

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA COMO BIODIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO NA PÓS-MODERNIDADE

THE RIGHT TO GENETIC IDENTITY AS A BIOLAW FUNDAMENTAL IMPLIED IN POSTMODERNITY

Cheila Aparecida Oliveira
cheila.oliveira@imed.edu.br

Recebido em: 10-1-2014

Aprovado em: 6-11-2015

Sumário: Introdução. 1. A ideia de abertura material dos direitos fundamentais na pós-modernidade. 2. O direito fundamental à identidade genética em face da ordem jurídica brasileira. 3. A colisão entre princípios: a liberdade científica e os direitos à saúde e à propriedade industrial frente à dignidade da pessoa humana que agrega a identidade genética. Considerações finais. Referências.

Resumo:

Esta pesquisa versa sobre a proteção da integridade da estrutura genética do ser humano e de sua diversidade, objetivando a imposição de limites morais, éticos e jurídicos aos diagnósticos genéticos, às informações de suas advindas e às manipulações genéticas seletivas em busca da perfeição, a fim de garantir a não descaracterização do genoma humano como patrimônio da humanidade. Conclui-se pela defesa deste direito à identidade genética como biodireito fundamental implícito de quarta geração, direito transindividual integrante da Bioconstituição, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental à vida, à intimidade, da preservação do patrimônio genético do país, e da paternidade responsável. Realçando-se que os embriões não só são titulares desse direito, não podendo ser discriminados por sua dotação genética, como do direito à

Abstract:

This research examines the protection of the integrity of the genetic structure of human beings and their diversity, aiming to impose moral, ethical and legal limits to genetic diagnoses, to the information pertaining to them and to theselective genetic manipulation seeking perfection in order to ensure a non-characterization of the human genome as world heritage. It has been concluded the defense of this right to genetic identity as a fundamental implied biolaw of fourth generation, transindividual member of the Bioconstitution law, due the principle of the human being dignity, the fundamental right to life, privacy, preservation of the genetic heritage of the country, and to the responsible parenthood. Highlighting those embryos donot only have such right and they cannot be broken down by their genetic endowment, as the right to life, because they have the same

vida, por terem a mesma essência das pessoas humanas nascidas, a fim de perpetuar a vida no planeta. E, para que isso ocorra, ainda é forçoso manter o equilíbrio ecológico do meio ambiente e a diversidade de espécies e genes.

Palavras-chave:

Bioconstituição; Biodireitos Fundamentais; Genoma Humano; Pós-Modernidade.

essence of human beings born in order to perpetuate life on the planet. Therefore, it must be maintained the ecological balance of the environment and the diversity of species and genes.

Keywords:

Bioconstitution; Fundamental Biorights; Human Genome; Postmodernity.

Introdução

Este trabalho busca analisar legislativa e doutrinariamente a existência jurídico-constitucional de um biodireito fundamental à identidade genética. É princípio constitucional que a paternidade deve ser responsável ao se ingressar em um projeto de parentalidade, o qual pode gerar inúmeras conseqüências. O Conselho Federal de Medicina permite a procriação assistida, notadamente a técnica da fertilização *in vitro*, seguida de transferência de embriões, como terapia, em casos de esterilidade, como ocorreu em seu surgimento e não para satisfação das aspirações dos genitores, tendo seu uso para manipulação genética artificial das características hereditárias, e de sexo, dos embriões, em prol de uma seletividade eugênica, como verdadeira prática comercial biotecnológica contrária à dignidade dos embriões, modificando o futuro da espécie.

Assim sendo, o problema fundamental que orienta a presente investigação é concernente ao estabelecimento de uma real proteção ao patrimônio genético individual da pessoa e coletivo, como bem jurídico constitucional e fundamental, em prol de um ambiente ecologicamente equilibrado no ambiente de risco. A fim de solucionar o problema levantam-se reflexões no tocante aos direitos fundamentais, notadamente no que diz respeito a ideia de abertura material dos direitos fundamentais na pós-modernidade, abordando o direito à identidade genética em face da ordem jurídica brasileira e nesse diapasão, a hipótese de colisão entre princípios, tais como a liberdade científica e os direitos à saúde e à propriedade industrial frente à dignidade da pessoa.

1. A ideia de abertura material dos direitos fundamentais na pós-modernidade

Direitos fundamentais são os classificados como imprescindíveis à pessoa humana, imperativos, a fim de asseverar à coletividade uma vivência honrada, livre e equivalente. Conquanto se constatem amplos progressos em tal seara, apesar disso vivenciam-se

usualmente conjunturas díspares, não se conseguindo concretizá-los de modo pleno. Enfatize-se, assim, que não satisfaz seu reconhecimento formal pelo Estado; é indefectível a necessidade de procurar materializá-los, congregá-los ao cotidiano dos cidadãos.

A doutrina aponta gerações ou modernamente dimensões de direitos: individuais, sociais e difusos ou coletivos. No âmbito da pós-modernidade, doutrinariamente, o Biodireito deve estar abrangido entre os novos direitos de quarta geração, relativos à biotecnologia, tendo como ponto de partida a ordenação de Bobbio (1992), na proporção em que ainda atravessa uma demanda de conscientização, materialização e positivação. Porquanto, como constructo teórico, encontra-se em sua origem, pois o Biodireito despontou no âmago da Bioética, como sua disciplina legal, por intermédio de um processo de juridicização de procedimentos e processos bioéticos na área das pesquisas biotecnológicas. São direitos espargidos pelos direitos humanos e fundamentais, ainda que com matéria e técnica próprias; introduzem-se no panorama do Estado Democrático de Direito, imperando como direitos que buscam proteger o ser humano como espécie.

