

A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito.

José Alfredo de Oliveira Baracho

O conceito moderno da Ciência do Direito Constitucional tem provocado diversas reflexões que procuram uma nova concepção de Constituição, adaptada as grandes transformações do mundo contemporâneo, em suas vertentes internas e internacionais (Zagrebelsky, Gustavo. *Storia e costituzione*, em G. Zagrebelsky/Pier Paolo Portinaro: Jörg Luther, *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996; Pereira, Miguel Baptista. *Modernidade e tempo. Para uma leitura do discurso moderno*, Coimbra, 1.990).

A concepção científica dos sistemas constitucionais geraram uma ampla estruturação acerca dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, da cidadania, dos direitos constitucionais e da dignidade humana. O reconhecimento da fragilidade da condição humana passou a ser um dado empírico e ontológico, que com decisiva influência no pensamento constitucional contemporâneo.

O pluralismo dessas reflexões, além de temáticas gerais, proporciona múltiplos entendimentos sobre a nova vocação dos direitos fundamentais, com destaque para a Genética, decorrente das profundas transformações surgidas na Engenharia Genética, na Biométrica, na Bioética e no Bio-direito. O pacto fundamental da humanidade precipitou-se em diversas categorias do conhecimento, principalmente, nas reformulações científicas, assentadas no pluralismo do conhecimento e no critério da interdisciplinariedade. Estas novas maneiras de pensar levam aos estudos sobre Ética, Medicina e Técnica. Dentro do mesmo tipo de raciocínio, indaga-se sobre os efeitos da ciência e a futura possibilidade da vida.

As constituições modernas, em termos comparatísticos, têm procurado ressaltar a tutela contra as ameaças da Genética. A Constituição da Suíça, com base em um referendo, contempla várias questões referentes a genética humana:

Art. 24: “1. O Homem e o seu ambiente estão protegidos contra os abusos da tecnologia genética e da reprodução.

2. A Federação adotará normas sobre a utilização do patrimônio germinal e genético humanos. Ela assegurará normas sobre a utilização do patrimônio germinal e genético humanos. Ela assegurará a proteção da dignidade humana, da personalidade e da família e guiar-se-á em especial pelos seguintes princípios:

- a) as intervenções no patrimônio genético dos gâmetas e dos embriões humanos são inadmissíveis;
- b) O patrimônio germinal e genético não humano não deve ser transferido para o patrimônio genético humano ou fundido com ele;
- c) As técnicas de reprodução assistida só podem ser empregados, quando a infertilidade ou o perigo de transmissão de uma doença grave não puderem ser afastados de outro modo, mas não para produzir na criança determinadas características ou fazer investigação. A fecundação de óvulos humanos fora do corpo da mulher só é permitida nas condições a estabelecer por lei. Só podem ser desenvolvidos fora do corpo da mulher tantos óvulos quantos os que lhe poderem ser imediatamente implantados.
- d) A dádiva de embriões e todas as formas de maternidade de substituição são inadmissíveis.
- e) Não deve ser feito qualquer comércio com o patrimônio germinal humano e com produtos de embriões.
- f) O patrimônio genético de uma pessoa só deve ser investigado, registrado ou revelado com o seu acordo ou com fundamento numa disposição legal.
- g) O acesso da pessoa aos dados sobre a sua ascendência deve ser garantido”

As constituições de Portugal e da Alemanha têm dedicado a análise e a alteração artificial das informações hereditárias. No mesmo sentido, ocorre a disciplina legislativa dos problemas referentes ao campo da genética humana e da procriação assistida. Outro desdobramento sobre a proteção legal de inovações biotecnológicas provem do Parlamento europeu, quando trata da identidade genética germinal do ser humano. (Directiva 98/44/CE). A identidade genética surge como um bem jurídico fundamental, objeto de proteção constitucional. Com a biologia molecular começa-se não apenas a descodificar, mas a manipular os segredos genéticos. Vários são os desafios da genética, no campo da experimentação, com repercussões em termos temporais, onde há uma responsabilidade jurídico-constitucional para com as futuras gerações e a responsabilidade perante a comunidade internacional.

