



Prisma Jurídico
ISSN: 1677-4760
prismajuridico@uninove.br
Universidade Nove de Julho
Brasil

Cobianchi Figueiredo, Patrícia
Bioética e Direitos Humanos: uma reflexão sobre a interpretação da Constituição nas questões de
Biodireito
Prisma Jurídico, vol. 7, núm. 2, julio-diciembre, 2008, pp. 251-270
Universidade Nove de Julho
São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93412629003>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica
Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

Bioética e Direitos Humanos: uma reflexão sobre a interpretação da Constituição nas questões de Biodireito

Patrícia Cobianchi Figueiredo

Especialista em Direito Constitucional – ESDC;

Mestranda em Direito Constitucional – PUC-SP;

Docente no curso de Direito – Uninove.

patriciacobianchi@uninove.br

São Paulo [Brasil]

▼ Neste artigo, inspirado em um dos pontos do planograma da disciplina Direitos Humanos do curso de graduação em Direito da Uninove, busca-se ressaltar a interpretação específica da Constituição no campo da Bioética e do Biodireito, tendo por base a inicialidade fundante das normas constitucionais, que confere validade a todos os atos, normativos ou não. A Bioética baseia-se na dignidade humana e na inviolabilidade do direito à vida, eixo sobre o qual giram todas as demais questões, especialmente após o reconhecimento de tais direitos pela Declaração Universal de Direitos de 1948.

Palavras-chave: Biodireito. Bioética. Direito à vida. Inicialidade fundante das normas constitucionais. Interpretação constitucional.

1 Interpretação jurídica e interpretação constitucional: a inicialidade fundante das normas constitucionais

Este primeiro tópico tem por fim, ainda que sucintamente, evidenciar a interpretação da Constituição como espécie da interpretação jurídica. Antes, porém, vale lembrar que a interpretação jurídica em geral difere das demais interpretações, podendo-se considerar como marco distintivo o fato de que as normas jurídicas são interpretadas com o intuito de serem aplicadas em casos concretos que necessitam de solução pelo Direito. Nesse sentido, Francesco Ferrara:

A interpretação jurídica não é semelhante à interpretação *histórica* ou *filológica*, que se aplica aos documentos e que esgota a sua missão quando acha um dado sentido histórico, sem curar depois se é exacto ou não, harmônico ou contraditório, completo ou deficiente. Mirando à aplicação prática do direito, a interpretação jurídica é de sua natureza essencialmente *teleológica*. O jurista há de ter sempre diante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua actuação prática; a lei é um ordenamento de protecção que entende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a esta finalidade, e portanto em toda a plenitude que assegure tal tutela. (1978, p. 130).

A Constituição, com sua força normativa, da qual tratou Konrad Hesse, também é objeto de interpretação. Ocorre que há diversas peculiaridades da Constituição que justificam a especificidade da sua interpretação, o que já se percebe desde o magistério de Carlos Maximiliano em sua célebre obra *Hermenêutica e aplicação do Direito* (2003). Citam-se também Themistocles Bandão Cavalcanti (1966), Paulo Bonavides (2002), José

Horácio Meirelles Teixeira (1991), Luís Roberto Barroso (2003) e Márcia Haydee Porto de Carvalho (1997). Celso de Bastos nos traz as seguintes peculiaridades das normas constitucionais justificantes de uma hermenêutica constitucional: posicionamento singular, inicialidade fundante, caráter aberto e sua atualização, linguagem e posições políticas na Constituição (2002, p. 105-119).

Quanto à inicialidade fundante, Celso Bastos leciona: “De evidentes implicações a fundamentar o caráter distintivo da interpretação constitucional é o fato de ser a Constituição fundamento de validade último de todas as demais normas do ordenamento jurídico” (2002, p. 110).

Nesse contexto, a Constituição se impõe no ordenamento jurídico principalmente como fundamento de validade para todas as outras normas, até mesmo aquelas atinentes ao Biodireito. Nessa perspectiva, a interpretação das normas infraconstitucionais deve ser realizada sob aqueles comandos maiores, sob pena de sua invalidade, o que está diretamente relacionado com o princípio da supremacia constitucional.

