

O DIREITO DE SABER A NOSSA HISTÓRIA: IDENTIDADE GENÉTICA E DIGNIDADE HUMANA NA CONCEPÇÃO DA BIOCONSTITUIÇÃO¹

THE RIGHT TO KNOW OUR HISTORY: GENETICAL IDENTITY AND HUMAN DIGNITY IN THE CONCEPTION OF BIOCONSTITUTION

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger²

Adriane Berlesi Thiesen³

Sumário: *Introdução; 1. A Bioconstituição e os direitos fundamentais. 1.1. Conceito de Bioconstituição: da Bioética ao Biodireito. 1.2. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 1.3. As Dimensões de Direitos Fundamentais; 1.3.1. Os direitos fundamentais da Primeira Dimensão. 1.3.2. Os direitos fundamentais da Segunda Dimensão. 1.3.3. Os direitos fundamentais da Terceira Dimensão. 1.3.4. Os direitos fundamentais da Quarta Dimensão. 1.4. Problemas Bioéticos da Atualidade: a Construção de um Novo Paradigma. 2. O papel da Bioética e do Biodireito no reconhecimento da identidade genética: novos contornos do direito de filiação. 2.1. Conceito de Identidade Genética. 2.2. A Bioética e o Biodireito no Reconhecimento da Identidade Genética. 2.3. Identidade Genética e os Novos Contornos do Direito de Filiação. 3. O direito de saber a nossa história: dignidade e identidade na Bioconstituição. 3.1. O Direito de Saber a Nossa História: Aspectos Gerais. 3.2. Conceito de Dignidade Humana. 3.3. Dignidade e Identidade: em Busca de Concretização. Considerações Finais. Referências.*

¹ Artigo recebido em: 20/06/2010. Aceito para publicação em: 26/06/2010.

² Doutora em Direito. Teoria e filosofia do Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Pós-doutorado em Direito Ambiental e Antropologia Jurídica pela Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC. Foi professora do Departamento de Estudos Jurídicos e do Programa de Mestrado em Desenvolvimento da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, disciplina de Ecocidadania, Meio Ambiente e Desenvolvimento. Atualmente é professora do Centro de Ciências Jurídicas e do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul- UCS - disciplina Teoria do Direito Ambiental. Professora do Mestrado em Política Social da Universidade Católica de Pelotas. Pesquisadora do GPAJU- Grupo de pesquisa em Antropologia Jurídica da UFSC- Universidade Federal de Santa Catarina, financiado pelo CNPq. É professora responsável pelo Grupo de Pesquisa interinstitucional em Direito, Meio Ambiente e Desenvolvimento - CNPq. Membro do ASF- Advogados Sem Fronteira na América Latina- Brasil. *E-mail:* raquel7778@hotmail.com. Endereço: Rua Alberto Borges Souveral, n. 45, apto 301, Pelotas-RS. Bairro Trepton. Cep: 96020-120.

³ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. *E-mail:* rflspare@ucs.br.

RESUMO

A identidade genética corresponde à dimensão da individualidade biológica do indivíduo, ao genoma de cada ser humano. Logo, é sinônimo de individualidade genética. O direito à identidade genética surge como um bem jurídico fundamental, portanto, objeto de proteção constitucional. Os avanços da engenharia genética provocam o despertar de uma nova concepção de Direito Constitucional, uma vez que afeta diretamente o significado das expressões “direitos fundamentais” e “dignidade da pessoa humana”, gerando ainda consequências no direito de filiação. A partir de tal perspectiva, desponta a Bioconstituição como um conjunto de normas com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, a qual é introduzida no ordenamento jurídico frente às inovações trazidas pela Bioética e pelo Biodireito. Em decorrência, por meio de análises argumentativas, busca-se aprofundar o estudo acerca da consagração de um direito à identidade genética sob o perfil jurídico-constitucional.

PALAVRAS-CHAVE

Bioconstituição. Identidade Genética. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

Genetic identity is the dimension of biological individuality, the genome of every human being. Thus, it is synonymous with genetic individuality. The right to genetic identity emerges as a fundamental legal property; therefore, it is object of constitutional protection. Advances in genetic engineering lead to the awakening of a new conception of Constitutional Law, since it affects directly the meaning of the terms "fundamental rights" and "human dignity", generating consequences in law of parentage. From this perspective, the Bioconstituição comes out as a set of rules that are based on protection of life, identity and integrity of persons, which is introduced in the legal set in relation to the innovations brought by Bioethics and Biolaw. As a result, by means of argumentative analysis, we seek to deepen the study of the consecration of a right to genetic identity under the legal and constitutional profile.

KEYWORDS

Bioconstitution; genetic identity. Human dignity.

INTRODUÇÃO

A discussão sobre os limites e possibilidades da ciência moderna está presente em todos os meios de comunicação e inquieta tanto leigos quanto juristas. Pois, diante do fascínio e, ao mesmo tempo, da insegurança que surgem com as evoluções Biotecnológicas, a sociedade em geral, os cientistas e operadores do Direito em particular tem que se preparar para o conflito que se origina: o uso dos dados obtidos e o respeito à identidade, integridade e dignidade humanas.

O direito à identidade genética surge no ordenamento jurídico vigente como um bem jurídico fundamental, objeto de proteção constitucional. Ocasiona forte impacto na noção de Direito Constitucional e conseqüentemente nos conceitos de direito fundamental e dignidade da pessoa humana. Isso porque as novas técnicas científicas como a reprodução medicamente assistida, por exemplo, apresentam-se como um desafio para o Direito, tendo este por tarefa primordial não somente assegurar o direito à vida e a identidade, mas também garantir a proteção e a integridade das futuras gerações. Assim, surge a Bioconstituição para tutelar juridicamente a evolução do desenvolvimento científico da engenharia genética e da Biomédica.

O direito ao conhecimento da ascendência genética é um direito de personalidade, portanto, indisponível e irrenunciável. O direito à identidade genética, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, busca positividade e normatização como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A pesquisa e manipulação do material genético humano interferem no modo de vida do homem, nas relações sociais e nos laços de parentesco, gerando grandes conseqüências no campo do Direito e da Bioética. Em vista disso, a Bioética e o Biodireito apesar de comporem campos extremamente autônomos, interpretam-se argumentativamente juntos na busca do reconhecimento da identidade genética e na proteção dos direitos humanos e fundamentais.

A consagração de um direito à identidade genética como essência para a dignidade humana é um campo instigante do Direito a ser estudado e aprofundado. Logo, o objetivo maior deste texto, é analisar a investigação da origem histórica e a concretização do Direito à identidade genética sob a ótica jurídico-constitucional atual, que surge frente à concepção de Bioconstituição.

Assim, o primeiro item aborda o conceito de Bioconstituição sob o prisma da Bioética e do Biodireito, os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e suas dimensões, bem como os problemas Bioéticos da atualidade que se originam a partir das evoluções da engenharia genética.

O segundo analisa o significado da expressão “identidade genética”, o papel que a Bioética desempenha juntamente com o Biodireito no reconhecimento da identidade genética, além ainda, dos novos contornos do direito de filiação, com ênfase para a investigação da ascendência biológica nos casos de reprodução medicamente assistida heteróloga.

Por fim, no terceiro examina-se os aspectos gerais do direito de saber a origem histórica, o conceito de dignidade da pessoa humana e a concretização do direito à identidade e à dignidade na concepção da Bioconstituição.

1 A BIOCONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, a partir da pesquisa e manipulação do material genético humano, tornam-se o centro das atenções diante das transformações Biotecnológicas que surgem e que afetam o direito contemporâneo. Tais alterações são introduzidas em

nosso ordenamento jurídico pela Bioética e pelo Biodireito, e geram um novo discurso jurídico-constitucional com forte impacto nos conceitos de direito fundamental e dignidade da pessoa humana. Em função disso, origina-se uma nova concepção de Direito Constitucional, formado por um conjunto de normas constitucionais voltadas à proteção da tutela da vida, denominada, Bioconstituição.

1.1 Conceito de Bioconstituição: da Bioética ao Biodireito

A Bioética como um complexo de estudos acerca da ciência humana, visa estabelecer um diálogo entre ética e vida, com o intuito de resguardá-la do vertiginoso avanço científico.

Embora sendo um campo legitimamente autônomo, a Bioética interpreta-se juntamente com o Direito, proporcionando o surgimento do Biodireito, o qual se materializa em torno dos direitos fundamentais e humanos com o objetivo de instrumentalizar os princípios bioéticos. O Biodireito estabelece um liame entre o Direito e a Bioética, marca a passagem do discurso ético e o introduz no ordenamento jurídico.

Com os avanços da Biotecnologia, da Biomédica, da Bioética, do Biodireito e da ciência genética, o Direito Constitucional, Carta Magna do Estado Democrático de Direito, é diretamente afetado, principalmente, o conceito de direito fundamental. Em virtude disso, precisa reestruturar suas concepções, criar um novo discurso jurídico-constitucional, pois a identidade genética surge como um bem jurídico, portanto, objeto de proteção constitucional.

As novas transformações contidas no discurso constitucional, cuja base é a identidade genética, propiciou o surgimento do termo Bioconstituição. Sua origem se deu com base em estudos realizados sobre os reflexos na ciência do Direito Constitucional, ocasionados pelo grande desenvolvimento Biotecnológico, principalmente no campo da engenharia genética, que alcançou suporte à discussão acerca da identidade genética com ampla ampliação na estrutura dos direitos fundamentais e humanos.

Baracho conceitua Bioconstituição como o:

Conjunto de normas (princípios e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidades privadas, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual ou futuro, tendo em vista também as suas relações com a Biomedicina⁴.