A genética tem grande afinidade com os questionamentos sobre a dignidade humana e os direitos fundamentais, quando tratamos das transformações provenientes da tecnicociência. A dignidade humana é um valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética, tendo como base uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num elenco de deveres e direitos correlatos.

A identidade genética é considerada um bem jurídico constitucional. No plano da consagração constitucional da tutela deste bem, ocorre, uma identificação socialmente relevante. A Constituição consagra um conjunto de bens que integram a consciência jurídica. Discute-se dentro dessa perspectiva a relação entre identidade genética e identidade pessoal.

A identidade genética aparece em vários documentos internacionais, encontrando-se consagrada em documentos, além da Diretiva sobre a Proteção Jurídica das Invenções Biotecnológicas. No mesmo sentido vamos encontrá-la no projeto da declaração universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos, elaborada pelo Comitê Internacional de Bioética da UNESCO. A redação anterior estava assim conceituada: o genoma humano de

cada indivíduo representa a sua identidade genética própria. De acordo com essa interpretação a identidade genética corresponderia ao genoma de cada indivíduo. Entendeu-se, também, que a personalidade do indivíduo não pode ser reduzida a suas meras características genéticas, desde que é necessário levar em conta seu caráter único e sua diversidade. A Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, estabeleceu a conceituação de um direito a um patrimônio genético não manipulado. O conceito de identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano e as bases biológicas da sua identidade. Salva-se a constituição genética individual.

As dimensões da diferença de cada um, a não ser no caso de gêmeos monozigóticos, leva a compreensão do genoma irrepitível. Nesse sentido a identidade é sinônimo de individualidade genética. Emprega-se, também, o termo identidade genética para referir-se a dois ou mais seres que têm a mesma constituição genética. Tais compreensões levam as indagações sobre a clonagem. Entende-se que a não ser nas hipóteses de divisão embrionária, ocorre uma identidade genética perfeita entre o clone e o clonado. Nos termos do Protocolo Adicional à Convenção Européia dos Direitos do Homem e a Biomedicina, a expressão ser humano, geneticamente idêntico a outro ser humano, significa um ser humano que tem em comum com o outro um conjunto de genes nucleares. A idéia de identidade genética tem sido objeto de várias polêmicas: a) no plano da linguagem, ressalta-se a sua ambigüidade essencial; b) no plano jurídico, a sua ausência da Convenção Européia dos Direitos do Homem e da Biomedicina; c) no plano dos efeitos, teme-se que, entendida a expressão no sentido de consagrar o “direito de cada cidadão a ser geneticamente único”, se venham a ofender os gêmeos monozigóticos.

Estes debates têm levado aos questionamentos em torno dos limites às intervenções genéticas, através de conclusões que vêem possível o entendimento de que a constituição genética individual pode ser alterada exclusivamente para fins de prevenção, terapia ou diagnóstico de enfermidade, bem como práticas científicas que não têm a finalidade da alteração genética da descendência.

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.

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.

As intervenções genéticas suscitam diversos problemas bioéticos e jurídicos, encaminhando-se para o espaço discursivo onde aparece argumentos religiosos, filosóficos,

psicológicos, sociológicos, políticos, científicos e jurídicos. Apesar de comporem campos legitimamente autônomos, a Bioética e o Direito interpenetram-se argumentativamente.