Com isso, evidencia-se que a interpretação da Constituição ocorre não apenas quando são aplicadas suas normas, mas também quando se tem em mira a verificação da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, pois, para tal aferição, faz-se necessário conhecer a norma constitucional-parâmetro para o controle da constitucionalidade, seja de forma difusa ou abstrata. Para enfatizar isso, cita-se Celso Bastos acerca da distinção entre interpretação da Constituição e interpretação constitucional:

[...] cumpre deixar claro que há uma diferença entre a interpretação da Constituição, que é a interpretação da própria Lei Maior em relação aos seus princípios e regras tendo em vista a harmonização do sistema constitucional – que é o tema central do nosso livro - e a interpretação constitucional que diz respeito a inteligência das normas infraconstitucionais quan-

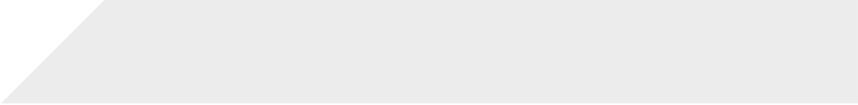


do postas sob confronto com a Carta Magna, que será tratada neste capítulo. (2002, p. 267).

A relevância de tal distinção na seara do Biodireito está na existência de leis infraconstitucionais, a exemplo da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) que, como objeto de interpretação jurídica, deve estar em consonância com as normas constitucionais e, para aferir isso (interpretação constitucional), é inevitável buscar o real significado e o alcance da norma constitucional que servirá de parâmetro (interpretação da Constituição).

Igualmente em relação à Bioética, não apenas os atos normativos encontram fundamento nas normas constitucionais, mas também os demais atos devem coadunar-se com os comandos da Lei Maior. Nesse contexto, os direitos constitucionais precisam ser respeitados não só verticalmente pelo Estado, mas também horizontalmente pelos cidadãos. Esse fator que se evidencia mais atualmente já era percebido no movimento do constitucionalismo insurgido no século XVIII, pois, ao lado do intento de limitar o poder estatal em relação à possível invasão na esfera privada, havia o de que os direitos constitucionais fossem observados por todos os cidadãos. É lembrar que todos os atos estão vinculados aos ditames constitucionais. Oportunas, aqui, as lições de Peter Häberle acerca da pluralidade de intérpretes constitucionais:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la [...] (1997, p. 13).



Nesse diapasão, todos aqueles que praticam atos atinentes à Bioética estão vinculados à Constituição e, portanto, seus comportamentos devem estar pautados nos comandos constitucionais, ainda que não se trate de intérpretes oficiais da Constituição.

2 Bioética e Biodireito como questões de direitos humanos na interpretação da Constituição

Em relação à Bioética, valem-se as lições de Arthur Magno e Silva Guerra, para quem

[...] foi do contato da ética com as ciências biológicas que surgiu, em fins da década de 60, início da de 70, o termo 'Bioética', estritamente, no sentido de preocupação, com o comportamento humano, ante o progresso das ciências da área da saúde. Seu objeto são as intervenções médicas, biológicas e científicas em geral, nos seres vivos, desde as que atuam no próprio processo de surgimento (fecundação *in vitro*) até as que determinam a sua extinção (eutanásia). Assim, pode ser definida, como o estudo sistemático das dimensões, das ciências biológicas e da saúde, utilizando metodologias éticas variadas, num contexto interdisciplinar (2005, p. 2).

