



Thiago de Freitas Pereira

**A vedação à discriminação genética sob a
ótica civil-constitucional**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre pelo Programa de
Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio.

Orientadora: Prof^ª. Maria Celina Bodin de Moraes
Coorientadora: Prof^ª. Thamis Dalsenter Viveiros de Castro

Rio de Janeiro

05 de abril de 2019



Thiago de Freitas Pereira

**A vedação à discriminação genética sob a
ótica civil-constitucional**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof^a. Maria Celina Bodin de Moraes

Orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Thamis Dalsenter Viveiros de Castro

Coorientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Guilherme Magalhães Martins

Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Prof^a. Renata Vilela Multedo

Faculdade de Direito – IBMEC

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Thiago de Freitas Pereira

Graduou-se Bacharel em Direito no ano de 2015 pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. É advogado autônomo e entusiasta do civil-constitucionalismo.

Ficha Catalográfica

Pereira, Thiago de Freitas.

A vedação à discriminação genética sob a ótica civil-constitucional / Thiago de Freitas Pereira; orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes. – 2019.

126 f.; 30 cm.

1. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Inclui referências bibliográficas.

1. Discriminação genética; 2. Direitos fundamentais; 3. Constituição Federal. 4. Vedação; 5. Metodologia civil-constitucional. I. Bodin de Moraes, Maria Celina. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. A vedação à discriminação genética sob a ótica civil-constitucional.

CDD:340

Agradecimentos

Em primeiro lugar, agradeço a minhas orientadoras, Prof.^a Dr.^a Maria Celina Bodin de Moraes e Prof.^a Dr.^a Thamis Dalsenter Viveiros de Castro, do Departamento de Direito da PUC-Rio, por toda a atenção e zelo com os quais trataram da minha orientação ao longo do último ano, não se limitando a apenas indicar referências bibliográficas, mas verdadeiramente acompanhando-me por todo o trabalho de escrita da dissertação, aconselhando-me propriamente com ricas ideias e dando valor a meu esforço de pesquisa. Agradeço também ao Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins, da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ por se fazer sempre presente e acolhedor, e, claro, por aceitar ser membro de minha banca de defesa, e pelo último motivo, agradeço igualmente à Prof.^a Dr.^a Renata Vilela Multedo, da Faculdade de Direito do IBMEC.

Agradeço à Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, a seu magnífico corpo docente e a seus competentíssimos funcionários, pelo meu aceite a seu mais que renomado programa de mestrado, que conta com alguns dos nomes mais importantes do meio jurídico e humanístico do Brasil, e pelas belíssimas lições sobre Direito e humanidades que adquiri, as quais irrefutavelmente contribuíram para meu desenvolvimento enquanto jurista e enquanto pessoa.

Igualmente agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), órgão que me concedeu bolsa por estudos acadêmicos desde meu ingresso no mestrado até o presente momento, de maneira pontual e mais que essencial, o que aclarou ainda mais em minha mente a necessidade de maiores investimentos em ciência, pesquisa e academia no Brasil.

Por fim, mas com igual relevância e carinho, agradeço imensamente aos meus pais, avós, familiares e amigos por todo o apoio, amor, torcida e enfim, todo o auxílio material, psicológico e intelectual que me foram dados ao longo dos últimos anos. Fato inegável é que, sem vosso apoio incondicional e constante, eu jamais teria conseguido me tornar um Mestre em Direito. Dedico a vocês esta conquista.

Resumo

Pereira, Thiago de Freitas. **A vedação à discriminação genética sob a ótica civil-constitucional**. Rio de Janeiro, 2019. 126p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Orientadora: Prof.^a Maria Celina Bodin de Moraes

Cuida-se de dissertação de mestrado sobre a proibição da discriminação genética à luz do ordenamento jurídico brasileiro, com base na metodologia civil-constitucional. Esclarece-se que tal recorte é analisado não apenas em conjugações interdisciplinares, mas também em sua relevância teórica e nas polêmicas trazidas pelo tema face a ordenamentos jurídicos e ao seio social. Como justificativa, afirma-se a necessidade de estabelecer novo padrão de conduta para análises acerca do direito à privacidade, no feixe da genética, para que fenômenos de preocupação científica, como discriminação genética, sejam enxergados de maneiras oxigenadas e humanizadas à luz do direito. O fenômeno se dá em diversas searas. Na esfera cível, que mais nos interessa, algumas empresas do ramo dos seguros começam a exigir a realização de exames genéticos ao contratante, tornando-se comum a rejeição de sua adesão quando tais testes apontam predisposição a doenças. Além disso, há relatos de pessoas impedidas de adotar crianças devido a tendências genéticas, e empregadores que não contratam indivíduos em razão de tal discriminação. Buscou-se promover um panorama acerca da privacidade genética, voltado a avaliar criticamente a discriminação genética. Especificamente, procurou-se: i) traçar histórico da genética – mormente no que se refere à sua ligação com o direito à privacidade; ii) analisar doutrina, nacional e estrangeira, acerca do tema; iii) averiguar a origem, o conceito, os motivos, o impacto e o nível de gravidade da discriminação genética nas diversas instâncias sociais – especialmente a visão coletiva da sociedade brasileira –, iv) propor soluções viáveis, visando conciliar interesses conflitantes, de modo a reforçar a proibição de mais essa forma odiosa de discriminação. Como resultado, chegou-se à conclusão de que a discriminação genética é uma forma de violação severa a diversos direitos da personalidade, devendo ser coibida de maneira

incisiva pelos mecanismos do Poder Público e igualmente combatida nos setores privados da sociedade.

Palavras-chave

Discriminação genética; direitos fundamentais; Constituição Federal; vedação; metodologia civil-constitucional.

Abstract

Pereira, Thiago de Freitas; Moraes, Maria Celina Bodin(Advisor). **The prohibition of genetic discrimination under the Civil Constitutional perspective.** Rio de Janeiro, 2019. 126p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The present work is a Master Thesis in Law about the prohibition of the genetic discrimination in the light of the Brazilian legal order, based on the civil-constitutional methodology. It must be clear that the chosen subject is to be analyzed not only in interdisciplinary conjugations but also in its relevance as a theory and the controversies brought by the theme face to legal orders and within society. As a justification of such choice, it is affirmed the need of establishing a new pattern of conduct for analysis about the right to privacy, in the genetics field, so that phenomena of growing worry, such as genetic discrimination, come to be regarded in oxygenized and humanized ways according to the law. The phenomenon occurs in various fields. On the civil sphere, which interests the most to the present work, some insurance companies are starting to demand the ongoing of genetic exams to the adherent, becoming common the rejection of his or her adhesion when such trials show a predisposition to illnesses. Other than that, there are already narratives of people whose demands of adoption were denied due to genetic tendencies, and even of employers who will not hire individuals because of such discrimination. This was a pursuit for promoting a panorama about genetic privacy, focused on critically evaluating genetic discrimination. Specifically, the goals were: i) to trace a historical background of genetics, especially in which ways it connects with the right to privacy; ii) to analyze national and foreign doctrine about the theme; iii) to investigate the origins, the concept, the reasons, the impact and the severity level of genetic discrimination in various social instances – mainly the collective vision of the Brazilian society about it; iv) to propose viable solutions, willing to conciliate shocking interests, in ways to reinforce the prohibition of this new odious form of discrimination. As a result, the conclusion acquired was that genetic discrimination is a form of severe

violation to several personality rights, and it must be incisively prohibited by the Public Power's means, beyond equally fought in the private sectors of the society.

Keywords

Genetic Discrimination; Fundamental Rights; Federal Constitution; Prohibition; Civil-constitutional Methodology.

Sumário

Introdução	10
1. Base científico-filosófica e sociológica	15
1.1. Os perigos dos caminhos da genética sob uma ótica teórica e epistêmica, coroados pelas questões dos limites entre o público e o privado em uma análise extensa dos direitos à privacidade e ao corpo	15
1.2. Notas sobre os atos de disposição do próprio corpo à luz da doutrina nacional	40
2. As questões do corpo, da privacidade e da discriminação genética à luz de um Direito Civil Constitucional	46
2.1. O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil e o real significado de análise temática sob uma ótica civil-constitucional	46
2.2. Implicações diretas do civil-constitucionalismo na seara genética	74
3. Fatos e dados sobre privacidade e discriminação genética: conceito, extensão, gravidade, presença social e dados acerca da discriminação genética	99
4. Conclusão	114
5. Referências bibliográficas	122

Introdução

Cuida-se de dissertação de mestrado sobre a problemática da discriminação genética lida à luz do Direito Civil constitucionalizado.

Busca-se esclarecer tal recorte de pesquisa não apenas com base em uma conjugação interdisciplinar entre as diversas áreas do conhecimento, mas também calcado na relevância teórica e das inúmeras polêmicas trazidas pelo tema face ao ordenamento jurídico pátrio e pelo fenômeno da discriminação genética no seio social atual.

Como justificativa teórica, apresenta-se à primeira luz a necessidade de ao menos tentar estabelecer um novo padrão de conduta para futuras análises acerca do direito à privacidade, recortada em seu feixe correspondente à ciência genética, para que fenômenos de crescente relevância e preocupação da comunidade científica, como a discriminação genética, sejam enxergados de maneiras oxigenadas e, por que não, humanizadas à luz do Direito.

O estudioso Francisco Vieira Lima Neto foi um dos primeiros juristas brasileiros a se debruçar sobre a questão específica da discriminação genética (ou ao menos, um dos precursores a se referir desta forma ao fenômeno), em sua obra *O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética*, publicada em 2008 pela editora Lumen Juris.

Baseando-se no conceito praticamente pacificado de ‘discriminação’ – qual seja, agressão aos direitos da pessoa humana por motivos étnico-raciais, de classe, compleição física, gênero, orientação sexual, dentre outros –, o professor Francisco empreendeu um estudo deveras útil sobre fatos que recentemente começaram a tomar forma, graças ao advento de avanços tecnológicos na área da engenharia genética, o qual certamente será objeto de maiores investigações (LIMA NETO, 2008, *passim*).

No dia 31 de outubro de 2016, uma reportagem da revista Super Interessante, por parte do jornalista Ricardo Bonalume Neto, trouxe à tona que exames capazes de detectar doenças futuras em pessoas hoje plenamente sadias já não se tratam mais de ficção científica: cuidam-se, obviamente, de uma revolução na medicina preventiva, a qual traz, porém, diversos quadros reais em que são cometidos abusos do direito à privacidade e dignidade genéticas – é a isto que se chama ‘discriminação genética’ (BONALUME NETO, 1994, *passim*).

O fenômeno pode se dar em diversos setores da sociedade, tangendo muitas searas do saber jurídico. No âmbito trabalhista, já podemos ouvir falar¹ sobre impedimentos à contratação de empregados por causa de exames realizados previamente com o entrevistado, muitas vezes com o único fito de averiguar se o mesmo possui algum gene desviado do padrão que pode levar a qualquer momento a uma doença incapacitante ou debilitante, como o câncer, a esclerose lateral amiotrófica², o mal de Huntington³ e até mesmo outras condições salutarens menos gravosas, porém vistas como indesejadas – algo estritamente similar à exigência de realização de exames sorológicos para averiguar a presença de vírus autoimunes como HIV e hepatite.

Na esfera cível, que mais nos interessa no trabalho em tela – tendo em mente a metodologia civil-constitucional a ser empregada –, temos que algumas empresas do ramo dos seguros também já vêm exigindo a realização e amostragem de certos exames com o material genético do potencial contratante, começando a tornar-se comum a prática de rejeitar sua adesão ao plano no caso de tais testes apontarem predisposição a doenças de tais naturezas. Há, inclusive, relatos de pessoas impedidas de adotar crianças devido a meras tendências inscritas em seu DNA⁴.

Seja qual for interesse da empresa contratante ou contratada (por exemplo, não pagar indenizações, não ter o trabalho de contratar novo empregado, etc.), fato é que o fenômeno se alastra em proporções alarmantes – tanto em gravidade, quanto em número. Estima-se que nos Estados Unidos mais de 500 empresas já realizem tal prática, enquanto aproximadamente 250 já demonstram interesse em condicionar contratações à feitura de tais testes no futuro⁵.

Outro caso recente em que se deu concretamente o fenômeno se tratou da edição genética de bebês por um médico chinês⁶, o que corrobora com as hipóteses a cá trazidas sobre os perigos de tais caminhos.

¹ A tal respeito, ver <https://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador>.

² Doença neurodegenerativa fatal de causa desconhecida que acomete os neurônios motores, responsáveis pelos movimentos voluntários. É caracterizada pela perda progressiva da força muscular, que afeta os movimentos, a fala e a deglutição, causando paralisia.

³ Doença hereditária que causa a morte das células do cérebro.

⁴ Para visualização concreta, ver <https://super.abril.com.br/tecnologia/genetica-e-destino-os-problemas-eticos-que-os-exames-podem-trazer/>.

⁵ Idem.

⁶ Sobre o caso, ver reportagem em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46394589>.

Além do dilema ético portado por esta questão (qual seja, o embate entre o direito à livre contratação e ao estabelecimento de seus próprios critérios *versus* os direitos personalíssimos de intimidade e dignidade genética do indivíduo), R.C. Lewontin, da Universidade Harvard, afirma que o conhecimento sobre o genoma se torna cada vez mais um elemento determinante da relação entre ‘indivíduo’ e ‘instituição’, o que comumente acaba aumentando o poder da última sobre o primeiro⁷.

O cancerologista brasileiro Dráuzio Varella aposta igualmente no crescimento do número de casos de discriminação por razões genéticas nos próximos anos (BONALUME NETO, 1994).

É preciso, conforme já defendido anteriormente nesta linha, o surgimento e a inculcação de uma nova visão na biomedicina e na lei, que salvguarde os trabalhadores, os consumidores, as famílias e os indivíduos em geral dos males das ditas práticas.

Nas palavras de Dalmo Dallari, advogado e catedrático da USP, a própria legislação atual é absurdamente falha quanto à questão: a discriminação genética, de acordo com a lei vigente, não pode ser diretamente combatida caso não reste comprovado que o teste genético foi usado com fim seletivo discriminatório, o que é ululantemente de difícil habilidade (*ibid.*, 1994), o que na opinião de alguns pesquisadores de diversos campos da ciência pode vir a abrir espaço para a discussão sobre a culpa em responsabilidade civil.

Oswaldo Frota-Pessoa, geneticista do Instituto de Biociências da USP, aponta para o que parece ser um norte a princípio pacífico, tanto na comunidade científica dedicada à biomedicina genética, quanto aos juristas que já atentaram à problemática: a necessidade de uma inovação na legislação que proíba a discriminação genética, e regule de maneira satisfatória as questões relacionadas a exames de DNA, os quais possuem, é inegável, imenso potencial benéfico (*ibid.*, 1994).

Como já restou cristalino após toda a exposição desta justificativa, encontramos-nos consideravelmente inclinados a concordar com os discursos dos profissionais a cá aportados.

⁷ Sobre o caso, ver reportagem em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46394589>.

Todavia, fato é que o tema demandará uma quantidade imensamente maior de pesquisas em trabalhos acadêmicos, científicos e normas técnicas, assim como um número mais respeitável de análises de casos concretos específicos, a fim de que a presente dissertação seja desenvolvida de maneira estruturalmente balanceada, sendo apontados todos os prós e contras da questão, permitindo que tanto o autor quanto eventuais leitores sejam capazes de opiniões e manifestações honestas e com conhecimento de causa acerca da tão polêmica – porém ainda incipientemente debatida – problemática em tela.

Em seu breve artigo denominado *Por um Estatuto Jurídico da Vida Humana* (1997), publicado na Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas – ABLJ, o acadêmico civilista Francisco Amaral defende a criação de mecanismos sociais e institucionais com o fim primo de garantir o surgimento de um novo direito, por ele apelidado de ‘direito da vida humana’. Como forma principal deste sistema de proteção inovador, o professor Francisco prega a concepção e aprovação, pelos poderes públicos, de um real e concreto Estatuto Jurídico da Vida Humana, que viria a preencher de maneira satisfatória a lacuna legal que vigora atualmente.

Tratar-se-ia de um amálgama estrutural e único de normas cujo objetivo seria reger as relações de caráter personalístico, normas estas que tenham como escopo a proteção da vida e da dignidade humanas em todas as suas possíveis fases.

Em outras palavras, podemos crer que, após avaliar as hipóteses do autor ora comentado, tender-se-á na dissertação a concordar com o mesmo no que concerne o tema recortado – a privacidade genética é uma manifestação essencial da personalidade humana, eis que estritamente atrelada às noções já juridicamente garantidas de vida, dignidade, imagem, bem como, conforme ficará transparente, à própria privacidade em *lato sensu* (AMARAL, 1997, *passim*).

Para uma melhor continuidade das investigações dissertativas, é primordial recorrermos às disposições legais, convencionais e técnicas. Desta feita, a existência da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos aprovada urgentemente pela UNESCO, dentre outras normas internacionais internalizadas no sistema brasileiro, bem como aquela do relatório *Recursos genéticos humanos – limites ao acesso: debates interdisciplinares sobre a regulamentação do acesso e do uso do genoma humano no Brasil*, publicada pela Fundação Oswaldo Cruz em 1997 sob organização da pesquisadora Maria Celeste Emerick, com considerações infinitamente pertinentes, são mais fatos que embasam

de maneira incisiva e intensa a real e palpável necessidade de se perquirir, contemporaneamente, o tema em tela (EMERICK, 1997, *passim*).

Dissecar-se-ão no presente trabalho os pontos basilares da teoria dos autores que tiverem suas obras utilizadas como material inicial, bem como as principais ideias de cada material bibliográfico pertinente que possa sustentar a adoção de uma metodologia civil-constitucional, e por fim, serão analisados os textos indicados como bibliografia sobre privacidade, corpo, discriminação genética, além, é claro, dos desdobramentos de tais institutos.

Estando apresentado o quadro teórico prévio e a metodologia tomada para a dissertação, trar-se-ão finalmente à pauta opiniões e valorações autorais acerca da problemática aqui analisada.

Após tal exposição, as hipóteses defendidas poderão ser avaliadas de maneira objetiva, a fim de uma melhor compreensão, por parte de futuros leitores, acerca do eixo opinativo arguido.

Ao final do presente trabalho, traz-se um pequeno delineamento do que foi debatido ao longo da dissertação, junto a uma conclusão de caráter argumentativo-opinativo e indicativo.

Como objetivo geral do presente trabalho, busca-se promover um panorama amplo acerca da privacidade genética, possibilitando ao autor e aos futuros leitores a capacidade de enxergar e opinar rica e criticamente sobre o fenômeno da discriminação genética.

Como metas específicas já deixadas cristalinas, procura-se estudar de maneira mais profunda as teorias jurídicas sobre o chamado ‘feixe dos direitos da personalidade’ e, principalmente, o embasamento doutrinário clássico do direito à privacidade, além de traçar um breve histórico da ciência da engenharia genética – mormente do tratamento dado à privacidade em tal campo desde seu surgimento –, analisar o que produções acadêmicas estrangeiras e nacionais pregam acerca do tema, igualmente averiguar a origem, o conceito, os motivos, o impacto e o nível de gravidade do fenômeno da discriminação genética no mundo contemporâneo – mais especificamente na realidade da sociedade brasileira em Direito Civil, no âmbito legal trabalhista e, claro, qual a visão tida pela coletividade acerca do mesmo –, propondo soluções viáveis ao problema, de maneira a conciliar interesses conflitantes, e, por fim, atingir todos os objetivos anteriores por meio de análise sob uma ótica civil-constitucional.

1.

Base científico-filosófica e sociológica

1.1

Os perigos dos caminhos da genética sob uma ótica teórica e epistêmica, coroados pelas questões dos limites entre o público e o privado em uma análise extensa dos direitos à privacidade e ao corpo

Para um maior embasamento científico a fim de se discorrer acerca de qualquer questão problemática de natureza humanística, é imprescindível que recorramos à obra do filósofo, sociólogo e teórico crítico alemão Jürgen Habermas. Indubitavelmente, seu trabalho de maior utilidade prática para a presente dissertação cuida-se de *O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?*, publicado originalmente em terras brasileiras em 2004. A obra em tela nos brinda com uma discussão gerada pela engenharia genética, convidando o leitor a se questionar se a filosofia pode lançar a si mesma a questões pertinentes à ética da espécie.

Habermas perquire acerca do tratamento que deve ser dispensado à pesquisa e às tecnologias genéticas, o qual orbita há certo tempo em torno da polêmica filosófica sobre o *status* moral da vida humana anteriormente ao estabelecimento do caráter pessoal individual (HABERMAS, 2010, *passim*). Na perspectiva do autor, possivelmente em um breve futuro a humanidade lançará um olhar retrospectivo às práticas controversas genéticas, enxergando-as como originadoras de uma verdadeira ‘eugenia liberal’, regulada por interesses egoísticos e de caráter mercantilista. Em outras palavras, uma eugenia calcada nas noções já conhecidas de oferta e procura.

Desta feita, a intenção de Habermas no livro ora analisado é problematizar as bases morais considerando o avanço biotecnológico e a natureza humana, e é nesta riqueza de pensamento que se busca sustentar argumentos na presente dissertação. Habermas enumera que a manipulação genética se relaciona à própria identidade da espécie, noção essa que guarda estreita correlação com o Direito e a Moral (HABERMAS, 2010, p. 19). A ideia de fabricação de características ou corpos, sob a ótica habermasiana, muda a autocompreensão ética da espécie e afeta a concepção

que o indivíduo interferido tem de si, eis que uma programação eugênica do patrimônio hereditário limita uma configuração autônoma da vida de uma pessoa.

Para Habermas, é possível que a perspectiva hodierna de autoinstrumentalização otimizante⁸ da espécie por meio de um “supermercado genético de clientes” acabe por modificar o próprio status moral dos futuros humanos (HABERMAS, 2010). Neste ponto, avalia-se que a preocupação de Habermas tem toda a razão de ser, uma vez que a autocompreensão individual e consequentemente sua dignidade enquanto pessoa humana é mitigada no caso em tela e também sempre que se use o corpo humano para satisfação de vontades alheias (HABERMAS, 2010, p. 21).

Habermas expõe, ainda no prefácio, uma análise das teorias de Kant e o conceito de ‘ética do ser em si mesmo’ de Kierkegaard⁹, indicando de maneira direta que o pensamento pós-metafísico precisa impor a si mesmo uma moderação ao tratar da tomada de posições definitivas quanto à chamada ‘vida boa / não fracassada’, doravante explicitada.

Sob a ótica habermasiana, os objetivos terapêuticos da manipulação genética ainda não trazem limites consideráveis a possíveis interferências maléficas. Embora Habermas seja partidário de uma filosofia que não estude a vida correta, tendo em vista o pluralismo social contemporâneo, afirma que a biotecnologia abre espaço para uma discussão acerca do conceito de ‘vida boa’, no sentido de saber-se qual é a identidade que a humanidade como um todo deseja, ou não, assumir. É a partir deste ponto que Habermas se lança no debate sobre eugenia, buscando argumentos baseados em sua filosofia.

O principal processo genético analisado por Habermas na discussão que propõe na obra é o Diagnóstico Genético de Pré-Implantação (DGPI), o qual consiste na submissão de embriões que se encontram em estágio de oito células a exames genéticos e de precaução. Este processo é disponibilizado aos pais que buscam evitar o risco de transmissão de doenças hereditárias, de modo que, confirmada alguma doença, o embrião não é reimplantado na mãe, sendo esta

⁸ Conceito habermasiano segundo o qual a ciência está tendendo a evoluir para satisfazer preferências diversificadas de clientes, com base na ideia de melhoramento por meio da tecnologia genética.

⁹ Filósofo dinamarquês tido como pai do existencialismo, linha de pensamento que retira o Homem como mero pertencente a uma espécie e o põe como definidor de sua existência. Tal teoria prega que o Homem se torne subjetivo, ou seja, uma transformação do sujeito em si mesmo.

poupada de uma futura interrupção gestativa (HABERMAS, 2010). A partir deste processo, surgem questionamentos filosóficos sobre até onde deve ir a ciência e quais seriam os limites à intervenção da genética.