A vida, a dignidade e a integridade da pessoa humana são princípios que constituem o núcleo central da Bioconstituição. Tais princípios se colocam como

⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A identidade Genética do Ser Humano. Bioconstituição: Bioética e Direito.** Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 20 dez. 2006.

barreiras ao poder constituinte que diante da necessidade de normas constitucionais a respeito dos problemas bioéticos, ou mesmo diante da inexistência de normatização infraconstitucional, precisa impor limites a reforma que envolve a pesquisa e manipulação genética. A Bioconstituição busca estabelecer parâmetros à aplicabilidade de procedimentos no campo da ciência da vida, com decisiva influência no pensamento constitucional contemporâneo.

Em face desse novo momento constitucional que originou a palavra Bioconstituição, Baracho, realiza a seguinte reflexão:

Entre os princípios, os novos mestres da suspeita anunciam, como referimos, face à eliminação ou, pelo menos, à transmutação, da constituição como parâmetro de ordenação comunitário, a emergência de um *New Age* constitucional ou mesmo pós-constitucional. Por outras palavras: em causa está a própria capacidade da constituição como elemento de regulação. Também caem aqui, entre outras, as questões da constituição à distância, nomeadamente da consideração das futuras gerações, tema que, assume, concretizações específicas no nosso objecto de estudo⁵.

Assim, a Bioconstituição surge no ordenamento jurídico constitucional com o objetivo de resguardar os direitos inerentes a cada ser humano, como pessoa dotada de dignidade. Cria uma relação entre identidade genética e pessoal, uma vez que a Constituição consagra um conjunto de bens que integram a consciência jurídica da tutela da vida.

1.2 Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Da necessidade de se criar mecanismos contra o poder do Estado, surgem os direitos fundamentais, como uma categoria do Direito Constitucional. No entanto, por tocarem as dimensões de liberdade e de dignidade, dependem de um sistema adequado de proteção para serem eficazes.

Os direitos fundamentais por serem inerentes a ideologia, a espécie de valores e princípios consagrados pela Constituição, variam conforme o Estado. Assim, cada Estado possui seus direitos e garantias fundamentais específicos e qualificados como tais que o regem, seja em nível interno ou na esfera das relações internacionais.

Mas o que é direito fundamental? Direito fundamental, segundo entendimento doutrinário, é aquele Direito assegurado por garantia Constitucional, que tem por finalidade a preservação da liberdade e dignidade da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet define direitos fundamentais como o:

⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A identidade Genética do Ser Humano. Bioconstituição: Bioética e Direito.** Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 20 dez. 2006.

Conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito⁶.

Juntamente com os direitos fundamentais surge a discussão em torno dos direitos do homem, os quais, segundo Bruno Galindo, “são aqueles direitos imanentes, inerentes a todos os seres humanos em qualquer época ou lugar.”⁷

Dentre as várias Constituições do Estado Brasileiro, a Carta Constituinte de 1988, foi a primeira a destinar um título próprio aos princípios fundamentais informadores de todo o ordenamento jurídico. Consagrou, expressamente, o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988, ao introduzir em seu texto os direitos fundamentais estabeleceu uma série de direitos, garantias e valores intrínsecos, que permitem ao cidadão o reconhecimento de sua dignidade, garantindo-lhe o direito à vida, à proteção, à liberdade e à igualdade.

Com o progresso científico e com as profundas modificações na área da Biotecnologia, emerge uma nova concepção de Direito Constitucional, com grandes reflexos no significado de direito fundamental e em suas características como universalidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade.

Dentre os atributos dos direitos fundamentais, destaca-se a preservação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a qual segundo entendimento doutrinário acerca do tema, consiste num valor intrínseco, reconhecido a cada indivíduo, fundado na autonomia ética, cuja base é uma obrigação geral de respeito da pessoa, que se traduz num elenco de direitos e deveres correlatos. O direito fundamental à dignidade da pessoa humana é a base de todo o ordenamento jurídico, é considerado fundamento para os demais direitos fundamentais elencados no texto Constitucional.

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.⁸

Apesar de toda proteção e garantias que visam os direitos fundamentais não são exaustivos, podendo assim, surgir novos direitos fundamentais que se orientam pelo momento atual em que se originam.

⁶ SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁷ GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais. Análise de sua concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 48.

⁸ SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 84.

Atualmente, vive-se uma nova concepção de Direito Constitucional - Bioconstituição, que se origina do desenvolvimento científico da engenharia genética, o que permite o surgimento de um direito fundamental à identidade genética.

Nesse sentido, preleciona Selma Rodrigues Petterle:

Em que pese o direito fundamental à identidade genética não estar expressamente consagrado na atual Constituição Federal de 1988, seu reconhecimento e proteção podem ser deduzidos, ao menos de modo implícito, do sistema constitucional, notadamente a partir do direito à vida e, de modo especial, com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. De tal sorte, o fio condutor aponta o norte da continuidade desta investigação: a cláusula geral implícita de tutela das todas as manifestações essenciais da personalidade humana.⁹

Assim, com as transformações contemporâneas, que propiciaram um novo discurso jurídico-constitucional e o surgimento de um conjunto de normas e princípios inerentes a tutela da vida, denominado Bioconstituição, abre-se a discussão para uma nova dimensão de direitos fundamentais, cuja base é o discurso sobre o reconhecimento da identidade genética de cada ser humano, como um bem jurídico fundamental dotado de proteção constitucional e, é claro, em busca de ser consagrado como tal.

1.3 As Dimensões de Direitos Fundamentais

Faz-se presente na teoria dos direitos fundamentais o debate em torno das múltiplas dimensões de tais direitos, marcadas pelas mudanças históricas que ocorreram e ocorrem no entendimento do que são e de como se dividem os direitos fundamentais.

O conteúdo dos direitos fundamentais foi esculpido pelo lema revolucionário francês do século XVIII, profetizando até mesmo a sequência histórica em que seriam institucionalizados: liberdade, igualdade e fraternidade, originando-se assim, os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações¹⁰.

Quanto ao período histórico, a primeira dimensão de direito fundamental encontra suas raízes no pensamento iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, em doutrinadores como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, com o precípua de liberdade do indivíduo. Mas, é com as revoluções liberais do século XVIII que ocorre o início de sua positivação, e, com o advento do Estado liberal nos séculos XVIII e XIX, sua consequente consagração. Os direitos fundamentais de segunda dimensão se concretizam no século XX. No fim desse mesmo século apontam os direitos de terceira dimensão, surgindo, atualmente, os direitos de quarta dimensão.¹¹

⁹ PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 87.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 562.

¹¹ A indicação de cada período histórico que marcou o surgimento de cada dimensão de direitos fundamentais é bastante preponderante, variando de acordo com o entendimento doutrinário de cada

Com as mutações históricas experimentadas pelos direitos fundamentais, há doutrinadores que defendem a existência de uma quarta dimensão destes direitos, cada qual marcada pela observância da ordem cronológica em que surgiram e passaram a integrar o texto Constitucional.

Antes de se analisar cada uma das dimensões de direitos fundamentais, faz-se necessário esclarecer o uso do termo dimensão e não geração de direitos fundamentais.

O emprego da terminologia geração tem recebido várias críticas doutrinárias. Preleciona Galindo que:

O reconhecimento progressivo de novas gamas de direitos fundamentais funciona como um processo cumulativo, de complementariedade e não de alternância, de modo que a idéia de gerações pode dar ensejo a uma falsa compreensão da temática, dando a impressão de que há a substituição de uma geração de direitos fundamentais por outra, o que não corresponde à verdade, pois tais direitos estão em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento.¹²

Paulo Bonavides, sustenta que:

O vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.¹³

Logo, pela exposição doutrinária realizada, e considerando o fato de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das subseqüentes, mas sim se concretizam, tornando-se pressupostos para a realização e entendimento das diferentes dimensões que assumem, seguir-se-á, por alcançar maior precisão terminológica, a denominação dimensões de direitos fundamentais ao invés de gerações.

1.3.1 Os direitos fundamentais da Primeira Dimensão

A primeira dimensão de direito fundamental foi consagrada com o advento do Estado liberal, nos séculos XVIII e XIX, marcada pelo cunho individualista, têm como titular o indivíduo. Tal dimensão surge e afirma-se para proteger os direitos individuais do cidadão frente ao poder estatal onipotente, enfim, por abranger direitos de resistência e oposição perante o Estado, compreende os chamados direitos negativos. Logo, nessa dimensão estão “todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a

autor acerca do tema. Ver em: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais. Análise de sua concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003.

¹² GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais. Análise de sua concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 57.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 565.

reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado.”¹⁴

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, “permitem aos cidadãos de um Estado não só o exercício das liberdades fundamentais consagradas, mas a proteção das mesmas mediante as garantias fundamentais estabelecidas.”¹⁵

Tal dimensão de direito fundamental diz respeito aos direitos individuais civis e políticos,¹⁶ são considerados verdadeiros direitos de defesa, impondo limites à ação estatal. Fazem parte dessa dimensão o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, o direito de votar e ser votado, enfim os direitos civis inerentes a cada pessoa.

Como observa Sarlet, posteriormente os direitos fundamentais desta dimensão sofrem desdobramentos contemplando

Um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nesta categoria.¹⁷

Em que pese essa dimensão de direitos fundamentais visar a proteção dos direitos individuais frente ao poder estatal, há doutrinadores que defendem a teoria de que tais direitos exigem uma conduta ativa por parte do Estado, a fim de serem protegidos contra possíveis violações pelos entes não-estatais.