Canotilho (2000, p. 387) divisa os direitos humanos e fundamentais quanto à origem e significado: *direitos do homem* são os inseparáveis da própria condição humana, válidos para todos os povos, em todos os tempos; por conseguinte, não são criados pela Constituição, tão somente por ela reconhecidos como preexistentes ao Estado, dentro de uma concepção jusnaturalista. *Direitos fundamentais* são direitos do homem, reconhecidos e afiançados por uma determinada ordem jurídica além de serem constrictos no tempo e no espaço.

Logo, como fruto da preservação do homem como espécie, tem-se a manutenção de sua estrutura genética, com a garantia da não descaracterização do genoma humano. No que se refere a esses biodireitos fundamentais, eles fixam os limites da intervenção das pesquisas biotecnológicas no ser humano, desde a concepção até a pós-morte: o direito de recusar a participar de pesquisas; de decidir se submeter ou não a uma intervenção; de não ser discriminado, injustamente, com base em caracteres genéticos e ao controle sobre as informações ou o *status*. Destarte, os biodireitos fundamentais são a concretização dessas ideias sociais, políticas, bioéticas e filosóficas, presentes na limitação, na normatização e na tentativa de proteção irrestrita do ser humano, para a consumação da sua liberdade e para a fundamentação de suas garantias em um Estado Democrático de Direito (XAVIER, 2004, p. 57).

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou um vasto leque de direitos e garantias fundamentais explícitos, com previsão expressa no Texto Constitucional, como os citados no art. 5º e seus incisos, mas a relação do art. 5º não é taxativa, exaustiva; eles podem estar em outros dispositivos constitucionais, ou restar implícitos, provindo da interpretação constitucional o reconhecimento de outras disposições jurídicas fundamentais não positivadas. Essa ideia da abertura material dos direitos fundamentais foi validada pelo

parágrafo 2º do art. 5º, que reconheceu a existência de outros direitos fundamentais “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica).

Para Petterle (2007, pp. 90-91), o sistema de direitos fundamentais está aberto e respira novos ares, porque seria ilusório cogitar que o rol pudesse prever todos os direitos fundamentais. A partir da cláusula aberta, o papel do hermenauta é essencial na edificação de novos direitos, sendo forçoso conferir os critérios aptos a guindar direitos não escritos como fundamentais, sob pena de, pela falta de rigor, ampliar sobremaneira os direitos fundamentais, o que traria, como efeito lógico, um esvaziamento em conteúdo e enfraquecimento em força normativa. Em face disso, para validar o seu reconhecimento constitucional, devem ter conteúdo e relevo. Enfim, que situações jurídico-fundamentais são as que bradam por proteção constitucional? Para que o raciocínio fique claro, é preciso identificar qual o ponto de contato existente entre a dignidade da pessoa humana e o impacto das novas tecnologias sobre as pessoas.

Como informa Steinmetz (2001, p. 77), a interpretação da Constituição tornou-se um dos mais salientes e decisivos problemas, sobretudo na segunda metade do século XX. Qualquer tema objeto de perquirição em direito constitucional – princípios constitucionais, direitos fundamentais, etc. – tem relação direta ou indireta com a problemática interpretativa. Essa relevância interpretativa tem, como causas, a consolidação, no discurso e na prática, da supremacia e centralidade da Constituição no âmbito da ordem jurídica como um todo, e a tese de que sem interpretação o texto é uma expressão gráfica sem valor para a vida social. Descobre-se que *texto da norma* e *norma* são coisas distintas. Por isso, a atividade interpretativa é concebida como sendo de mediação entre o Texto Constitucional e a realidade sociopolítica. Interpretação e aplicação é que dão sopro vital à Constituição.

Para Streck (2011, pp. 365-403), discutir hermenêutica é discutir as possibilidades de realização do desiderato constitucional. O novo papel da teoria jurídica é dizer o sentido do direito no plano de sua aplicação diária, como se interpreta, aplica e garantir uma resposta correta à Constituição. Interpretar é um ato produtivo e não reprodutivo, é aplicar, atribuir sentido.

Dentre os novos direitos fundamentais, estão os que atingem a formação do ser humano. A engenharia genética pode induzir à descaracterização do núcleo genético básico do homem. Delimitada a ofensa a esse núcleo constitutivo do ser humano, maculada está a sua identidade. Observe-se que essa ofensa à identidade dilacera ainda que por via reflexa a dignidade da espécie, com reflexos claros nos biodireitos fundamentais, bem como nos direitos de personalidade. Logo, com fundamento na dignidade do ser humano, há um direito à identidade genética (XAVIER, 2004, pp. 57-58). Nesse sentido, Baracho (2000b,

p. 96) é claro: “A dignidade é um valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética, tendo como base uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num elenco de deveres e direitos correlatos”.