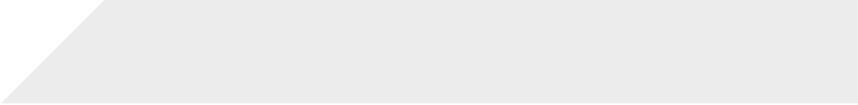
Em poucas palavras, pode-se afirmar que a Bioética se preocupa com a ética necessária ao trato com as questões que envolvem a vida, tendo, portanto, grande amplitude. Apenas os termos “ética” e “vida” já possibilitam estudos autônomos e em várias esferas da Ciência. Aqui, importa enfatizar que, em relação à Bioética, houve a necessidade de intervenção do Direito, surgindo o Biodireito. Nesse sentido, também o autor citado nos traz que



[...] a bioética nasceu, como a dimensão moral da Medicina, ampliando seus conceitos a diversas outras áreas, todas correlacionando avanços científico-biológicos com a ética propriamente dita. Isso mexeu com as relações sociais e, por conseguinte, fez surgir princípios e regras jurídicas, transmutando-se em Biodireito. Passam a surgir questionamentos envolvendo a Ética, a Medicina, o Direito e as Relações Sociais, de vez que cada avanço tecnológico, na observância de regras jurídicas que disciplinem a conduta dos participantes da relação terapêutica (médico e paciente), e determinem a licitude do prosseguimento da pesquisa científica, impondo-lhes limites (2005, p. 4).

O Biodireito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, preocupa-se com uma variedade de questões complexas – aspectos jurídicos atinentes ao embrião, ao aborto, à eutanásia, ao genoma humano, ao transplante de órgãos e tecidos, à manipulação e ao controle genético etc. No Brasil, decerto que não com exclusividade, algumas questões estão na pauta de discussão, como as pertinentes à pesquisa com células-tronco, ao aborto, em especial no caso de má-formação fetal, à transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová e à cirurgia de adequação de sexo. No magistério de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, “O *biodireito* face à *bioética* enfrenta hoje dois critérios filosóficos conflitantes: o da *santidade da vida humana* e o da *qualidade da vida*”. (1993, p. 94, grifos nossos).

As questões de Biodireito estão vinculadas aos Direitos Humanos e à internacionalização de tais direitos, não sendo mais, portanto, preocupações que se limitam apenas ao âmbito interno do Estado. Em razão disso, para resolver problemas atinentes ao Biodireito, torna-se necessário observar os documentos normativos internacionais aplicáveis no ordenamento jurídico interno. Acerca dos documentos normativos internacionais e também alguns estrangeiros, com certo “caráter universal”, a exem-



plo da Declaração Francesa de 1789, Fábio Konder Comparato leciona: “[...] compendiarão, à época em que foram aprovados, o conjunto das normas de proteção da pessoa humana, e inauguraram um novo tempo histórico: a era da cidadania mundial” (2007, p. 69).

Entre tantos documentos, considerando o pós-Segunda Guerra Mundial, de certo que o documento internacional de maior relevância é a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que, para Flávia Piovesan, “[...] consolida a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados” (2006, p. 130). A partir da Declaração Universal de 1948 foi possível a criação de um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, fundado na dignidade, porquanto valor intrínseco da pessoa humana.

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos, em âmbito global ou regional, compõe-se de uma série de tratados internacionais, de alcance geral ou específico, veiculando uma variedade de direitos. Com isso, sobrevieram relevantes conseqüências, entre as quais a visão integral dos direitos humanos, principalmente no trato das questões de Bioética e Biodireito. Não se deve considerar os direitos civis e políticos independentes dos direitos sociais, culturais e econômicos. No magistério de Antônio Augusto Cançado Trindade, ao tratar do cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem,

Em perspectiva histórica, é altamente significativo que a Declaração Universal de 1948 tenha propugnado uma concepção necessariamente integral ou holística de todos os direitos humanos. Transcendendo as divisões ideológicas do mundo de seu próprio tempo, situou assim no mesmo plano todas as ‘categorias’ de direitos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. (1999, p. 18).



No sistema interamericano, também a visão integral dos direitos humanos se impõe, o que se percebe no teor do Preâmbulo do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 17.11.1988 (Protocolo de San Salvador), ratificado pelo Brasil, em 21.8.1996:

Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros; [...] (PIOVESAN, 2006, p. 467).