No Diagnóstico Genético de Pré-Implantação, a fronteira entre seleção de fatores hereditários de saúde e desejáveis/indesejáveis é muito tênue, ou seja, é de difícil constatação o limite entre a possibilidade de se prevenir o nascimento de um ser humano gravemente doente e aquela de aperfeiçoar-se o ser humano de acordo com padrões sociais (que se trata de decisão eugênica). Diante desta falta de limites conceituais entre prevenção e eugenia, a discussão sobre o DGPI passa a ser uma questão política – coadunando-se com a noção de biopolítica de Foucault, a qual será esmiuçada devidamente mais à frente.

Ao tratar de “decisões eugênicas” e suas polêmicas, Habermas menciona constantemente a noção de eugenia liberal, a qual, à sua visão, é a espécie eugênica que não respeita nem reconhece limites entre intervenções terapêuticas e de aperfeiçoamento da espécie com escolha de características desejadas, deixando a escolha dos objetivos dos procedimentos genéticos nas mãos das preferências individuais dos integrantes do mercado (HABERMAS, 2010, p. 32). Em outras palavras, estar-se-ia permitindo o desenho humano, de capacidades físicas e mentais, beleza, longevidade e outros atributos, por meio de terapia ou engenharia genética (HABERMAS, 2010, p. 35).

Tal aperfeiçoamento da raça humana, segundo Habermas e Feldhaus (FELDHAUS, 2011, p. 8), seguiria sempre o fluxo demandado pelo mercado, eis que é neste último que são calcadas as preferências individuais. Estar-se-ia, portanto e com base na lógica de mercado, contrariando interesses ou direitos do indivíduo que sofreu a intervenção, e conseqüentemente configurando-se uma eugenia liberal (HABERMAS, 2010, p. 57-63)? Nesse sentido, a preocupação especial com o DPGI se deve à possibilidade de afronta à dignidade do ser em formação, bem como à sua autonomia, tendo em mente que seus direitos de autodeterminação e principalmente autocompreensão foram mitigados por decisão de terceiros antes mesmo de seu nascimento.

Como consequência desse raciocínio, os procedimentos genéticos são questionados não apenas sob o ponto de vista da moral, mas também sob um prisma jurídico-normativo, eis que as gerações futuras podem vir a ser obrigadas (por esta eugenia liberal empreendida a partir de hoje) a se conformar com relações coletivas

não mais calcadas em condições igualitárias baseadas na Moral e, finalmente mencionando-o, no Direito. Outro argumento jurídico limitador dessa eugenia liberal seria o fato de que os procedimentos genéticos são irreversíveis, gerando responsabilidades morais e jurídicas eternas. O fenômeno a ser doravante combatido, portanto, se trata de processo de heterodeterminação que pode reverter em inúmeras questões negativas, tanto em relação à possibilidade de não compreensão do indivíduo para consigo e como ser humano, quanto em relação à questão de não se entender como sendo o autor único de sua própria vida. O próprio direito à indisponibilidade da vida humana poderia ser colocado em xeque (HABERMAS, 2010, p. 90-97).

Após esta análise, é possível afirmar que a humanidade possivelmente se encontra, sim, a caminho de uma eugenia liberal, disto surgindo inúmeras questões éticas, morais e jurídicas. Neste ponto, chamamos atenção ao fenômeno da discriminação genética propriamente dita, que, como ver-se-á adiante, indubitavelmente se trata de grave manifestação, ou então ao menos de um feixe, de tal eugenia liberal. Diante de tanta complexidade e de tantos desafios, cabe-nos refletir sobre os avanços existentes e sobre os que estão por vir, mesmo diante da ausência de regulamentações específicas sobre o tema. Quanto a isto, Habermas afirma que a eugenia nasce sempre com um viés de pesquisa básica e logo depois já adota um caráter de aplicação prática, considerando que importantes problemáticas da seara da Bioética certamente estão conexas ao aumento das possibilidades de certezas diagnósticas e da dominação da natureza humana pelas novas terapias. Porém, somente a ciência genética cujas metas sejam a seleção e a alteração das características e apenas a pesquisa necessária a tal fenômeno vertida a futuras manipulações genéticas é que são verdadeiramente um novo aspecto de desafios (HABERMAS, 2010, p. 111-118). É preciso ainda considerar, como indica Feldhaus, que as possibilidades de manipulação genética impactam de certa forma na compreensão normativa própria do indivíduo “programado”, de maneira que o mesmo possa vir a não se enxergar como único autor de seu projeto de vida, mas sim com um projeto de vida limitado por influências subjetivas de terceiros – mais comumente, os seus genitores (FELDHAUS, 2011, p. 29).

A espécie comportamental plasmada pelas famigeradas práticas eugênicas somente poderia ser exercida sobre coisas, não sobre indivíduos humanos. Tendo em vista a clássica distinção kantiana entre pessoas e coisas, apenas uma pessoa é

deveras dotada de dignidade, ao passo que uma coisa pode ser instrumentalizada. Ou seja, uma coisa pode ser usada, em seus termos, apenas como um meio para a obtenção de determinados fins maiores.

No uso das novas tecnologias de programação do genoma humano, não se encontram presentes apenas problemáticas de ordem moral, mas questões de uma espécie bem distinta – a chamada por Feldhaus ‘autocompreensão normativa’: como queremos nos perceber ou qual categoria identitária desejamos possuir enquanto parte da espécie humana (FELDHAUS, 2011).

A nova ciência aparentemente traz como consequência a disponibilização daquilo que, até então, era indisponível e deixado ao bel-prazer do sistema natural e do acaso. Para Habermas, é preciso tornar normativamente indisponível aquilo que sempre foi naturalmente indisponível. É preciso moralizar a natureza humana (FELDHAUS, 2011, p. 10).

Em texto recentemente publicado na revista eletrônica *Civilistica.com* sobre a perspectiva habermasiana acerca do tema, a pesquisadora Maria Cláudia Cachapuz afirma:

Jürgen Habermas reconhece a dificuldade de enfrentamento do problema das restrições de conduta quando analisa, exemplificativamente, a possibilidade de autolimitação normativa nas questões referentes à vida embrionária. Esclarece que esta interferência, de fato, “não pode se voltar contra as intervenções da técnica genética em si”, inclusive por não se tratar de um problema da técnica, mas do alcance e do modo de intervenção que serão efetuados em concreto. Nem por isso adota uma postura favorável à eugenia liberal sem ponderação prévia. Ao contrário, propõe, para casos de interferência máxima e irreversível sobre a geração do outro – como no caso de pesquisa clínica com embriões a partir da possibilidade de um diagnóstico genético de pré-implantação –, quando ainda existam fronteiras amplas entre a investigação científica e as motivações a tanto, que sejam estabelecidos padrões a priori mais rígidos para a hipótese de uma eugenia negativa, desde logo permitindo a verificação de freios à própria pesquisa, caso não apresentados objetivos claramente terapêuticos na intervenção sobre a geração da vida do outro. É o que garante, segundo Habermas, nas condições fáticas atuais, que se evite uma instrumentalização sobre a vida do outro quando ainda inexistente certeza acerca de um prognóstico de intenções e resultados científicos. (CACHAPUZ, 2015, p. 9)

Ainda segundo a autora, entender tal fato é o mesmo que ter a compreensão que, para efeitos de estudo de um determinado problema colocado basilarmente em um discurso deveras jurídico – que em sua essência funciona por meio de facetas morais –, mesmo que possamos reconhecer a liberdade de um indivíduo em abstrato, faz-se também necessário que lhe seja possível perceber igualmente uma autonomia em potencial, eis que legitimada a realização como membro de uma verdadeira comunidade moral, ou, nas palavras do filósofo alemão, “como uma

comunidade formada de indivíduos livres e iguais que se sentem obrigados a tratar uns aos outros como fins em si mesmos” (HABERMAS, 2010, p. 13).

O fato de haver a possibilidade de participação no famoso discurso jurídico não revela, desta forma, uma checagem simples de potencial liberdade social. É necessário reconhecer-se autonomia aos indivíduos, porque, no mínimo, ao menos em capacidade, há a consideração coletiva – aqui podendo ser entendida como intersubjetiva em sentido lato e extenso da palavra - de que tratamos, uns aos outros, como fins em si mesmos, que é o sentido da obra habermasiana (CACHAPUZ, 2015, p. 6).

Ao mesmo tempo em que, segundo Habermas, reconhece-se que os avanços tecnológicos passam a exigir uma nova “margem de decisão” (HABERMAS, 2010, p. 18) inclusive quanto aos limites à geração de vida humana, corremos um risco sério de termos que estabelecer um novo parâmetro à autocompreensão. Ou decide-se de forma autônoma, “segundo considerações normativas que se inserem na formação democrática da vontade” (HABERMAS, 2010, p. 19), ou pode-se resultar em sujeição à arbitrariedade, “em função de preferências subjetivas, que serão satisfeitas pelo mercado” (HABERMAS, 2010, p. 20).

É neste cabal momento que chamamos atenção à aplicabilidade prática da teoria habermasiana à seara da discriminação genética: em uma sociedade que se encaminha para uma eugenia liberal, possivelmente tornar-se-á comum a prática de exigência de exames genéticos como condições para contratações trabalhistas, cíveis ou até mesmo para a adoção de infantes.

É necessário, portanto, que haja uma moralização da natureza humana por meio do que Habermas chama de sistema antropológico (HABERMAS, 2010, p. 128).

Defende-se, neste ponto, que o ordenamento jurídico deve garantir, por meio de seus mecanismos legais, jurisprudenciais e doutrinários, a vedação a ocorrências do fenômeno da discriminação, especialmente no que concerne seu aspecto recortado na genética, tendo em análise a falta de regulamentação concreta por meio de lei no Brasil e em praticamente todos os países ao redor do globo.

Após o exposto, pode-se concluir, ao menos a princípio e deixando para maior dissecação em momento oportuno posterior – mais precisamente quando discutir-se-á de maneira explícita as polêmicas sobre corpo e privacidade recortada na parte genética –, que as noções habermasianas de eugenia liberal, supermercado genético

de clientes, ciência regulada pelas leis de oferta e procura do mercado e tratamento a humanos como fins em si mesmos são incisivamente aplicáveis como argumento sustentador da vedação à discriminação genética, tendo em vista os perigos da ausência de regulamentação.

Para uma melhor continuidade teórica com considerações científico-sociológicas, busca-se recorrer aos ideais do célebre filósofo francês Michel Foucault, especialmente às noções de biopoder e biopolítica. Em sua obra *A história da sexualidade: a vontade de saber*, a ‘biopolítica’ é caracterizada como uma série de intervenções e controles reguladores da população, enquanto a noção de ‘biopoder’ pode ser definida como o poder soberano de administração dos corpos e gestão calculista da vida, ambos fenômenos facilmente atreláveis às noções habermasianas de manipulação genética como fator de criação de riscos a possíveis eugenias liberais em futuros não tão distantes de nossa realidade (FOUCAULT, 2014, *passim*). Logo, por enxergar como ferramenta mais correta, efetiva e legítima, procura-se defender uma regulação – um verdadeiro controle da biopolítica por parte de mecanismos éticos que proteja efetivamente os corpos, a população e a dignidade humana geral. Vale ressaltar, contudo, que, ao contrário de Habermas, Foucault não trabalha a saída para tais dilemas por meio do Direito.

Estamos, de acordo com Foucault no livro *Em Defesa da Sociedade*, na era do biopoder (FOUCAULT, 2010, *passim*). Nela, o poder se apropria da vida como núcleo, o que significa que suas ferramentas dominam o âmbito que vai do orgânico ao biológico, do corpo à população. O poder soberano e o controle sobre a vida se relacionam exatamente para funcionalizar do corpo humano, tornando própria a forma de ser do homem. Ainda que a vida não seja completamente dominada por técnicas, a biopolítica e o biopoder surgem de modo sutil, lento e gradual como uma forma de intervir no modo de viver, ser e estar da sociedade dos homens.

O biológico, assim, tem seu retrato diretamente na esfera política, e esse reflexo se apresenta no momento em que a própria espécie – o humano, seu corpo – entra em jogo nas estratégias de controle governamentais. O pensamento de Foucault apresenta instrumentos teóricos importantes, podendo ser vistos como novos, para uma visão crítica acerca das sociedades do presente (FOUCAULT, 2010, *passim*), dando embasamento mais que suficiente para arguir o que será doravante opinado.

Foucault contextualizou os termos ‘biopolítica’ e ‘biopoder’ ao descrever, em seu livro *A história da sexualidade: a vontade de saber*, o histórico e alusões do direito de morte ou morrer (causar a morte ou deixar viver) e o poder absoluto dos “soberanos” sobre a vida dos seus “súditos”.

Coadunando-se em ampla monta com o que prega Foucault, Michael Hardt e Antonio Negri (HARDT; NEGRI, 2001, p. 58-63) avaliam o biopoder como se tratando da completude da soberania e do poder estatal em face da gestão dos corpos humanos. De acordo com esta corrente, pode-se enxergar uma intensa inclinação do poder público, indiferentemente de qual regime escolheu adotar, de absorver o controle do “soberano” sobre o povo, no caso visto como seus “súditos”. Por outro lado, a biopolítica se trata de um mecanismo de concreto e incisivo impacto sobre os corpos e a esfera vital por intermédio de regulamentações e, como cediço, de tecnologias disciplinares (NUNES, 2012, p. 23).

Em seus textos sobre biopolítica e biopoder, mormente *Em Defesa da Sociedade*, no qual aponta as melhores formas de entender a questão do poder e seus efeitos no decorrer da história, construindo uma visão novíssima dos fenômenos da força e da dominação, Foucault se interroga sobre a pertinência do modelo da guerra para analisar as relações de poder, definindo suas duas formas: o poder disciplinar, que se aplica ao corpo por meio das técnicas de vigilância e das instituições punitivas, e aquele que daí em diante ele denominará biopoder, que se exerce sobre a população, a vida e os vivos (FOUCAULT, 2010). Analisando os discursos sobre a guerra das raças e as narrativas de conquista, Michel Foucault estabelece de maneira prima a genealogia do biopoder e do que apelida “racismos de Estado” (FOUCAULT, 2010).

Trata-se de conceito que pode ser explicado de maneira concisa: é uma estratégia de exercício do poder sobre o corpo social, que o fragmenta corpo social e estabelece uma oposição binária entre as raças, conquanto o poder opera sobre a vida biológica.

Em nações que adotam políticas como as tais, os desvalorizados e marginalizados, vistos como “os perigosos” do corpo social, podem ser plausivelmente considerados alvos privilegiados do racismo de Estado (FOUCAULT, 2014, p. 91).

Em ambas as obras, Foucault fala de uma mudança fundamental no modo como a vida é encarada pelo poder. O autor divide a sociedade em tipos, de acordo

com dois modos possíveis com os quais operacionalizam o poder: sociedades de soberania e as sociedades disciplinares.

As primeiras são aquelas nas quais o soberano acumula o direito sobre a vida e a morte de seus súditos. Nas sociedades da segunda espécie, todavia, o poder sobre os corpos e as estruturas vitais não mais se foca nos momentos em que ela pode ser eliminada. Ao invés disto, biopoder trata de administrar a vida em toda a sua extensão, organizando-a, vigiando-a e aumentando seu valor, para que seja possível então incluí-la nos mecanismos do modo de produção capitalista, calcados na biopolítica (NUNES, 2012, p. 23-24).

Não se trata mais de uma lei que vise a morte, trata-se de “distribuir os vivos em um domínio de valor e utilidade” (FOUCAULT, 2010, p. 47). É uma nova lei, sutil, intrínseca e normalizadora, que vai se utilizar de diversos aparelhos (médicos, administrativos, tecnológicos, biotecnológicos, etc.) para regular, dominar e controlar a vida. A aula final de *Em defesa da sociedade* constitui-se numa importante explicação das especificidades e da maneira pela qual se articulam as duas tecnologias de poder que se sobrepõem nas sociedades modernas: a tecnologia do adestramento disciplinar e a tecnologia securacional-reguladora, ou seja, as disciplinas e o biopoder. São dois conjuntos de mecanismos que, ao invés de se excluírem, ajustam-se, acomodam-se um sobre o outro (FOUCAULT, 2010, p. 278).

Em suas expressões, a norma é aquilo que pode tanto ser aplicada a um corpo que se deseja disciplinar quanto a uma população que se quer regular. Ela permite, ao mesmo tempo, controlar a disciplina dos corpos e os acontecimentos aleatórios de uma população (FOUCAULT, 2010, p. 189). Para Foucault, nas sociedades da normalização (disciplinar e reguladora), que têm na vida seu objeto de poder mais importante, o velho “direito de matar” assume uma forma bastante curiosa. A forma de se exercer o poder de matar em um sistema político centrado no biopoder é o racismo. Pelo racismo, introduz-se no domínio contínuo da vida o corte entre aquele que deve viver e aquele que deve morrer. Com o racismo, o tema da guerra das raças é inteiramente substituído pela ideia de que a morte do outro, da raça considerada ruim e inferior, degenerada ou anormal, é o que vai deixar a vida em geral mais sadia e pura (FOUCAULT, 2014, p. 305).

A guerra assume, então, uma nova forma. Ela consistirá não somente em destruir o adversário político, mas especialmente em destruir a raça inferior, e

consistirá ainda num meio de regenerar a própria raça, na medida em que a morte de muitos desta raça a purificaria. E a sociedade nazista aparece, assim, como o exemplo histórico mais surpreendente de um tipo de sociedade em que o poder de matar atravessa todo o corpo social (ibid.).

Na visão de Foucault, não houve sociedade mais disciplinar e mais seguracional que aquela projetada pelos nazistas. Daí o Estado nazista conjugar, ao mesmo tempo, ainda que aparentemente de forma paradoxal, uma espécie de generalização dos procedimentos de uma biopolítica e do direito soberano de matar (FOUCAULT, 2010, p. 194).

O poder soberano e o controle sobre a vida se pautam justamente na funcionalização do corpo humano, que torna própria a forma de ser do homem. Ainda que a vida não seja exaustivamente integrada em técnicas que a dominem, a biopolítica e o biopoder surgem, sutilmente, como uma intervenção no modo de viver dos homens.

Segundo relata Bauman, a modernidade, mais especificamente o século XIX, trouxe consigo a instalação do poder sobre o homem enquanto ser vivo, poder no qual a punição e o castigo foram substituídos pela fiscalização. Identificado por essa observação, pode indicar que a biopolítica lida com a população como problema político, biológico e de poder (BAUMAN, 2006, p. 38-45).

A expressão que serve de título para o curso de 1976 não quer trazer à baila uma espécie de *summa divisio* ou uma ordem propriamente dita dada em nome de uma sociedade como a nossa, que precisaria ser defendida. *Em defesa da sociedade* é antes de tudo uma frase, bem como uma obra, que aponta a existência e a insidiosidade dos meios da biopolítica na qual o grito em prol da blindagem social e vital representa o modo mais aberto de discutirem-se seus mecanismos de ação (eis que em nome da sociedade é que se dá o poder de vida e de morte) e o aspecto mais oculto de esconder suas metas – afinal, em tudo isto trata-se de “defender a sociedade” (FONSECA, 2000).

Ainda dentro de Foucault, porém no que mais concerne o fenômeno da discriminação e todas as suas facetas, faz-se mister pincelar mais duas obras de extrema relevância teórica capaz de embasar o presente trabalho de dissertação: *Vigiar e Punir* e *Microfísica do Poder*, publicados originalmente em 1987 e 1978.

No que diz respeito ao tema do presente trabalho, o livro *Vigiar e Punir* nos traz a noção de poder como adestrador e formador de corpos dóceis. Expliquemos:

para Foucault, no século XVIII o corpo foi alvo de considerações de como ser uma fonte infundável de poder, não apenas o que o autor francês apelida de suplício e agonia, mas sendo usado enquanto máquina, princípio e disciplina (FOUCAULT, 1987, *passim*). Cuida-se de elemento caracterizável por ser dócil e frágil, manipulável e facilmente adestrável pelo sistema vigente, portanto influenciável pela superioridade.

A disciplina do dito século e de seu antecessor difere de todo o tipo de fenômenos de massa anteriormente forjados, fugindo amplamente dos princípios escravista e de domesticidade das épocas clássicas, valendo-se do corpo para determinados fins, fabricando-se corpos submissos às demandas do poder, porém largamente especializados e com a capacidade de realizar diversas funcionalidades em potencial. Tal princípio pode ser melhor visualizado no campo da economia, ou seja, nas fábricas. O controle de produção totalmente observável praticamente elimina o erro e o vazio, aumentando assim os rendimentos, exemplo que demonstra plasmaticamente a teoria aqui apresentada. A noção de sanção normalizadora traz-nos a existência de um regime disciplinar já pressupões um sistema penal, uma micro penalidade para a possível transgressão a qualquer norma. Surge o Direito Penal, então, como forma de coação a tipos previamente selecionados, seja de objetos ou de indivíduos enxergados como meros corpos, meras subjetividades manipuláveis (FOUCAULT, 1987, p. 64).

Porém, o Direito Penal não é a única coação da qual se vale o aparato estatal para a fabricação de corpos dóceis e a massificação de subjetividades passivas. Neste ponto, chamamos atenção ao fenômeno da discriminação, presente em diversas escalas e em variados âmbitos, muitas vezes fomentado pelas próprias políticas estatais, ou mesmo pela deficiência no ordenamento jurídico, como é o caso do tema em tela – a discriminação por motivos genéticos. O próprio Estado, enquanto manifestação dos poderes econômicos, políticos e jurídicos plasmada em instituições públicas, se torna perpetuador da discriminação engendrada no seio social, ao que reproduz práticas nocivas, ou então deixa de coibi-las com seu poderio, como seria de esperar. É aqui que afirmamos haver, possivelmente, interesses obscuros por parte do poder público em manter o *status quo* discriminatório em diversas camadas sociais.

Já na obra *Microfísica do Poder*, Foucault nos traz noções estritamente semelhantes no que concerne a estruturação do poder nas sociedades

contemporâneas, seu histórico e sua contextualização devida (FOUCAULT, 2014, p. 333). No livro, o filósofo francês nos traz uma extensa análise sobre o conceito de ‘disciplina’ como sinônimo de uma denominada ‘microfísica do poder’, que, além de dar nome à obra, trata-se de acepção de estratégia das classes dominantes para criar uma ideologia de submissão, produzindo corpos dóceis e úteis, capazes de fazer o que queremos e de operar como queremos, mediante recursos de adestramento fundados no chamado ‘plano panóptico’ (vigilância hierárquica, sanção normalizadora e exame), cujo modelo exaustivo é a prisão, núcleo da gestão diferencial das ilegalidades promovida pelo sistema de justiça criminal. A medicina, a psiquiatria, a justiça, a geografia, o corpo, a sexualidade, o papel dos intelectuais e o Estado são analisados por Foucault em vários artigos, entrevistas e conferências reunidos no livro, todos os textos tendo como eixo centralmente arguido a questão do poder nas sociedades capitalistas: sua natureza, seu exercício em instituições, sua relação com a produção da verdade e as resistências que suscita (FOUCAULT, 2015). O método genealógico desenvolvido por Foucault evidencia a existência de formas de exercício do poder diferentes do Estado, a ele articuladas e indispensáveis à sua sustentação e atuação eficaz (*ibidem*). E à medida que o poder não está localizado exclusivamente no aparelho de Estado, diz Foucault, “nada mudará a sociedade, se os mecanismos de poder que funcionam fora, abaixo e ao lado dos aparelhos de Estado em um nível muito mais elementar, no cotidiano, não forem modificados” (*ibid.*, p. 347).

O aparato estatal, como já defendido, é completamente tecido em prol dos interesses de uma parcela da sociedade, sendo construído com fitos específicos de dominação e subjugação de classes inferiores e de tornar-se seus corpos reais subjetividades mansas.