Na precisa síntese de Baracho (2000a, pp. 6-7), o discurso constitucional, que tem como fundamento a identidade genética, propiciou o aparecimento do termo *bioconstituição*, compreendido como aglomerado de normas (princípios e regras) formal ou materialmente constitucionais, que apresentam como mote as ações ou omissões do Estado ou de entes privados, com substrato na proteção da vida em todo o seu alcance, na identidade, integridade e igualdade das pessoas, na saúde do ser humano contemporâneo ou futuro, contemplando, outrossim, suas conexões com a Biomedicina. Como anotou Baracho (2000b, p. 96), de capital importância é o fato de que “a identidade genética é considerada um bem jurídico constitucional”. Ademais, de imediato, chama a atenção o episódio de aquela tornar-se visível, ainda que implicitamente, em múltiplos documentos internacionais, o que só vem a corroborar sua contemporaneidade e seu reconhecimento.

Mesmo que a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos adotada pela 29ª Conferência da Unesco, em 1997, não tenha feito menção de maneira direta e específica à identidade genética do ser humano, posteriormente à apreciação de vários de seus dispositivos iniciais, pode-se concluir que a tenha feito implicitamente, pela significação e finalidade de várias elocuições utilizadas ao longo do seu texto. Assim, além do aludido no art. 2º, *b*, quanto ao respeito à singularidade e diversidade dos indivíduos, dispõe em seu art. 3º que o genoma humano “contém potencialidades que são expressas de maneira diferente segundo o ambiente natural e social de cada indivíduo, incluindo o estado de saúde do indivíduo, suas condições de vida, nutrição e educação”.

Se bem que se reconhece que o ideal consistiria em novos constructos teóricos, em face do novo momento constitucional que se vivencia, seguindo a tendência das constituições mais atualizadas, que têm se preocupado expressamente com a constitucionalização desse tema, buscando afugentar os riscos das manipulações genéticas. Um bom exemplo do explicitado é o caso da Constituição portuguesa, revisada em 1997, em que a identidade genética está conexas com os direitos de cidadania e afiançada pelo art. 26, 3, que determina: “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”.

Indubitavelmente, é certo asseverar que essa questão foi implantada na Carta Magna brasileira, se bem que de modo introvertido, por exemplo, ao se abordar o meio ambiente, no art. 225, § 1º, II, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”. Saliente-se que, não obstante não esteja registrado expressamente, quando da interpretação constitucional, é plausível cogitar que a

identidade genética do ser humano faz parte do patrimônio genético do País. Vale dizer que ela é intangível, em princípio, assim como os órgãos, tecidos e sangue humanos, dentro dos contornos políticos e normativos estabelecidos.

No âmbito desse pensamento jurídico, Petterle (2007, pp. 91-93) identifica a identidade genética como direito fundamental implícito na ordem jurídico-constitucional pátria. Sustenta que não há como negar o mundo dos fatos: as possibilidades hoje em dia disponíveis quando o assunto são manipulações genéticas, são capazes de configurar autêntica, porém não exclusiva, transgressão dos direitos fundamentais de primeira dimensão. É fato reconhecido que, em contribuição a essa fundamentação, acrescenta-se, além disso, os tratados internacionais de direitos humanos nessa seara, como parâmetros hermenêuticos, e determinadas delegações específicas conferidas ao Poder Público, como a de preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar empresas dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, circunstâncias que evidentemente compreendem o genoma humano.

Sob esse ponto de vista metódico-interpretativo, Xavier (2004, p. 62) diz participar da acertada opinião de que as declarações de direitos e os tratados de direitos humanos/fundamentais têm plena aplicação na ordem jurídica pátria, por força do já narrado no parágrafo 2º do art. 5º:

Destarte, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos não só implica no dever de implementar as conclusões nela contida, como também implica na possibilidade de aplicação de seu texto com *status* de direito fundamental, com toda a amplitude e limitações inerentes a esta categoria de direito. Porém, essas possibilidades interpretativas não excluem a necessidade de uma normalização, de uma opção política clara pelo reconhecimento do Biodireito Fundamental à Identidade Genética do ser humano como suposto para a realização de sua identidade pessoal e de sua cidadania no Estado Democrático de Direito. Livre, pois, de qualquer forma de discriminação, sobretudo daquela, talvez, mais profunda e exata: a discriminação genética.

Para Bauman (1998, p. 82) não há sequer falar em justiça se não há a realização prática das demandas de direitos humanos por sistemas democráticos: “O problema da justiça não pode ser sequer postulado, a menos que já haja um regime democrático de tolerância que assegure, em sua constituição e prática política, os ‘direitos humanos’ – ou seja, o direito a conservar a própria identidade e singularidade sem risco de perseguição”. Por fim, direitos fundamentais são aqueles que, mesmo não estando expressamente listados no texto da lei, carecem ser contemplados como valores soberanos, metafísicos, matrizes para outros direitos, não podendo ser transacionados.

2. O direito fundamental à identidade genética em face da ordem jurídica brasileira

O princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, além de informar toda a ordem jurídica é a pedra angular para a maior parte dos direitos fundamentais, atribuindo unidade de significado ao sistema. Do mesmo modo, a vida humana é um bem jurídico fundamental no ordenamento constitucional, e, na esfera da doutrina concepcionista, está abrigada desde a concepção. Aditando, que a proteção do patrimônio genético implica o direito à identidade genética.