Portanto, direitos civis, políticos, sociais, culturais, econômicos e, atualmente, ambientais, não são estanques, mas interdependentes e indivisíveis. Isso tem relevância especialmente para as questões que envolvem o direito à vida e à saúde. Nesses casos, sem pretender dizer o que é vida, sob pena de adentrar indevidamente na ceara da biologia, da filosofia e na de outras ciências pertinentes, mas no diapasão mencionado – da interdependência e indivisibilidade de tais direitos –, pode-se considerar que, assim como não há saúde sem vida, também não há vida sem saúde, pelo menos não uma vida digna como pretendida por todos.

Tendo em vista que os direitos humanos se projetam nos âmbitos global, regional e local, nos quais efetivamente deve ocorrer a proteção a tais direitos, a visão integral dos direitos humanos impõe-se na interpretação da Constituição. No Brasil, isso ocorre, independentemente das divisões topográficas e de estarem tais direitos no texto da Constituição ou nos tratados

internacionais de direitos humanos, dos quais o País faça parte, para o que há autorização constitucional (art. 5º, § 2º).

Ao lado da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, importa ressaltar que os direitos decorrentes dos tratados internacionais, quando ratificados pelo Estado, complementam e, por vezes, inovam o rol dos direitos já reconhecidos internamente.

Haja vista a pluralidade de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, não se vai aqui apontar quais são esses instrumentos, mas é oportuno mencionar, a título exemplificativo, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica)¹, em especial o artigo 4º, 1, ao tratar do direito à vida com a seguinte redação não encontrada no ordenamento jurídico interno: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.” [grifo nosso]. É ditame internacional, portanto, que a vida deve ser protegida desde a concepção, e não a partir de outro momento. Também na doutrina há esse entendimento. Para Maria Helena Diniz,

A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, de fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único. (2004, p. 26)

Com isso, em relação às questões complexas do Biodireito, a interpretação da Constituição, que já é específica, deve considerar também o relacionamento com os direitos decorrentes dos tratados de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, e todas as conseqüências que disso advêm.

3 Algumas previsões relativas ao Biodireito na Constituição de 1988 e a interpretação das normas constitucionais

Atualmente, além da lógica, também a filosofia é considerada pilar na interpretação jurídica, primordialmente para a interpretação da Constituição. A atividade interpretativa tem de ser racional, objetiva, lógica, sem que ainda corresponda ao silogismo exacerbado presente na atividade interpretativa do positivismo. No pós-positivismo, a interpretação jurídica ganhou outra dimensão para atender às reais necessidades da sociedade, para a qual existe o Direito.

Se, anteriormente, o Estado ocupava *status* central, atualmente, na centralidade não está mais o Estado-criatura, mas o cidadão-criador, criador do Estado para servi-lo, e não o contrário. Foi a necessária mudança de perspectiva, como lecionado por Celso Lafer (1988), ao tratar da distinção entre a perspectiva *ex parte populi* e a *ex parte principis*, em que justifica tal distinção com Bobbio, ao trazer o seguinte resultado: “[...] o princípio, solenemente proclamado pelas declarações americana e francesa, de que o governo é para o individuo e não o individuo para o governo”². Este fato, de certo não pode ser desconsiderado na atividade interpretativa pertinente às questões de Bioética e Biodireito.

No Brasil, é sabido que essa visão apenas encontrou campo fértil com a promulgação da Constituição de 1988, que, efetivamente, pôs fim ao regime anterior que, por muitos anos, primou pelo desrespeito aos direitos humanos. Foi, então, com o advento da “Constituição Cidadã” que se obteve a mudança de perspectiva, como mencionada, ou seja, de uma visão *ex parte principis* para uma visão *ex parte populi*.

Isso é perceptível desde o Título I do texto Constitucional, em que estão os princípios fundamentais (arts. 1º a 4º), denominados, por J.J. Canotilho, de “princípios estruturantes” (2000, p. 1148). Já na seqüência, encontra-se o Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”. Lembra-se

que, além da alteração topográfica desses direitos, que nas Constituições anteriores se encontravam ao final do texto, trata-se da mais extensa declaração de direitos fundamentais na história das Constituições brasileiras.