Foucault mostra, a bem da verdade, que o próprio Estado é um efeito de conjunto ou resultante de uma multiplicidade de engrenagens e de focos que se situam num nível bem diferente e que constituem por sua conta como uma microfísica do poder, assim apelidada tendo em vista a não-centralidade do poder. O que Foucault define como ‘microfísica do poder’ pode ser conceituado tanto quanto um deslocamento do espaço da análise do poder quanto do nível de poder quando este se encontra presente (FOUCAULT, 2013, p. 124).

Duas facetas conectas de maneira íntima, uma vez que a consideração do poder em seus aspectos externos, o olhar atento a suas manifestações menores e a

seus últimos contornos têm como noção conexa o investigar dos procedimentos sistêmicos de poder que empreendem um controle detalhado do corpo – gestos, comportamentos, hábitos, e claro, discursos (FOUCAULT, 2013, p. 136).

Tais fabricação e controle dos corpos e subjetividades por meio de um sistema todo vertido para tal acaba por corroborar, legitimar e aumentar os fenômenos de opressão, dos quais é exemplo primário a discriminação. O caso da discriminação genética, nova forma em que se apresenta o fenômeno, demanda, portanto, uma vigilância ainda mais próxima, atenta e preocupada, tendo em vista as inúmeras possibilidades de abuso que vislumbramos ao horizonte.

Seguindo a linha de raciocínio ético-moralista de Habermas e a corrente filosófica de Foucault, temos a interessante obra *O Que o Dinheiro Não Compra: os limites morais do mercado*, do autor estadunidense Michael J. Sandel, convidando o leitor a refletir sobre como o mercado, nos dias de hoje, exerce influência significativa em toda e qualquer seara da vida em sociedade (GASPERONI, 2015, p. 3).

Valendo-se do método da descrição e estudo de diversos fatos cotidianos correlatos à lógica de mercado ao redor do globo, mormente nos Estados Unidos, Sandel debate problemáticas que, em sua opinião macro, vêm passando despercebidas e sem a devida atenção pelo poder e instituições públicas e pelo corpo social em geral (SANDEL, 2012, *passim*; GASPERONI, 2015 p. 4).

A proposta do autor é, a partir de trabalhos empíricos, balancear sobre como o mundo contemporâneo está sendo transformado em uma “sociedade de mercado”, em detrimento do que deveria ser meramente uma economia de mercado. Cuida-se de um novo fenômeno social, onde tudo parece ser comercializável e nenhum limite contém os interesses financeiros sobre todas as áreas da vida. O aumento do impacto de tal ideologia comercialista parece ser uma estrada sinuosa e recheada de perigos, que está nos transportando a uma realocação gradual dos valores morais, éticos e cívicos por interesses egoísticos, pura e simplesmente mercadológicos. Sandel nos brinda com reflexões acerca de até quando devemos deixar que prevaleçam os valores mercantis sobre aspectos da vida em sociedade que, até pouco tempo atrás, não eram subjugadas a eles, como saúde, educação, deveres cívicos, relacionamentos afetivos, meio ambiente, esportes, dentre outras (SANDEL, 2012, p. 82-87). Estaria o mercado ultrapassando os limites ao se impor sobre áreas que não têm, em sua essência, seus valores? Até que ponto os interesses de mercado

devem poder causar degradações a um certo comportamento? Não estaria o mercado impactando em demasia as nossas vidas (SANDEL, 2012, p. 29)? O que se propõe, como o subtítulo adianta, é avaliar a existência de fronteiras morais do mercado e checar a partir de que momento deve haver empecilhos a seu impacto. Trata-se de livro correlacionável às noções habermasianas de encaminhamento a uma eugenia liberal quando se debatem as questões da saúde e da genética, bem como atrelável às acepções foucaultianas de biopolítica e biopoder, quando traz as interferências dos poderes econômicos no mundo da vida visando o fabrico de corpos dóceis e úteis às lógicas mercantis, em que pode vir a se inserir a discriminação genética (GASPERONI, 2015, *passim*).

O intrigante trabalho do doutor e acadêmico brasileiro Daniel Sarmiento chamado de *Direitos fundamentais e relações privadas*, sua tese de doutoramento posteriormente publicada em formato de livro, também se coaduna de maneira estrita e concreta com as ideias apresentadas até aqui (bem como com algumas acepções expostas adiante no presente trabalho). A pesquisa tem como problematizar a questão da vinculação dos particulares (e de suas relações exclusivas) aos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, que foram pensados em seu princípio para reger as relações de hierarquia – em outras palavras, entre os indivíduos e o Estado –, devem produzir efeitos nas relações das quais este não participa, ou seja, nas relações exclusiva ou primordialmente entre particulares? Se sim, que efeitos podem ser esses e, mais importante, de que forma poderão ser realizados (SILVA, 2005)?

Mesmo se tratando de uma ideia simples, a resolução do problema não o é, tendo sido alvo de intensos – e extensos – debates em terras alemãs, estadunidenses e brasileiras por diversas décadas.

Sarmiento afirma que, hodiernamente, a grande maioria da doutrina jurídica ocidental aceita a existência da produção de efeitos dos direitos fundamentais também nas apelidadas relações horizontais – aquelas entre particulares. O problema, portanto, não é mais ‘se’ tais direitos produzem efeitos, mas sim ‘como’ (SARMENTO, 2010).

Daniel Sarmiento apoia boa parte da sua proposta de solução para o problema da tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais em dois conceitos-chave. O primeiro deles é a dicotomia simetria/assimetria entre as partes; o segundo é aquilo que Sarmiento chama de questões existenciais, que ele contrapõe às questões

de cunho patrimonial. O primeiro dos critérios, aquele baseado na dicotomia simetria/assimetria das partes envolvidas na relação entre particulares, é reputado por Sarmiento como primordial (SILVA, 2005, p. 172; SARMENTO, 2010, p. 300). Por assimetria, Sarmiento entende desigualdade fática entre os envolvidos. Segundo ele:

Quanto maior for a desigualdade (fática entre os envolvidos), mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito. (SARMENTO, 2010, p. 303)

Quanto ao segundo critério, que leva em consideração o tipo de questão envolvida – existencial ou econômico-patrimonial –, Sarmiento sustenta que, nos casos envolvendo questões existenciais, a autonomia privada terá um peso maior do que nos casos concernentes a questões econômicas (SILVA, 2005, p. 174).

Além disso, nesses últimos casos, a proteção da autonomia privada em face de um eventual direito fundamental restringido deverá variar em função da essencialidade do bem envolvido na situação (SARMENTO, 2010, p. 309).

A importância desse critério consiste justamente na tentativa de evitar, na expressão do próprio Sarmiento, a “homogeneização forçada do comportamento individual a partir de pautas tidas como ‘politicamente corretas’, às custas do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais” (SARMENTO, 2010, p. 310).

As problemáticas a cá trazidas serão abordadas de maneiras mais extensas e de formas mais analíticas adiante no texto, quando será proposta a discussão sobre as chamadas situações jurídicas dúplices, caracterizadas por conterem em seu núcleo tanto questões patrimoniais quanto de natureza existencial, como é o caso – por vezes – de situações de ocorrência de discriminação genética.

Se a discriminação, especialmente o fenômeno crescente e alarmante da discriminação genética, pode se dar não apenas em relações hierarquizadas/verticalizadas (leia-se, públicas), mas também no âmbito das relações entre particulares (vulgo horizontais), é ululante que se deve atentar, portanto, ao que dispõem as regras aplicáveis a casos de ambas as naturezas.

Portanto, e como se verá igualmente adiante no capítulo próprio acerca do Direito Civil lido à luz da Constituição, os direitos fundamentais (não apenas aqueles de sede constitucional, mas todos) devem ser encarados como direta e

concretamente aplicáveis à discriminação genética, podendo servir irrefutavelmente como embasamento argumentativo para sua regulação e quiçá real vedação por meio de nosso ordenamento jurídico pátrio.

Mais adiante voltaremos a tal ponto, quando concluirmos a presente dissertação com considerações opinativo-valorativas defendendo a proibição cabal da discriminação genética.

O denso livro *O Homem Pós-Orgânico*, da pensadora argentina Paula Sibilía, nos mostra como a ideia de corpo enquanto problema jurídico contemporâneo dialoga com as ideias de biopolítica e biopoder de Foucault, tendo estrita relação com a seara da privacidade. Para ela, construir um homem pós-orgânico – um projeto fáustico, ou seja, pomposo, luxuoso, impecável – parece ser a vontade da nossa época (SIBILIA, 2005, p. 34).

Estamos no começo de uma transformação complexa que Sibilía examina de modo alerta: encontramos-nos passando de um mundo em que a máquina era a base da ordem, a origem da potência e regularidade, para outro em que o Homem deve se sintonizar com as exigências do capitalismo global (*ibidem*, p. 35) – o que pode nos remeter muito às ideias de eugenia liberal de Habermas e biopolítica/biopoder mercantil de Foucault.

O corpo, na visão da filósofa argentina, está agora imerso numa seara de possibilidades de manipulação e programação, virando um objeto de experiências, e ninguém sabe ainda para quê, sendo isto que Sibilía visa investigar na obra.

A ideia principal do livro é que o capitalismo industrial desenvolveu técnicas para modelar com eficácia corpos úteis e subjetividades dóceis, onde novamente a pensadora comunga com Foucault (SIBILIA, 2015, p. 38).

Agora, com seu desígnio de “digitalização universal”, a teleinformática e a biotecnologia pretendem obter mutações ainda mais radicais: a supressão das distâncias e das doenças, do envelhecimento e inclusive da morte. Para isso, o corpo humano deve se tornar um sistema de processamento de dados e um banco de informações genéticas. Preocupa-se absurdamente com o fenômeno crescente da otimização mercadológica do ser humano (SIBILIA, 2015, p. 98).

Segundo Sibilía, o conhecimento científico se encontra em um momento de dação de novas definições ao corpo humano: tira-se o poder dos homens vivos para fazer do homem morto seu modelo-base, seu objeto científico de estudo considerado mais sacral e basilar.

Deste ponto para a frente, a intimidade dos corpos vem sendo fatalmente colonizada: seu núcleo se desvela, iniciando-se um processo que hoje culmina pontualmente com a descoberta completa dos genomas e a conquista da ciência ao nível molecular graças às tecnologias digitais (*ibid.*, p. 101).

Neste plasmar que a autora mais uma vez apelida de fáustico e que demonstra tão bem o saber atual, todavia, o projeto da ciência parece estar ultrapassando todas as fronteiras que constringem a velha estrutura carnal, ao que se manipulam informações genéticas, reprogramam-se células e produzem-se vidas em laboratórios, dentre outros infinitos exemplos (*ibid.*), dentre os quais acrescenta-se aqui, à guisa de adiantamento do porvir na presente dissertação, a discriminação em contratações ou adoções com base no condicionamento a exames genéticos.

Com o fito de aclarar tais questões, o livro mostra uma ânsia de natureza bem humana: “a fuga da dor rumo a um corpo poderoso, elétrico, quase imunizado, um elixir para a autoestima”. É a essa perfeição buscada pela tecnologia atual, quem sabe eugênica, que Sibilia chama de “homem pós-orgânico” (*ibidem*).

A autora empreende uma dupla tarefa: disseca as possibilidades da época que está por vir e desvela os mecanismos de saber e de poder que a tornam possível. Visto que o tempo concedido a um corpo é irreversível, ela nos lembra que perguntar é uma arma política, um meio de luta, que há fendas em todo sistema e que a vida tem ainda muito por ser estudada, uma miríade de possibilidades ainda não tentadas, o que gera ao mesmo tempo riscos e esperanças – ideia dicotômica pessimista-otimista também de Habermas e, pelo aqui exposto, Foucault.

A ideia nuclear do livro é que o capitalismo industrial desenvolveu técnicas para modelar com eficácia “corpos úteis e subjetividades dóceis” – onde, mais uma vez, Sibilia apropria-se dos ideais foucaultianos para expandi-los de maneira didática (SIBILIA, 2015, *passim*).

Agora, com seu desígnio de ‘digitalização universal’, a teleinformática e a biotecnologia pretendem obter mutações ainda mais radicais: a supressão das distâncias e das doenças, do envelhecimento e inclusive da morte, a implantação de chips em seres humanos – seja para qual fim for –, dentre outros fenômenos de urgente relevância (*ibidem*, p. 104).

Para isso, o corpo humano deve se tornar um sistema de processamento de dados e um banco de informações genéticas, já que as novas ‘ciências da vida’

apontam para sua hibridação com materiais inertes e para a reprogramação de suas células.

Como dito, certa vocação fáustica impulsiona esses processos, tendentes a ultrapassar as antigas limitações biológicas para gerar uma “compatibilidade” tecno-humana que rejeita os enigmas ancestrais de sua espessura carnal (SIBILIA, 2015).

É um livro, enfim, que examina as bases filosóficas da tecnociência com o fim de decifrar suas articulações políticas, sociais e éticas, concluindo que o entrecruzamento de biologia e informática simplifica a complexidade humana para promover os mecanismos de controle engendrados pelo capitalismo contemporâneo, com vistas à sua otimização mercadológica em todos os âmbitos e com diversos fins (SIBILIA, 2015, *passim*), e é nesta linha que buscar-se-á argumentar em prol da vedação à discriminação genética mais adiante no presente trabalho de dissertação.

Já Carlos Konder, no artigo *Privacidade e Corpo: convergências possíveis*, propõe uma leitura historicamente contextualizada das convergências entre o direito à privacidade e a proteção jurídica do corpo.

Parte da concepção moderna do ‘direito a ser deixado só’ e da indisponibilidade do corpo, e aborda os desafios impostos pelas pressões do mercado e demandas por segurança para chegar à privacidade como autodeterminação informativa (conceito originalmente trabalhado por Rodotà)¹⁰ e ao corpo como informação, ilustrando com os exemplos da redesignação sexual, proteção dos dados genéticos, a implantação de chips em seres humanos e direito de não saber (KONDER, 2013, *passim*).

Afirma Konder, logo ao iniciar o texto, que os institutos da privacidade e do corpo são excelentes “termômetros” para indicar os valores, desejos e medos que numa dada sociedade dão conteúdo ao seu Direito Civil, eis que são construções sociais corolárias de um processo histórico de separação entre as esferas pública e privada (KONDER, 2013, p. 355).

¹⁰ Conceito elaborado por Rodotà e defendido amplamente pela doutrina civil-constitucionalista, que argui em prol da consideração do mesmo como um direito constitucional e fundamental a aceder, retificar e cancelar dados pessoais constantes de bancos de dados eletrônicos (privados ou públicos), tratando-se de real evolução do direito à privacidade.

Sua contextualização histórica da privacidade é rica principalmente ao avaliar a acepção original e amplamente difundida da mesma, qual seja, ‘o direito a ficar / a ser deixado só’, pela qual a doutrina pregava apenas a proteção jurídica de espaços livres de vigilância para desenvolvimento da personalidade e a defesa de uma existência pessoal única contra perturbações exteriores, como assédio e observação – tutelava-se a imagem, os sigilos e a inviolabilidade de domicílio (KONDER, 2013, p. 361).

Porém, ainda que enxergada de um modo patrimonialista e individualista, deve-se reconhecer que esta onda – ou corrente – foi de crucial importância para a proteção de diversas minorias, para a garantia de liberdades individuais, para o desenvolvimento pessoal e para o pluralismo (KONDER, 2013, p. 282).

Contextualizando historicamente o corpo enquanto instituto, Konder avalia que houve uma época em que se considerava o mesmo como um ente intocável – vinculava-se o mesmo à fisiologia natural e à sexualidade–, logo, mesmo nos períodos de maior afirmação da liberdade individual, uma série de limitações pesava sobre a autonomia corporal (em geral culturais/construções sociais, ou seja, tabus) (*ibidem*, p. 369).

Com a ruptura epistêmica que trouxe o paradigma moderno, quando se distinguiu o sujeito do objeto do Direito, entrou-se na era do ‘direito ao próprio corpo’. Mas ainda há, mesmo em codificações civis modernas como a do Brasil, legislações que representam a mentalidade restritiva, vide o art. 13 do CC/02, que veda atos de disposição do próprio corpo que importem diminuição permanente da integridade física ou violação dos bons costumes, exceto por exigência médica. Aqui temos, nas palavras de Konder, as três vertentes dos discursos restritivos ao direito ao próprio corpo: naturalização, medicalização (no qual temos o caso da autorização jurisprudencial e doutrinária à cirurgia de redesignação sexual, eis que cura de algo considerado doença, portanto tem finalidade terapêutica) e moralização. Há ainda na sociedade uma ideia de “corpo normal/padrão”, o que faz com que casos *wannabes*¹¹, dentre outros, sejam ainda vedados (KONDER, 2013, p. 265).

Porém, Konder ataca mais incisivamente a vedação aos atos de disposição contrários aos bons costumes, considerando tal critério uma abertura de portas para

¹¹ Casos polêmicos da seara do Biodireito, que versam sobre a possibilidade de disposição de partes do próprio corpo a ponto de gerar-se mutilação ou alteração permanente

que o Judiciário recrimine qualquer forma de exercício da autonomia corporal que se entenda contrária a certo padrão de moralidade (ibid., p. 267).

O autor questiona, então, o tratamento dado hodiernamente aos institutos supracitados, qual seja, sob a lógica de mercado, falando em preço da autonomia – coadunando-se aqui com Foucault e principalmente Habermas e Sibilis. Para ele, bens existenciais têm se tornado mercadorias valiosas, e a personalidade tem tido a tendência, então, de ser submetida aos moldes negociais (ibid.).

Para ele, a pessoa e suas informações mais íntimas são recorrentemente vendidas sob o manto da falaciosa liberdade formal, que nunca é suficiente nas relações desiguais. O valor econômico da informação torna ainda mais lucrativa a violação à privacidade, assim como enseja a proliferação de meios indiretos de usurpação de dados pessoais. Alerta também ao perigo da patrimonialização das situações existenciais. Konder afirma que o Judiciário e a doutrina brasileira têm a tendência de decidir pela patrimonialização, pelos aspectos individualista e voluntarista do paradigma moderno, pelos quais a privacidade e até mesmo – em alguns entendimentos – o corpo seriam bens transacionáveis e renunciáveis (KONDER, 2013, p. 371).

Em citação de Rodotà, Konder busca explicitar sua linha de raciocínio:

Tudo isso é apresentado como um preço compulsório para fruir das crescentes oportunidades oferecidas pela sociedade da informação. Concretamente, isso significa que a contrapartida necessária para se obter um bem ou um serviço não se limita mais à soma de dinheiro solicitada, mas é necessariamente acompanhada por uma cessão de informações. Nessa troca, então, não é mais somente o patrimônio de uma pessoa que está envolvido. A pessoa é obrigada a expor seu próprio eu, sua própria persona, com consequências que vão além da simples operação econômica e criam uma espécie de posse permanente da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito. (RODOTÀ, 2008, p. 113 apud KONDER, 2013, p. 362)

Perlingieri e Rodotà alegam que o problema também atinge a proteção jurídica do corpo (como são os casos das moças que alugam as coxas para propaganda em Tóquio, da prostituição, barriga de aluguel e venda de órgãos, sangue e gametas). Para Rodotà, é importante diferenciar autonomia e desespero (RODOTÀ, 2008, p. 119 apud KONDER, 2013, p. 364). Konder cita Bauman e Rodotà sobre o medo que gera a possibilidade de controle e vigilância. Mecanismos de controle e vigilância são restrições ao exercício da privacidade e do corpo, eis que se tratam de heterodeterminação da circulação de dados e corpos (atribui-se a um terceiro o poder de coletar e utilizar informações alheias). Especialmente após

o 11 de setembro, a balança tem pendido para o lado da vigilância, ao invés de pender para o lado aqui defendido da autonomia (KONDER, 2013, p. 380).

No caso brasileiro, houve a criação do Registro de Identidade Civil e do Cadastro Nacional do RIC, além da promulgação Lei 12.654/12, que trouxe a coleta de material biológico por ocasião da identificação criminal, com o fim de obter o perfil genético do acusado – os chamados bancos de dados genéticos para fins criminais. Konder analisa o embate entre vigilância e autonomia igualmente ao avaliar o Sistema Nacional de Identificação Automática de Veículos (que traz a exigência de chip nos carros), e o chamado ‘Mosaico’, programa da Agência Brasileira de Inteligência que tecnicamente a permite espionar usuários do Facebook, Twitter, Instagram e WhatsApp (*data mining*).

O autor defende serem o *habeas data* e a Lei Geral de Acesso à Informação verdadeiros limites ao sigilo de dados e possibilidades de acesso a informações que estão sob a guarda do Estado, bem como prega serem o Marco Civil da Internet e o PLC 4060/12 reais proteções de dados virtuais e biométricos, respectivamente (*ibidem*, p. 384).

Ora, encontramos-nos, portanto, num período de banalização da autolimitação da privacidade, o que está provocando a própria desconsideração social ou sua ruína, eis que os indivíduos passam a encarar como normal sua violação, inclusive quando afeta frontalmente o núcleo essencial da dignidade humana (neste ponto, lembremos do caso da banhista de topless que teve a foto divulgada e da pessoa com notoriedade como tendo privacidade reduzida). O autor prega, então, que considera necessária uma ampliação da privacidade, defendendo uma transformação legislativa e na realidade (KONDER, 2013, p. 388).

Também é defendido por Konder um novo conceito de privacidade – a noção que Rodotà cunha como ‘autodeterminação informativa, dissertando, inclusive, sobre o *data mining* das corporações de serviços virtuais. Para além do direito ao respeito à vida pessoal e familiar, ao domicílio e suas comunicações, Konder defende que se reconheça, assim como na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, direito à proteção dos dados de caráter pessoal que devem ser objeto de tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou outro fundamento legítimo legal, além do direito cabal e irrefutável de aceder aos dados que lhes digam respeito e obter a respectiva retificação,

remoção ou o que lhe aprouver. Afirma-se ainda que, segundo Rodotà, o corpo foi dissociado, distribuído, virtualizado e colocado em rede. Vejamos:

A dissociação do corpo decorre de sua fragmentação em partes, cada qual com sua autônoma relevância jurídica. Órgãos, tecidos, células, gametas e o próprio código genético (DNA) são ponto de referência de relações jurídicas, objeto de direitos e deveres.

[...] No âmbito nacional, a referência é o caso Glória Trevi, cantora que alegou ter sido estuprada enquanto estava encarcerada nas dependências da polícia federal, mas se recusou a fornecer material biológico seu e do feto para o exame de DNA comparativo

[...]

O exame foi feito sobre a placenta contra a vontade da cantora, respaldado pela opinião dominante do STF, o qual entendeu que a placenta era alheia ao corpo e o interesse individual da cantora não poderia prevalecer sobre o interesse público relativo à segurança pública e à moralidade administrativa

[...]

O corpo, por suas partes, é transformado em dados biométricos [...], padrões corporais que [...] podem ser traduzidos em uma informação, como um dado, um código de barras ou uma cifra alfanumérica. Segundo Rodotà (2009, p. 91), “na *information age*, o corpo foi desde logo considerado como um conjunto de dados, um sistema informativo”. [...] A forma mais agressiva de integração dos corpos na rede se dá através dos implantes de chips que transmitem informações sobre a identidade, o estado de saúde, a localização geográfica e outros dados pessoais. (KONDER, 2013, p. 376-378)

Konder explicita ainda o caso da redesignação sexual e alteração de identidade civil como grandes e belos exemplos de convergência entre privacidade como autodeterminação informativa e corpo como informação – no qual vislumbramos cristalina evolução da jurisprudência. Na parte em que avalia os dados genéticos como dados “sensíveis”, que mais interessa à presente dissertação, Konder – baseado nos conceitos já consagrados pelos marcos teóricos aqui estudados, mormente Rodotà – afirma que a genética é uma das principais contribuições ao reconhecimento do corpo como informação, e, como convergência, espaço para uma concreta e devida atuação da privacidade como autodeterminação informativa (KONDER, 2013, p. 390).