O art. 1º da CF, ao tratar da dignidade da pessoa humana, atrai a impressão de absolutividade. A razão dessa impressão é que a norma da dignidade da pessoa é tratada, em parte, como regra e, em parte, como princípio. Para o princípio da dignidade da pessoa, existe um amplo grupo de condições de precedência, nas quais existe um alto grau de segurança, acerca de que, sob elas, o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos. Mas, o caráter de regra da norma da dignidade da pessoa se mostra no Direito, nos casos em que essa norma é relevante, não se perguntando se precede ou não outras normas, senão, tão somente, se é violada ou não. Todavia, em vista da abertura e imprecisão da norma, existe um amplo espectro de respostas possíveis a essa pergunta. Manifestamente, não se pode dar uma resposta geral, mas levar em conta o caso concreto. É preciso ponderação (ALEXY, 2002, pp. 106-107).

Com muita sofisticação teórica, na definição de Sarlet (2002, p. 62), tem-se por dignidade da pessoa:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Em síntese, a dignidade como dádiva se constata a partir de atributos ou particularidades da pessoa, não sendo produto da opção de cada um, porém verdadeiro dom. A dignidade como prestação ressalva a experiência de cada pessoa, na procura de construir a sua própria identidade e encontra-se conectada às relações sociais, no convívio com os outros. O respeito à diversidade genética desenvolver-se-ia da sistemática da dignidade como dádiva? O respeito à identidade pessoal seria tomado como afirmação da dignidade como prestação? O conceito de identidade genética, em seu bojo, corresponde ao genoma de cada ser humano, a base de cada um. De modo que o genoma é irrepetível,

salvo o dos gêmeos monozigóticos. Em contrapartida, identidade genética pode assinalar a mesma constituição genética dos seres, afigurando-se aqui o direito à diferença, a não ser que se trate de escopos terapêuticos (SÁ; TEIXEIRA, 2005, pp. 130-131).

O homem tem a chave da evolução, de modo que a natureza se submete a sua vontade. Não obstante, em correspondência, toda a responsabilidade fica nas mãos do próprio homem. Em síntese, até que ponto consente-se que o homem de hoje condicione o homem de amanhã? Conquanto o fito possa ser o de uma humanidade melhor, não se está a salvo de erros irreversíveis. Deve-se abandonar a concepção natural da vida? O que seria capaz de justificar essa posição? O que se deve deixar de fazer, de acordo com a consciência ética e as leis democráticas? Sem dúvida, trata-se de perquirições, as quais demandam, sobremaneira, resoluções éticas. Porém, não há como deixar de lado as indicações que fornecem os direitos fundamentais, a bioconstituição que integra, o conceito de constituição à distância, pró-futuro (FABRIZ, 2003, pp. 336-337).

Da argumentação pró-futuro é possível inferir que “no momento em que triunfam a tecnologia genética, a globalização liberal e os direitos humanos, o rótulo *pós-moderno* já ganhou rugas, tendo esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que se anuncia” (LIPOVETSKY, 2004, p. 52).

A Constituição não deve ser interpretada por temas ou por dispositivos, como se fossem desatrelados do restante. [...]. Com efeito, vale destacar que a *liberdade de expressão científica* (art. 5º, IX); a *preservação do patrimônio genético, bem como sua manipulação fiscalizada* (art. 225, II), e o *princípio da dignidade da pessoa humana conjugado com o princípio da paternidade responsável* (art. 226, § 7º), alinhados ao direito à vida (art. 5º, *caput*), ao direito à saúde (art. 196 e ss.) constituem núcleo fundamental da *bioconstituição brasileira*, devendo os seus dispositivos ser interpretados de maneira interdependentes, colimados aos princípios superiores, referentes ao *bloco de constitucionalidade*. (FABRIZ, 2003, p. 339).

Poder-se-ia pensar que a identidade genética não estaria ao abrigo da preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético? Salvo melhor juízo, não parece crível separar o homem do meio ambiente que ele integra e, até mesmo, porque o direito à identidade genética na sua dimensão prestacional, por meio da fiscalização pelos poderes públicos da manipulação de células germinativas ou de embriões humanos, poderá evitar intervenções indevidas no genoma de cada ser. Isso, tanto com relação às pesquisas desenvolvidas nas entidades privadas quanto às pesquisas feitas pelas instituições públicas. Sob essa ótica, sustenta-se que o inciso II do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal vem em contribuição à fundamentação já apresentada (PETTERLE, 2007, p. 116).

Habermas (1997, p. 241) refere que “ordens jurídicas concretas não representam apenas variantes distintas da realização dos mesmos direitos e princípios; nelas refletem-se também diferentes paradigmas jurídicos”.

Tal como posta a questão por Habermas (1997, pp. 241-242), é inevitável que:

Um paradigma jurídico não consegue explicar o modo como os princípios do direito e os direitos fundamentais preenchem contextualmente as funções que lhe são atribuídas normativamente, a não ser que lance mão de um modelo de sociedade contemporânea. Um “modelo social do direito” (Wieacker) contém implicitamente uma teoria social do sistema jurídico; portanto, uma imagem que esse sistema constrói acerca de seu ambiente social. A partir daí, o paradigma do direito esclarece o modo como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito devem ser entendidos e realizados no quadro de tal modo.