No que se refere ao Biodireito, sem pretensão de exaurimento, é possível apontar as seguintes previsões: o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. II); o objetivo do Estado brasileiro de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV); a prevalência dos direitos humanos como princípio orientador do Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, II); a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à liberdade e à segurança (art. 5º); direito à saúde (art. 6º e 196 a 200, em especial, aqui, o §4º do art. 199 acerca de transplantes de órgãos, tecidos e substâncias humanas, e ainda sobre coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados); a existência digna, conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (art. 170); tratamento prioritário à pesquisa científica, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências, (art. 218, § 1º); direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País com fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (art. 225 *caput* e inc. II); o livre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, §7º).

Em outras disposições, encontra-se o reconhecimento da proteção especial a determinados sujeitos de direitos, tais como a criança e o adolescente, os idosos, os portadores de necessidades especiais e a mulher.

Oportuno ainda mencionar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), a petrificação dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV), a possibilidade de intervenção federal, no caso de inobservância dos direitos da pessoa humana, e a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desen-



volvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, VII, “b” e “e”) e, por fim, a cláusula constitucional aberta para reconhecer outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º).

Pois bem, apesar da diversidade de previsões constitucionais, exemplificadas acima, como já mencionado, a interpretação jurídica difere das demais interpretações e tem um fim maior a ser alcançado. Para atender às reais finalidades da interpretação jurídica, como adverte Francesco Ferrara, é preciso não confundir a lei com a letra da lei:

A lei, porém, não se identifica com a *letra* da lei. Esta é apenas um meio de comunicação: as palavras são símbolos e portadores de pensamento, mas podem ser defeituosas. Só nos sistemas jurídicos primitivos a *letra* da lei era decisiva, tendo um valor místico e sacramental. Pelo contrário, com o desenvolvimento da civilização, esta concepção é abandonada e procura-se a intenção legislativa. Relevante é o elemento espiritual, a *voluntas legis*, embora através das palavras do legislador (1978, p. 128).

Mais adiante o autor nos traz que:

Que coisa é, de facto, a lei? A lei é um texto impresso, rígido e mudo. Não se pode falar misticamente de uma vontade da lei, porque a lei não quer nem pensa, e somos nós que pensamos e queremos atribuir-lhe um conteúdo intelectual. Tanto menos se pode falar duma *vontade do legislador*, que nos modernos estados constitucionais, com a pluralidade dos factores que participam na legislação, é puramente fantástico (1978, p. 169).

Com isso se percebe a dificuldade da interpretação jurídica, o que se intensifica quando se trata de interpretação da Constituição, em ra-

zão de suas peculiaridades. Por conseguinte, os assuntos abordados pela Constituição requerem maior cautela, seja para aplicação das normas constitucionais, seja para fundamentar a validade das normas infraconstitucionais pertinentes.

É necessário que o intérprete constitucional, ainda que diante de disposições constitucionais aparentemente claras, não confunda a letra com a norma constitucional propriamente dita, a que se chega mediante a interpretação. O texto constitucional é apenas o início da atividade interpretativa, ou seja, o começo do processo de decisão pelo qual passa o intérprete que atenta para a Hermenêutica Constitucional, sem desprezar a Hermenêutica Jurídica Geral e vale-se de todos os meios disponíveis para uma decisão interpretativa adequada com a ordem constitucional posta.

Grande parcela da doutrina tem-se preocupado com a Hermenêutica Constitucional, vale dizer, a ciência atinente aos meios para interpretar a Constituição, conhecidos como princípios de interpretação da Constituição, pressupostos hermenêuticos constitucionais, ou ainda, os métodos de interpretação da Constituição.