1.3.2 Os direitos fundamentais da Segunda Dimensão

Os direitos fundamentais da segunda dimensão foram propugnados no século XX, com o advento do Estado Social, marcam a importância de uma mudança no comportamento do Estado, uma vez que objetivam salvaguardar os direitos individuais e sociais. Nesta dimensão, o Estado passa a preocupar-se com o bem-estar social. “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32.

¹⁵ GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais. Análise de sua concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 60.

¹⁶ Cabe salientar que doutrinadores como Gilmar Antonio Bedin (2002, p. 42 e 56) e T. H. Marshall (apud BEDIN, 2002, p. 42), consideram os direitos políticos como pertencente à segunda dimensão de direitos fundamentais.

¹⁷ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 48-9.

intermédio do Estado. [...] revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.”¹⁸

Neste contexto, preleciona Bedin¹⁹, que os direitos fundamentais de segunda dimensão “não são direitos estabelecidos ‘contra o Estado’ ou direitos de ‘participar no Estado’, mas sim direitos garantidos ‘através ou por meio do Estado.’”

Essa segunda dimensão corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais, que exigem uma ação positiva do Estado, cujo objetivo é propiciar melhores condições de vida à pessoa humana e diminuir as diferenças sociais e as desigualdades. São os direitos ao trabalho, à saúde, à educação, à previdência e assistência social, etc. Implicam um fazer do Estado, uma responsabilidade ativa, a fim do bem estar-social.

Salienta Sarlet que essa segunda dimensão não engloba apenas

Direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.²⁰

Por corresponderem a uma densificação do princípio da justiça social e envolverem questões que exigem um fazer por parte do Estado, são os que mais sofrem do problema da não-efetivação, ou seja, da falta de eficácia e efetividade.

1.3.3 Os direitos fundamentais da Terceira Dimensão

No fim do século XX, cristalizam-se os direitos fundamentais de terceira dimensão, que surgem a partir da ideia de universalidade dos direitos humanos, se inserem no âmbito da pós-modernidade, rompendo com a individualidade do ser humano, pois destinam-se a proteção dos grupos humanos, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Em vista disso, podem ser considerados direitos sobre o Estado.

Para Galindo:

Os direitos de terceira dimensão, tidos como direitos de solidariedade ou fraternidade, surgiram da compreensão de que os direitos fundamentais não seriam apenas os direitos dos indivíduos ou dos grupos e sociedades

¹⁸ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 49.

¹⁹ BEDIN, Gilmar Antonio. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002. Ressalta-se que o referido autor remete os direitos sociais à terceira dimensão de direitos fundamentais.

²⁰ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 58.

específicas, mas haveria uma categoria de direitos fundamentais que se estenderiam ao próprio gênero humano.²¹

Segundo preleciona Bonavides, os direitos fundamentais da terceira dimensão

Não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.²²

Pertencem a esta dimensão de direitos fundamentais o direito ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente equilibrado e a autodeterminação dos povos, compreendendo também os direitos do homem no âmbito internacional.²³

Os direitos relacionados a esta dimensão, em síntese, são considerados direitos despersonalizados, ou seja, pertencentes a todos e, ao mesmo tempo, a ninguém em especial.

1.3.4 Os direitos fundamentais da Quarta Dimensão

Ante a evolução cronológica dos direitos fundamentais, há doutrinadores que defendem uma quarta dimensão de direitos fundamentais. Tal dimensão, se origina em consequência às novas concepções de direito, fruto de um pensamento globalizante acerca da teoria dos direitos fundamentais equivalendo, segundo entendimento de Bonavides, a universalização no campo normativo e institucional²⁴.

São considerados direitos de quarta dimensão o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Dependendo desses direitos a concretização de uma sociedade aberta no futuro, em uma dimensão de máxima universalidade, para a qual as relações de convivência começam inclinar-se.

A democracia, enquanto direito de quarta dimensão, é necessariamente a democracia direta. Tal modalidade democrática será materialmente possível, graças ao avanço da tecnologia de comunicação, e ainda legitimamente sustentável graças aos outros dois direitos dessa dimensão, ou seja, a informação correta (sem as contaminações da mídia manipuladora) e o pluralismo do sistema (sem monopólios do poder).²⁵

²¹ GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais. Análise de sua concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 66.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 569.

²³ Autores como Gilmar Antonio Bedin (2002, p. 74), relacionam o direito ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente, como pertencentes a quarta dimensão de direitos fundamentais.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁵ GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais. Análise de sua concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 74.

Salienta Bonavides:

Os direitos da quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico. (Grifo do autor).²⁶

A evolução dos direitos humanos fundamentais propicia discussões jurídico-constitucionais que relacionam as pesquisas biológicas que envolvem as manipulações do patrimônio genético a esta dimensão de direito fundamental, uma vez que busca normatizar os efeitos da revolução Biotecnológica. A partir de tal perspectiva, e, considerando o entendimento de Bobbio, de que “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer”²⁷, inclui-se nesta dimensão, o Biodireito, pois enquadra-se no âmbito dos direitos fundamentais e humanos.

Nesta linha de raciocínio, Daury Cesar Fabríz tece as seguintes ponderações:

O Biodireito encontra-se em sua gênese, no que se refere a uma construção teórica. São direitos que se espraiam pelo âmbito dos direitos fundamentais e direitos humanos, apesar de apresentarem objeto e métodos próprios. Inserem-se no quadro do paradigma do Estado democrático de direito e visam à proteção da vida e da dignidade da pessoa humana e, acima de tudo, prevalecem como direitos que procuram resguardar o homem como espécie.²⁸

Importante salientar que esta dimensão de direito fundamental não é defendida de forma unânime na doutrina, até porque não existe unanimidade no direito. Neste contexto, cabe salientar, que tal dimensão ainda passa pelo processo de conscientização, positividade e concretização. Isto porque, o debate em torno das múltiplas dimensões de direitos fundamentais, é vista como uma característica do modelo tridimensional.

Além do mais, como afirma Mbaya citado por Bonavides, a descoberta e a formulação de novos direitos são e será sempre um processo em constante evolução, ou seja, sem fim, de modo que quando “um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas.”²⁹

É importante ressaltar que juristas como Sarlet e Galindo demonstram que os direitos de quarta dimensão, são na verdade novos direitos de terceira dimensão, uma vez que os direitos de solidariedade não são taxativos nem exaustivos, podendo ser

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 572.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

²⁸ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 133.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 570.

ampliado o seu rol, estando, por isso, num plano eminentemente mais profético do que real, porém não necessariamente utópico.³⁰

1.4 Problemas Bioéticos da Atualidade: a Construção de um Novo Paradigma

Com os avanços da Biotecnologia e da Biomédica (estudo das estruturas biológicas e funções), surgem vários problemas bioéticos que acarretam grandes transformações no modo de vida do homem, e conseqüentemente, geram várias preocupações sobre quais os reflexos que o desenvolvimento científico pode ocasionar no plano da Ética e do Direito.

Surgem indagações tais como: o que fazer com os embriões fecundados e não utilizados? Quando a vida se inicia? Quando começa a vida humana? A doação de óvulos pode ocasionar o fenômeno da tripla maternidade (mãe hospedeira, mãe genética e mãe social)? Como o Direito vai abranger essas novas formas de constituição familiar? Os avanços da Bioética e do direito de filiação possibilitam ao indivíduo o direito à sua identidade genética? A manipulação genética do homem com fins científicos gera várias polêmicas que suscitam grandes debates acerca do que se deve fazer ou se abster.

A importância da Bioética para a possível solução destes problemas e, com o objetivo de preservar a dignidade da pessoa humana, provoca um debate necessário e franco para que determinadas ações sejam coibidas, pois com o desenvolvimento Biotecnológico, são necessárias novas perspectivas jurídicas, novos direitos relacionados com o tratamento dessas questões que afetam diretamente o contexto humano na sociedade.

Para buscar as possíveis soluções desses problemas bioéticos da atualidade, a Bioética deve amparar-se ao Biodireito, cujos princípios orientadores, encontram legitimidade e validade nas normas de direitos humanos e fundamentais. Assim, o Biodireito, para a preservação da vida e o respeito do homem como pessoa, deve estabelecer um liame entre Direito e Bioética.

Nessa linha de raciocínio o Biodireito pode ser considerado como imprescindível para a preservação da vida e o respeito do homem como pessoa, pois surge para amparar e instrumentalizar os direitos humanos e fundamentais, de forma que os efeitos do progresso científico não sejam danosos ou perversos para o homem, seu espaço vital e seu ecossistema. Pois, as questões que envolvem a Bioética referem-se a toda a humanidade e orientam-se pelos princípios da justiça, autonomia e beneficência, buscando a preservação da vida e o respeito do homem como pessoa.

As bases de um novo humanismo devem se contextualizar em um paradigma que enquadre os novos avanços biotecnológicos como mecanismos de

³⁰ GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais. Análise de sua concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003.p.70.Ver também em SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 53.

fomento a um novo tipo de civilização, que se estabeleça como profundamente receptiva ao encontro do homem com o próprio homem.³¹

Ainda com base neste aspecto, Fabríz observa que:

No quadro do paradigma bioético, a pessoa não é vista conforme essa perspectiva jurídica [homem como sujeito de direito]. A pessoa humana é concebida na qualidade de um “eu” único, autônomo e igual em dignidade, imersa no cosmo. Os princípios bioéticos procuram resguardar esses valores, a fim de proteger o próprio sentido de pessoa humana dotada de dignidade.³²

Com o progresso científico são colocados em risco valores inerentes da pessoa humana, tais como identidade, unicidade e autonomia. Assim, os princípios bioéticos, juntamente com o Biodireito, procuram estabelecer bases, impor limites sobre as evoluções científicas da ciência da vida, a fim de ser resguardado o direito à identidade pessoal e à dignidade humana de cada ser humano, de forma que os avanços da engenharia genética proporcionem benefícios ao homem, e não sejam usadas como meio de dominação sobre o homem.