Com substrato em dados da Organização Mundial da Saúde, “as abordagens genéticas vão se tornar obrigatórias em muitos aspectos da prática médica”. Logo, é imprescindível que os profissionais de saúde apresentem um conhecimento, ainda que básico, de genética médica. Seguramente, advirão novos desenvolvimentos para um adequado aconselhamento genético, fundamentados em triagem neonatal, testagem individual e estudos familiares. A quantidade de doenças comuns, incluindo câncer, diabetes, doenças cardíacas e auto-imunes, tratadas por protocolos de terapia gênica, vai aumentar. Além disso, em 2020 todos os genes humanos deverão estar identificados, e os mecanismos genéticos de cada doença terão sido delineados. A medicina terá se tornado mais preditiva e preventiva, e o diagnóstico e a terapia serão mais específicos e eficazes, aguçando uma “gama crescente de serviços médicos” vitais à saúde (GIUGLIANI, 2002, p. 12).

Essas exposições de uma modernidade elevada à potência superlativa figuram de modo claro nos refinamentos contextualizadores dos tempos hipermodernos de Lipovetsky (2004, p. 53), para quem, “ao clima de epílogo segue-se uma sensação de fuga para adiante, de modernização desenfreada, feita de mercantilização proliferativa, de desregulamentação econômica, de ímpeto técnico-científico, cujos efeitos são tão carregados de perigos quanto de promessas”. Para o autor tudo foi muito rápido: enquanto a coruja anunciava o nascimento do pós-moderno, no mesmo momento já se esboçava a hipermodernização do mundo. Frente à realidade científica noticiada, o Estado deve dar retorno adequado aos desafios. Nessa seara, destacam-se, como deveres estatais: a inspeção das atividades de manipulação de células germinativas ou de embriões, o fornecimento adequado de serviços médicos e a promoção do debate público e responsável, na busca de efetivas soluções na esfera jurídica (PETTERLE, 2007, p. 118).

Com a alternativa à reprodução sexual, se está prestes a ter um poder sobre os seres. Nesse contexto, se põe em mote que o ser humano, tal qual se conhece, deve ser preservado. A identidade genética é um bem jurídico a ser preservado como revelação da personalidade. O direito à identidade genética é um direito de personalidade, que busca salvaguardar o bem jurídico-fundamental “identidade genética”, uma das manifestações capitais da personalidade humana, ao lado do já consagrado viés do direito à privacidade e do direito à intimidade. O direito fundamental à identidade genética pretende salvaguardar a constituição genética individual (a identidade genética única e irrepetível de cada ser), como base biológica de sua identidade pessoal, esta em constante construção, no âmbito das relações interpessoais (PETTERLE, 2007, pp. 110-111). Essa posição doutrinária, que admite um reforço de proteção, considerando a identidade genética como bem jurídico fundamental, busca justamente evitar as leituras reducionistas, notadamente à luz das novas informações científicas aportadas pelo projeto genoma humano, para abrigar a compleição genética individual, como manifestação capital da personalidade (PETTERLE, 2007, p. 112).

Baracho (2000b, p. 98) também se referindo à delimitação de identidade, diz:

O conceito de identidade conduz à compreensão do seu sentido adequado, na relação entre identidade-mesmidade, que conduz à identidade biológica, que se expressa na permanência do código genético do indivíduo. A identidade vem associada à idéia de integridade, que corresponde ao que é intangível, isto é, ao que não pode ser tocado. A identidade pessoal é concebida dentro da relação um com o outro, no quadro de uma comunidade de sentido. A identidade genética é um substrato fundamental da identidade pessoal, que por sua vez é a expressão da dignidade do ser humano.

Nessa seara interpretativa, ao se vislumbrar a identidade genética como conteúdo da identidade pessoal, o que importa é ter ciência sobre a procedência genética, a verdade a propósito da própria progenitura.¹ Igualmente, tem em consideração a possibilidade de saber ou de se recusar, a saber, sobre diagnósticos e prognósticos de doenças e pesquisas realizadas. Mas a rigor, não só isso, uma vez que a identidade de uma pessoa não se reduz à sua genética. Do mesmo modo influem, na formação pessoal, complexos fatores educacionais e ambientais, bem como os laços afetivos, sociais, espirituais e culturais, que conservam a liberdade (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 131).

Aqui é elucidativa a análise já empreendida da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada em proteção à identidade genética, tendo como objetivo, no art. 1º: garantir o respeito à dignidade humana e à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em matéria de recolha, tratamento, utilização e

¹ Outra acepção do direito à identidade genética é a reconstrução da historicidade pessoal, o direito de conhecer os ascendentes biológicos no âmbito de reconhecimento de paternidade.

conservação dos dados genéticos humanos e das amostras biológicas, a partir das quais eles são obtidos, em conformidade com os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade, tendo em devida conta a liberdade de pensamento e de expressão, incluindo a liberdade de investigação.

A especificidade dos dados genéticos humanos, inscrita no art. 4º dessa declaração, decorre do fato de: serem preditivas de predisposições genéticas dos indivíduos; poderem ter um impacto significativo sobre a família e a descendência, ao longo de várias gerações, e em certos casos sobre todo o grupo a que pertence a pessoa em causa; poderem conter informações cuja importância não é necessariamente conhecida no momento em que são recolhidas as amostras biológicas; poderem revestir-se de importância cultural para pessoas ou grupos.