J. Canotilho, sob a denominação de “princípios de interpretação da constituição”, aponta os seguintes: 1. O princípio da unidade da constituição; 2. O princípio do efeito integrador; 3. o princípio da máxima efetividade; 4 o princípio da ‘justeza’ ou da conformidade funcional; 5. o princípio da concordância prática ou da harmonização; 6. o princípio da força normativa da constituição (CANOTILHO, 2000), rol esse seguido por muitos autores. Já quanto aos métodos de interpretação da Constituição, o referido autor nos traz: 1. O método jurídico (método hermenêutico clássico); 2. O método tópico-problemático; O método hermenêutico-concretizador; 4. O método científico-espiritual; 5. A metódica jurídica normativo-estruturante. (2000, p. 1174-1177).

Não há prevalência entre os métodos de interpretação; contudo, os ditados pela Hermenêutica Constitucional são criados, considerando as peculiaridades da Constituição; portanto, não podem ser desconsi-



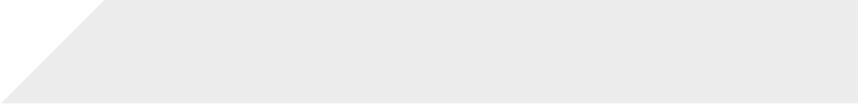
derados pelo intérprete ao explicitar o sentido e o alcance das normas constitucionais, seja para aplicação da norma constitucional ao caso concreto ou para explicitação da norma constitucional, parâmetro que vai fundamentar a validade de norma infraconstitucional ou sedimentar outro ato submetido à ordem constitucional, em especial, aqui, os atinentes à Bioética e ao Biodireito.

Oportuno apontar o método tópico, desde que devidamente limitado, como aquele que pode ter grande serventia para as questões de Biodireito, haja vista a primazia do problema e não da norma, o que, pode-se dizer, coaduna com o caráter aberto e político das normas constitucionais. Todavia, na doutrina há resistência quanto ao uso de tal método na interpretação da Constituição, o que não vem afastar o reconhecimento de que, pelo menos a tópica como meio de argumentação, como preconizada por Aristóteles, faz-se presente em nossos tribunais³.

É diante das várias perspectivas aqui ventiladas que se pode aprofundar esta reflexão para evidenciar, ainda mais, a relevância da interpretação da Constituição nas questões de Bioética e do Biodireito, atividade essa que deve considerar também os ditames internacionais de direitos humanos.

4 Considerações finais

Relevante considerar finalmente que as questões da Bioética muitas vezes estão à frente do próprio Direito, o que se deve, principalmente, à velocidade com que evolui a tecnologia pertinente. Daí a necessidade de meios aptos para que a Constituição, com sua força normativa e como objeto de interpretação, acompanhe a realidade e não seja apenas “uma folha de papel”, nos termos expostos por Ferdinand Lassalle. Ponderar sobre a particularidade do caráter aberto das normas constitucionais tem esse sentido, o que se mostrou patente na complexidade que envolveu o julgamento



da Ação Direta de Inconstitucionalidade referente à Lei de Biossegurança (ADI 3510), para o qual, houve a primeira audiência pública no Supremo Tribunal Federal. Todavia, observa-se que, com o findar do julgamento, o fato de ter sido a lei declarada constitucional por apenas seis votos favoráveis continua a indicar que a questão não está pacificada, apesar da autoridade da decisão final.

Portanto, em relação às questões do Biodireito, é oportuno lembrar dois meios de alteração constitucional com intuito de, exclusivamente, acompanhar a evolução da sociedade, quais sejam: 1) alteração formal do texto, via aprovação de emendas constitucionais; 2) alteração informal, via interpretação que venha a indicar o atual sentido e/ou alcance da norma, sem, contudo, alterar seu texto.

O segundo caso, denominado “mutação constitucional”, abordado por Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986), vem ratificar a idéia de que o intérprete constrói a norma e, por vezes, com sentido diferente do que se obteria do momento da criação do texto, o que se faz necessário, pois a Constituição pretende ser eterna, mas não imutável.