O autor explica que a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos considera o genoma humano simbolicamente patrimônio da humanidade, e, portanto, insuscetível de transações financeiras em seu estado natural, e veda a discriminação com base em características genéticas. As novas tecnologias genéticas, porém, suscitam receios em diversas searas, vide as possibilidades de realização de terapias gênicas e manipulação embrionária pré-implantatória levarem à eugenia, à clonagem, à patenteabilidade por terceiros de sequências de genes (propriedade intelectual genética), entre outros (ibid.).

Konder alega que a identidade genética é um bem jurídico sob tutela constitucional, sendo guarnecido por um direito à identidade, não apenas no tocante à espécie humana como um todo, mas especificamente de cada indivíduo. Informações genéticas são dados sensíveis porque permitem identificar o sujeito, oferecer informações desconhecidas, revelar enfermidades futuras e incertas, e dar informações sobre descendência e outros parentes. Leia-se: testes do tipo têm grande potencial para danificar a esfera do livre desenvolvimento da personalidade.

Daí o receio sobre coleta e utilização discriminatória, vide nas relações trabalhistas e em contratos de seguro, além de testes genéticos antenupciais ou realizados como condições para adoção (KONDER, 2013, p. 392).

No âmbito dos seguros, o acesso a informações genéticas indicando tendências a problemas de coração, certos tipos de câncer, males neurológicos, como o Parkinson e o Alzheimer, e cada vez mais doenças que se tornam passíveis de identificação probabilística, tornam próxima a possibilidade do seguro sem risco.

Alega-se que outra convergência possível entre privacidade como autodeterminação e corpo como informação se encontra na possibilidade de se exercer o ‘direito a não saber’ (bloqueia-se o dever de informar) (ibid.).

Na conclusão, Konder afirma que há um erro comum especialmente grave ao tratar de privacidade e corpo: continuar a se referir aos significados originais, desconsiderando as transformações ocorridas na sociedade (KONDER, 2013, p. 399).

O pesquisador se coloca como defensor da privacidade, afirmando que a eventual restrição de tal direito em certas situações se cuida de real equívoco científico e severa causa de série de repercussões desfavoráveis (ex. diminuir a tutela do segredo e contra invasões e inviolabilidade do isolamento).

Da mesma forma, o professor afirma que não se pode deixar de reconhecer todas as implicações jurídicas da ressignificação social do corpo, seu desmembramento e virtualização. Isso implica desguarnecer a pessoa humana, especialmente diante das novas tecnologias.

Não se trata de fatalismo ou determinismo, mas de reconhecer que a expansão do conceito jurídico de privacidade, convergindo com o conceito de corpo, destina-se exatamente a coibir esses movimentos incompatíveis com a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade. [...] a privacidade contemporânea se expande como direito à autodeterminação informativa, para, reconhecendo nas pessoas “sujeitos de direito e não objeto de crédito”, protegê-las também em sua manifestação mais concreta e pessoal: seu corpo. Assim [...] sua sexualidade, seu

genoma e mesmo seu desconhecimento sobre o seu corpo são tutelados como informações cujo controle deve estar, necessariamente, nas mãos de seu titular. Persistir na ideia [...] é menosprezar a amplitude desse direito e deixar desprotegido o controle das informações que já não se encontram mais sob a alçada do seu titular. (KONDER, 2013, p. 398)

O marco teórico principal de qualquer biojurista, no entanto, cuida-se de empreender uma análise um pouco mais profunda da obra do jurista e catedrático italiano Stefano Rodotà. Ao realizar tal feito, podemos averiguar sua visão crítica sobre os instrumentos jurídicos capazes de auxiliar a sociedade e a política em casos de conflitos de direitos. Em mais compreensíveis termos, o pesquisador italiano prega ter havido uma mutação radical do contexto sociopolítico contemporâneo, gerada pelo advento do progresso científico e tecnológico. Calcado em tal entendimento, Rodotà busca em diversas de suas pesquisas estabelecer uma real ruptura epistêmica, com o fito de estabelecer um novo paradigma que abrace novos anseios, os quais demandam urgentemente novas formas de respeito à pessoa. Em sua obra *A Vida e as Regras: Entre o Direito e Não Direito* (em tradução livre, eis que ainda não publicada edição brasileira), Rodotà tece análise sobre o artigo 32 da Constituição italiana¹², que prevê a saúde como direito fundamental e a não submissão de qualquer pessoa a tratamento forçado se não por força de lei, garantindo, no entanto, os limites do respeito à dignidade enquanto pessoa humana.

A saúde é, em sua opinião, o direito que melhor caracteriza a relação entre a liberdade individual e a igualdade de tratamento, eis que consubstancia a dicotomia tradicional entre ambas. É neste ponto que o mestre italiano nos agracia com a noção de ‘direito e não direito’: o Biodireito e a Bioética se tratam de áreas mais que interseccionais – cuidam-se de um campo de batalha entre a possibilidade de influência estatal (ou seja, o ‘direito’) e o limite à intervenção do poder que Habermas chamaria de esfera pública (em outros termos, o que Rodotà apelida ‘não direito’) (RODOTÀ, 2006, p. 30).

É evidente, contudo, que os estudos acerca dos limites entre público e privado na obra de Rodotà não se esgotarão no referido capítulo; do mesmo livro, pensa-se ser de extrema importância também o capítulo *O Corpo*, no qual se questiona de

¹² *In verbis*: “A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.” (ITÁLIA, 1947)

quem e para que serve o corpo hodiernamente, bem como se perquire a noção de separação do corpo em partes, além da polêmica do direito às escolhas pessoais (autodeterminação informativa) e a acepção – atrelável a Foucault – de que o corpo se tornou um meio para incrementar medidas políticas (ibid.).

No texto *Transformações do Corpo*, o autor prega que houve um processo no qual o corpo foi multiplicado, desterritorializado e desmaterializado, fenômeno já analisado anteriormente quando estudados os trabalhos de Foucault e Sibilia, subtraindo-se o mesmo da esfera de autonomia do sujeito, como em casos de manipulações genéticas e clonagem: retira-se do agente a própria autonomia, eis que sua existência enquanto tal encontra-se determinada, quem sabe até de maneira a bloquear sua constituição como sujeito livre, sendo substituído o nascido pelo criado (RODOTÀ, 2004, *passim*).

Ainda por parte de Rodotà, outra obra do referido autor italiano a ser investigada em largo foco, esta provavelmente ainda mais pertinente ao recorte escolhido, será *A Vida na Sociedade da Vigilância: a Privacidade Hoje*, publicação do ano de 2008 organizada, selecionada e apresentada pela professora Maria Celina Bodin de Moraes, que nos traz uma série de problemáticas concretas ainda pouco abordadas no ambiente público, onde o mestre em análise procura apontar soluções palpáveis para os conflitos criados pelas modernas tecnologias, tendo em mente o respeito à dignidade humana e à democracia, sobre a qual será mais discorrido adiante quando falarmos no material bibliográfico sobre privacidade e corpo (RODOTÀ, 2008, p. 54).

Rodotà afirma, então, que considera necessária uma ampliação da privacidade, defendendo uma transformação legislativa e na realidade. Defende também um novo conceito de privacidade – como já visto, a ‘autodeterminação informativa’. Ao iniciar o capítulo *O corpo como informação*, disserta principalmente sobre Biotecnologia e intervenções no corpo, conceituando Bioética (campo dos valores éticos e morais aplicado às condutas das ciências da vida e da saúde) e Biodireito (seara das normas de conduta e jurídicas aplicáveis a tais fenômenos) (ibid.).

1.2.

Notas sobre os atos de disposição do próprio corpo à luz da doutrina nacional

Outro artigo de intensa pertinência ao trabalho que se tece se trata do intrigante *Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana*, publicado pela professora Maria Cristina de Cicco na revista eletrônica *Civilistica.com*, no qual a autora faz uma leitura civil-constitucional ao analisar a problemática dos atos de disposição do corpo e debate a possibilidade de feitura de negócios válidos e eficazes tendo como objeto o corpo humano ou partes dele, avaliando a evolução dos conceitos de corpo e indivíduo nos últimos anos e defendendo o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo sempre o melhor fiel da balança (DE CICCO, 2013, p. 8-9).

Ela inicia afirmando que as questões a serem tratadas são precipuamente de Biodireito – uma nova disciplina de amplo âmbito de aplicação e competência, que encontra confluência na tutela da pessoa e sua dignidade em todo o arco de sua existência. Em sua visão, os aspectos éticos, morais e religiosos não podem permanecer estranhos a uma investigação que busque verificar a licitude e o merecimento de tutela de atos que podem vir a lesar a dignidade de um indivíduo, cuja tutela é o fundamento do atual ordenamento pátrio e legitima a própria intervenção dos poderes públicos (DE CICCO, 2013, p. 11).

O corpo atualmente não é mais visto como entidade abstrata e intocável, uno e completo, mas sim como uma realidade fragmentada, móvel e de livre desenvolvimento. Assim, chama-se ‘condição pós-humana’ esta situação em que há intervenções externas voltadas a melhorar condições de vida e solucionar dificuldades psicofísicas, mediante a utilização de instrumentos não humanos.

Aqui, De Cicco se coaduna com Rodotà e Habermas: o problema é procurar entender até que ponto se pode levar o progresso. Onde a tecnologia encontra de maneira bélica a dignidade da pessoa humana (DE CICCO, 2013, *passim*)?

A mestra cita os fenômenos da *body art* e *body modification*, casos em que o corpo é um instrumento de manifestação da personalidade, uma vez que tais fenômenos contam com a ideia de consentimento livre e informado para a disposição do próprio corpo, quando defende as cirurgias de mudança de sexo, também investigando os limites do negócio jurídico, demonstrando seguir a noção

de que a doutrina majoritária italiana sustenta a impossibilidade de ser o corpo objeto de tal fenômeno jurídico, momento em que De Cicco cita, além disso, vários casos de embate entre direitos e pessoas que desejavam a disposição absoluta do próprio corpo. A douta pesquisadora ainda alerta sobre a polêmica da recusa por motivos religiosos e da eutanásia solicitada por outrem em caso de estado vegetativo, alegando que se os direitos à vida e à liberdade pessoal são invioláveis, conflitos só podem ser resolvidos pela ponderação, cujo melhor critério é o da dignidade (*ibidem*, p. 12).

De Cicco posiciona-se contrária à visão majoritária e libertária de possibilidade de disposição de partes do corpo em certos negócios jurídicos, tendo em vista mandamentos constitucionais (o corpo não é uma coisa) e os valores basilares dos direitos da personalidade. Defende, portanto, uma ainda maior despatrimonialização destes direitos (*ibid.*, p. 28).

De Cicco dá como exemplo o uso de microchips subcutâneos em empregados para controle do empregador, o que é ilícito ainda que consentido, enquanto que o emprego de tal tecnologia em campo médico para monitorar funções vitais é plenamente merecedor de tutela. Termina seu texto defendendo que justa é a afirmação de que um ponto de vista jurídico (dignidade da vida, que é um princípio laico) deve prevalecer sobre a sacralidade da vida (princípio religioso), tendo em vista o disposto na Constituição:

A tutela da pessoa através dos princípios de liberdade pessoal, da dignidade e da autodeterminação dispositiva não significa indiferença axiológica ou um subjetivismo arbitrário. Ao contrário, ela representa um instrumento indispensável para assegurar a efetividade do princípio da dignidade humana. (DE CICCIO, 2013, p. 34)

No artigo apelidado *A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo*, Maria Celina Bodin de Moraes e Thamis Dalsenter Viveiros de Castro analisam a autodeterminação corporal como espécie de autonomia existencial que se expressa na liberdade de disposição sobre o corpo ou partes dele. Porém, a opinião das autoras é que o legislador do CC/02 adotou uma posição paternalista, diametralmente oposta à posição “personalista” que encontramos na Constituição (BODIN DE MORAES; VIVEIROS DE CASTRO, 2014, *passim*).

Liberdade, integridade, igualdade e solidariedade (os substratos materiais da dignidade humana) são fronteiras da autonomia corporal, dando fundamentos e limites às disposições sobre o próprio corpo (*ibid.*). Iniciam com citação de Rodotà

já estudada, opinando que ‘corpo’ e ‘pessoa’ são termos cujos conteúdos distanciam-se cada vez mais. Alegam que é no direito que os limites da autonomia corporal formam um dos maiores dilemas jurídicos contemporâneos. As autoras afirmam que houve uma libertação do corpo, quando a proteção da pessoa se tornou o fundamento de todo o sistema jurídico, no último quarto do século passado. Em contrapartida, o corpo foi investido de uma dimensão político-econômica, sendo disciplinado por um “biopoder” a fim de construir e manter corpos dóceis e úteis aos imperativos do capital (*ibidem*, p. 781) – onde vê-se cristalino diálogo com Foucault e Sibilía.

O poder tomou posse da vida e então o direito deixou de ser o poder de ‘fazer morrer’ e passou a ser o de ‘fazer viver’. O Direito Civil é tornado, então, no instrumento jurídico ideal de controle dos modos de fazer viver – intensa produção normativa que visa regular todas as etapas do desenvolvimento pessoal nas sociedades de controle.

Cita-se:

A “permanente regulamentação” dos modos de “fazer viver”, ou da disciplina do cuidado de si, entra em confronto com o livre desenvolvimento da personalidade, constituindo uma complexa relação entre as intervenções jurídicas protetivas e as restritivas. Das falsas dicotomias entre vida, liberdade e dignidade, surge, nesse terreno incerto, o corpo como foco de inúmeras interdições jurídicas pelas quais o desenvolvimento pessoal se distancia de um projeto de realização das escolhas de vida para se tornar um viver de submissão. (BODIN DE MORAES e VIVEIROS DE CASTRO, 2014, p. 781)

Na opinião de Bodin de Moraes e Viveiros de Castro, o capítulo sobre direitos da personalidade do CC/02 não tem cláusula geral e contém tantas medidas restritivas que mais parece cuidar de deveres do que direitos. O legislador nem sequer distinguiu titularidade e exercício, inscrevendo neste o que é atributo daquela. Submete-se a pessoa aos Direitos da Personalidade, ao invés de pô-los a seu serviço. É no âmbito desta tensão – entre liberdades e restrições – que as autoras desenvolvem sua análise. No capítulo *Sujeito e intersubjetividade*, alegam que a autonomia só pode ser compreendida se inserida dentro de uma perspectiva relacional entre subjetividade e intersubjetividade. Em outras palavras, a função da autonomia não é mais garantir uma vontade individual exercida indiscriminadamente (*ibid.*, p. 803).

Atualmente:

a autonomia [...] cumpre o papel de guiar as relações sociais de tal modo que o reconhecimento recíproco da condição de sujeitos [aqui está a intersubjetividade]

torne possível que a sociedade goze democraticamente de esferas autônomas de desenvolvimento pessoal [a subjetividade]. (ibid., p. 783)

Para as autoras, as biopolíticas e as disciplinas se voltam então para a autonomia corporal, ou seja, o espaço antes ocupado pela vigilância constante dá lugar à regulação civil da vida em seu aspecto originariamente mais privado: o corpo e, ainda mais, os genes.

Em outras palavras, a autonomia do indivíduo para definir as bases do caminho a ser trilhado em sua vida deixa de ser fruto da construção voluntária do sujeito.

Ambas criticam pesadamente um paternalismo forte, eis que o mesmo é incapaz de estabelecer em quais situações deve haver intervenção do poder público e em quais não, pois não leva em conta a avaliação subjetiva e objetiva que cada sujeito é capaz de fazer sobre suas próprias condutas e as consequências que deverá suportar – aproximam-se, portanto, da noção do ‘pleno domínio do eu’ de Rodotà.

Para elas, ordenamentos paternalistas são compatíveis apenas com sociedades infantilizadas, totalitárias, antidemocráticas (BODIN DE MORAES; VIVEIROS DE CASTRO, 2014, p. 807).

Para darmos respostas adequadas e ponderadas aos casos de conflitos, devemos recorrer primeiramente à Constituição, e isso traz alguns critérios principais: o sujeito deve ser capaz (apto juridicamente para tais atos) e deve haver vedação à mercantilização ou coisificação do corpo (imperativos de dignidade e solidariedade que garantem sua dimensão social a salvo das práticas predatórias de mercado) (ibid.).

As transformações jurídicas ocorridas no curso do século XX, porém, impuseram a releitura da clássica autonomia para vinculá-la definitivamente à noção de proteção integral da dignidade da pessoa humana. Dentre os muitos motivos da atual inadequação da concepção liberal/libertária, destaca-se a influência da dignidade da pessoa humana como novo paradigma jurídico, a orientar, como é notório, também as relações privadas.

A dignidade humana estaria, assim, imune às ações de terceiros, bem como de seu titular, de modo que o reconhecimento recíproco da condição de sujeito possa impor um agir considerado racionalmente como regra universal¹³.

Os postulados kantianos consolidaram-se com a transformação da dignidade em valor jurídico fundamental e em novo paradigma de tutela da pessoa humana, em virtude das graves crises econômicas que mitigaram a política liberal de não intervencionismo estatal e, principalmente, em razão dos esforços internacionais empreendidos para superação das consequências nefastas das guerras mundiais do século XX (ibid.).

As autoras traçam então a evolução histórica dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana como valor constitucional e legal fundamental, explicando que houve uma transição, finalmente, da autonomia patrimonial (CC/16) à autonomia existencial (a CF/88 trouxe, portanto, a despatrimonialização, sendo seguida pelo CC/02).

O CC/02 trouxe uma perspectiva paternalista, pois torna defesos os atos de disposição do próprio corpo que importem em redução permanente da integridade física, e um rol não taxativo de tutelabilidade dos Direitos da Personalidade. Citam que às vezes o paternalismo é reduzido, como na ‘objeção de consciência’ da Testemunha de Jeová (BODIN DE MORAES; VIVEIROS DE CASTRO, 2014, p. 809).

As autoras citam o fenômeno da fragmentação do corpo, advindo dos avanços tecnológicos. Dissertam, então, sobre as hipóteses e critérios da modificação corporal – *body modification*, *body art*, suspensões e implantes (condição pós-humana: possibilidade de integrar ou modificar o organismo também mediante a utilização de instrumentos não humanos ou a substituição de partes do corpo com próteses biônicas, com o objetivo de reintegrar funções perdidas) (ibid., p. 811).

Para darmos respostas adequadas a estes casos, devemos recorrer primeiramente à Constituição, e isso traz alguns critérios principais: o sujeito deve

¹³ Acerca dos últimos parágrafos, ver: BODIN DE MORAES; VIVEIROS DE CASTRO, 2014, p. 800-809.

ser capaz (apto juridicamente para tais atos); e deve haver uma vedação à mercantilização ou coisificação do corpo (imperativos de dignidade e solidariedade que garantam sua dimensão social a salvo das práticas predatórias de mercado) (*ibidem*, p. 819).

2.

As questões do corpo, da privacidade e da discriminação genética à luz de um Direito Civil Constitucional

2.1.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil e o real significado de análise temática sob uma ótica civil-constitucional

Para sustentar a adoção de um método de pesquisa e estudo humanístico e jurídico pautado em leituras do Direito Civil à luz dos princípios constitucionais irradiados para todo o ordenamento, será necessário recorrer a um extenso e denso compêndio bibliográfico, o qual, pelo motivo de tratar-se o presente trabalho de dissertação definitiva, terá cada texto detalhado de uma maneira desenvolvida, em um modo extenso e analítico.

Valer-se-á, em primeira mão, da obra de Maria Celina Bodin de Moraes, mormente dos artigos a seguir discriminados:

Analisa-se em primeiro plano o artigo *A caminho de um Direito Civil-Constitucional*, no qual Bodin de Moraes prega principalmente que houve nos últimos tempos uma aproximação intensa entre os direitos público e privado, defendendo fielmente a incidência de valores constitucionais na normativa civilística, ou seja, um direito civil com seu núcleo na pessoa humana e seus atributos magnamente garantidos (BODIN DE MORAES, 2010, p. 3-8).

A pesquisadora inicia o texto abordando as dificuldades conceituais e transformações do Direito Civil, defendendo uma análise histórica para que cheguemos ao conceito de Direito Civil. Em sua avaliação, seu princípio pode ser encontrado no Código de Napoleão, que primeiro separou as leis civis das leis públicas, trazendo clara definição de direito público e privado. Modernamente, contudo, afastou-se do Direito Civil a defesa da posição do indivíduo frente ao Estado – hoje matéria constitucional –, assegurando-se liberdade absoluta para exercer atividade econômica, mas não mais que isso. Maria Celina tece uma crítica ao sustentáculo do liberalismo (separação entre Estado e sociedade civil), que deu lugar, ao falhar, a um Estado intervencionista e regulador – momento quando o Direito Civil viu modificadas suas funções e não pode mais ser estimado segundo

os moldes do direito individualista dos séculos anteriores. Aproximou-se, portanto, o Direito Civil do direito público, fenômeno apelidado publicização do direito privado (BODIN DE MORAES, 2010, p. 9).

Com a dação de prioridade aos valores existenciais presentes na Constituição, proliferaram-se os chamados microssistemas e superou-se a clássica dicotomia entre direito público e direito privado, gerando-se uma unidade do ordenamento jurídico (baseada na existência de uma Norma Fundamental). O polo central das relações de direito privado foi, portanto, deslocado para a Constituição. A autora defende o abandono da separação do direito em público e privado nos termos postos pela doutrina tradicional, pois isto não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, merecendo tal *divisio* ser reavaliada, eis que cada vez mais confluem público e privado (ibid., p. 10).

O ponto principal do texto, então, é defender a importância dessa incidência de valores constitucionais na normativa civilística, em razão da prioridade atribuída pela Constituição à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e, clara e obviamente, seu livre desenvolvimento. A autora discorre então sobre a natureza jurídica da normativa constitucional, sua hierarquia e seu papel na Teoria das Fontes do Direito, defendendo sua aplicação direta e, conseqüentemente, a existência de um “Direito Civil Constitucionalizado” – um Direito Civil efetivamente transformado pela normativa constitucional. Bodin de Moraes conclui, assim, elencando hipóteses de aplicação direta da Constituição em relações interprivadas em doutrina e jurisprudência, alegando que, ainda em caso de silente legislação, devem o juiz e o jurista proceder a uma interpretação constitucionalizada do ordenamento civil (BODIN DE MORAES, 2010, p. 19 et seq.).

Após isto, debruça-se sobre o texto *Ampliando os Direitos da Personalidade*, no qual Maria Celina traça histórico deste feixe jurídico em nossos ordenamentos similar ao presente no texto anterior, analisando a luta pelo biopoder engendrado de uma biopolítica liberal (no que parece coadunar com as ideias de Foucault, Habermas e Sibilía), criticando o tratamento dispensado aos direitos da personalidade no capítulo a eles destinado pelo Código Civil de 2002, e por fim discorrendo sobre temas de tais direitos em si, sendo o que mais nos concerne os limites da autonomia privada e a polêmica das transformações no corpo – como já afirmou no texto com Thamis Dalsenter, a noção principal que doutrina, jurisprudência e lei devem ter em mente para solucionar casos de conflitos entre

direitos da personalidade é a de intersubjetividade: a sociedade contemporânea não pode mais ter como referência central “a pessoa”, mas sim “o espaço comum existente entre as pessoas”, isto é, cada um em relação ao outro (BODIN DE MORAES, 2008, p. 7). Maria Celina afirma que sempre foi firme a opinião de que o direito de propriedade era o único elemento em comum entre as diversas matérias que compõem o Direito Civil.

No fim do séc. XIX, porém, percebeu-se a necessidade concreta de garantir proteção a uma esfera de privacidade das pessoas, e a partir daí seguiram-lhe os demais direitos da personalidade, traçando então histórico similar ao já lido no texto anterior (BODIN DE MORAES, 2008, p. 10).