Assim, os problemas bioéticos, baseados em valores e formas originadas a partir de um novo consenso científico, criam novos modelos e métodos de compreensão de um mundo que está cientificamente evoluindo. Por tocarem o cerne dos princípios constitucionais superiores, buscam no Direito uma regulamentação.

2 O PAPEL DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO NO RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA: NOVOS CONTORNOS DO DIREITO DE FILIAÇÃO

A identidade genética está voltada ao código genético de cada ser humano. As intervenções genéticas suscitam diversos problemas bioéticos, nos quais aparecem discursos religiosos, filosóficos, políticos, sociológicos, científicos e é claro jurídicos, que levam a argumentação da possibilidade do reconhecimento da identidade genética do indivíduo como um direito fundamental abrangendo não apenas o direito a dignidade humana, mas também o direito de filiação que da mesma forma que o direito constitucional, tem que se adaptar as novas concepções que surgem no mundo atual.

2.1 Conceito de Identidade Genética

O desenvolvimento da engenharia genética propiciou a obtenção da decodificação do genoma humano, algo que a princípio parecia impossível, tornou-se realidade. Juntamente com esta magnífica descoberta da ciência, surgem questões concernentes à

³¹ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 136.

³² FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 139.

identidade genética e a identidade pessoal do ser humano e, conseqüentemente, novas indagações ao Direito, principalmente no plano do Direito Constitucional.

O ser humano é geneticamente distinto um do outro, possuindo sua própria identidade genética, individual e irrepitível – salvo gêmeos monozigóticos – o que leva a compreensão de um genoma único. Neste contexto, identidade genética é sinônimo de individualidade genética.

Em precisa análise quanto a manipulação genética, Lorenzo Movillas Cueva conceitua genética humana como

A ciência que estuda a herança humana, cujo objeto de análises é o pertencente e relativo a reprodução, nascimento e origem do ser humano, sendo o gene a unidade biológica da herança, a figura principal da genética humana.³³ (Tradução nossa).

O conceito de identidade genética corresponde às dimensões da individualidade biológica de cada indivíduo, ou seja, “ao genoma de cada ser humano e as bases biológicas da sua identidade. Salva-se a constituição genética individual.”³⁴

Petterle assevera que o termo identidade genética está

focalizado no indivíduo; na identidade genética do indivíduo como base biológica de sua identidade pessoal. Nesse sentido, a identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano, individualmente considerado. Sob este prisma, significa dizer que identidade genética é sinônimo de individualidade genética, permanecendo resguardadas, portanto, as diferenças de cada um.³⁵

Nesse diapasão Baracho tece as seguintes ponderações

O conceito de identidade conduz a compreensão do seu sentido adequado, na relação entre identidade-mesmidade, que conduz a identidade biológica, que se expressa na permanência do código genético do indivíduo. A identidade vem associada a idéia de integridade, que corresponde a o que é intangível, isto é, o que não pode ser tocado. A identidade pessoal, ela 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.³⁶

³³ CUEVA, Lorenzo Morillas. Manipulación Genética: Límites Jurídico-Generales Y Frontera Penal. La Respuesta Del Código Penal Español. In: ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez (Coord). **Genética Humana en el Tercer Milenio. Aspectos Éticos Y Jurídicos**, Madrid: Akal S.A; 2002. p. 136.

³⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A identidade Genética do Ser Humano. Bioconstituição: Bioética e Direito**. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 20 dez. 2006.

³⁵ PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25-26.

³⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A identidade Genética do Ser Humano. Bioconstituição: Bioética e Direito**. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 20 dez. 2006.

As reflexões acerca do direito à identidade genética refletem no conceito de identidade pessoal, a qual se define como uma ideia de relação do indivíduo com os demais membros da sociedade, um referencial social construído ao longo da vida, por meio de relações recíprocas que abrangem elementos genéticos da pessoa humana como um ser irrepetível, original e único, em constante construção no âmbito das relações interpessoais. Além ainda, de compreender uma dimensão relativa, na qual encontra-se “justamente a ideia de relação com as outras pessoas, ou seja, toda a construção da história pessoal, noção bem mais complexa e abrangente.”³⁷

A identidade genética surge como um bem jurídico fundamental a ser preservado e consagrado pelo Direito Constitucional, abrangendo debates em torno do reconhecimento da origem genética do ser humano como um direito de personalidade do indivíduo. Além de buscar a consagração dentro do ordenamento jurídico, é considerada uma expressão da dignidade humana.

O discurso jurídico-constitucional em torno da identidade genética que propiciou o surgimento da Bioconstituição como um conjunto de normas com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, provoca ainda um outro raciocínio que compreende o direito ao conhecimento da origem histórica do ser humano com contornos no direito de filiação, pois engloba não apenas o Direito à investigação da identidade genética, mas também à identidade pessoal do indivíduo como um ser único, dotado de direitos e deveres, em busca do reconhecimento de suas origens genética e histórica.

2.2 A Bioética e o Biodireito no Reconhecimento da Identidade Genética

As intervenções genéticas suscitam diversos problemas bioéticos e jurídicos. Em vista disso, a Bioética e o Biodireito apesar de comporem campos extremamente autônomos, interpretam-se argumentativamente juntos na busca do reconhecimento da identidade genética.

O termo Bioética, ética da vida, é derivado das palavras gregas “Bios” (vida) e “Ethos” (ética). Foi proposto pelo biólogo e oncologista americano Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin, na obra intitulada “Bioethics: Bridge to the Future”, no ano de 1970. A palavra “Bio” foi utilizada com sentido biológico e “ethos” para representar o estudo das condições de sobrevivência da humanidade, os conhecimentos dos sistemas de valores humanos.³⁸

Com o decorrer dos anos o termo passa a ter outro significado, passando a estabelecer critérios para a intervenção e manipulação da ciência decorrente do desenvolvimento Biotecnológico, científico e tecnológico das ciências da vida. Em tal

³⁷ PETERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26.

³⁸ FABRIZ, Dauri Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 73.

sentido, o vocábulo Bioética passa a ser usado para solucionar as questões éticas que são provocadas, estabelecendo regras e limites ao avanço da ciência.

Define-se Bioética como “um estudo acerca da conduta humana no campo da vida e saúde humana e do perigo da interferência nesse campo pelos avanços das pesquisas biomédicas e tecnocientíficas.”³⁹

Warren Reich ao organizar a Enciclopédia de Bioética definiu-a como o “estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão moral, decisões, conduta e política – das ciências da vida e atenção à saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar.”⁴⁰

Diante de tais ponderações, conceitua-se, sucintamente, Bioética como a ética aplicada à vida com caráter interdisciplinar, uma vez que coaduna diversas áreas como médica, sociológica, teológica, filosófica, antropológica, jurídica, etc. Sendo orientada pelos princípios da beneficência (fazer o bem ao paciente), autonomia (respeito à pessoa e a responsabilidade pelos atos realizados) e justiça (garantia de distribuição justa, equitativa e universal dos bens, e serviços de saúde).

A Bioética não pode ser estudada e compreendida sem levar em conta os direitos fundamentais, pois segundo preleciona o doutrinador espanhol Héctor Gros Espiell, a Bioética é a “expressão do direito a viver em um mundo ético e jurídico, não tem sentido nem razão de ser, sem estar integrada pela concepção dos Direitos Humanos, nascidos da dignidade do ser e possuído por todas as pessoas.”⁴¹

Em decorrência das evoluções Biotecnológicas dos últimos anos faz-se necessário novas concepções jurídicas a fim de regular esses avanços. Partindo disso, a Bioética, com o objetivo de que determinadas ações sejam coibidas e, é claro, objetivando a preservação da dignidade da pessoa humana, tem a função de promover um discurso em torno do que é permitido ou proibido.

A ciência e suas implicações, em especial, a descoberta do DNA, a clonagem da ovelha Dolly e, recentemente, a decodificação do genoma humano marcam na história da evolução genética, as implicações entre engenharia genética e suas consequências éticas e legais. Até porque, o Direito como ciência jurídica, deve oferecer mecanismos para a regularização do vertiginoso progresso científico. Logo, o Direito não pretende frear o desenvolvimento da ciência, mas sim encontrar meios para que Direito e Ciência possam ser operados conjuntamente, de forma que os direitos fundamentais não sejam violados e as pesquisas científicas coibidas.

A Bioética frente às implicações que decorrem com as novas técnicas científicas e biológicas, deve-se amparar a uma legislação que possa regulamentá-la. Assim, surge o

³⁹ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 75.

⁴⁰ Apud FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 75.

⁴¹ ESPIELL, Héctor Gros. Bioética Y Derechos Humanos. In: ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez (Coord.). **Genética Humana en el Tercer Milenio. Aspectos Éticos Y Jurídicos**, Madrid: Akal S.A; 2002. p. 16.

Biodireito o qual se faz imprescindível diante do progresso científico. O Biodireito caracteriza-se como o

Ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana, em face dos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina. O Biodireito concede tratamento ao homem não como um ser individual, mas acima de tudo como espécie a ser preservada.⁴² (FABRIZ, 2003, p. 288).

Como direito relacionado à vida, à dignidade e à privacidade dos indivíduos, o Biodireito surge para proteger à vida humana do constante progresso científico, principalmente nas questões que envolvem a pesquisa e a manipulação do patrimônio genético, até porque o homem é a razão de ser do Direito. Logo, o Biodireito surge para estabelecer uma relação entre o que é ético e o que é legal.