Quanto à atividade interpretativa como construção, Meirelles Teixeira, ao tratar da expressão “construção constitucional” de origem norte-americana, leciona:

Mas a nosso ver, não há motivo para essa distinção entre ‘construção’ e ‘interpretação’ constitucional (e muitos juristas norte-americanos são desta opinião), porque, na verdade, toda autêntica, verdadeira interpretação, é construção, pois o intérprete não pode ater-se exclusivamente ao texto, à letra da lei, isolando-a das suas outras partes do ordenamento jurídico, e dos princípios e valores superiores da Justiça e da Moral, da ordem natural das coisas, das contingências históricas, da evolução e das necessidades sociais, da vida, enfim [...] (1991, p. 271).



A construção constitucional também ocorre quando se busca obter a norma constitucional parâmetro para verificar a harmonia da norma infra-constitucional com os ditames da Lei Maior, atividade inerente à jurisdição constitucional. Nesse sentido, Luis Carlos Sábica:

Se diria que los controles de inconstitucionalidad son una extensión en el presente de la voluntad del constituyente para mantener el espíritu ya la fuerza de su decisión política global sobre el régimen. En cierto modo, se puede afirmar también que esta jurisdicción participa en el poder constituyente, en cuanto fija el sentido, los alcances y afectos de la Constitución, en interpretaciones obligatorias, y en cuanto contribuye a su actualización mediante la jurisprudencia. (1985, p. 47).

Para o intérprete, durante sua atividade, desvencilhada atualmente do texto, nos termos expostos, surge uma ampla margem de apreciação. Com isso, várias podem ser as possibilidades interpretativas e, somente diante do caso concreto, principalmente no que diz respeito ao Biodireito, terá mais elementos para então decidir por um ou outro resultado interpretativo, daí as boas-vindas ao método tópico que prioriza o problema na atividade interpretativa.

De certo que a ampla margem de atuação do intérprete constitucional não se trata de uma atividade totalmente livre, sob pena de ofensa ao princípio da separação das funções estatais, o que, ante à possibilidade de mutação constitucional, torna-se um risco. Não por outra razão, Anna Cândida da Cunha Ferraz também cuidou das mutações inconstitucionais.

A atividade interpretativa tem limites. Nesse sentido, são imperiosas as lições de Konrad Hesse:

Ahora bien, puesto que el Derecho no escrito no puede hallarse en contradicción con la *constitución scripta* (...), esta última se

convierte en limite infranqueable de la interpretación constitucional. La existencia de este limite es presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución [...] (1983, p. 53).

Assim, ainda que diante da possibilidade de alterar o sentido de uma norma constitucional sem mexer em seu texto (mutação constitucional), reconhecendo ainda mais a ampla margem de atuação do intérprete constitucional (principalmente se considerados os ditames dos tratados internacionais de direitos humanos), não pode o intérprete pretender ser Constituinte. É preciso atentar para os limites, em especial nas questões de Biodireito.

Esclarece-se, por fim, entender que a Constituição escrita não é o limite primeiro; como já se abordou, é o ponto de partida, mas é ainda o ponto de chegada, vale dizer, o produto da interpretação – e não a atividade interpretativa – não deve estar com ela desconforme.

Bioethics and Human Rights: a reflection on the interpretation of the Constitution in questions about Biolaw

▼ In this article, inspired by one of the points of Human Rights discipline in the graduate course in Law at Uninove, it is intended to stand out the specific interpretation of the Constitution in the field of Bioethics and the Biolaw, based in the grounded initiative of the constitutional rules, that confers validity to all the acts, normative or not. Bioethics is based on the human being dignity and on the inviolability of the right to life, in which all the other questions are included, especially after the recognition of such rights for the Universal Declaration of Rights of 1948.

Key words: Bioethics. Biolaw. Constitutional interpretation. Grounded initiative of the constitutional rules. Right to life.