Ideia crucial da obra é a de que hoje prevalece a proteção da personalidade humana sobre o patrimônio, porém nosso sistema jurídico centrado nos Direitos da Personalidade tem sido sistematicamente atacado por inovações científicas de grande magnitude e consequências imprevisíveis e incontroláveis (BODIN DE MORAES, 2008, *passim*).

A relevância de tal feixe jurídico, atualmente, vem também de outros fatores, como a explosão em qualidade e quantidade de meios de comunicação invasores de massa, direcionados a desconsiderar vidas particulares, assim como a jurisdicização de inúmeras relações sociais causada pelo minguar de instâncias sociais tradicionais que resolviam eventuais litígios, como religião, família, política, corporações, usos, etc.

Prof.^a Celina cita então a luta pelo biopoder engendrado de uma biopolítica, o que gerou uma nova disciplina – o Biodireito, que embora novo já se vê encarando problemas dos mais polêmicos (BODIN DE MORAES, 2008, p. 15).

Uma decisão a ser tomada *a priori* por qualquer ordenamento é a questão de se corpo e informação devem ser tratados como bens tuteláveis pelos direitos da personalidade ou pelo direito de propriedade (como é o caso da acepção estadunidense de privacidade, calcada na propriedade) (BODIN DE MORAES, 2008, p. 22).

No Brasil, a Constituição de 1988 veda todo tipo de comercialização de quaisquer partes humanas; porém, quanto à proteção da privacidade, só prevê o *habeas data*, que é claramente insuficiente, pois só permite retificar dados, não dispor dos mesmos.

A consequência da opção constitucional pela prevalência das relações não-patrimoniais foi o substancial aumento das restrições à vontade individual pelo CC/02, por exemplo, abuso de direito, boa-fé, confiança, função social do contrato e da propriedade, no que solidificou a autonomia privada patrimonial, mas no que se refere às relações existenciais, todavia, regrediu, pois não expandiu a autonomia privada dessa natureza (*ibidem*, p. 9-15).

Nas Jornadas de Direito Civil, a doutrina civilista vem temperando a ilimitabilidade, indisponibilidade e irrenunciabilidade dos Direitos da Personalidade, o que culminou no Enunciado 4 (“O exercício dos Direitos da Personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente”¹⁴) da I Jornada, e no Enunciado 139 da III Jornada (“Os Direitos da Personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”¹⁵).

Tratou-se, na visão de Bodin de Moraes, de propaganda enganosa o fato de se encarar o capítulo dos Direitos da Personalidade como prova cabal de atualidade e motivo de louvor do CC/02. A tutela da personalidade, pela doutrina pátria, não pode ser fracionada, devendo ser concebida de forma unitária, dado seu fundamento que é a dignidade da pessoa. Os Direitos da Personalidade são, portanto, uma categoria aberta (um rol exemplificativo) (*ibid.*, p. 24).

A autora passa a discorrer, então, sobre a polêmica das transformações no corpo e os limites da autonomia privada, citando Rodotà, segundo quem o corpo foi multiplicado (decomposto em órgãos, células e gametas), desterritorializado e desmaterializado (pela instituição do ‘corpo eletrônico’) e mencionando casos concretos já estudados nos textos anteriores, tanto do Brasil quanto igualmente nos Estados Unidos e na Europa (*ibid.*, p. 28).

Ao concluir o texto, afirma que a noção principal que doutrina, jurisprudência e lei devem ter em mente para solucionar tais casos é a de intersubjetividade: a sociedade contemporânea não pode mais ter como referência central “a pessoa”,

¹⁴ A tal respeito, ver <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>

¹⁵ <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf>

mas sim “o espaço comum existente entre as pessoas”, isto é, cada um em relação ao outro (BODIN DE MORAES, 2008, p. 29).

Já no artigo *O Princípio da Dignidade Humana*, Bodin de Moraes alega que poucos civilistas analisaram extensamente tal princípio desde sua consagração na Constituição de 1988, tendo este sido mais estudado pelos constitucionalistas. Os civilistas que o fizeram defenderam uma cláusula geral de tutela da pessoa humana com base no art. 1º III, com o fito de considerá-lo um princípio-guia para reunificar o Direito Civil (BODIN DE MORAES, 2006, p. 2). Os princípios constitucionais se tornaram então normas diretivas (leia-se, normas-princípio) para reconstruir-se o sistema de direito privado – eis a perspectiva metodológica civil-constitucional.

A doutora traça então um histórico do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil e da crescente valorização do referido princípio na dita seara, destrinchando como a dignidade humana se manifesta por meio de cada um de seus subprincípios (vulgo corolários): igualdade, integridade psicofísica – momento em que disserta exatamente sobre privacidade e não-discriminação genética –, liberdade e solidariedade. Para ela, a Alemanha do período pós-guerra foi o primeiro país a seguir este caminho, por meio de sua corte constitucional (*ibidem*, p. 6).

A autora parte a discorrer sobre qual é o conceito (já adiantado como polêmico) de dignidade humana. Temos primeiro o conceito filosófico-político de dignidade, que parte do pressuposto do duplo aspecto da pluralidade humana de Hannah Arendt (a pluralidade humana). Para distinguir os seres humanos, nesta concepção filosófica, diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria, comum a todos os homens: uma dignidade inerente à espécie humana, inicialmente concebida pelo cristianismo, e depois lapidada pelo renascimento antropocêntrico. Hobbes, Locke e Kant são os teóricos modernos que analisaram principalmente o conceito de pessoa humana. O último foi quem trouxe a exigência, dentro do imperativo categórico, de que o ser humano jamais seja visto ou usado como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre considerado um fim em si mesmo. Em suma, todas as normas decorrentes das vontades legisladora precisam ter como finalidade o Homem. O imperativo categórico se orienta então pelo valor básico e universal da dignidade humana (*ibid.*, p. 8).

Há que se perquirir, todavia, a concepção jurídica de dignidade humana, que tem base, claro, na Filosofia, na Política e na História. Com a operação do Direito

(estabelecimento de direitos, liberdades e garantias), tornou-se imperioso que se reconhecesse o Homem como sujeito de direitos e, portanto, detentor de uma dignidade própria, cuja base lógica é o universal direito da pessoa humana a ter direitos.

Este direito só se tornou um comando jurídico tardiamente (em relação aos outros países ocidentais) no Brasil, com o advento da Constituição de 1988, que o trouxe como um dos fundamentos da República e do ordenamento, tendo então valor supremo. Têm preferência de tutela, claro, os grupos considerados mais frágeis e que necessitem de especial proteção da lei (BODIN DE MORAES, 2006, p. 10-11).

A dignidade humana é um valor, portanto, que alcança todos os setores da ordem jurídica (*ibidem, passim*).

Será desumano, e assim em qualquer seara do direito ou da vida, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa à condição de objeto. A dignidade humana será sempre o fiel da balança na ponderação entre princípios, na visão macro de Maria Celina. Faz-se mister, então, destrinchar seus subprincípios (em outros termos, seus corolários) e suas eventuais problemáticas:

Quanto à igualdade, temos que a dignidade humana nela se manifesta como o direito a não ser discriminado e ter direitos iguais. Todavia, esta igualdade formal é insuficiente, adotando-se então a igualdade substancial, que preconiza o tratamento de pessoas desiguais em conformidade com sua desigualdade (*ibidem*, p. 13).

Hoje, porém, polemiza-se acerca da possibilidade de um ‘direito à diferença’: em lugar de se reivindicar uma identidade humana comum, é preciso contemplar dignamente as diferenças entre pessoas. Logo, a busca deve ser pelo ‘reconhecimento’ do outro. Bodin de Moraes nos traz, neste ponto, a máxima de Boaventura de Sousa Santos: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza” (SANTOS, Boaventura de Sousa, 1997, p. 111, apud BODIN DE MORAES, 2006, p. 15).

Houve, a seu ver, um abandono, pela doutrina e jurisprudência, da perspectiva individualista do Código Civil, que veio a ser substituída pela tutela da dignidade da pessoa, vinda da Constituição, o que transformou o âmago, a própria lógica do Direito Civil (*ibidem*, p. 17).

No que concerne à integridade psicofísica, no conceito tradicional, cuidar-se-ia apenas do direito a não ser torturado e a titular certas garantias penais. Na esfera cível, no entanto, vem servindo para garantir vários Direitos da Personalidade: vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal, instituindo um amplíssimo “direito à saúde”, compreendida como completo bem-estar físico e social (BODIN DE MORAES, 2006, p. 20).

É o direito à existência digna, incluindo até mesmo o direito ao salário mínimo. Atualmente, as maiores polêmicas quanto a este subprincípio dizem respeito às evoluções biotecnológicas e suas consequências sobre a esfera biopsíquica do ser humano, o que fez com que começasse a se configurar um novo ramo, apelidado de “Biodireito”, tratando de temas como reprodução assistida, procriação *post-mortem* e congelamento embrionário, privacidade dos dados genéticos, mudança de sexo, experiências com humanos, transplantes, ato de disposição sobre o próprio corpo, etc., chamados de “demandas de direitos humanos de 4ª geração” (BODIN DE MORAES, 2006, p. 23).

No que diz respeito mais especificamente à seara da privacidade e da discriminação genética, faz-se mister citar na íntegra a seguinte passagem:

Outras possibilidades, na esteira do mapeamento de nossos genes, já se mostram polêmicas e eticamente controvertidas. Uma única hipótese dá a exata ideia dos problemas envolvidos: com a medicina preventiva, já é possível antecipar, através de testes genéticos, algumas predisposições a certas doenças, como a fibrose cística ou o câncer de mama. A quem pertencem essas informações? Poderia o empregador ou, quiçá, uma companhia seguradora vir a exigir a sua apresentação? Em linha extremada, poderia algum membro da família, agora doente porque não informado tempestivamente acerca de sua potencialidade genética, vir a ser indenizado?

A hipótese é impressionantemente concreta: atualmente, na Inglaterra, testes genéticos podem ser vendidos em farmácias e a comissão de genética humana britânica iniciou um processo de consulta pública para definir se os testes devam ser objeto de controle oficial. Há razões para tanto, além das já mencionadas: sempre que a moléstia for decorrente de um único gene, o resultado do teste apresenta-se infalível, como ocorre, por exemplo, com a doença de Huntington, distúrbio cerebral degenerativo, incurável, que costuma manifestar-se por volta dos 50 anos de idade. Suponha-se que o plano de saúde, o empregador ou mesmo os familiares – que detêm o mesmo gene – tenham livre acesso a essas informações. A utilização dos testes genéticos enseja questões éticas relevantíssimas, ligadas exatamente à necessidade de uma política de privacidade que proteja adequadamente a pessoa humana. Não por acaso, na definição já consolidada de Stefano Rodotà, o direito à privacidade é, justamente, o “direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar o modo de construção da própria esfera privada” (BODIN DE MORAES, 2006, p. 26)

Devem então, na opinião da pesquisadora, ser estabelecidos certos limites externos, tantos éticos (na Bioética, nos conselhos de biomedicina etc.) quanto

jurídicos (normas concretas), para impedir eventuais discriminações genéticas, ou então o anonimato na doação de sêmen, a não-alteração do gênero no registro civil de pessoas transexuais, dentre outros fatos (BODIN DE MORAES, 2006, p. 28).

Quanto ao substrato da liberdade, afirma-se que liberdade e autonomia privada foram durante muito tempo encaradas como sinônimos, afinal, via-se autonomia privada como meramente patrimonial. Com o advento das situações extrapatrimoniais e sua colonização do Direito Civil, o quadro começou a mudar.

Hoje, a liberdade individual se consubstancia numa perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada, sem interferências de qualquer natureza – livres escolhas do próprio projeto de vida (ibidem, *passim*).

Como exemplo de situações violadoras da dignidade humana em razão da lesão ao princípio da liberdade, temos a revista íntima e o exame toxicológico determinados pelo empregador, a submissão ao bafômetro, a impossibilidade de recusar tratamento médico por motivos religiosos, a incapacidade de controle acerca dos próprios dados pessoais (os “dados sensíveis”), o rigor excessivo na autoridade parental, a restrição à liberdade de pensamento e crítica, dentre outros fenômenos – alguns cíveis e outros penais (ibidem, p. 27 et seq.).

Já o substrato da solidariedade é plasmado em si na noção de que os direitos só são exercidos em contextos de convívio social, onde há relações entre humanos organizados. Após a Segunda Guerra Mundial e a ascensão do conceito de ‘crime de lesa-humanidade’, surgiu um novo tipo de relação intersubjetiva: a relação calcada na solidariedade. Esta consta como objetivo da República na Constituição Cidadã de 1988. A solidariedade social é seu fundamento, assim como a igualdade substancial e a dignidade humana (ibid., p. 29).

Na visão de Bodin de Moraes, todas as lesões que possam ser ligadas a pelo menos um desses quatro subprincípios corolários da dignidade humana são graves o bastante para gerar ao menos reparação por dano moral. Retomaremos mais adiante este ponto, no momento em que discutirmos as questões específicas de danos gerados por condutas geneticamente discriminatórias (BODIN DE MORAES, 2006, p. 31).

A professora Bodin de Moraes conclui por fim defendendo que a concretização do princípio vem com uma cláusula geral de tutela da pessoa. A Constituição Cidadã colocou em posição privilegiada toda e qualquer pessoa humana em suas relações extrapatrimoniais (em outros termos, existenciais), ao

colocar sua dignidade como fundamento basilar (BODIN DE MORAES, 2006, p. 32).

Como regra geral, podemos afirmar que em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre situação jurídica existencial e outra patrimonial, a primeira deve prevalecer, eis que a dignidade humana é o valor cardeal. Tal proteção é elástica, pois pode abarcar situações não previstas.

A professora rejeita as teorias atomísticas, que dividem o corpo e a pessoa, afirmando que a tutela da pessoa deve se dar de maneira unitária, tendo em vista seu valor. A cláusula geral trazida pelo Código Civil hodierno, lida à luz da Magna Carta, visa a proteger a pessoa em suas múltiplas facetas, naquilo que a torna humana (ibid., p. 33).

Outra obra de grande relevância da mesma autora se trata do artigo *Os últimos 25 anos e o futuro*, onde Bodin de Moraes inicia estudo sobre Hespanha, um dos maiores historiadores do Direito da atualidade, que analisou a cultura jurídica dos países latino-americanos especialmente voltado para a experiência brasileira, mostrando os sucessos e frustrações dos primeiros 25 anos de vigência da Constituição Cidadã.

O saldo é, para ambos, indiscutivelmente positivo, sendo o discurso jurídico brasileiro mais vanguardista que o europeu (BODIN DE MORAES, 2013, *passim*). Substituiu-se o positivismo legalista pelo positivismo constitucional, reconheceu-se a força normativa da Constituição, mudou-se a mesma para o centro do ordenamento, ampliou-se o papel do juiz para concretizar os princípios constitucionais, aumentou-se o ativismo judicial e a crença no papel emancipatório e transformador da hermenêutica jurídica.

Porém, a prof.^a Bodin de Moraes é da opinião que nos falta ainda a técnica jurídica para acompanhar essa evolução – vivemos um período de grande indefinição, sabemos quais são os problemas, mas ainda não temos os instrumentos para solucioná-los, indo na mesma linha que Bauman, que chama nosso período de ‘interregno’ (ibidem, p. 8).

Bodin de Moraes demonstra, todavia, medo do excesso de voluntarismo judicial, ou seja, um receio de estar se adotando uma perspectiva ultra flexível e principiológica: estaríamos em um momento de “carnavalização” do Direito sob pretexto de constitucionalização e aplicação de princípios. Sem a tradição da *common law* mas com a importação da noção de precedentes vinculantes, é de se

duvidar que o intérprete brasileiro disponha de técnica necessária para fazer a distinção (*distinguishing*) entre quando se deve ou não aplicar certo precedente, na visão macro da autora aqui analisada. Concluindo os comentários sobre este texto, aporta-se a ideia de que, para Maria Celina, o novo CPC é um dos exemplos mais emblemáticos do caminhar em direção à construção desse modelo norte-sul-americano de direito dos juízes (vide o incidente de demandas repetitivas), sendo exemplo melhor de como a doutrina nacional precisa elaborar com urgência uma nova hermenêutica, os instrumentos legais e mesmo um novo ensino jurídico a par desta realidade, sob pena de ruína do sistema (BODIN DE MORAES, 2013, p. 12).

Enquanto isso, em *Perspectivas a partir do direito civil constitucional*, primeira parte de *Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil constitucional*, a dita autora nos mostra reflexões sobre como a metodologia civil-constitucional foi lapidada e melhorada ao longo das épocas, sendo influenciada por ondas pós-positivistas e neoconstitucionalistas (BODIN DE MORAES, 2010, *passim*).

A problemática nuclear do direito, em seu recorte macro, continua sempre a mesma: trata-se de uma busca pela criação de um compromisso entre o que chama de “valores fundamentais comuns” (plurais) e os “espaços de liberdade mais amplos possíveis”, de modo a permitir a cada pessoa, em sua subjetividade ou intersubjetividade, a escolha de seus atos e a condução de sua vida privada, de sua trajetória individual, de seu projeto de vida e, enfim, do desenvolvimento de sua personalidade (BODIN DE MORAES, 2010, p. 1). Cuida-se de breve enxerto, estritamente similar àquele primeiramente aqui estudado.

O clássico tomo *O Direito Civil na Legalidade Constitucional* do catedrático italiano Pietro Perlingieri também será alvo de análises. A princípio, a obra prega que afirmar que a Constituição ocupa o lugar mais alto na hierarquia das fontes significa, sobretudo, que todo o ordenamento jurídico deverá ser interpretado à luz dos valores fundamentais (PERLINGIERI, 2008, *passim*).

Justamente como evidenciado, a norma existe e realiza a sua função unitariamente ao ordenamento, mudando o seu significado com o dinamismo do ordenamento ao qual pertence. Daí a necessidade do empenho constante por parte dos intérpretes de ler o Código Civil de 2002 não só à luz dos valores fundamentais impostos por uma Constituição rígida e por uma ordem pública fundada sobre o primado da pessoa e alicerçado na solidariedade constitucional (PERLINGIERI,

2008). O critério hermenêutico deve ser sistemático, ou seja, o operador do direito deve interpretar sempre com base no ordenamento como um todo, tendo em mente, porém e é claro, a irradiação constitucional.

Perlingieri prega por um direito que abrace tais questões de maneira abrangente, correta e lida à luz da Constituição (eis, portanto, o Direito Civil Constitucional), defendendo – tal como Maria Celina nos textos anteriores – uma unidade do sistema jurídico e o centralismo constitucional (PERLINGIERI, 2008, p. 88-92).

Diante da pluralidade de fontes normativas existente no sistema, impõe-se ao operador do direito a tarefa de individuar na complexidade do ordenamento a normativa adequada ao caso concreto que só poderá ser aplicada após o controle de legalidade constitucional (constitucionalidade). O autor defende uma teoria da interpretação, portanto, entendida como teoria do controle e da aplicação.

Após uma extensa introdução com uma análise dos métodos e escolas civilistas, permeados pela relação tênue entre direito e praxe, dos dogmas tradicionais e da historicidade dos conceitos, Perlingieri defende a complexidade e a unidade do ordenamento vigente, após o que explica as técnicas legislativas, o princípio da legalidade e as normas jurídicas. Também é pertinente saber da questão da autonomia existente na pluralidade, além de haver uma hierarquia de fontes e valores (PERLINGIERI, 2008, p. 93-94).

Perlingieri igualmente fala da solidariedade e da igualdade como corolários da noção de pessoa, e suas abrangências constitucionais. Coaduna-se muito com a ideia de ‘eugenia liberal’ de Habermas e de biopolítica/biopoder em função do mercado de Foucault e Sibilía, defendendo que há um domínio do mercado, que demanda uma regulação corretiva dos corpos (PERLINGIERI, 2008, p. 99-102).

O direito privado atual deve, então, passar a se preocupar mais com a proteção dos vulneráveis (consumidores, minorias, prejudicáveis pelo truste, etc.), ao que defende uma leitura integrada da Constituição e da normativa comunitária, a caminho de uma integração harmônica de valores.

O capítulo principal para ajudar a adotar-se uma metodologia civil-constitucional é, porém, o décimo primeiro, *Direito Civil Constitucional*, no qual Perlingieri nos brinda com a noção de norma constitucional como limite à norma ordinária e defende extrema relevância interpretativa à norma constitucional

(inclusive nas relações interindividuais), dissertando sobre o desmembramento da pessoa humana no Direito Civil (PERLINGIERI, 2008, p. 220-227).

No referido capítulo, Perlingieri informa que o Direito Civil Constitucionalizado sempre existiu, uma vez que na antiguidade o Direito Civil era visto e analisado como a própria Constituição e era considerado como a viga de sustentação de todas as relações humanas e esta última, era utilizada como parâmetro à norma ordinária, individualizando, como destinatário, quase que exclusivo da norma, o legislador, reduzindo assim a ordem constitucional a uma função de delimitação das regras (NOGUEIRA, 2010, p. 583).

Na modernidade, houve a recepção dos preceitos fundamentais do Direito Civil pela Constituição, a qual se dispôs a cuidar de valores justificando a proteção dos mesmos pelo Estado de modo que, oportunamente, houvesse o equilíbrio nas relações jurídicas, o que outrora não ocorria (NOGUEIRA, 2010, p. 584). Finalmente, como último dos aspectos acerca do Direito Constitucionalizado tem-se a relevância da norma interpretativa, fundada em uma nova ágora de juristas e intérpretes da norma constitucional, alijados do conformismo, com o intuito único de devolver o homem como sujeito único de sua própria história (ibidem, p. 228-234). Ademais, os princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado são utilizados por juristas e magistrados, como remédio subsidiário, o que consiste em uma manifesta disfunção do sistema, haja vista este parâmetro hermenêutico realizar uma noção de limite que acaba por indicar a separação entre a legislação ordinária e a constitucional. Esta noção de limite impede que a norma constitucional possa ser utilizada como verdadeira norma pelos profissionais do direito (PERLINGIERI, 2008, p. 238).

Entretanto, a norma constitucional deve ser elevada à posição justificadora da norma ordinária, que com a primeira deve ser harmônica, coerente e razoável, segundo os critérios de adequação e proporcionalidade, mediante análise valorativa de cada caso, objetivando que a norma vá de encontro à determinada situação de modo que seja permitida a verificação quanto à coerência do texto normativo em relação a sua finalidade e a razão da consideração do ordenamento como um todo, sob pena de ambiguidades que colocariam em risco a própria interpretação (NOGUEIRA, 2010, p. 587).

A proposta, no entanto, se traduz na interpretação da norma ordinária segundo o texto constitucional, fazendo valer dos próprios mecanismos para garantir os

princípios fundamentais, porém à luz dos valores presentes na Constituição, evitando que prevaleça a letra da lei ou que sejam feitas avaliações discricionárias mediante juízo de valor subjetivo (ibidem, p. 590).

A norma ordinária deve ser proporcional à norma constitucional de modo razoável segundo as inúmeras exigências de cada caso concreto que reclamam uma interpretação evolutiva do texto que vai além da mera interpretação literal, vez que a tradução da norma constitucional deve acompanhar a evolução histórica da sociedade segundo a época de sua geração, sem que isso generalize uma anarquia e cause instabilidade na organização que conduziria, por sua vez, a um alto grau de incerteza jurídica (ibid., p. 592).

Evidentemente, o aspecto constitucionalizador da norma ordinária não tem por finalidade aniquilar, mas amoldar a interpretação aos valores primários, evitando aceitar aquilo que o pragmatismo já estabeleceu como válido. Não há como negar que a norma constitucional, por si só, tem aplicação direta nos casos não regulados pela norma ordinária e aplicação indireta nas situações previamente reguladas por esta, ou mesmo princípios norteadores da relação analisada, evidenciando aos juristas a eficácia da norma constitucional da qual devem partir as normativas ordinárias tal qual como vetores norteadores da aplicação que, conseqüentemente, dará uma nova faceta ao Direito Civil, possibilitando a sua análise a partir da normativa constitucional, conferindo ao jurista maior mobilidade que certamente conduzirá às sensíveis modificações no campo jurídico tradicional (ibidem).