O Biodireito se integra no âmbito da Bioética com o objetivo de garantir a integridade do ser humano, para regular os avanços que envolvem o manuseio dos dados genéticos do ser humano. Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana, torna-se a coluna vertebral do Biodireito na busca do reconhecimento à identidade genética, sendo ainda, legitimado e orientado pelos direitos humanos e fundamentais.

O aperfeiçoamento da engenharia genética possibilitou não apenas a decodificação do genoma humano, mas a manipulação dos segredos genéticos. Essas transformações do mundo contemporâneo repercutem no campo da Ética (Bioética) e do Direito (Biodireito), exigindo uma responsabilidade jurídico-constitucional para as futuras gerações, a fim de ser resguardada a dignidade humana.

O desenvolvimento da Biotecnologia, principalmente no campo da pesquisa genética, suscita do ordenamento jurídico uma regulamentação. A Bioética e o Biodireito se operam juntos na busca de normas jurídicas para as exigências sociais atuais que surgem com uma dinâmica jurídica distinta das que são costumeiramente desenvolvidas nas casas legislativas. Assim, o grande desafio enfrentado pelo denominado movimento bioético “consiste em conciliar o saber humanista com o saber científico na busca da proteção e do respeito ao ser humano”⁴³.

A busca pelo reconhecimento da identidade genética como um bem jurídico dotado de proteção constitucional é uma realidade que bate nas portas do judiciário em busca de normatização e concretização, estabelecendo-se, ainda, os limites necessários para as novas técnicas científicas.

O nascimento da Bioética e do Biodireito levam à compreensão das exigências práticas e sociais de delimitar o âmbito do lícito e do ilícito provenientes das inovações técnico-científicas. A Bioética não é assimilável, nem ao cientificismo tecnológico extremo, nem ao ante-cientificismo ou

⁴² FABRIZ, Daurly Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 288.

⁴³ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 41.

ante-tecnicismo. A Bioética não pretende uma liberalização indiscriminada, nem o obscurantismo do progresso científico e tecnológico da Biomedicina. Preocupa-se com a individualização e os critérios regulamentares, para definir o comportamento dos pesquisadores no momento em que interferem ou manipulam. Novas possibilidades da ciência e da técnica Biomédica sobre a vida humana e não humana surgem.⁴⁴

Nessa mesma linha de raciocínio, Baracho acrescenta que

O Biodireito é estritamente conexo à Bioética, ocupando-se da formulação das regras jurídicas em relação à problemática emergente do progresso técnico-científico da Biomedicina. O Biodireito questiona sobre os limites jurídicos da licitude da intervenção técnico científica possível.⁴⁵

O reconhecimento da identidade genética suscita uma relação entre direito e ética, pois a identidade genética está relacionada com os aspectos de sua inviolabilidade e os de intervenção. Assim, a Bioética e o Biodireito devem delimitar o que se deve fazer ou abster-se, estabelecer “limites” à ciência, visando garantir os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente a todos os indivíduos.

O papel que a Bioética desempenha juntamente com o Biodireito e com a Bioconstituição no reconhecimento da identidade genética do ser humano como um ser único e irrepetível é garantir e assegurar os direitos humanos e fundamentais, como uma razão de ser do indivíduo, permitindo-lhe viver em um mundo ético e jurídico sem que seja ferido o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.3 Identidade Genética e os Novos Contornos do Direito de Filiação

No direito de família brasileiro o conflito existente entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva, pela tradição, sempre se resolveu em benefício à vinculação genética entre ascendente e descendentes, ou seja, pela filiação estabelecida pelas características biológicas herdadas dos genitores.

A partir da descoberta do DNA, direito e ciência começam a caminhar juntos na busca pelo conhecimento da origem genética do indivíduo, a fim de se estabelecer o direito de filiação entre o ser gerado e seus genitores. Em decorrência disso, exige-se, atualmente, uma redefinição e reavaliação dos conceitos e conteúdos jurídicos das relações interpessoais pelos operadores do Direito.

Com o decorrer dos anos a relação entre pais e filhos, desligou-se da origem biológica e, o sentimento, as emoções passaram a serem valorizadas, abrindo-se, assim,

⁴⁴ BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira. **Vida Humana e Ciência: Complexidade do Estatuto Epistemológico da Bioética e do Biodireito - Normas Internacionais da Bioética.** Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 14 mar. 2007.

⁴⁵ BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira. **Vida Humana e Ciência: Complexidade do Estatuto Epistemológico da Bioética e do Biodireito - Normas Internacionais da Bioética.** Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 14 mar. 2007.

espaço para a parentalidade socioafetiva, pela qual a relação de pai e filho transcende os laços de sangue, atribuindo-se relevância à noção dos laços afetivos.

O progresso da Biotecnologia principalmente na questão das técnicas de reprodução assistida possibilitou que casais “inférteis”, realizem o sonho de procriarem e conceberem um ser. No entanto, o surgimento de uma técnica que, a um primeiro momento desafia as próprias leis da natureza, uma vez que possibilita a procriação e a geração de vida fora do útero materno, propicia indagações principalmente no contexto jurídico, pois há a necessidade de normas para regular essas novas técnicas científicas.

As inovações tecnológicas, consoante preleciona Astried Brettas Grunwald criaram para o homem

uma nova forma de perceber a humanidade e a si mesmo enquanto espécie. As inovações que há tempos atrás nos pareciam utópicas ou simples ficção científica hodiernamente são reais e problematizadas pelos seus aspectos éticos, sociais e jurídicos. [...] a bioética rompeu um liame na concepção de filiação em que bastam os genes para se declarar a filiação, alertou para a necessidade de uma análise de vida, a pesquisa de todo um histórico social para então declarar-se os direitos de pai-filho, reconhecendo-se a posse de estado não apenas como meio probatório mas como instrumento efetivo da determinação da filiação resguardando-se efetivamente os interesses das crianças e adolescentes.⁴⁶

A reprodução medicamente assistida (*in vitro*) levanta sérias discussões no direito de família, e que conseqüentemente refletem na atual concepção de Direito Constitucional levando a indagações que vão desde o direito ao conhecimento da identidade genética, ao direito de personalidade e ao conhecimento da origem histórica até questões familiares. Assim, a partir do critério científico do vínculo genético o direito de filiação assume novos contornos, pois com as transformações da sociedade o ordenamento jurídico deve se adaptar aos proclamas do mundo contemporâneo.

As técnicas de reprodução medicamente assistida não devem ser aplicadas visando a busca pela “identidade perfeita”, criando um mercado de “genes perfeitos”, ao qual recorreriam os casais, a princípio os que apresentassem alguma impossibilidade de conceber de forma natural, em busca de um ser geneticamente perfeito, pois isto feriria o maior fundamento jurídico, a dignidade humana. Além do mais, as técnicas de reprodução *in vitro* surgiram para auxiliar as pessoas na realização do sonho de procriar. Espera-se que tal possibilidade de procriação não venha em um futuro próximo, com a possibilidade do direito de conhecimento da origem histórica, a ser empregada com intuito sucessório ou objetivando a desconstituição dos vínculos parentais já estabelecidos, mas sim com a finalidade de preservar a saúde humana de possíveis doenças hereditárias que possam ser desenvolvidas.

⁴⁶ GRUNWALD, Astried Brettas. Laços de família: critérios identificadores da filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 112, 24 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4362>>. Acesso em: 12 set. 2007.

O desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida refletem na concepção de direito de família, uma vez que emergem na dimensão cultural, social e afetiva, sendo efetivamente possível ser constituída a verdadeira filiação não apenas pelos laços biológicos, mas também pelas relações de afeto. Logo, as famílias originadas a partir da contribuição genética de terceiros é uma realidade do mundo contemporâneo. Em virtude disso, a família deste novo século não mais se define pelo modelo clássico: pai, mãe e filho.

Atualmente, a manipulação genética dos gametas sexuais é uma realidade que interfere na parentalidade biológica, permitindo que o código genético do ser gerado seja distinto daquele que se obteria pela união corriqueira dos genitores da criança. Um exemplo disso é a inseminação artificial heteróloga, na qual o “código genético que seria transmitido por um dos genitores será substituído por o de um doador, a fim de suprir uma incapacidade do de geração pelos meios naturais.”⁴⁷

O direito de o ser concebido por meio das técnicas de reprodução assistida, em especial pela inseminação heteróloga, a qual é realizada com a participação de um terceiro doador, em conhecer sua identidade genética é uma questão delicada, uma vez que o conceito de paternidade se fragmenta. Além do mais, é da natureza do ser humano o desejo, a curiosidade e até mesmo a necessidade de conhecer suas origens e, encontrar respostas para as indagações que surgem em relação a sua formação biológica.

As indagações nascem quando mesmo tendo um pai ou mãe socioafetivos o indivíduo querer investigar sua filiação biológica. Nesses casos, o direito ao reconhecimento da origem genética provoca diversos discursos, pois trata-se de um direito personalíssimo a ser garantido ao indivíduo, o qual não pode ser passível de obstaculização, renúncia ou indisponibilidade por quem não seja o seu titular. Além do mais, a busca pelo reconhecimento e concretização do direito à identidade genética, não significa discriminação, subjugação ou preponderância sobre a filiação socioafetiva que se origina.

