse uma justiça real, compatível com a história de cada povo e não mais uma falsa justiça, baseada em princípios estanques, importados e impostos pelos países hegemônicos.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <http://maialegalstudies.com/docs/rede_17_janeiro_2009_humberto_avila_neoconstitucionalismo.pdf>. Acesso em: 16 de nov. 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Ética, direito e reprodução humana assistida**. Doutrina Civil da RT, Ano 85, n. 729, jul. de 1996.

BARACHO, José Alfredo de. A identidade genética do Ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, RT, SP, vol. 32, jul. /set. 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de nov. 2019.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A teoria da proporcionalidade de Robert Alexy**: uma contribuição epistêmica para a construção de uma bioética latino-americana. Tese (Doutorado – Doutorado em Bioética). Universidade de Brasília, 2014. 229 p.

CORRÊA, Marilena C. D. V. As Novas tecnologias reprodutivas: Uma Revolução a Ser Assimilada. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 7(1), 1997.

DANTAS, Ivo; BARROS, Lívia; CASTRO, Gina Gouveia Pires de. **Constituição, Bioética e Biodireito**: breves notas ao biodireito constitucional. Curitiba: lus Gentium, 2017. V. 8, (p. 288-365).

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**: história, conceitos e instrumentos. São Paulo/BR: Edições Loyola, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins fontes, 1999.

GARRAFA, Volnei. De uma bioética de princípios a uma bioética interventiva. **Revista Bioética**, V. 13, n. 1, p. 125-134, 2005. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/97/102>. Acesso em: 22 de nov. 2019.

LAUTENSCHLAGER, Lauren; THOMASI, Tanise Zago. Déjà vu no neoconstitucionalismo? **Revista Jurídica da Presidência Brasília**. V. 19, n. 119. Out. 2017 Jan. 2018. DOI: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1230>>, p. 598-621.

MARTINS, Regina Célia de Carvalho; SILVEIRA, Daniel Barile da. (2018). A importância da bioética no uso da eugenia para a efetivação dos novos direitos fundamentais. *Civilistica.com*: **Revista Eletrônica De Direito Civil**, 7(3), p. 1-27. Disponível em: <<http://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/377>>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014.

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

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>>. Acesso em: 30 de nov. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

UNESCO. **Declaração universal sobre bioética e direitos humanos**, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 2 de dez. 2019.