Pode-se concluir de todo o exposto que o constitucionalismo atual, amparado no princípio da legalidade, possibilita que sejam utilizados métodos de interpretação a partir do qual o texto constitucional é, antes de tudo, um ato normativo, que contém disposições preceptivas e que, os magistrados operam como tradutores da Constituição e a ela estão vinculados, observando a hierarquia e partindo da análise ponderada em relação à controvérsia estabelecida o que exige uma interpretação unitária do ordenamento jurídico em conformidade com os próprios princípios e valores já sedimentados. Assim, surge a impossibilidade de manter separadas a teoria da interpretação das leis ordinárias e a teoria da interpretação das normas constitucionais (NOGUEIRA, 2010, p. 601).

O parâmetro sistemático exige que o ordenamento seja interpretado na sua unidade, uma unidade do ordenamento e a conseqüente superação da tradicional

contraposição entre público e privado, método que consiste em gerar um sistema do Direito Civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa, redefinindo o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, em uma tentativa de revitalização à luz de um renovado juízo de valor (ibidem, p. 603).

No capítulo 16, Perlingieri tece crítica (semelhante à de Bodin de Moraes) aos direitos da personalidade, ou melhor, à forma como são abordados hoje em dia. O capítulo é sobre situações subjetivas existenciais. Defende, assim como Bodin de Moraes, que a tutela da pessoa é um princípio geral de ordem pública constitucional, daí se distinguindo principalmente as situações existenciais das patrimoniais (PERLINGIERI, 2008, *passim*).

Discorre-se brevemente sobre a titularidade de Direitos da Personalidade por pessoas jurídicas, e passa-se a falar especificamente sobre casos de lesões e tutelas: o direito à saúde, a tutela da integridade psicofísica, a legitimidade do tratamento sanitário, a heterogeneidade e gradação da insuficiência mental, a proteção à pessoa com deficiência, a distinção entre idoso autossuficiente e inábil que demonstra a flexibilidade dos instrumentos de tutela, a igualdade e a solidariedade na terceira idade, os instrumentos individuais e coletivos de tutela da saúde, o direito à qualidade de vida e ambiental, o princípio da precaução nestas searas, os danos à pessoa, os atos de disposição do próprio corpo, a mudança de sexo e a inseminação artificial e a manipulação genética (ibidem).

O espectro do capítulo 16 abrange os direitos existenciais, aí incluídos, segundo Perlingieri, a personalidade e o nome, a saúde, o meio ambiente, as relações familiares, a liberdade de expressão, a educação e a moradia. Cada um deles recebe tratamento específico e distinto, levando em consideração os principais fatos jurídicos a eles relativos nos dias atuais e a posição do ordenamento italiano no que lhes toca (SOUSA, 2011).

Segundo a autora Alice Ribeiro de Sousa, Perlingieri faz considerações sobre a inadequação da divisão dos direitos civis em pessoais *versus* patrimoniais. Para Perlingieri, tal divisão constitui um obstáculo à aplicação dos direitos existenciais, porque lhes nega a sua natureza coletiva, universal (ibidem). Tal separação seria baseada em uma falsa pressuposição de que a divisão de tais direitos é necessária para assegurar a sua aplicação. A bem da verdade:

O fato de a personalidade ser considerada como valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes como, por exemplo, o direito à saúde [...], ao estudo [...], ao trabalho. (SOUSA, 2011, p. 3)

Segundo tais considerações, o autor aponta que a existência de divisões dentro do Direito Civil suporta o risco da criação de categorias diferentes desses direitos, quando na verdade estão todos dentro de um mesmo patamar (ibidem).

Na verdade, Direitos Existenciais não são apenas uma espécie ou categoria de direitos capaz de conferir personalidade a um sujeito, mas um complexo desses direitos, impossível de se categorizar, porque tais direitos se inter-relacionam. A separação dos direitos fundamentais pode trazer, na prática, o risco de a tutela da pessoa se esgotar no ressarcimento, descuidando-se de adotar uma tutela preventiva, que evite a ocorrência do mal jurídico em vez de apenas indenizá-lo. Daí a crítica veemente, constantemente presente em sua obra e correta do autor à sua aplicação (SOUSA, 2011, *passim*).

Para o teórico, importa conferir um único fundamento para todas as exigências básicas do ser humano, eis que elas se encontram reunidas em apenas um princípio – a dignidade da pessoa humana. É assim porque o valor da pessoa humana, defendido por tal princípio, não varia conforme o direito que se tem em perspectiva. E é esse valor que realmente importa (PERLINGIERI, 2008, p. 257).

Na parte que mais concerne à presente dissertação, sobre direito à personalidade e ao corpo, é reconhecida pelo autor que a noção de que o mero assentimento da parte interessada não é suficiente para se tornar lícita a realização de atos que possam colocar em risco a sua integridade psíquica, assim como ocorre no ordenamento brasileiro (art. 11 CC/02). Isto demonstra o caráter universal desse direito, característica evidente de todo direito que instrumentalize o princípio da dignidade da pessoa humana (SOUSA, 2011, p. 2).

A mesma regra aplica-se aos atos de disposição do próprio corpo; assim, não importa quão nobre seja a finalidade, uma pessoa não pode dispor de si, colocando em evidente risco a própria vida, com vistas a salvar outra, ou com vistas a encontrar o próprio conforto e a dignidade psíquica (ibidem, p. 3).

No que diz respeito à manipulação genética, o autor enfrenta as questões éticas envolvidas, acolhendo-a, quando for o caso de eliminar enfermidades graves que possam afetar futuramente a pessoa gerada. Entretanto, o autor não parece reconhecer a validade de tal procedimento para o tratamento de doenças crônicas,

que não chegam a ser graves. É que, em sua opinião, a manipulação genética não pode ser utilizada para gerar seres ideais, ou seja, promover a eugenia (SOUSA, 2011, p. 4) (onde coaduna-se em ampla escala com Habermas e Bodin de Moraes).

De fato, trata-se de uma questão ética tratada da mesma forma pela grande parte do pensamento jurídico atual, mas que ainda promete celeumas. Nas palavras do mestre aqui estudado, qual é o pai que, podendo, não desejaria eliminar do filho a tendência genética a desenvolver miopia, mesmo sabendo que há diversas técnicas capazes de extinguir tal desvantagem biológica, como o uso de óculos ou lentes de contato? Enfim, até que ponto a terapia genética deixa de ser curativa e passa a apresentar caracteres eugênicos (PERLINGIERI apud SOUSA, 2011, p. 262)?

Trata-se de uma questão que sempre acompanhará o desenvolvimento biotecnológico, que será discutida ao longo das próximas décadas, e talvez séculos, e que também faz com que lancemos questionamentos dos mais proveitosos sobre os limites (ou não limites) da privacidade genética e, claro, acerca da discriminação genética (PERLINGIERI, 2008, p. 264).

Finalmente, podemos afirmar que para o catedrático em análise, resumidamente, o mais ideal é utilizarem-se o método de interpretação constitucional e uma necessária adequação dos parâmetros hermenêuticos. Para Perlingieri, portanto, a função mais basilar do civilista se trata de extrair um sentido da ampla esfera normativa e coadunar tal extração de modo a acompanhar a evolução de cada sociedade em cada tempo, descartando-se valores antigos (da instável legislação ordinária), de maneira que seja extinta a ideia de haver um centro no ordenamento e, portanto, permitindo que a Constituição seja interpretada e que esteja sempre conectada às várias disciplinas jurídicas, sem considerar diferenciações entre códigos, regulamentos ou leis (PERLINGIERI, 2008, p. 308 a 564). É aqui que entra uma das noções principais do trabalho do mestre italiano: a ideia de interpretação unitária do ordenamento.

Além disso, assim como Maria Celina e Carlos Konder, Perlingieri também defende a superação da contraposição entre público e privado (*ibidem*, p. 569- 599). No que mais concerne ao tema da presente dissertação, Perlingieri discorre sobre casos de lesões e tutelas de direitos da personalidade, como danos à pessoa, atos de disposição do próprio corpo, mudança de sexo, inseminação artificial e manipulação genética, após o que conceitua e exemplifica o que chama de ‘Direitos Existenciais’ (*ibid.*, p. 760-821).

Igualmente valer-nos-emos das ideias de Carlos Konder em *Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri*, no qual o autor brasileiro analisa a metodologia da constitucionalização do Direito Civil na obra do autor italiano, referida como “Direito Civil Constitucional”, por meio da confrontação de tal método com os demais, comparando-os, distinguindo-os e apontando onde dialogam (KONDER, 2015, *passim*).

Para isso, vale-se da resposta de cada método para duas grandes questões interligadas sobre interpretação do direito: deontologia *versus* teleologia e liberdade *versus* restrição à atuação do intérprete (*ibidem*).

Em sua opinião, a doutrina civil contemporânea vive um momento de profunda transformação, que é uma ocasião de crise e de oportunidade. É momento de ou passar a superar rigores metodológicos tradicionais e criando métodos oxigenados pelas mudanças científicas, ou resvalar para a ausência de qualquer método, o que pode vir a representar a tirania e o arbítrio do intérprete (*ibid.*, p. 30).

Konder inicia o texto afirmando que, embora haja esforços no sentido de buscar uma técnica pura/um método correto de interpretar o Direito Civil, as diferentes teorias interpretativas são produtos de anseios relativos a determinados locais e certas épocas – como a multiplicidade de fatores de Perlingieri (KONDER, 2015, p. 34).

É nesse contexto que se difundiu no Brasil a metodologia da constitucionalização do Direito Civil, a que chamamos ‘Direito Civil Constitucional’ (*ibid.*). Em nossa doutrina pátria houve grande receptividade do método de Perlingieri, por encontrar também um contexto constitucional de redemocratização e civilistas ansiosos por transformar o arcaico Direito Civil clássico em instrumento de emancipação das pessoas e transformação social rumo a uma comunidade justa e solidária (*ibidem*, p. 39).

O objetivo do texto é enfatizar o cuidado com tal método, comparando-o, distinguindo-o e apontando possíveis diálogos com outros métodos. O pilar central dessa nova metodologia de interpretação e aplicação do direito, adianta-se, é a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, conforme veremos a seguir (*ibid.*).

Para Konder, cada metodologia aborda duas questões principais de maneira diferente: o foco da interpretação (há posições que vinculam o intérprete à

construção teórica, à coerência científica e à doutrina pura, enquanto do outro lado há aqueles que defendem que o intérprete seja voltado para o impacto social da decisão, sua atuação na realidade concreta e as repercussões sobre o contexto fático – em suma, perspectiva deontológica da atividade interpretativa x perspectiva teleológica); e a fidelidade da interpretação ao texto (posições que restringem a atuação do intérprete x posições que lhe garantem maior liberdade – em suma, interpretação como descoberta/revelação ou interpretação como vontade/invenção/construção) (KONDER, 2015, p. 43).

No cap. 1, *Deontologia e Teleologia no método do Direito Civil-Constitucional*, o autor define o modelo deontológico de interpretação como quase matemático, eis que prega uma interpretação mais exata e estabelecida. Além disso, neste modelo interpreta-se o ordenamento como unitário, o que é correto, mas ignora-se o dinamismo social (externo), a dimensão diacrônica do direito. Já o método teleológico radical defende a interpretação exclusivamente pelo seu impacto social (“realismo sociológico” exacerbado) – dissolvem-se assim as garantias jurídicas (KONDER, 2015, p. 46).

A vertente da análise econômica do direito (um dos braços das escolas mais consequencialistas, estas que pregam o guiar-se pelo impacto da interpretação na realidade concreta) se popularizou de forma negativa a partir da década de 60, eis que pautada totalmente em visões de mercado – cuida-se de visão materialista.

Konder, porém, defende a interpretação teleológica (com fins baseados em elementos extraídos da realidade social), afirmando que o direito é um sistema aberto em constante estado de evolução em razão da provisoriedade do conhecimento científico e da modificabilidade dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica, o que permite sua renovação por meio de interpretações finalísticas (KONDER, 2015, p. 48).

Esse processo de inclusão de elementos extrajurídicos, contudo, não pode se dar de forma arbitrária, senão vejamos adiante em outros e melhores termos por ele colocados:

Assim, na análise da constitucionalidade do exemplo-guia é imperioso considerar seu impacto social, mas essa consideração deveria realizar-se por meio da análise e ponderação dos princípios constitucionais em jogo, tais como a proteção da propriedade, o direito à saúde, a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana, assim como a sua interpretação extensiva seria viável conquanto se desse tecnicamente mediante a análise da *ratio* do dispositivo e da presença da mesma justificativa no caso análogo. (KONDER, 2015, p. 51)

No cap. 2, *Formalismo e Pragmatismo na constitucionalização do Direito Civil*, Konder analisa o segundo critério diferenciador dos métodos de interpretação civilísticos: a fidelidade do intérprete ao texto.

Ambos os critérios são bem relacionados: há escolas teleológicas, que defendem que a atenção do intérprete deve recair unicamente sobre o impacto social geralmente pregam maior ou absoluta liberdade na atividade interpretativa; enquanto as escolas dogmáticas, mais atentas à coerência teórica do processo interpretativo, tendem a restringir em demasia e intensidade o papel do real aplicador do Direito Civil (KONDER, 2015, p. 56).

A famosa “escola de exegese francesa” tem cunho positivista influente sobre as teorias contemporâneas do Direito Civil, calcada nos esforços de restrição – ou mesmo proibição – da atividade do intérprete. Leiamos:

Por conta destas críticas, e também quanto à questão referente à fidelidade ao texto, desvelaram-se correntes no sentido oposto, defendendo que o intérprete é absolutamente livre frente ao texto, inexistindo qualquer limite ou condicionamento vinculado ao significado dos vocábulos e enunciados dos documentos normativos, seja porque qualquer individuação de significado seria uma criação *ex novo*, seja porque, em uma versão mais radical e insidiosa, não haveria consenso possível sobre o significado das disposições jurídicas.

Trata-se de modelo por vezes denominado “não-interpretativismo”, no qual se entende que as operações realizadas sobre textos jurídicos não têm nada a ver com o problema filosófico da interpretação. (KONDER, 2015, p. 59)

Trata-se de orientação indevidamente associada ao pragmatismo, não se limitando a incluir a jurisprudência entre as fontes do direito, mas reduzindo todo o fenômeno jurídico ao arbítrio das decisões judiciais. É então uma tendência que para muitos é hoje ainda mais perigosa para a ciência do direito. Por isso devemos tomar cuidado com a banalização, a “carnavalização” do direito. Senão analisemos:

Como então evitar que o poder conferido ao intérprete pelas perspectivas mais flexíveis da interpretação, favorecidas pela baixa concretude dos princípios e das cláusulas gerais que são recorrentemente utilizados, gere alto grau de insegurança e grande possibilidade de arbitrariedade?

Como impedir que a superação da formalidade do método da subsunção na aplicação das normas funcione como uma autorização para o pleno arbítrio judicial, abertura para que o juiz, a seu bel prazer, invoque princípios apenas como valorações subjetivas para justificar sua decisão pessoal, como assumido pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal? (KONDER, 2015, p. 60)

Na conclusão do texto, Konder defende a fundamentação argumentativa como solução – a pedra de toque da liberdade e da responsabilidade do intérprete, no que mostra visão idêntica à de Perlingieri.

O que se pretende, em apertada síntese conclusiva a partir desse breve panorama, é identificar, para o método da constitucionalização do direito civil, o procedimento de interpretação do direito como uma forma de conhecimento.

Embora não seja um conhecimento como a matemática, guiado pela lógica formal, não se trata de arbítrio, mas sim de uma racionalidade distinta, guiada pela lógica formal que permeia a argumentação [...]. Trata-se da análise de decisões dirigidas pelo postulado da razoabilidade, construído com base em um discurso não apenas de justificação, mas também de adequação das normas, que fundamenta a preferência pelo princípio aplicável ao caso concreto, e que assim viabiliza a aceitação racional das decisões judiciais com base na qualidade dos argumentos levantados, cuja verificação permite que o processo argumentativo seja concluído quando, desse todo coerente, resultar um acordo racionalmente motivado. Nessa linha, ainda que os magistrados tomem decisões partindo de visões pessoais ou mesmo preconceitos e depois busquem as premissas para fundamentá-las, isso não significa descartar a importância e a necessidade da fundamentação. (KONDER, 2015, p. 62-64)

Konder encerra afirmando que toda essa reformulação do processo de interpretação exige o mais sincero respeito ao disposto no art. 93 IX da Constituição, que determina a obrigatoriedade de fundamentação das decisões. Para ele, não é uma norma que é mera formalidade judiciária, mas sim um pilar central dessa nova metodologia de interpretação e aplicação do direito.

Já no artigo *Uma agenda para o Direito Civil-Constitucional*, Konder junta-se a Anderson Schreiber para examinar a metodologia do Direito Civil Constitucional, desde suas origens na Europa até seu estado atual no ordenamento brasileiro.

No texto, os autores descrevem mormente os argumentos dos críticos da metodologia, propondo uma agenda para o futuro (basicamente a reforma do ensino do Direito Civil no Brasil e a revisão de novas e antigas dicotomias), e por fim sugerem uma extensão do Direito Civil Constitucional aos campos de atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário (KONDER; SCHREIBER, 2016, apresentação e *passim*). Iniciam o argumento mostrando a popularidade e o prestígio tidos pela metodologia da constitucionalização do Direito Civil (Direito Civil Constitucional). Todavia, como Konder já salientou no artigo anterior, nem sempre essa grande difusão vem acompanhada do devido cuidado com as premissas que guiam tal método, o que enseja várias críticas quanto à falta de rigor científico da metodologia, especialmente no que concerne o modo de aplicação concreta dos princípios constitucionais. Se a metodologia fosse suficientemente conhecida e corretamente aplicada, na opinião de Konder e Schreiber, não haveria críticas (*ibidem*, p. 9).

Este cenário impõe, de um lado, celebrar a acolhida do método, para sob a Constituição e a redemocratização buscar no processo de interpretação e aplicação um Direito Civil que também seja “livre, justo e solidário”. As críticas que há hoje, em visão macro, são mais ao uso descuidado do método que à metodologia em si, destacando e aprofundando os pressupostos que devem ser levados em conta para garantir rigor científico às decisões. No cap. 1, *A metodologia civil-constitucional e seus críticos*, começa-se conceituando Direito Civil Constitucional como uma corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do Direito Civil à luz da Constituição, não apenas para interpretar as normas de Direito Civil, mas também para reconhecer que as normas constitucionais devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares, de maneira a obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas (*ibid.*, p. et seq.).

Como já visto, tal metodologia tem origem no contexto da Europa pós-guerra (constitucionalismo). Reitera-se o que já foi abordado no presente trabalho: o Direito Civil Constitucional se opõe à clássica *summa divisio* entre direito público e direito privado. Como diz Perlingieri, a distinção entre um e outro é mais didática do que ontológica (PERLINGIERI, 2008, p. 241).

O Direito Civil Constitucional opõe-se também à Teoria dos Microsistemas (a qual defende a existência de lógicas e valores autônomos nos diversos estatutos e leis especiais), pois o reconhecimento da complexidade plural e das peculiaridades de certos setores não afasta, mas sim intensifica a necessidade de realizar a aplicação dos princípios constitucionais também nas relações intersubjetivas, como garantia de sujeição aos valores fundantes do ordenamento, leia-se, à Constituição (KONDER; SCHREIBER, 2016, p. 29).

Logo, há hodiernamente uma primazia do “ser” sobre o “ter”, uma despatrimonialização do Direito Civil. Não há, no entanto, uma segregação entre ter e ser, mas sim uma defesa da funcionalização do ter ao ser, ou seja, uma reformulação do Direito Civil (KONDER; SCHREIBER, 2016, p. 30).

Os autores mencionam a famigerada contextualidade histórico-cultural que também deve servir de parâmetro para a interpretação (reconhecer a relatividade histórico-social dos institutos jurídicos).

O resto da obra se resume a apontar sete tendências para proceder-se ao desenvolvimento científico e aplicação prática mais rigorosa da metodologia civil-constitucional¹⁶.

Vejam os:

1) Construir critérios e parâmetros para uma lógica argumentativa (a doutrina deve desenvolvê-los para que haja concreta aplicação dos princípios e cláusulas gerais pela jurisprudência, reduzindo o subjetivismo/arbitrariedade na interpretação, sem, contudo, engessar a capacidade de adaptação da norma à situação concreta pelo magistrado). É a exata solução dada por Konder no texto anterior.

2) A interdisciplinaridade a serviço de uma perspectiva funcional: aproximação do direito com as demais ciências sociais, com o fito de ter a interpretação uma função social (perspectiva funcional).

3) Superar-se a ilusão da consagração acadêmica – urgente necessidade de reformulação do ensino do Direito Civil: percepção de que “ainda há muito por fazer” no Direito Civil Constitucional, e de que é comum cair no erro de que a realidade é composta por uma pluralidade de visões que podem conduzir a resultados concretos diametralmente opostos à nossa metodologia. Defendem uma reforma do ensino de Civil nas graduações, sob uma ótica civil constitucional.

4) Constatar que o Direito Empresarial tem sido posto e enxergado como uma ilha, e é necessário unificar o Direito Privado em torno dos valores constitucionais e da Constituição: esta *summa divisio* dentro do próprio Direito Privado é equivocada.

5) Superar os “guetos doutrinários centrados” na proteção dos vulneráveis - a constitucionalização como fenômeno geral e sistemático: devemos abandonar a noção de desvinculação do “direito civil dos pobres e oprimidos / robinhoodiano” da dogmática do direito civil em geral. Mesmo sendo necessária proteção maior aos mais vulneráveis, a concepção de um “direito civil à parte” acaba sendo excludente, pois o direito civil “geral” continuaria sendo a “terra sem lei” da vontade dos economicamente mais fortes. Ou seja, a aplicação das normas constitucionais no Direito Civil não pode se exaurir na tutela dos vulneráveis nas relações privadas. É

¹⁶ A tal respeito, ver KONDER; SCHREIBER, 2016, p. 19-31.

o que se chama devida preocupação sistêmica (análise considerando-se um sistema unitário).

6) Conscientização do Legislativo e superação do suposto primado da política: deve-se conscientizar o Legislativo acerca da importância de um compromisso metodológico, que permita efetiva concretização dos valores constitucionais nas relações sociais, e, conseqüentemente, na regulação legislativa delas. Ele deve aderir ao processo de constitucionalização do Direito Privado.

7) Reformulação do papel do STF no ativismo judicial: O Supremo deve ser imbuído do espírito da constitucionalização do Direito Civil.

Cita-se, a respeito dos itens a cá aportados:

Adquire nova dimensão nessa perspectiva o chamado “ativismo judicial”, a ser encarado não como atuação exorbitante do magistrado em desrespeito à separação de poderes consagrada no texto constitucional, mas sim como atuação comprometida com a realização concreta dos valores constitucionais. Deixa assim o julgador o papel passivo de quem, na assepsia do seu gabinete, limita-se a dizer se foi a norma respeitada ou não, para passar a participar ativamente da solução da demanda, por meio da concretização dos resultados perseguidos pelo constituinte. Abandona assim a posição de simplesmente “dizer o direito” (jurisdição) para aplicá-lo de modo efetivo, acompanhando muitas vezes a implementação dos resultados comandados pela norma, como um verdadeiro “administrador” do conflito. (KONDER; SCHREIBER, 2016, p. 32)

A obra de Daniel Sarmento também é alvo de breve estudo, mormente seu texto *A trajetória da dicotomia público/privado*, no qual além de traçar histórico detalhado da referida evolução, defende – assim como os autores já vistos anteriormente no presente projeto – a superação de tal modelo dicotômico por meio do constitucionalismo e da ascensão de uma metodologia civil-constitucional (SARMENTO, 2005, *passim*). Como já estudado, o posicionamento da Constituição no topo da pirâmide jurídica e a noção de que ambos os chamados direito público como o privado têm o dever de concretizar preceitos primordiais da Carta Magna, a diferenciação entre ambos, começa a possuir uma meta mais didática do que regradora, visto que todas as vertentes possuem o mesmo princípio basilar e são norteadas para um mesmíssimo fim (SARMENTO, 2005, p. 15).