Na sequência, a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Direito, Bioética e Genoma humano, Declaração de Manzanillo de 1996, revista em Santiago em 2001, também protege o ser humano dos efeitos indesejáveis dos conhecimentos científicos.

Da arguição desenvolvida é crível inferir uma conclusão relevante para esta pesquisa: a negativa da identidade genética, que é parte do patrimônio genético como um direito, equivale a uma correlata negativa da dignidade humana, uma violação de um direito humano fundamental. Por outro mote, seu reconhecimento como um biodireito fundamental implícito restringe os abusos das técnicas de diagnóstico genético e manipulação genética, preservando o núcleo genético do ser humano, de modo a consolidar um conjunto de biodireitos fundamentais em segurança do indivíduo e em respaldo a um ordenamento jurídico aberto, democrático e justo.

3. A colisão entre princípios: a liberdade científica e os direitos à saúde e à propriedade industrial frente à dignidade da pessoa humana que agrega a identidade genética

A terapia gênica e os diagnósticos genéticos são técnicas, que, por um lado, podem ser interpretadas como essenciais, pois acendem a probabilidade de dias melhores, por consistirem em novéis terapêuticas, que efetivamente terão a faculdade de aperfeiçoar tanto as condições de vida da pessoa quanto aumentar sua expectativa de vida. Contudo, nesse diapasão, o direito fundamental à identidade genética pode colidir com outros direitos ao mesmo tempo fundamentais. Para a dissolução de tal controvérsia, torna-se imperativa a interpretação constitucional.

Para Steinmetz (2001, p. 133), a interpretação constitucional, evidentemente, é imprescindível na resolução dos problemas que insurgem do sistema de direitos fundamentais. Apesar disso, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, é necessário

algo mais. Não satisfaz interpretar as disposições colidentes no caso concreto. É preciso um método, um procedimento, que torne admissível a determinação de prevalência de um direito sobre o outro, salvaguardando a unidade da Constituição. Trata-se do procedimento racional da ponderação, que procede da abertura semântica e estrutural das disposições jusfundamentais e, nomeadamente, do caráter de princípio das normas fundamentais.

Sustenta Alexy (2002, pp. 105-106) que o problema da invalidez de princípios dizia respeito a princípios sumamente débeis, que, em nenhuma hipótese, precedem a outros. No caso dos princípios absolutos, trata-se de espécies sumamente fortes, as quais, em nenhuma hipótese, podem ser desprezados por outros. Se existem princípios absolutos, há que alterar a significação do conceito de princípio, pois o direito de que existe um princípio que, em caso de colisão, tem que preceder a todos os outros princípios, também aquele que diz que as regras estatuídas têm que ser obedecidas, expressa que sua realização não conhece limitações jurídicas. Só seguem existindo limites fáticos, não se aplicando a colisão. Contudo, é fácil argumentar opostamente a validez de princípios absolutos em uma ordem jurídica que reconhece direitos fundamentais. Portanto, até onde chegue o princípio absoluto, não pode haver direitos fundamentais.

No sentido da relativização da dignidade da pessoa humana, Sarlet (2002, pp. 125-126) colaciona:

Se partirmos da premissa de que a dignidade, sendo qualidade inerente à essência do ser humano, se constitui em um bem jurídico absoluto, e, portanto, inalienável, irrenunciável e intangível, como parece sugerir a expressiva maioria da doutrina e da jurisprudência, certamente acabaremos por ter dificuldades ao nos confrontarmos com o problema referido. Por outro lado, parece-nos irrefutável que, na esfera das relações sociais, nos encontramos diuturnamente diante de situações nas quais a dignidade de uma determinada pessoa (e até mesmo de grupos de indivíduos) esteja sendo objeto de violação por parte de terceiros, de tal sorte que sempre se põe o problema – teórico e prático – de saber se é possível, com o escopo de proteger a dignidade de alguém, afetar a dignidade do ofensor, que, pela sua condição humana, é igualmente digno, mas que, ao menos naquela circunstância, age de modo indigno e viola a dignidade dos seus semelhantes, ainda que tal comportamento não resulte – como já anunciado alhures – na perda da dignidade.

Seguindo nessa linha de raciocínio de Sarlet (2002, pp. 130-131), outro problema amplamente debatido é a possível contraposição dos valores de dignidade e vida. Em verdade, em se acolhendo uma priorização da vida, (e não são poucos os que de tal modo o sustentam), no domínio de uma hierarquização axiológica, estar-se-á de maneira inevitável oferecendo margem à ocasional relativização e, nesse passo, ao mesmo tempo acolhendo, como consequência lógica, uma ponderação da dignidade, de tal sorte que, desde logo faz

jus a ser encarada, com determinada restrição, a assertiva de que a dignidade não se encontra reprimida, em conjectura alguma, a juízos de ponderação de interesses.