O discurso jurídico constitucional, que tem como base a identidade genética, propiciou o surgimento da palavra Bioconstituição, entendida como 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 Biomedicina. Esse discurso é examinado de conformidade com certos critérios: “a) na base, uma compreensão do direito, em que é iniludível uma perspectiva filosófica em geral e jusfilosófica em particular, que confronta e é confrontada com as mediações sistémicas, nomeadamente constitucionais. Iludi-la é mistificar o discurso, em nome de um cientismo ultrapassado, que ignora a perspectiva interna do Direito e a sua específica intencionalidade no quadro da experiência humana; b) em termos intermédios, um plano teórico-constitucional, em que, sem deixar de tomar em consideração os contributos das ordens jurídicas concretas, e tendo, eventualmente, um ponto de partida contextual, privilegia-se uma abordagem que, em termos luhmannianos, corresponde ao nível de reflexividade do sistema, à “abstracção das abstracções”. Dado que a constituição é “reserva de justiça”, tendo, em regra, incorporado os princípios do “Direito Justo” (Richtiges Recht), também são extremamente importantes, a este nível, os contributos filosóficos, mormente da Filosofia do Direito e das Teorias da Justiça, sem que a Teoria da Constituição se tenha de dissolver nestas. No trabalho em curso, relevam quer problemas comuns ou gerais, quer questões específicas. 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 estudo. Ao nível específico, assume relevo, desde logo, a discussão em torno da autonomização e da construção do bem e os processos de semelhança e diferença, atendendo a que os bens o são sempre numa malha relacional; c) Finalmente, um plano dogmático-constitucional, em que o discurso pretende, em primeira linha, captar as soluções positivas propostas, vocacionado para a resolução de casos concretos no quadro de um dado ordenamento jurídico e num certo tempo. Aqui averigua-se se e de que modo são protegidos determinados bens no sistema jurídico-constitucional, como são objecto de construção constitucional, qual o sistema de relações entre os diferentes bens jurídicos em jogo.” (João Carlos Gonçalves Loureiro, *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*, *Stvdia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito, Colloquia-2, 40, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1.999, págs. 295 e 296.

Indaga-se a compreensão da determinação decorrente da medida em que surge a proteção genética humana. Esta interpretação está condicionada por uma idéia de natureza, onde ora prevalece o aspecto biológico e as possibilidades da ciência no tratamento do corpo e sua estrutura genética, com bases no paradigma reformador. As possibilidades e limites da genética são examinadas por diferentes paradigmas. Alguns deles tratam dos limites de intangibilidade do património genético individual. O paradigma reformador não pode ser apreciado, sem examinar as questões do risco, em uma sociedade técnica. No mesmo

sentido convém promover o relacionamento entre direito e ética. A identidade genética está relacionada com os aspectos de sua inviolabilidade e os modos de intervenção: a) intervenção terapêutica em células somáticas; b) intervenção terapêutica em células germinais; c) intervenção visando o melhoramento (enhancement); d) intervenções com escopos eugênicos.

Várias são as conseqüências dessas formas de intervenção, que visam a terapia genética somática e germinal, o melhoramento genético, as intervenções eugênicas, ao lado das conseqüências da irrepetibilidade, bem como as finalidades, o objeto e os modos de clonagem. Em todas essas matérias surgem questões ligadas ao direito a biparentalidade biológica, quando se discute a questão do acesso as técnicas de procriação medicamente assistida. Como controvérsia surge também os temas relacionados ao estatuto do embrião, com especulações em torno do ser humano, pessoa ou ser vivo. Convém ressaltar a posição do ser humano na sua relação com a humanidade, quando se indaga o aspecto do genoma humano como patrimônio comum da humanidade. A diversidade genética e a riqueza das espécies, relacionar-se com a evolução biológica. Coloca-se em destaque o problema da proteção e a diversidade genética da espécie, inclusive no que diz respeito ao problema de sua titularidade.

Os temas objeto dessas indagações têm propiciado vários trabalhos que procuram respostas interdisciplinares, para uma definição dos diversos aspectos tratados na doutrina, na jurisprudência e na legislação constitucional e infraconstitucional. A Constituição Brasileira no artigo 225, § 1º, II e V, no Capítulo VI, trata da preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético, bem como da fiscalização das entidades dedicadas a pesquisa e manipulação do material genético.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito.** Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex023.htm>. Acesso em 18 de agosto de 2006.