Outro marco teórico-metodológico fundamental para a presente dissertação é a obra do civilista Gustavo Tepedino. Com o artigo *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito*, o autor busca delimitar o que vem a ser e como deve se dar a constitucionalização do Direito Civil. O texto aborda a intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, a qual não significa um

agigantamento do direito público em detrimento do Direito Civil que, dessa forma, perderia espaço, como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de Direito Civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual (TEPEDINO, 2004). Ressalta-se a importância do Código Civil à época de sua elaboração, pois buscava a centralização da regulamentação das relações privadas, patrimoniais, em um único documento, elevado a norma máxima do âmbito privado, resguardando este da intervenção do Estado e daqueles que buscavam atravancar a circulação de riquezas. A expressão ‘mundo da segurança’, da lavra de Stefan Zweig¹⁷, referindo-se a esse período do individualismo e do voluntarismo, não guardando correspondência com a garantia dos resultados da atividade privada, posto que esta ficavam à sorte dos atores negociais, suas competências e habilidades, referia-se tão somente à estabilidade gerada pelo fato de as regras do jogo (relações econômicas) estarem claramente pré-determinadas, de modo perene, possibilitando liberdade e segurança à atuação dos sujeitos de direito (ZWEIG, 2014, *passim*).

A primeira fase do intervencionismo do Estado no Direito Civil, no Brasil, ocorre a partir do início do século XX, como consequência dos movimentos sociais europeus do final do séc. XIX, intensificados a partir da Primeira Grande Guerra, com a crescente necessidade de intervenção do Estado na economia. Essa necessidade de intervenção decorreu do surgimento e consolidação de novas classes econômicas que na sua atividade desenvolviam relações contrárias ao ideário de equidade apregoado pela Revolução Francesa. Assim, tornou-se necessária a intervenção do Estado para buscar equilibrar essas relações, preservando os valores de justiça e igualdade¹⁸. Tal primeira fase, sob o aspecto legislativo, caracterizava-se pelo surgimento de leis extracodificadas (excepcionais), que se diferiam dos princípios estabelecidos no Código Civil, em prol daquela relação nova que demandava regulamentação específica. Tais leis extravagantes eram episódicas e

¹⁷ Escritor e dramaturgo austríaco radicado no Brasil, cuja obra versou sobre extensa gama de assuntos, sendo a mais relevante para o presente trabalho sua autobiografia, na qual o autor traz o dito conceito.

¹⁸ A respeito de toda esta página, TEPEDINO, 2004, p. 12-16.

emergenciais, contudo, sem abalar os alicerces monolíticos do Direito Civil (TEPEDINO, 2004, p. 22).

A segunda fase é marcada pelo agravamento dos conflitos sociais e pelo surgimento de relações jurídicas não previstas pelo Código Civil, demandando do Estado uma intervenção crescente, regulamentando detalhadamente cada uma dessas situações.

O Código Civil perdeu o seu papel de Constituição do direito privado, pois os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, ou seja, matérias típicas de direito privado passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. É o momento de uma urgente e imprescindível releitura do Código Civil à luz da Constituição (TEPEDINO, 2004, p. 25, apud id., p. 7).

No decorrer do século XX, por meio da edição de um grande número de leis extravagantes, o Código Civil perde seu papel de único centro de disciplina das relações civis e identificam-se sinais de esgotamento das categorias de direito privado, constatando-se uma ruptura que pode ser definida, de um lado, como crise entre o instrumento teórico e as formas jurídicas do individualismo pré-industrial; de outro, a realidade econômica industrial ou pós-industrial, que repele o individualismo de maneira direta (TEPEDINO, 2004, p. 6 apud SIMÃO, 2008).

Os civilistas sustentam, desde a década de 80, no direito brasileiro, a imprescindibilidade da aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado. De outra parte, contra tal corrente, configurou-se uma forte resistência dos civilistas mais tradicionais, ao argumento de que o processo designado como constitucionalização do Direito Civil representaria, em realidade, uma redução do papel da dogmática própria do direito privado no âmbito da Teoria Geral.

Ou seja, tende-se a minimizar o processo de constitucionalização do Direito Civil, como se se tratasse apenas de uma mudança topográfica das previsões legislativas, o que não é o caso (TEPEDINO, 2007, p. 1).

Após este imenso histórico da constitucionalização do Direito Civil brasileiro e apresentações de ideias complexas a serem desenvolvidas no futuro trabalho de dissertação, Tepedino afirma que “constitucionalização do direito civil” se trata, em uma expressão, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública,

relando o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento devem se voltar a iniciativa privada e as situações patrimoniais (TEPEDINO, 2007 apud SCHALCHER, 2011).

Cite-se, a fim de conclusão da linha de raciocínio:

Uma última advertência se faz indispensável.

[...]

A rigor, a objeção é pertinente, e a tentativa de adjetivar o direito civil tem como meta apenas realçar o trabalho árduo que incumbe ao intérprete. Há de se advertir, no entanto, desde logo, que os adjetivos não poderão significar a superposição de elementos exógenos do direito público sobre conceitos estratificados, mas uma interpenetração do direito público e privado, de tal maneira a se reelaborar a dogmática do direito civil.

[...]

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relando o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais. (TEPEDINO, 2004, p. 120-121)

Já no texto *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*, Tepedino busca fazer com que o princípio da dignidade da pessoa humana ganhe contornos de “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”, ou dito de outra forma, tenta torná-lo o ‘valor máximo’ de nosso ordenamento jurídico. A ideia basilar deste e do último texto em análise é que a tutela da personalidade não pode se conter em âmbitos dicotômicos, isolados e parados (em suas palavras, “setores estanques”), de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas privadas. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia entre direito público e privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção de sua dignidade enquanto humana (TEPEDINO, 2004, p. 44-45).

Na introdução, o autor analisa a personalidade como objeto de situações jurídicas subjetivas e a configuração dogmática dos Direitos da Personalidade. Afirmar que os mesmos revelam dificuldades conceituais, tendo em vista os avanços da tecnologia e dos agrupamentos urbanos. São construções recentes de elaborações doutrinárias germânica e francesa na segunda metade do séc. XIX (TEPEDINO, 2004, p. 39).

Tepecino menciona as teorias negativistas, inclusive Savigny, que refutaram a categoria dos Direitos da Personalidade, afirmando que a personalidade não poderia tutelar o ter, somente o ser. Foram muito criticadas, pois a personalidade engloba os atributos da pessoa humana, habilitando todos como sujeitos de direito, trazendo a proteção do ordenamento. Já a doutrina predominante, a partir dos anos 50, admitiu a existência dos direitos subjetivos atinentes à personalidade, embora fosse bastante apegada ao modelo dos direitos subjetivos patrimoniais.

Citando-se:

A dificuldade de individuação do bem jurídico objeto dos direitos da personalidade revela-se na lição de Ferrara, para quem “nos direitos absolutos o objeto não é a res, mas os outros homens obrigados a respeitar o seu exercício”. Assim sendo, os direitos da personalidade “têm por conteúdo a pretensão de exigir respeito de tais bens pessoais. A vida, o corpo, a honra, são o ponto de referência (*termine di riferimento*) da obrigação negativa que incumbe à coletividade. (TEPEDINO, 2004, p. 62)

No cap. 2, analisam-se as características, classificações e delimitação dos Direitos da Personalidade, e correlaciona personalidade aos direitos humanos, defendendo uma necessidade de superação da dicotomia entre direito público e privado. Afirma que no liberalismo o indivíduo não encontrava limites nas relações patrimoniais, sendo a lesão à integridade das pessoas matéria de direito público (penal).

Mas, na medida em que a pessoa humana se tornou objeto de tutela também nas relações privadas, com o estabelecimento de direitos subjetivos para tutelar valores da personalidade, os civilistas trataram de definir sua configuração dogmática, delineando um Direito Civil sob o paradigma do direito subjetivo privado por excelência, qual seja, o de propriedade. Tece uma extensa análise sobre o tratamento dado pelo CC/02 aos Direitos da Personalidade.

Avalie-se *in loco*:

A rigor, as previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações. Com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, torna-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular. Além disso, os rígidos compartimentos do direito público e do direito privado nem sempre mostram-se suficientes para a tutela da personalidade que, as mais das vezes, exige proteção a só tempo do Estado e das sociedades intermediárias – família, empresa, associações –, como ocorre, com frequência, nas matérias atinentes à família, à inseminação artificial e à procriação assistida, ao transsexualidade, aos negócios jurídicos relacionados com a informática, às relações de trabalho em condições degradantes, e assim por diante. (TEPEDINO, 2004, p. 89)

No cap. 3, o mestre analisa as fontes dos Direitos da Personalidade e critica as concepções jusnaturalistas dos mesmos, afirmando que hoje não se pode concordar com elas, eis que como diz Adriano de Cupis, a suscetibilidade de ser titular de Direitos da Personalidade não é menos vinculada ao ordenamento jurídico do que os demais direitos. Ou seja, qualquer situação jurídica só pode nascer do dado positivo, leia-se: da lei (TEPEDINO, 2004, p. 91). O direito natural foi superado porque é sempre condicionado pela experiência do direito positivo. Aqui, temos a dicotomia entre a corrente pluralista (pela qual são vários direitos correspondentes a vários bens jurídicos) *versus* a corrente monista (segundo quem a pessoa é um valor unitário, todos os seus interesses são interligados, logo o bem jurídico é um macro-bem, sendo os Direitos da Personalidade um direito único).

No cap. 5, defende-se que são insuficientes estas orientações doutrinárias tradicionais (pluralista e monista), devendo haver uma oxigenação do Direito Civil em prol da consideração da pessoa humana como valor unitário que merece proteção integral. Tepedino disserta sobre a cláusula geral de tutela da personalidade no ordenamento brasileiro, os Direitos da Personalidade no atual Código Civil, a diversidade axiológica das relações patrimoniais e existenciais e a tutelabilidade de Direitos da Personalidade por pessoas jurídicas. Vejamos:

Assim é que, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade. Nesta direção, não se trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos da personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela constituição e pelo legislador especial – saúde, imagem, nome, etc.), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade. (TEPEDINO, 2004, p. 157)

O autor prega, então, que a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento (TEPEDINO, 1999, p. 48).

2.2.

Implicações diretas do civil-constitucionalismo na seara genética

Uma dissertação sobre vedação à discriminação genética, porém, não pode estar completa analisando-se meramente a metodologia civil-constitucional. Devemos nos debruçar igualmente sobre materiais que versem sobre privacidade e corpo à luz de um Direito Civil constitucionalizado.

O primeiro recurso bibliográfico a ser perquirido nesta seara será *A identidade genética do ser humano – Bioconstituição: bioética e direito*, do mestre José Alfredo Baracho. Para este autor, o conceito moderno de Direito Constitucional tem provocado diversas reflexões que procuram uma nova concepção de Constituição que seja adaptada ao mundo contemporâneo. O reconhecimento da fragilidade da condição humana passou a ser um dado empírico e ontológico, com decisiva influência no pensamento constitucional atual.

Estas reflexões plurais proporcionam múltiplos entendimento sobre a vocação dos direitos fundamentais, com destaque para o campo genético. O texto, então, se lança a analisar ética, medicina e técnica, indagando-se sobre as futuras possibilidades de vida.

As constituições modernas têm procurado ressaltar a tutela contra as ameaças da Genética, vide a Constituição suíça, que protege o Homem e seu ambiente contra os abusos da tecnologia genética e da reprodução, prevendo que a Federação adotará normas sobre utilização do patrimônio germinal e genético humanos, assegurando a dignidade humana, a personalidade e família (BARACHO, 2000, *passim*).

Para tais fins, Baracho traça algumas premissas:

- a) as intervenções no patrimônio genético dos gametas 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. (BARACHO, 2000, p. 88-92)

A genética é muito afim das questões de dignidade humana e direitos fundamentais, pois tratamos das transformações vindas da tecnociência. A identidade genética é um bem jurídico constitucional, visto que se cuida de um real, concreto e palpável substrato da identidade pessoal, que por sua vez é a expressão da dignidade humana (mais ampla). Na seara Genética, Bioética e Direito interpenetram-se argumentativamente. O discurso jurídico constitucional com base na identidade genética propiciou o surgimento da palavra Bioconstituição, entendida como o conjunto de normas formal ou materialmente constitucionais que tem como objeto as ações ou omissões do estado ou entidades privadas, com base na tutela da vida, na identidade e integridade pessoal, na saúde do humano atual ou futuro, tendo relação com a biomedicina (BARACHO, 2000, p. 94).

Valorizam-se, na acepção de Bioconstituição, os benefícios vindos da filosofia do direito e das teorias constitucionais e teorias da justiça, assim como a dogmática constitucional.

Baracho afirma que as possibilidades e limites da genética são examinadas por diferentes paradigmas, alguns que tratam dos limites da intangibilidade do patrimônio genético individual e alguns que buscam aproximar direito e ética (debatendo os limites entre intervenções terapêuticas, de melhoramento e eugênicas).

Outra questão polêmica é a titularidade do patrimônio genético individual.

Para o autor em tela:

Os temas dessas indagações têm propiciado vários trabalhos que procuram respostas interdisciplinares [...]. 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, 2000, p. 90)

O parlamento europeu, ao tratar de identidade genética germinal do ser humano, afirma ser ela um bem jurídico fundamental, objeto de proteção constitucional. Ao diferenciar identidade genética da identidade pessoal, afirma Baracho:

A identidade genética aparece em vários documentos internacionais,

[...]

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 Assembleia 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. (BARACHO, 2000, p. 98)

O genoma é irrepitível, logo, identidade é sinônimo de individualidade genética. Este debate leva à polêmica dos limites às intervenções genéticas. Há quem conclua que a constituição genética pode ser alterada somente para fins de prevenção, terapia ou diagnóstico, além de práticas que não alteram a genética da descendência. A consagração do direito à identidade genética aponta não só para a inviolabilidade do genoma, mas para dever-se ser fruto do acaso e não de heterodeterminação (BARACHO, 2000, *passim*).

No texto *Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*, os autores Carlos Konder e Carolina Brochado Teixeira comentam as problemáticas referentes ao útero de substituição, à inseminação heteróloga com doador anônimo (doação de material genético) e à experimentação com seres humanos, abordando os aspectos patrimoniais e existenciais destas “situações dúplices”, assim chamadas pois não há linhas que inscrevam definitivamente, a priori, situações jurídicas subjetivas somente no campo existencial ou no campo patrimonial, já que há situações que envolvem a realização de interesses tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais, com graus similares de intensidade (KONDER; TEIXEIRA, 2013, *passim*).

Apresentam também ideia similar a Sibilina, Foucault e Habermas: para ambos, as ciências sociais e, particularmente, o direito, não assistem inertes a invasão do mundo da vida pelo capital, eis que partilham de um receio quanto à crescente influência dos princípios da lógica comercial sobre as relações humanas.

Afirmam os autores:

São notórias as combinações milionárias sobre indenizações pelo descumprimento de “deveres existenciais” nos EUA, principalmente em termos de “obrigações sexuais”, indenizações por traições ou pelo término do casamento em determinado período. Seria possível os cônjuges dispensarem o dever de fidelidade ou de

coabitação [...]”? Por meio de uma análise legalista, a resposta seria negativa. Mas no âmbito de um Estado Democrático de Direito, em que se renova o conceito de ordem pública de modo a atrelá-lo à realização da dignidade humana, vem sendo discutida a possibilidade de o próprio casal construir a “ordem pública familiar” de acordo com o que para eles, são os valores mais importantes para uma relação amorosa ser bem-sucedida. (KONDER; TEIXEIRA, p. 13)

São situações jurídicas dúplices aquelas que envolvem valores existenciais voltados imediatamente para a promoção do livre desenvolvimento da personalidade, mas que também englobam alguma forma de expressão econômica, a exemplo das situações que envolvem a imagem, a honra, a privacidade, a dignidade enquanto ser humano e os Direitos da Personalidade em sentido lato – amplo – do indivíduo (KONDER; TEIXEIRA, p. 18-19).

Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder, o perfil funcional deve ser o principal critério para diferenciar as situações jurídicas existenciais daquelas situações patrimoniais. Isso porque no caso das existenciais é necessária a concretização da tutela do livre desenvolvimento da personalidade, sendo que a realização da dignidade da pessoa humana se daria de forma imediata, enquanto nas situações patrimoniais somente de forma mediata e como finalidade última é que se daria a funcionalização do livre desenvolvimento da personalidade (KONDER; TEIXEIRA, p. 23).

As situações jurídicas dúplices seriam, portanto, uma hipótese da vida concreta onde existiria uma dificuldade de classificação entre existencialidade e patrimonialidade, mas que uma vez aplicado o critério do perfil funcional seria possível enquadrá-la em uma ou outra classificação, ao menos majoritária (ibid.)

Outra obra de extrema relevância se cuida de *A proteção da identidade genética* de Heloisa Helena Barboza, que prega, mormente, que no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana há de ser tido como presente o direito fundamental à identidade pessoal do indivíduo, que se desdobra, dentre outros aspectos, na identidade genética (BARBOZA, 2010, *passim*).

Barboza dá início ao texto afirmando que “identidade” é um conceito complexo e dinâmico, diferenciando de modo técnico e didático o conceito de “identidade” daquele de *status*. Ao definir identidade genética e informação genética, a autora afirma que a construção da identidade pessoal sofreu forte influxo pelo desenvolvimento das pesquisas em torno do genoma humano, e que hoje figura como a última fronteira para a individualização da identidade pessoal.

É sob esse ângulo que se pode apontar, hoje, a construção de um direito fundamental à identidade genética, por força do qual se torna factível esclarecer, como antes não era possível, a origem e a historicidade pessoal de cada membro componente da sociedade, principalmente pelo exame de DNA (BARBOZA, 2010, p. 7).

A identidade, nesse novo contexto, passa a ser concebida como o “complexo de elementos que individualizam cada ser humano [...] conferindo-lhe autonomia para que possa se desenvolver como pessoa em dignidade, sendo portanto expressão objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana” (BARBOZA, 2010, p. 10).

A pesquisadora conclui seu texto analisando a proteção da identidade genética em nosso ordenamento (proibição da clonagem, direito ao conhecimento da origem biológica, possibilidade de pesquisa para fins médicos de saúde e vida, mas não para busca da historicidade pessoal, enfim, o reconhecimento do direito à identidade genética em muito contribuirá para a ligação do ser humano consigo mesmo).

Similares acepções podem ser encontradas em *O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da Bioconstituição*, artigo no qual as pesquisadoras Raquel Sparemberger e Adriana Thiesen igualmente pregam que a identidade genética corresponde à dimensão da individualidade biológica do indivíduo, ao genoma de cada ser humano. Logo, cuida-se a identidade genética de um sinônimo de individualidade genética. O direito à identidade genética surge como um bem jurídico fundamental, portanto, objeto de proteção constitucional.

Para elas, os avanços da engenharia genética provocam o despertar de uma nova concepção de Direito Constitucional, uma vez que afetam diretamente o significado das expressões “direitos fundamentais” e “dignidade da pessoa humana”. A partir de tal perspectiva, desponta a por elas chamada Bioconstituição como um conjunto de normas com base na tutela da vida, identidade e integridade, a qual é introduzida no ordenamento jurídico frente às inovações trazidas pela Bioética e pelo Biodireito (SPAREMBERGER; THIESEN, 2010, *passim*).

Em decorrência, por meio de análises argumentativas, buscam as autoras aprofundar o estudo acerca da consagração de um direito à identidade genética sob o perfil jurídico constitucional (SPAREMBERGER; THIESEN, 2010, p. 33-49). A Bioconstituição é o aparato normativo que tutela juridicamente a evolução da engenharia genética e da biomedicina.

Defendem as autoras que o direito ao conhecimento da ascendência genética é um direito da personalidade, portanto indisponível e irrenunciável. O direito à identidade genética busca positivamente como um fundamento do Estado Democrático de Direito (SPAREMBERGER; THIESEN, 2010, p. 52-56).

A Bioética e o Biodireito, apesar de serem campos extremamente autônomos, interpretam-se argumentativamente juntos na busca do reconhecimento da identidade genética e na proteção dos direitos humanos e fundamentais.

O objetivo-mor do texto é analisar a origem histórica e a concretização do direito à identidade genética sob a ótica jurídico-constitucional atual, que surge frente à concepção de Bioconstituição (SPAREMBERGER; THIESEN, 2010, p. 65).

No item 1, as pesquisadoras abordam o conceito de Bioconstituição sob a Bioética e o Biodireito, os direitos fundamentais constitucionais e suas dimensões, assim como os problemas bioéticos da atualidade que se originam a partir das evoluções da engenharia genética. 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 avanço científico. Embora sendo um campo 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, a Carta Magna do Estado Democrático de Direito, é diretamente afetado 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. Há então um processo de ampliação dos direitos fundamentais e humanos. Em suas palavras: “A Bioconstituição busca estabelecer parâmetros à aplicabilidade de procedimentos no campo da ciência da vida, com decisiva influência no pensamento constitucional contemporâneo” (SPAREMBERGER; THIESEN, 2010, p. 68-70).

As autoras dissertam também sobre os direitos fundamentais e humanos e seu histórico, definindo o direito à identidade genética como direito fundamental de

quarta dimensão (ambas se posicionam contrárias ao termo ‘gerações’). Preleciona Selma 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. (PETTERLE, 2007, p. 87)

Com os inúmeros problemas bioéticos da atualidade, faz-se necessário construir um novo paradigma bioético e biojurídico, novas perspectivas jurídicas e novos direitos que tratem de tais polêmicas – biodireito imprescindível para preservar a vida e o respeito à DPH, limites à ciência, para que só proteja o Homem, não sendo um meio de dominação.

O item 2 do texto de Sparemberger e Thiesen analisa o significado da expressão “identidade genética”, o papel que desempenham juntos a Bioética e o Biodireito no reconhecimento da identidade genética, além ainda dos novos contornos do direito à filiação, com ênfase na investigação da ascendência biológica nos casos de produção assistida heteróloga.

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. Salvaguarda-se a constituição genética individual. (SPAREMBERGER e THIESEN, 2010, p. 77)

Identidade genética é, desta feita, a base biológica da identidade pessoal (um de seus feixes). Após isto induzir, as autoras traçam um grande histórico da Bioética e do Biodireito. A cerca dos mesmos, temos:

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. (SPAREMBERGER; THIESEN, 2010, p. 89)

O grande desafio bioético e biojurídico é conciliar o saber humanista com o saber científico na busca da proteção e respeito ao humano. Discorrem sobre os

novos contornos do direito de filiação, da doação de material genético e da manipulação de gametas (heteróloga), à luz da noção defendida de identidade genética como direito fundamental constitucional.

Por fim, o item 3 do artigo examina 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 dignidade na concepção bioconstitucional. Visualizemos:

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 e 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 da personalidade, na espécie direito à vida. (SPAREMBERGER; THIESEN, 2010, p. 111)

Danilo Doneda, especialmente seu livro *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, será digno de atenção. Para o autor, a utilização dos dados pessoais é um dos novos recursos do nosso tempo. São muitas as áreas que, diretamente ou indiretamente, recorrem ao tratamento de dados pessoais para obter um determinado aumento de eficiência. O aumento de eficiência proporcionado pela utilização de dados pessoais deve ser balanceado com a necessidade de proteger a pessoa, evitando que esta se submeta à devassa de sua privacidade e ao controle por meio do tratamento de seus dados pessoais, e permitindo que mantenha intacta sua dignidade, integridade, autonomia e liberdade pessoal. Esta é, em síntese, a exposição de motivos para a proteção de dados pessoais, que é o tema central do livro e guarda estreita relação de pertinência com o trabalho de dissertação que aqui se empreende (DONEDA, 2006).