Contudo, lembra Alexy (2002, pp. 525) que a ponderação não é um procedimento que, em cada acontecimento, conduza precisamente a uma solução singular. Qual seja a solução que, depois de uma ponderação, é considerada como correta, depende de valorações que não são elas mesmas controláveis por meio do próprio procedimento da ponderação. Nessa acepção, a ponderação é um procedimento aberto. Porém, a abertura da ponderação conduz a uma abertura do sistema jurídico substancialmente determinado pelas normas de direitos fundamentais. Desse modo, o sistema jurídico apresenta, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o caráter de um sistema jurídico aberto, qualquer que seja a extensão dessa abertura. A vigência das normas de direitos fundamentais expressa que o sistema jurídico é um sistema aberto frente à moral. O que se aprecia claramente nos conceitos materiais básicos de direitos fundamentais e de dignidade.

Streck (2013, pp. 53-54) adverte sobre a dependência que a ponderação apresenta em relação à discricionariedade. A ponderação, nos termos alvitados por seu instituidor, Alexy, não é uma operação em que se põem os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que pesa mais: sua tese sobre a ponderação não abarca essa opção direta. A ponderação é um método que serve para decidir uma colisão em abstrato de princípios constitucionais. Dessa operação resulta uma regra de direito fundamental apta à resolução da demanda. Essa aplicação da regra da ponderação se fará por subsunção. Na medida em que os casos difíceis se decidem mediante ponderação, que é uma regra, e não um princípio, o emprego da ponderação não é uma subsunção de segundo grau? Ao fim e ao cabo, na teoria da argumentação tudo acaba em subsunção. Quando se usa a ponderação, se faz a partir do emprego da proporcionalidade. Trata-se de um retorno ao que se quer combater.

À guisa de uma efetivação do problema, o direito fundamental à saúde pode ter por objeto uma abstenção por parte do Estado, na acepção de não proibir que uma pessoa granjeie tratamento apropriado de saúde. Sob esse ângulo, coibir e tipificar criminalmente tecnologias que envolvam terapias gênicas e diagnósticos genéticos, como se o direito fundamental à identidade genética fosse absoluto, geraria óbices intransponíveis às novas terapêuticas, que não encontram respaldo no ordenamento jurídico-constitucional pátrio. Destaque-se: a controvérsia essencial aqui é a de que o direito fundamental à saúde, em determinadas circunstâncias, pode até mesmo determinar intervenções no embrião humano. O direito de receber adequado tratamento de saúde (uma faceta do direito à saúde) tem também uma dimensão negativa, que não depende, necessariamente, de uma prestação estatal (PETTERLE, 2007, pp. 149-150). De tal modo, verifica-se uma comunicação entre o direito à saúde, em sua dimensão defensiva e prestacional, e a liberdade científica.

Ocorre que, segundo Silva (2003, pp. 36-37), o genoma humano expressa um valor que comporta a identidade genética própria de cada ser humano, constituindo-se

em um direito personalíssimo e herança comum da espécie humana, sendo despropositado tornar as seqüências genéticas humanas objeto de apropriação privada. Apesar de não vetar expressamente o patenteamento do material genético humano, pela Declaração da Unesco, “o genoma humano em seu estado natural não deve dar lugar a ganhos financeiros”. E, pela Lei nº 9.279/96, não é considerado invenção nem modelo de utilidade.

Conforme Honnfelder (2003, p. 27), tais normas fundamentais deixam perguntas em aberto:

Será que o conceito de doença permite traçar uma linha de fronteira suficientemente nítida para que se possa distinguir a prevenção e terapia legítimas do *enhancement* problemático? Quem é, a rigor, o proprietário do genoma individual e do genoma coletivo humano e como o conhecimento sobre o genoma humano está protegido? Será que seqüências de genes, que não são artefatos de pessoas, podem ser objeto de patentes, que segundo a sua essência se referem a invenções e não descobertas? Onde estão as fronteiras, traçadas pelos direitos fundamentais, da aplicação do diagnóstico genético preditivo, e como devemos lidar com esses testes no setor de seguros e no mercado de trabalho, caso queiramos evitar uma discriminação com base na dotação genética individual? Será que intervenções na linhagem germinativa do homem devem ser proibidas apenas porque até agora estiveram ligadas a riscos incontroláveis, ou será que existem fronteiras categóricas com vistas aos necessários experimentos com seres humanos e aos direitos dos titulares futuros do genoma alterado?

Não se poderiam conferir patentes sobre os genes, pois são seqüência de dados biológicos armazenados num elemento natural que está no corpo de todos nós e de qualquer outro organismo vivo: quem identifica essa seqüência faz uma descoberta de um fato natural, não inventa nada, e as patentes são dadas só para as invenções. Watson e Crick, que descobriram a estrutura em dupla hélice do DNA, ganharam o Prêmio Nobel, mas não a patente. O gene é só uma seqüência de informações e, quem a auferir uma patente sobre a informação é como se tivesse obtido a propriedade intelectual do gene que a codifica. Alguns defendem que tudo isso não está certo, pois se traduz numa apropriação privada dos elementos constitutivos da vida. Não é admissível tirar vantagens de um bem natural da humanidade e dos outros seres. Perdem-se ganhos e até a possibilidade de se tratar com mais eficácia, conforme o entendimento de Néri (2004, pp. 147-148).

Segundo Honnfelder (2003, pp. 28-29) torna-se necessário estabelecer relações de referência recíproca entre o conhecimento científico e a imagem que o homem faz de si próprio, de um modo correspondente às novas circunstâncias.