Neste contexto, Silmara Juny de Abreu Chinelato, citada por João Roberto Moreira Filho, afirma que:

O “direito à identidade genética” não significa a desconstituição de paternidade dos pais socioafetivos. Hoje, enfatiza-se a importância da paternidade socioafetiva e a denominada “desbiologização” da paternidade. E o filho só conheceria os pais biológicos se quisesse. O que não se pode é negar o Direito de Personalidade à identidade e fazê-lo crescer sob uma mentira, como alertam os psicólogos. Um simples exame de tipo sanguíneo pode destruir toda a fantasia de que a criança é filha biológica de um casal.⁴⁸

⁴⁷ CHAVES, Adalgisa Wiedemann. O Vínculo Parental e seu Tríplice Aspecto (genético, registral e socioafetivo). **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 55, Porto Alegre: ESMP, 2005. p. 91.

⁴⁸ MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>>. Acesso em: 12 abr. 2007.

O direito à identidade genética deve permitir ao indivíduo o direito de saber a sua história, assegurar a certeza da origem genética. Assim, a partir de tal ponderação, o ser nascido de técnicas heterólogas de inseminação artificial, igualmente, tem direito a investigação e ao reconhecimento de sua origem genética como um direito personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, sem que isso implique quaisquer outros direitos inerentes à filiação como direito sucessório e, atribuição da paternidade, por exemplo.

Moreira Filho enfatiza que:

Ao legar ao filho o direito de conhecer a sua verdadeira identidade genética, estamos reconhecendo-lhe o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em, sua vida, como por exemplo, as explicações acerca da característica fenotípica, da índole e do comportamento social, das propensões ou resistência a certas doenças.⁴⁹

Outra questão que reflete na investigação da verdade biológica, principalmente nos casos de reprodução humana assistida é o sigilo da doação de gametas ou pré-embriões, que garante ao doador o anonimato. A resolução n.º 1.358/92 do Conselho Federal Medicina (CFM) veda a revelação da identidade do doador aos pacientes que receberão o material genético, nem a identidade desses é revelada àquele. Porém, possibilita que em casos especiais, as informações sobre os doadores poderão ser fornecidas, devendo, no entanto, ser resguardada a identidade civil do doador.

Brauner salienta que:

O anonimato é imposto tendo em vista a garantia da autonomia e o desenvolvimento normal da família assim fundada. A alegação de que a criança tem o direito a conhecer sua origem genética realça a paternidade biológica, conceito já ultrapassado na doutrina mais moderna, uma vez que, atualmente, o Direito está começando a valorizar de forma gradativa, a paternidade afetiva. Todavia, existem alguns casos em que a regra do anonimato poderá ser quebrada, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informação genética indispensável à sua saúde; ou quando a responsabilidade do doador, ou dos médicos que realizaram o processo, em razão da utilização do sêmen com carga genética defeituosa. Nesses casos, deveria haver necessidade de buscar a autorização judicial, para que as informações sobre o doador ou a doadora, fossem disponibilizadas ao interessado.⁵⁰

O direito à identidade genética não se confunde com o direito de filiação, pois o reconhecimento à identidade genética visa buscar nos ascendentes genéticos a identificação genética do indivíduo, para que possa, se necessário adotar medidas

⁴⁹ MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>>. Acesso em: 12 abr. 2007.

⁵⁰ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 89.

preventivas para a preservação da saúde, da integridade física, enquanto o direito de filiação visa estabelecer os laços de afeto, as relações de parentesco existentes.

Assim, a evolução da Biotecnologia, faz com que surjam novos contornos no direito de família que englobam não apenas a filiação biológica, mas também a socioafetiva, formada por laços de amor e afeto que, conseqüentemente, suscita, a discussão acerca do Direito ao conhecimento da origem histórica, da identidade genética de cada ser humano, como um ser único e irrepetível, dotado de direitos, deveres e, principalmente, dignidade.

3 O DIREITO DE SABER A NOSSA HISTÓRIA: DIGNIDADE E IDENTIDADE NA BIOCONSTITUIÇÃO

O direito de saber a nossa origem histórica genética possibilita o discurso identidade e dignidade. O direito à identidade genética surge para permitir ao indivíduo o conhecimento de suas origens e conseqüentemente o reconhecimento da ascendência genética. Enquanto a dignidade como um valor intrínseco, se funda no reconhecimento social, num elenco de direitos e deveres correlatos pertencentes a cada indivíduo.

3.1 O Direito de Saber a Nossa História: Aspectos Gerais

Modernamente a genética é a mais nova arma dos cientistas não apenas na preservação de doenças, mas também no direito ao conhecimento da ascendência biológica, pois assegura a certeza da origem genética, a qual é construída a partir de moléculas de DNA.

Com os avanços da Biotecnologia, a filiação biológica pode ser determinada através de exames científicos, de menor ou maior complexidade, como o exame de DNA que determina a descendência genética do indivíduo, possibilitando o reconhecimento da verdade biológica da filiação, assegurando-se as pessoas o direito de conhecer suas origens e de ter sua ascendência estabelecida.

O direito à identidade genética é compreendido em uma dimensão de individualidade que torna cada pessoa uma realidade singular, tem suas bases na memória familiar dos antepassados, vinculando-se ao direito à historicidade pessoal.

O conhecimento da identidade individual permite o autoconhecimento de uma realidade biológica anterior que pode contribuir para o entendimento de certas características e hábitos, pois possibilita que certos elementos que agregam a própria personalidade humana sejam conhecidos. Além do mais, é da natureza humana o desejo, a curiosidade a até mesmo a necessidade de saber suas raízes ancestrais, seja para efeitos médicos, seja em respeito ao direito de conhecer a origem biológica, ou mesmo para fins matrimoniais, é possível obter a declaração da ascendência genética sem desconstituir a filiação existente e gerar efeitos sucessórios, pois, “o objeto da tutela do

direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito de personalidade, na espécie direito à vida.”⁵¹

A busca da verdade genética é um princípio investigatório da informação. Isso significa que a identidade biológica está focalizada na acepção individual, ou seja, expressa uma visão interdisciplinar da identidade pessoal, a qual tem por base os traços socioculturais do meio em que se vive cada ser humano. Logo, a história da vida é o meio pelo qual as pessoas constituem a sua identidade pessoal, enquanto o código genético, fixa a identidade biológica única e irrepitível.

A busca da identidade genética é um pressuposto para o conhecimento da própria identidade pessoal. A origem biológica não pode ser concedida ao indivíduo como um meio para o *status* social, pessoal e quem sabe até genético, ou seja, ao invés de garantir-lhe um direito de personalidade pode ocorrer de transformar-se em um litígio de interesses econômicos, pelo qual “a vida continua a ser ganha e os direitos de dignidade e respeito social continuam a ser obtidos ou perdidos.”⁵²

Salienta ainda Bauman que a identidade pessoal é formada pelas ideologias do contexto social em que se vive, ou seja, pode ser comparada a um quebra-cabeça incompleto, no qual as peças vão sendo encaixadas para comporem a biografia pessoal, é incompleto porque não se tem certeza de ter todas as peças necessárias para montá-lo, ou de se ter selecionado as peças certas⁵³. Com a identidade genética ocorre o contrário, ou seja, pode ser comparada a um fato que, “segundo o padrão dos traços geneticamente herdados e determinados do corpo humano, pode ser desvirtuado, arquivado ou encoberto de outras maneiras, mas nunca realisticamente descartado ou desfeito.”

Com a evolução das técnicas Biomédicas surgem novas indagações que refletem na concepção da parentalidade. Em que pese nosso ordenamento reconhecer a investigação da paternidade como forma para se estabelecer a genitura biológica com aspectos no parentesco, nome, alimentos e sucessão o direito ao conhecimento da origem genética pelo ser concebido através da inseminação artificial heteróloga ainda não é reconhecido doutrinariamente, embora o ser concebido por estas técnicas, também tenha o direito de investigar a origem do material genético responsável por seu nascimento. Negar-lhe esse direito é ferir a sua própria dignidade, pois estará negando-se um direito que é garantido a outra pessoa concebida por relações sexuais.

O interesse e o direito de investigar a ascendência genética é inerente ao ser em particular, ou seja, só vai investigar se quiser, pois o conhecimento da origem biológica é um direito personalíssimo e não um dever. Logo, não pode ser renunciado por quem não seja o seu titular, muito menos ser objeto de obstaculização pelo Estado que deve oferecer mecanismos necessários para a sua concretização normativa. Assim, o direito

⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 24 ago. 2007.

⁵² BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 36.

⁵³ BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 67.

ao reconhecimento da genealogia (estudo da ascendência e relações familiares) não importa na desconstituição dos vínculos estabelecidos, mas sim assegura a “certeza da origem genética, a qual poderá ter preponderância ímpar para a pessoa que a busca.”⁵⁴

O direito de saber a nossa história é inerente a personalidade individual. Reflete no conceito de dignidade da pessoa humana, pois permitir a pessoa o direito de conhecer sua ascendência genética é garantir-lhe sua própria dignidade. Assim, deve ser garantido a todos os seres humanos como uma forma de “grandeza moral” o que contribuirá para o engrandecimento do ser humano enquanto pessoa.

Assim, o direito de investigar a origem genética deve ser oportunizado não apenas nos casos de necessidade psicológica, preservação da saúde e da vida humana ou para averiguação de existência de impedimentos matrimoniais, mas também como uma essência da própria dignidade humana.

3.2 Conceito de Dignidade Humana

A noção de dignidade vem sendo reconstruída e pensada ao longo da história dos homens, passando por concepções racionais, filosóficas, morais e jurídicas, que ensejam um elo de complementaridade, enfatizando a ideia de dignidade como um valor intrínseco reconhecido a cada ser humano.