Notas

- 1 No Brasil: Decreto Legislativo n. 27, de 25.09.1992 e Decreto n. 678, de 06.11.1992
- 2 Nas palavras do autor:: “[...] a perspectiva ex parte principis, em relação aos direitos humanos enquanto invenção histórica, norteia-se pela governabilidade de um conjunto de homens e coisas num dado território. Com efeito, como observa Foucault, a partir da segunda metade do século XVIII, ‘a população será o ponto em torno do qual se organizará aquilo que nos textos do século XVI se chamava de paciência do soberano, no sentido em que a população será o objeto que o governo deverá levar em consideração em suas observações, em seu saber, para conseguir governar efetivamente de modo racional e planejado’. É por essa razão que, numa perspectiva ex parte principis, deontologicamente aceitável para o critério da razoabilidade do paradigma da Filosofia do Direito, o tema dos direitos humanos é o da escolha, baseada numa ‘ética de responsabilidade’, de quais direitos humanos que podem efetivamente ser tutelados, levando-se em conta os recursos disponíveis e a necessidade de evitar, com a discórdia excessiva, a desagregação da unidade do poder. Já a perspectiva ex parte populi, em contraste com a ex parte principis, não se ocupa com a governabilidade, mas se preocupa com a liberdade. É por essa razão que, na perspectiva ex parte populi, os direitos humanos, desde Locke, colocaram-se como uma conquista política a serviço dos governados.” (1988, p. 125-6). Ainda o mesmo autor: “A objetivação histórica do valor da pessoa humana, na relação político-jurídica governantes-governados, exprime-se através da afirmação da perspectiva ex parte populi por meio do reconhecimento pelo direito positivo dos direitos humanos. Esta positivação expressa um processo histórico de integração de valores percebidos como fundamentais para a boa convivência coletiva.” (1999, p. 182).
- 3 Nesse sentido conferir: MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. RJ. SP: Renovar, 2003.

Referências

- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed, SP: Saraiva, 2003
- BASTOS, C. *Hermenêutica e interpretação Constitucional*. 3ª ed. SP: Celso Bastos, 2002.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed., SP: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO, M. H. P. de. *Hermenêutica Constitucional – Métodos e princípios específicos de interpretação*. Florianópolis. Ed. Obra Jurídica Ltda., 1997.

- CAVALCANTI, T. B. *Do controle da Constitucionalidade*, RJ: Forense, 1966.
- COELHO, I. M. *Interpretação constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- COMPARATO, F. K. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. V ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, M. H. *O Estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERRARA, F. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Manuel A Domingues de Andrade. 3ª ed. Coimbra: Armênio Amado –Editor, sucessor. 1978.
- FERRAZ, A. C. da C. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- GUERRA, A. M. S. Humanismo constitucional no Brasil: os reflexos da Bioética no contexto constitucional brasileiro, fundado no paradigma da dignidade humana, em questões de manipulação genética. In: GUERRA A. M. S. (Org),.: *Biodireito e Bioética: uma introdução crítica*.(coord. Guerra...) Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, v. 1, p. 1-26
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional. Colección “Estudios Constitucionales”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983.
- LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. SP: Companhia das Letras, 1988.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed., RJ: Forense, 2003.
- MENDONÇA, P. R. S. *Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. RJ. SP: Renovar, 2003.
- PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SÁCHICA, L. C. *Esquema para una teoría del poder constituyente*. 2ª ed., Bogotá: Temis S/A, 1985.
- SANTOS, M. C. C. L. *Imaculada concepção. Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioético da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Acadêmica, 1993.



TEIXEIRA, J. H. M. *Curso de direito constitucional*. RJ: Forense Universitária, 1991.

TRINDADE, A. A. C. O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL Jr., A; MOISÉS, C. P. (Orgs.) *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

▼ recebido em ago. 2008 / aprovado em out. 2008

Para referenciar este texto:

FIGUEIREDO, P. C. Bioética e Direitos Humanos: uma reflexão sobre a interpretação da Constituição nas questões de Biodireito *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 251-270, jul./dez. 2008.