Aqui está em jogo mais do que uma elucidação sobre a ciência ou a integração dos seus resultados no marco tradicional do mundo vivido; está em jogo mais uma determinação nova, correspondente às circunstâncias distintas, da relação entre o conhecimento

científico e a auto-imagem normativa. Mas isso exige uma abertura recíproca das ciências envolvidas e sobretudo uma discussão entre as ciências humanas e as ciências naturais que não se satisfaça com o intercâmbio de aspectos de interesse recíproco, mas coloca na pauta o próprio objeto em questão: a saber, como o homem deve comportar-se sob as novas condições da sua própria natureza, caso queira permanecer o ser vivo em meio a um conjunto de outros seres vivos que se compreende como sujeito entre outros sujeitos da mesma natureza.

Em termos gerais, reafirma-se a constatação da obrigatoriedade de uma reflexão, a fim de se demarcar parâmetros mais seguros para limitação dos direitos de propriedade de bens imateriais, entre os quais a propriedade industrial, e o direito fundamental à identidade genética da pessoa apresenta-se como um desses limitadores, sem embargo de tal poder entrar em colisão com outros direitos, concomitantemente fundamentais, como o direito à saúde que permitiria a substituição de genes doentes por genes sãos, favorecendo a humanidade por um flanco, mas, por outro, ao permitir a terapia gênica, poderia se abrir caminho de novo para a eugenia, por meio de manipulações genéticas seletivas e também para a negociação de material genético. Atrelado a isso, ainda não foram estudados a contento os efeitos da engenharia genética em longo prazo e nas gerações futuras, por isso ela é proibida em embriões pela Lei de Biossegurança. Mais do que ancorar soluções, a sociedade e uma legislação cauta terão de providenciar para que haja uma harmonia entre o direito de liberdade de pesquisa e os direitos humanos básicos.

Considerações finais

Assim, perante a real ameaça de interferência no patrimônio genético humano, na sua própria essência como pessoa, é preciso que o homem se interrogue a respeito de qual é seu valor, onde se fundamenta sua própria dignidade, para não ser reduzido ao estado de coisa. Quando se fala em “dignidade da pessoa”, está-se referindo o primeiro sentido, o da dignidade ontológica, que reconhece no homem um valor intrínseco, pelo simples fato de ser homem, de existir; logo, toda vida é digna e merece ser vivida, o que difere da dignidade da vida, sob um aspecto sociológico. Não se pretende parar o tempo, a tecnologia, mas evitar uma ditadura tecnológica, na qual só alguns teriam acesso aos avanços. Quanto às doenças hereditárias, acatadas as disposições bioéticas e legais, os tratamentos são sempre bem-vindos, mas com cautela, devido aos seus possíveis riscos para a descendência.

Assim, pela hermenêutica constitucional, dentre os novos direitos fundamentais, está o direito à identidade genética, abalizado no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito fundamental à vida, à intimidade e no dever do Estado de proteger o patrimônio genético do país e a paternidade responsável. Quanto à proteção do patrimônio genético

individual, ressalta-se que o embrião humano é titular do direito fundamental à identidade genética, como uma das manifestações capitais da personalidade, o que não denota estar a identidade pessoal circunscrita à identidade genética, são múltiplos fatores inter-relacionados.

Em alusão à terapia gênica, o critério balizador deveria ser a proibição da engenharia genética dirigida ao refinamento, admitindo a retificação de deformidades genéticas, só em prol da pessoa. Na função defensiva do direito à identidade genética ainda está o direito de não ter a identidade genética exposta por testes genéticos, salvo o emprego em prol da saúde do paciente, sem repelir o direito de manter ignoto o saldo desses testes, mormente em caso de males sem cura, evitando a nova categoria de doentes em potencial.

Assim, deixa-se claro o entendimento de que a Biotecnologia deve buscar os avanços necessários à humanidade, mas guardando, sempre, uma postura ética, que preserve o ser humano como *ser* e não como *objeto*, e deve suscitar uma metamorfose kafkiana que deixe de lado o narcisismo da perfeição, o fardo do geneonismo, pois não se deve discriminar. A discriminação é o uso incorreto das diferenças.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioconstituição: bioética e direito; identidade genética do ser humano. **Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos**, n. 27, p. 6-7, fev. 2000a.
- _____. Teoria geral da Bioética e do Biodireito: biomédica. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito e medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000b.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.
- FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- GIUGLIANI, Roberto. A importância da Genética médica e do estudo de defeitos congênitos. In: LEITE, Júlio César Loguercio; COMUNELLO, Luciane Nardi; GIUGLIANI, Roberto (Org.). **Tópicos em defeitos congênitos**. Porto Alegre: UFRGS, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 241. v. 1.

- HONNEFELDER, Ludger. Perspectivas da tecnologia genética: um desafio para a Ética. Tradução de Peter Naumann. In: SOUZA, Draiton Gonzaga de; ERDTMANN, Bernardo (Org.). **Ética e Genética II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- NERI, Demetrio. **A Bioética em laboratório: células-tronco, clonagem e saúde humana**. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2004.
- PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. **Filiação e Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr., 2003.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Cheila Aparecida Oliveira

Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA-RJ); Mestre em Biodireito e Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul (UCS-RS); Especialista em Direito Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Cesusc/Ipejur). Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade Meridional (IMED - Passo Fundo – RS).
E-mail: cheila.oliveira@imed.edu.br
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1063178587776109>