Várias discussões permeiam o tema dignidade humana e dignidade da pessoa humana. Doutrinariamente, dignidade humana é aquela garantida juridicamente a toda pessoa, ou seja, se refere à humanidade como um todo. Por sua vez, a dignidade da pessoa humana consiste na condição de cada indivíduo, é inerente à essência do ser humano. Habermas menciona, também, a dignidade da vida humana que, igualmente, goza de proteção jurídica e conserva um “valor integral para a totalidade de uma forma de vida eticamente constituída.”⁵⁵

Dentre os diversos contextos em que está inserida a dignidade da pessoa humana, Sarlet conceitua-a como:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse 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.⁵⁶

⁵⁴ MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>>. Acesso em: 12 abr. 2007.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 51.

⁵⁶ SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 60.

A identidade genética como um bem jurídico fundamental tem grande afinidade com os questionamentos que englobam a dignidade humana e os direitos fundamentais. Pois, a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental constitucionalmente consagrado é a espinha dorsal que rege todo o ordenamento jurídico, sendo, portanto, uma qualidade própria, irrenunciável e inalienável inerente a cada indivíduo.

Canotilho questiona o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República, afirma que trata-se de um princípio antrópico que significa “o reconhecimento do ‘homo noumenon’, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.”⁵⁷

José Afonso da Silva destaca que a dignidade da pessoa humana:

é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la, para construir ‘teoria do núcleo da personalidade individual’, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.⁵⁸

Nesse sentido, a dignidade como respeito e consciência é capaz de unir valores individuais com coletivos e valores humanos com direitos da personalidade. Logo, diante das transformações provenientes da Biotecnologia, identidade genética e dignidade humana estão estritamente conexas na busca pelo reconhecimento das origens histórica e biológica do ser humano como um direito à individualidade e à personalidade.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no rol dos direitos e garantias fundamentais, insere a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito que rege todo o ordenamento jurídico, uma vez que decorrente da própria condição humana, é um valor intrínseco garantido a cada ser humano num elenco de deveres e direitos correlatos.

Assim, nunca foi tão importante e necessário abordar o significado e alcance do princípio da dignidade da pessoa humana como no momento atual, pois com as profundas modificações das técnicas científicas à vida humana passa a ser o objeto principal da investigação, manipulação e pesquisa da engenharia genética.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 225.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 105.

3.3 Dignidade e Identidade: em Busca de Concretização

O direito à identidade genética, embora não consagrado expressamente na atual Carta Magna, pode ser reconhecido como um direito fundamental deduzindo-se implicitamente sua proteção a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Como fora visto, o princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo de todo o ordenamento jurídico, é a norma jurídica informadora dos direitos e garantias fundamentais. No entanto, os direitos fundamentais, consoante disposição expressa de nossa Lei Suprema, possuem a denominada cláusula aberta, a qual possibilita que novos direitos fundamentais sejam constituídos e catalogados.

O direito à identidade genética é um exemplo dessa nova gama de direitos que bate as portas do judiciário em busca de positivação, normatização e concretização na esfera do ordenamento jurídico vigente. Pois, a identidade genética surge como um bem jurídico fundamental a ser tutelado constitucionalmente.

Sob este enfoque, a identidade genética é parte integrante da consciência jurídica, primeiramente da consciência abstrata de uma esfera normativa da consagração de um direito que reconheça a identidade genética como essência da dignidade do ser humano e, segundo, de uma consciência jurídica prática, através da qual o Estado, por meio do ordenamento jurídico, garanta e permita ao indivíduo o Direito a ter direito de investigar e conhecer a sua ascendência, sua origem histórica e sua identidade.

Nesse contexto, o direito à identidade genética visa proteger o ser humano de toda agressão que possa sofrer ao longo de sua existência, desde a concepção até a morte. Logo, o Estado não pode ficar inerte e indiferente frente à realidade científica que desponta, devendo, assim, fiscalizar as atividades que envolvam a manipulação do material genético, bem como estabelecer mecanismos de proteção da identidade genética do ser humano via legislação infraconstitucional, ou seja, buscar efetivas soluções na esfera jurídica.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso II, impõe ao Poder Público 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”, de certa forma, tal dispositivo, embora não expressamente, introduziu, implicitamente, a questão da identidade genética no ordenamento jurídico brasileiro.

Em que pese a discussão em volta da concepção do reconhecimento e concretização da identidade genética estar evoluindo gradativamente a cada dia, nossos tribunais ainda não se depararam, concretamente, com a possibilidade da investigação genética promovida por pessoas concebidas pelas técnicas de reprodução medicamente assistida. Porém, timidamente, a busca pelo conhecimento da origem histórica e genética está adentrando as portas do judiciário provocando indagações aos órgãos julgadores, acerca do que é permitido ou proibido.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi um dos primeiros a levantar o debate acerca do tema, reconhecendo a possibilidade da investigação da origem

genética, como um direito de conhecer a verdadeira identidade integrando assim o conceito de dignidade da pessoa humana. Logo, pela pertinência e adequação ao exposto, colaciona-se a seguinte jurisprudência:

ADOÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. A par de o reconhecimento do estado de filiação ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, e a adoção irrevogável (arts. 27 e 48, ECA), há perfeita possibilidade de o filho adotivo investigar sua origem genética. Observância à Constituição Federal (art. 227, §6º). O direito de conhecer a verdadeira identidade integra o conceito de dignidade da pessoa humana, sendo descabido impedir o exercício da ação pelo fato de o investigante ter um pai registral ou ter sido adotado. Inexistência da impossibilidade jurídica do pedido. Determinado o prosseguimento do processo com abertura da instrução. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Embora a decisão cuja ementa foi acima transcrita versar sobre a pretensão de um filho adotivo buscar por meio da investigação de paternidade o reconhecimento de sua filiação junto ao pai biológico, mesmo sendo a adoção irrevogável e existindo o vínculo socioafetivo, extrai-se de seu teor que o Tribunal gaúcho entende que o direito ao reconhecimento da origem histórica é parte do conceito da dignidade humana e integra a identidade individual e irrepetível de cada ser humano.

O progresso da ciência gera grandes conflitos para os operadores do Direito, principalmente para juízes e desembargadores, que ao se depararem com um caso que envolva a investigação do conhecimento da identidade genética como essência para a dignidade pessoal, devem com base no Biodireito, na Bioética e, recentemente, com a Bioconstituição, prolatarem um desfecho adequado a pretensão de forma que não sejam coibidas as garantias constitucionais garantidas ao indivíduo como um ser dotado de dignidade, direitos e deveres.

Assim, diante da premissa de que nem tudo que é cientificamente possível é juridicamente aceitável, surge a Bioconstituição com o objetivo de tutelar e resguardar à vida humana do constante desenvolvimento da engenharia genética. A Bioconstituição deve “considerar os direitos morais, referentes ao respeito à vida, à dignidade da pessoa humana e à privacidade dos indivíduos”.⁵⁹

A identidade genética é um bem jurídico fundamental a ser preservado como uma das manifestações essenciais da personalidade humana, portanto, está associada a ideia de dignidade e de integridade. “A identidade genética é um substrato fundamental da identidade pessoal, que por sua vez é a expressão da dignidade do ser humano”.⁶⁰

Segundo preleciona Petterle:

⁵⁹ FABRIZ, Daurly Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 349.

⁶⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A identidade Genética do Ser Humano**. Bioconstituição: Bioética e Direito. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 20 dez. 2006.

Quando a doutrina faz referência ao direito fundamental à identidade genética, busca salvaguardar a constituição individual, a identidade genética única e irrepitível de cada ser humano, justamente para evitar leituras reducionistas, notadamente à luz dos novos conhecimentos científicos. Aliás, somente uma proteção jurídica reforçada poderá evitar visões reducionistas do ser humano.⁶¹

A identidade genética de cada ser humano, constitui-se em direito personalíssimo, contendo no genoma humano a herança comum da espécie humana, ou seja, as sequências genéticas humanas. Com o desenvolvimento vertiginoso das técnicas científicas o direito deve oferecer mecanismos normativos para se evitar (se isso não for possível ao menos regular) a possibilidade de patenteamento de genes humanos (sequências de DNA, células, gametas, tecidos, sangue) dando a impressão de que o corpo humano pode tornar-se objeto de apropriação privada⁶², o que acarretaria uma certa manipulação e domínio da ciência sobre o homem, o qual passaria de um ser dotado de direitos e deveres constitucionalmente assegurados a mero objeto.

Neste aspecto, diante dos conflitos de direitos fundamentais, pode ocorrer que entrem em colisão o direito fundamental à identidade genética com o direito fundamental à saúde, à liberdade de investigação científica e o direito de propriedade industrial. Pois, ao mesmo tempo em que se garante a investigação à origem genética, não apenas para fins de saúde, conhecimento ou filiação, mas principalmente para que a pessoa possa viver dignamente, há a proteção à dignidade do doador de gametas, ao qual, como fora visto, é assegurado o direito ao anonimato e a intimidade.

Como bem assevera Baracho:

A consagração de um direito a identidade genética aponta para o entendimento de que o genoma humano seja não só inviolável, como também irrepitível, para que seja basicamente fruto do acaso e não da heterodeterminação. As reflexões sobre o direito a identidade pessoal aparece nesta temática, quando se discute que a fórmula da identidade genética compreende o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores. Dentro dessa compreensão, ressalta-se a possibilidade de saber se é intocável ao nível do substrato biológico do ser humano. Conhecer, prever e mudar, no que se refere a questão da identidade genética, passa a ter muita importância nessas alterações.⁶³

Ainda ao que se refere a regulamentação normativa do direito à identidade genética Jorge Bustamante Alsina *apud* Pereira acentua que:

O homem tem hoje em suas mãos o poder de controlar a sua evolução genética e que esta faculdade reclama um grande sentido de responsabilidade,

⁶¹ PETERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 176-177.

⁶² Cabe frisar que nos Estado Unidos da América já existe a possibilidade de sequências genéticas humanas (DNA) serem objeto de apropriação privada.

⁶³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A identidade Genética do Ser Humano. Bioconstituição: Bioética e Direito**. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 20 dez. 2006.

pelo menos ao se considerar que nem tudo que é possível é lícito ou seja humanizador. A regulamentação normativa dentro do regime da liberdade, indiscutivelmente considerado com o mais favorável ao progresso da investigação científica, deverá inspirar-se nos princípios fundamentais da natureza do homem que conduzem a proteção de sua dignidade.⁶⁴

Vindicar o direito a origem genética é um direito fundamental na espécie direito de personalidade. Logo, negar o direito ao conhecimento da origem genética e histórica é lesivo ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que violaria a própria personalidade e individualidade de cada ser humano e, conseqüentemente, todo um projeto de vida (familiar, cultural e social) do indivíduo restaria afetado, pois não estaria protegido e garantido no contexto social em que se vive.

Na concepção de Renata Braga da Silva Pereira a integridade do ser humano deve ser preservada diante das manipulações científicas, pois o “desenvolvimento da Engenharia Genética não pode culminar na coisificação do homem, e é isso que o Direito deve reprimir.”⁶⁵ Até porque, segundo enfatizou Immanuel Kant, o homem é um fim em si mesmo, jamais um meio, este não pode nunca ser tratado como objeto ou coisa, pois no sentido em que se insere o princípio da dignidade da pessoa humana, o indivíduo é considerado “como fim, e não mero meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.”⁶⁶

A história da vida é o meio pelo qual as pessoas começam a formar a sua identidade. O código genético é irrevogável no reconhecimento da procedência histórica e genética de uma pessoa. De tal modo que com o progresso das técnicas de manipulação genética as pessoas (mesmo as nascidas de técnicas de reprodução medicamente assistida, como nos casos de reprodução heteróloga) possam buscar conhecer suas ascendências genéticas como base para a sua identidade pessoal.

O princípio da dignidade da pessoa humana juntamente com o novo discurso jurídico-constitucional voltado à tutela da vida, o qual denomina-se Bioconstituição, deve garantir a concretização do direito à identidade genética no momento em que possibilita ao ser humano o Direito de investigar e conhecer suas origens genética e histórica, não apenas com o intuito sucessório, ou de constar na certidão de nascimento o nome de seus progenitores genéticos, mas sim como um direito de personalidade e como essência para a sua própria dignidade.

O direito ao conhecimento da ascendência genética é parte integrante do direito de individualidade, cidadania e dignidade da pessoa humana. Logo, negar à pessoa o direito de investigar suas origens genética e histórica é negar-lhe a sua própria

⁶⁴ PEREIRA, Renata Braga da Silva. DNA: Análise Biojurídica Da Identidade Humana. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. **Temas de Biodireito e Bioética**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 263.

⁶⁵ PEREIRA, Renata Braga da Silva. DNA: Análise Biojurídica Da Identidade Humana. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. **Temas de Biodireito e Bioética**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 263.

⁶⁶ Apud PETERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 163.

identidade, uma vez que é o direito a identidade genética é um direito fundamental personalíssimo, portanto, insuscetível de obstaculização e renúncia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A identidade genética está focalizada na individualidade biológica de cada ser humano, no genoma único e irrepetível (salvo gêmeos monozigóticos). A identidade genética é um direito de personalidade, é um bem jurídico fundamental que por sua importância e relevância é elevada, ainda que implicitamente, com sustentáculo no princípio da dignidade da pessoa humana, a posição de direito fundamental.

O progresso das técnicas científicas permitiu o surgimento de novos paradigmas Bioéticos e conceitos voltados para a tutela, identidade e dignidade da pessoa humana. Além ainda, de gerar uma ampla estruturação dos direitos humanos e fundamentais, pois é fruto de um pensamento globalizante que começa a inclinar-se para uma nova dimensão de universalidade desses direitos, uma vez que estão em constante evolução de forma que quando um sistema se torna reconhecido abrem-se novas regiões para serem exploradas.

O avanço da Biotecnologia fez com que a Bioética e o Biodireito se integrassem no âmbito da proteção e normatização das exigências sociais que surgem. Logo, desempenham um importante papel no reconhecimento da identidade genética, uma vez que visam a garantia dos direitos humanos e fundamentais como uma razão de ser do indivíduo. Assim, o saber científico deve ser conciliado com o saber humanista, visando à proteção do princípio da dignidade da pessoa humana e o respeito ao ser humano.

O discurso acerca das manipulações do material genético humano propiciou o surgimento do termo Bioconstituição, que surge para resguardar a vida humana contra as ameaças da genética. A base da concepção da Bioconstituição é a integridade e a identidade do indivíduo atual ou futuro, leva em consideração as ações ou omissões do Estado ou de entidades privadas, estando assim, estritamente relacionada com a Biomedicina. Ignorá-la é mistificar o discurso de um cientificismo já ultrapassado que ignora a perspectiva da evolução da experiência humana e a intencionalidade do Direito. Tal discurso indaga a compreensão da concretização da proteção genética humana.

O direito de filiação assume novos contornos com a evolução da engenharia genética, pois com as técnicas de reprodução medicamente assistida o indivíduo busca no ordenamento jurídico o Direito a ter Direito de conhecer sua identidade genética, saber sua ascendência biológica. Em vista disso, suscitam-se novas concepções jurídico-constitucionais que visam proteger a identidade genética individual de cada ser humano. Assim, ressalta-se ainda, que o anonimato do doador do material genético deve ser respeitado, porém não de forma absoluta, possibilitando-se, portanto, a investigação da origem biológica para fins de prevenção de doenças hereditárias e não com o intuito sucessório ou objetivando a desconstituição dos vínculos familiares estabelecidos.

A concretização da identidade genética pelo princípio da dignidade da pessoa humana como forma de o indivíduo ter reconhecida a sua origem histórica, apresenta-se ao Direito pátrio frente às novas concepções jurídicas que surgem no mundo contemporâneo. Logo, o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico como um valor intrínseco, reconhecido a cada ser humano, propicia ao indivíduo o direito de saber suas origens genética e histórica, de conhecer sua própria identidade, como um direito de personalidade. A Constituição consagra um conjunto de bens que integram a consciência jurídica, gerando assim, uma perspectiva entre a relação de identidade genética e identidade pessoal que possibilita a concretização da identidade genética como um princípio constitucional que permita ao indivíduo o reconhecimento de sua origem histórica como um bem jurídico fundamental.

Assim, em decorrência do progresso científico, Ciência e Direito devem ser operados conjuntamente, a fim de que os direitos humanos e fundamentais não sejam violados e as pesquisas científicas coibidas. Estabelecendo-se, portanto, limites para que o indivíduo não passe de sujeito de direitos a mero objeto. Até porque, o Direito não pretende reprimir o desenvolvimento científico e acredita-se que a Ciência não transformará o mundo em um imenso laboratório.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A identidade Genética do Ser Humano. Bioconstituição: Bioética e Direito**. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 20 dez. 2006.
- _____. **Vida Humana e Ciência: Complexidade do Estatuto Epistemológico da Bioética e do Biodireito - Normas Internacionais da Bioética**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 14 mar. 2007.
- BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, [2000?].
- BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- BEDIN, Gilmar Antonio. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **O Direito de Família descobrindo novos caminhos**. São Leopoldo [s.n], 2001.
- _____. Reprodução Humana e Clonagem: perspectivas Éticas e Jurídicas, In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) **Bioética e Sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CHAVES, Adalgisa Wiedemann. O Vínculo Parental e seu Tríplice Aspecto (genético, registral e socioafetivo). **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 55, Porto Alegre: ESMP, 2005.

CLOTET, Joaquim. **Bioética como Ética Aplicada e Genética**. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br>>. Acesso em: 24 ago. 2007.

BRASIL, Constituição Federal (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. São Paulo: RT, 2007.

COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira et al. (Coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

CUEVA, Lorenzo Morillas. Manipulación Genética: Límites Jurídico-Generales Y Frontera Penal. La Respuesta Del Código Penal Español. In: ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez (Coord). **Genética Humana en el Tercer Milenio. Aspectos Éticos Y Jurídicos**, Madrid: Akal S.A; 2002.

ESPIELL, Héctor Gros. Bioética Y Derechos Humanos. In: ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez (Coord.). **Genética Humana en el Tercer Milenio. Aspectos Éticos Y Jurídicos**, Madrid: Akal S.A; 2002.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais. Análise de sua concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003.

GRUNWALD, Astried Brettas. Laços de família: critérios identificadores da filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 112, 24 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4362>>. Acesso em: 12 set. 2007.

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

LEVY, Laura Affonso da Costa. **A Investigação de Paternidade no Direito Moderno: Direito, Limites e Possibilidades**. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br>>. Acesso em: 24 ago. 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 24 ago. 2007.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>>. Acesso em: 12 abr. 2007.

ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez. (Coord.). **Genética Humana en el Tercer Milenio**. Aspectos Éticos Y Jurídicos. Madrid: Akal S.A; 2002.

PEREIRA, Renata Braga da Silva. DNA: Análise Biojurídica Da Identidade Humana. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. **Temas de Biodireito e Bioética**. São Paulo: Renovar, 2000.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70014442743**, Sétima Câmara Cível. Relator (a): Maria Berenice Dias. Julgado em 26 mar. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado>. Acesso em: 08 nov. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, V. 1, n.º 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 21 jun. 2007.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.). **Bioética e Sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.