É um texto deveras diretamente aplicável à discriminação genética, mormente no momento em que Doneda analisa as possibilidades de controle ou informações invasivas tidas por eventuais empregadores, empresas e outras pessoas ao se ter acesso a bancos de dados genéticos ou a exames genéticos prévios a contratações. Doneda propõe como concretizar nosso direito à proteção dos dados pessoais, apontando o *habeas data* como uma saída, além da pressão pela criação de

mecanismos de tutela (em lei, jurisprudência, etc.) e discorre sobre o papel e os limites do consentimento do indivíduo quanto à divulgação de seus dados. Além disso, disserta sobre o papel das autoridades na proteção de dados pessoais. Ao longo do livro, aborda situações concretas de alguns países que evidenciam a necessidade de criação, pelo Direito e pela Ética, de novas fronteiras adequadas às realidades digital e genética (DONEDA, 2006, *passim*).

Discorre-se: com o aludido aumento da importância da informação de uma forma geral, foi justamente em torno dela que a temática da privacidade passou a orbitar, em especial ao se tratar de dados pessoais. Na visão de Doneda, o tratamento de dados pessoais, em particular por processos automatizados, é uma atividade de risco (*ibidem*). A possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permite o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes. Uma importante conclusão é que apenas sob o paradigma da interceptação, da escuta, do grampo – situações que são apenas uma parcela dos problemas que podem ocorrer no tratamento de dados com a utilização das novas tecnologias – não é possível proporcionar uma tutela efetiva aos dados pessoais na amplitude que a importância do tema hoje merece. A tutela remedial típica da Responsabilidade Civil é, sem sombra de dúvidas, um dos instrumentos entre outros a serem utilizados para a tutela da privacidade (*ibid.*, p. 88 et seq.).

Enfatize-se, no entanto, que a responsabilidade civil não pode ser considerada como a única estrutura ou nem mesmo sequer o eixo principal em torno do qual a tutela da privacidade deva moldar-se. Por exemplo, no caso dos bancos de dados informatizados, cuja utilização em larga escala faz com que a temática da privacidade mais e mais nestes esteja concentrada, faltam à responsabilidade civil os instrumentos adequados à realização da função promocional da tutela da privacidade como meio de proteção da pessoa humana e da atuação da cláusula geral da proteção da personalidade (*ibid.*, p. 97). Para Doneda, a proteção dos dados pessoais é um direito fundamental. No que mais concerne ao tema da presente dissertação, tem-se o doutrinador:

A utilização de dados pessoais, em especial dos chamados dados “sensíveis” – histórico clínico, orientação religiosa, política e sexual, histórico trabalhista e outros – em bancos de dados informatizados tornou possível a descoberta de aspectos relevantíssimos da intimidade dos cidadãos. Esta possibilidade cresce muito mais quando são utilizados os bancos de dados cruzados, ou seja, ao serem relacionadas informações de diversos bancos de dados. Tal uso pode ter como objetivo o controle

social operado por um estado ou organizações totalitárias, ou mesmo fornecer indicativos de um futuro comportamento para um comerciante ou para um provável empregador. (DONEDA, 2006, p. 102)

O autor continua ao ressaltar a evidência do atentado à privacidade em tais movimentos. Assim, mais do que permitir o resguardo em face de intromissões e publicidades indevidas (exemplos da garantia de isolamento), a perspectiva de proteção da privacidade ganha maior abrangência, apresentando-se como a possibilidade do amplo controle de informações pessoais, inclusive facultando concessões nesse terreno.

No capítulo 1, *Pessoa e privacidade na sociedade da informação*, Doneda avalia o direito à privacidade em seu contexto, analisa a relação do progresso e da tecnologia com o acompanhamento paralelo do direito, disserta sobre direitos da personalidade e nos conta o histórico da privacidade (ibidem, p. 92-93).

No capítulo 2, *Privacidade e informação*, o autor encaixa a categoria ‘dados pessoais’ no gênero ‘informação’, vai além da noção da privacidade e estuda a proteção de dados pessoais no capítulo 3, comentando o modelo europeu de proteção de dados pessoais, a experiência italiana, o modelo americano de proteção e a circulação internacional de dados pessoais (ibidem, p. 93-95).

No capítulo 4, *Elementos para proteção de dados pessoais*, Doneda propõe por fim, como já afirmado anteriormente, como concretizar nosso direito à proteção dos dados pessoais, apontando o *habeas data* como uma saída, além da pressão pela instituição de ferramentas de tutela (sejam lei ou jurisprudência, dentre outras fontes do direito) e debate o papel e os limites do consentimento pessoal sobre a publicidade de seus dados pessoais. Outrossim, o catedrático fala sobre o papel das autoridades independentes na proteção de dados pessoais (ibidem, p. 98-103).

Ao longo do livro, o mestre aborda vários casos concretos de alguns países, recorrendo-se ao Direito comparado para traçar análise conjugada, o que evidencia a necessidade de estabelecimento, pelo Direito e pela Ética, de novos limites, agora alinhados ao mundo digital e genético (DONEDA, 2006, *passim*).

A obra de Stefano Rodotà também se apresenta como um dos marcos teóricos principais no que concerne as questões sobre privacidade, especialmente no livro *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*, trabalho em que, embora prolixo ao extremo, é útil ao apresentar uma série de problemas concretos, muitos ainda por ser desvendados pelo grande público e até mesmo pela comunidade

científica, e conclama o olhar de todos para a busca de soluções praticáveis e realistas a todas as problemáticas apresentadas (RODOTÀ, 2008, p. 29).

Rodotà procura resoluções palpáveis e de maneira terrena para os embates gerados pelas novas invenções tecnológicas, que sejam ao mesmo tempo respeitadoras da dignidade da pessoa humana e dos valores da democracia.

Na visão do doutor italiano, o direito à privacidade está andando no norte das garantias de um maior controle sobre as informações sobre o próprio indivíduo, que regularmente se encontra em situação desfavorável em relação às grandes companhias da área de comunicação, especialmente aquelas que divulgam informações pela internet e por canais de comunicação nacionais. Não há questionamentos sobre se a privacidade das pessoas merece atenção maior ao que se sopesem direitos fundamentais, de forma que restrições a ela, seja por qualquer motivo, só serão consideradas válidas em caso de embate com direitos na mesma medida fundamentais. Para ele, há que se buscar limites de tutela da privacidade e da informação calcados na razão. A única saída para Rodotà, portanto, é identificar-se as origens do poder cimentado na disponibilidade das informações e quem as detém, o que possibilitará não somente formas de contra-poder e contra-controle, mas também produzir formas diversas de gestão de informações e do poder (RODOTÀ, 2008, p. 92).

Hoje há uma enorme facilidade de comunicação, de tal modo a poder-se falar em uma sociedade da informação, cuja privacidade experimenta uma redefinição, passando a ser entendida como “o direito de manter o controle sobre as próprias informações” (RODOTÀ, 2008, *passim*). A ampliação da esfera de proteção privada em face dos meios de comunicação de grande divulgação é o grande debate jurídico sobre as quais são os limites de proteção e de exercício do direito à privacidade. O indivíduo pretende controle exclusivo. As tecnologias da informação são importantes para o desenvolvimento social, porém, em algumas situações, expõem ameaças a tranquilidade daquele que não quer ver a sua imagem repercutir perante a sociedade, principalmente quando envolver fatos negativos que possam levar a processos discriminatórios (RODOTÀ, 2008, p. 95).

Não mais se duvida que a privacidade das pessoas merece especial atenção no sopesamento dos direitos fundamentais, de modo que exceções a este direito, por qualquer justificativa, somente serão válidas em caso de conflito com direitos

igualmente fundamentais. Há que se buscar limites razoáveis de proteção dos direitos fundamentais da privacidade e da informação (RODOTÀ, 2008, *passim*).

O avanço incontido da internet, por exemplo, com a voraz coleta de dados, e a interconexão entre diversos bancos de dados, procedendo ao cruzamento de informações, faz surgir também a sociedade do controle, da vigilância e da classificação. Lembremos que a privacidade, na verdade, trata-se de desdobramento de outro direito fundamental, que é a dignidade humana.

A discussão acerca da proteção da esfera privada é, desde sempre, marcada por uma abordagem contraditória. Ao passo que cresce a preocupação político-institucional especialmente no que diz com a tutela de dados e informações pessoais – o que se reflete em diversos documentos nacionais e internacionais –, ao mesmo tempo, no entanto, constitui trabalho cada vez mais árduo o respeito a esta presunção geral. Isto se dá por inúmeros motivos, como as constantes exigências de segurança interna e externa, interesses de mercado e reorganização da administração pública. Tais fatos sociais, amparados em um cenário globalizado, corroboram com a gradual diminuição de garantias e valores ditos essenciais a um Estado Democrático de Direito. Eis a sociedade de vigilância e seus perigos, na visão de Rodotà (RODOTÀ, 2008, p. 106).

Mais especificamente sobre a ideia de proteção de dados como direito fundamental, citemos:

Vivemos num tempo em que as questões relacionadas à proteção de dados pessoais se caracterizam por uma abordagem marcadamente contraditória – de fato, uma verdadeira esquizofrenia social, política e institucional. Tem-se aumentado a consciência da importância da proteção de dados no que se refere não só à proteção das vidas privadas dos indivíduos, mas a sua própria liberdade. Esta abordagem reflete-se em inúmeros documentos nacionais e internacionais, principalmente na Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia, na qual a proteção de dados é reconhecida como um direito fundamental autônomo. Ainda assim, é cada vez mais difícil respeitar essa presunção geral, uma vez que exigências de segurança interna e internacional, interesses de mercado e a reorganização da administração pública estão levando à diminuição de salvaguardas importantes, ou ao desaparecimento de garantias essenciais.

O que devemos esperar do futuro? A tendência que emergiu ao longo dos últimos anos continuará ou voltaremos, ainda que com dificuldades, ao conceito original da proteção de dados pessoais, que inaugurou uma nova era para a proteção das liberdades com uma abordagem realmente progressista? (RODOTÀ, 2008, p. 111-119)

Rodotà tem uma preocupação filosófica e ética quando interroga se sobrar alguma dignidade a uma pessoa “tornada prisioneira de um passado que está todo

nas mãos de outros” (RODOTÀ, 2008, p. 119), quando critica o excessivo número de câmeras com suas lentes dirigidas aos cidadãos. Vejamos:

Os efeitos do controle sobre a localização e do fato de se custodiar todos os nossos comportamentos a uma implacável memória são bastante evidentes no âmbito das comunicações eletrônicas. [...] Aqui, o aumento dos tempos de conservação de dados não somente está eliminando o direito ao esquecimento, mas também multiplicando as possibilidades de produção ininterrupta de perfis de todo tipo. Qual dignidade restará a uma pessoa tornada prisioneira de um passado que está todo nas mãos de outros, frente a que resta resignar-se de ter sido expropriado? Além disto, o surgimento da biometria propõe novas combinações de corpo físico e do corpo eletrônico. O corpo físico está se tornando irrefutavelmente uma senha. (RODOTÀ, 2008, p. 131-132)

Faz-se necessário um olhar realista sobre este novo sistema, que se caracteriza por uma distribuição e uso do poder diferenciado da vigente até então.

Para Stefano Rodotà, esta é a única forma de alcançar o prometido equilíbrio nas relações entre a tutela das liberdades individuais e a eficiência administrativa e empresarial:

Identificando as raízes do poder fundado na disponibilidade das informações e seus reais detentores, será possível não somente projetar formas de contra-poder e de controle, como também aproveitar as possibilidades oferecidas pela tecnologia da computação para tentar produzir formas diversas de gestão do poder, capazes de oferecer às liberdades individuais possibilidades de expansão antes impensáveis. (RODOTÀ, 2008, p. 138)

O conceito de privacidade na teoria de Rodotà é “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular” (ibidem, p. 142). Portanto, o caminho a ser percorrido, ainda incerto, parece acarretar na impossibilidade de renúncia à infraestrutura informativa (leia-se, da legitimação do poder fundado em informação), que se torna cada vez mais sofisticada, ampla e trazendo promessas de garantia efetiva.

Segundo os pesquisadores Ruaro, Rodriguez e Finger sobre a obra de Rodotà, uma tendência é clara: os problemas atinentes à esfera privada não podem mais ser reduzidos às fronteiras tradicionais da privacidade, calcadas fundamentalmente no pêndulo “recolhimento” e “exposição”, o que acaba por induzir a predileção por instrumentos exclusivamente individuais de proteção, refutando-se portanto um dever estatal nesse campo (RUARO; RODRIGUEZ; FINGER, 2011, p. 54).

Exaltar o poder do indivíduo no combate à coleta de dados tem o objetivo claro, como é cediço, de eximir o Poder Público de uma atuação mais ativa e concreta (RUARO; RODRIGUEZ; FINGER, op. cit., *passim*).

Por hora e motivos de tratar-se o presente trabalho de simples dissertação de mestrado, faz-se por bem encerrar aqui a análise da obra em tela, convidando-se, contudo, qualquer leitor interessado a se debruçar mais a fundo na obra de Rodotà, mormente no que diz respeito às questões polêmicas acerca de genética, privacidade e discriminação a cá trazidas.

A tese de doutoramento de Thamis Dalsenter Viveiros de Castro, apelidada *Bons costumes no direito civil brasileiro*, também merecerá atenção. No dito trabalho, a autora formula de forma contundente e coerente a novíssima e denominada “Teoria Tríplice da Autonomia Privada Existencial”, a qual, através de uma classificação simples e inteligente que divide os atos de autonomia em três categorias distintas a depender dos efeitos produzidos e das esferas jurídicas por eles afetadas, permite ao intérprete do Direito verificar a necessidade e a legitimidade de intervenções restritivas feitas pela lei ou aplicadas pelo julgador sobre o exercício da autonomia no caso concreto (VIVEIROS DE CASTRO, 2017, *passim*).

Segundo a autora, atos de autonomia de eficácia pessoal seriam aqueles concretizados no exercício de alguma situação subjetiva cuja concretização de interesses existenciais causa fatos relevantes somente para a esfera jurídica do seu titular. Cuida-se de situação que não produz impactos legais diretos e imediatos que acarretem lesão ou ameaça de lesão ao âmbito jurídico de terceiros, não tolerando que se limitem tal autonomia. Como exemplo desse tipo de situação, temos os atos de modificação corporal como a tatuagem, cuja repercussão jurídica é findada no núcleo corporal do titular, ainda que tal ato porventura possa vir a gerar influências culturais para o seio coletivo. Com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é necessário grifar, no entanto, que os atos de autonomia de eficácia pessoal devem poder ser, de maneira excepcional, limitados, mas apenas quando se tratar de pessoa com deficiência com elevada vulnerabilidade, desde que tais restrições estejam cabalmente focadas no fortalecimento da emancipação pessoal dos sujeitos tutelados pelo referido diploma legal (VIVEIROS DE CASTRO, 2017, p. 54-55).

Já os atos de autonomia de eficácia interpessoal são aqueles consequentes do exercer de situação subjetiva que repercutem em esferas jurídicas que não aquela do titular da mesma, atingindo indivíduos que não praticaram o ato de autonomia. Essas pessoas são identificadas de maneira individual e, para serem consideradas

afetadas efetivamente pelo ato, têm o dever de comprovar tal situação que lhes causou lesão ou que lhes apresentam risco real de lesão a seus direitos. Em tais casos, é possível aplicar restrições concretas aos ditos atos, mormente por meio da cláusula geral de bons costumes. A alienação parental é exemplo típico de ato com eficácia interpessoal, na qual o exercício da autonomia familiar acarreta repercussões para a esfera jurídica alheia, aqui especificamente a do outro genitor e a da criança envolvida (ibid., p. 57).

Em contrapartida, nos atos de autonomia de eficácia social, a concretização de interesses existenciais decorre da realização de manifestação subjetiva que apresenta efeitos jurídicos diretos e imediatos que causam ou são capazes de causar lesão a direitos de um número indeterminado de pessoas – repercussões estas que oferecem risco concreto e palpável de ofensa a direitos de pessoas não necessariamente identificadas ou que causam efetivamente dano a essas pessoas. Em tais situações, tendo em vista que há consequências jurídicas de impacto negativo para o coletivo, é necessário que se considere a necessidade de limitar, também em abstrato, a autonomia existencial do titular para garantia de direitos fundamentais que podem ser atacados por tal exercício de interesse individual, o que pode ser feito através da incidência da cláusula geral de bons costumes ou por meio de lei específica que proíba condutas que possam ser classificadas como de eficácia social, nas palavras da autora. Um exemplo desse raciocínio é a proibição do ordenamento brasileiro à mercantilização de partes do corpo, cujo efeito, caso lícita, poderia gerar consequências extremamente nefastas para aqueles em situação de miserabilidade que comercializassem seus órgãos, além de acarretar lesão coletiva, uma vez que a criação de um mercado dessa natureza acabaria com o sistema fraterno de doação de órgãos, que é atualmente pautado pelo princípio da solidariedade social. Também se inclui a impossibilidade de fumar em lugares fechados, protegendo-se pessoas em número impossível de determinar, que teriam contato passivo com as substâncias nocivas derivadas do cigarro (VIVEIROS DE CASTRO, 2017, p. 58).

Ao ver da autora, por vezes parece que a doutrina visa ignorar terminantemente a cristalina escolha legislativa pelos bons costumes, ao invés de buscar soluções conjugáveis ao ordenamento para sua aplicação. É isto que Viveiros de Castro busca primordialmente fazer na sua tese: investigar possíveis aplicações concretas, palpáveis da cláusula geral dos bons costumes no Direito

Civil contemporâneo, a partir de um prisma que coloca no centro da discussão a permanente tensão ente paternalismo estatal e autonomia privada. Em seguida, a obra enfrenta a frágil qualificação dos bons costumes como cláusula geral, confrontando a noção com outros meios da tradicional função moralizadora da autonomia privada, como boa-fé, função social e ordem pública. Em estudo detalhista, a autora apresenta, então, o verdadeiro cerne de sua tese: propõe qual seria o conteúdo e a função da cláusula geral de bons costumes em seu papel de imposição de limites à autonomia privada existencial, conforme já exaustivamente acima avaliado (ibid., cap. 3).

A obra analisa a problemática do lugar de criação do magistrado em uma cena neoconstitucional, com primordial foco na árdua tarefa de avaliar a interpretação das cláusulas gerais à luz da metodologia civil-constitucional – marco teórico que permeia toda a elaboração da mesma. Uma vez galgado este degrau, Viveiros de Castro retoma uma das questões nucleares do estudo (a utilização legislativa dos “bons costumes”) e se vale das disposições normativas que aludem ao conceito na codificação cível para propor aplicações oxigenadas da cláusula geral, sempre em consonância com a carga axiológica do sistema. Com tal fito, são analisadas hipóteses tão variadas quanto abuso do direito, modalidades do negócio jurídico, deveres dos vizinhos no condomínio edilício e controle valorativo do exercício do poder familiar. Tais casos são meramente exemplificativos, pois, como alerta a autora:

[...] nas demandas existenciais, não se pode ignorar a força das circunstâncias para a criação de novos dilemas jurídicos”, de modo que “muitos outros deveres podem surgir da aplicação da cláusula geral de bons costumes como limite ao exercício da autonomia existencial. (VIVEIROS DE CASTRO, 2017, p. 64)

Muito além disso, no entanto, trata-se de tese que com exímia qualidade perpassa diversas outras discussões da civilística contemporânea, que abraçam desde situações problemáticas hermenêuticas (como a aplicação das cláusulas gerais e o papel do intérprete) até problemas de política legislativa (por exemplo, maior ou menor incidência do paternalismo estatal na autonomia privada). É uma obra que, graças a todo o exposto, tem a tendência de se plasmar em estudo de referência em matéria de autonomia privada existencial por décadas, bem como leitura mandatória para todo estudioso que pretenda se lançar às muitas investigações que surgem diariamente neste setor.

A autora constrói, em linguagem clara e objetiva, os subsídios essenciais para muitas outras teses que, apoiadas sobre a sistematização ali realizada, poderão transitar com maior segurança sobre o ainda frágil (mas, talvez, não menos frágil do que sua contraparte patrimonial) direito civil existencial.

Por fim – ao menos do presente capítulo –, temos que, no artigo científico *Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal*, a pesquisadora brasileira Taysa Schiocchet afirma que há uma necessidade de um olhar interdisciplinar para se tratar tal discussão jurídica, atrelando conhecimentos sobre biomedicina e genética ao campo sapiente das humanidades.

Há em diversos países um vácuo normativo que permite a criação de bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal, que é força propulsora à devida elaboração normativa.

No Brasil, aprovou-se a Lei 12.654/12, que autoriza a coleta compulsória de material genético para fins de persecução criminal e regulamenta o banco de perfis genéticos para este mesmo fim. Para a autora, o maior desafio reside em esclarecer as reais questões técnicas e jurídicas, por meio dum constante diálogo interdisciplinar, transparente e republicano. Em sua visão macro, há incipiência jurídica e imaturidade sobre o tema no Brasil, tendo em vista o impacto recente das biotecnologias na temporalidade e espacialidade do Direito e a gigantesca proporção da criminalidade no país, além de um sistema jurídico debilitado (SCHOCCHET, 2012, *passim*).

A ideia de civil-constitucionalismo está presente quando Schiocchet defende uma harmonização das soluções dadas aos problemas dos biobancos no Brasil perante aquelas dadas no exterior (uma adaptação à nossa realidade). Os maiores anseios que vislumbra demandarem os biobancos para fins de persecução penal são quanto à segurança pública, e as maiores preocupações que geram são as ameaças ao direito à privacidade, plasmado na privacidade genética (*ibidem*, p. 17). O desafio maior do operador da genética, do Biodireito e do Direito Civil Constitucional é, portanto, encontrar o adequado equilíbrio, à luz da normativa da Constituição (*ibid.*). Schiocchet afirma que é possível perceber que a ciência moderna (em seus termos, “pós-genômica”) projeta um universo de dominação da natureza, submetendo-se a pessoa humana a valores e critérios. A natureza dominada pela ciência mantém e melhora a vida dos indivíduos, mas ao mesmo tempo os submete a intensa dominação (*ibid.*, p. 36 et seq.). Em outras palavras,

não é o fracasso, mas sim o sucesso da ciência moderna que pode levar ao desrespeito aos direitos humanos e quiçá a uma verdadeira e imensa catástrofe global (SCHIOCCHET, 2012, p. 39).

Já temos um grande número de documentos nacionais e internacionais, tanto jurídicos quanto bioéticos e de ética da pesquisa, tentando regulamentar situações polêmicas como as em tela (como por exemplo a Resolução 1931/09 do Conselho Federal de Medicina, que veda a discriminação genética pelos médicos), porém ainda carecemos de material doutrinário, jurisprudencial e dogmático de natureza civil-constitucional que se enderece à problemática em tela de maneira satisfatória (SCHIOCCHET, 2012, p. 46).

No que concerne mais ao tema da presente dissertação, a doutora alerta ao risco de se coletar amostra de DNA que contém informação genética humana – seja codificante ou não, pequena ou não, de mera individualização genotípica ou caracterizadora de saúde e comportamento – que pode ser utilizada inadequadamente, inclusive como meio de discriminação genética (vide os exames nas décadas de 60 e 70 para averiguar a propensão dos homens com um Y a mais a cometer crimes).

Portanto, em sua visão – e com a qual aqui concorda-se –, qualquer dado pessoal de caráter genético deve ser considerado dado de intimidade genética, sendo conseqüentemente um dado sensível e, por conseguinte, protegido pelo direito fundamental à intimidade (ibid.).

Para Schiocchet, além da identificação genética formal, é fundamental considerar permanentemente as conseqüências da existência deste tipo de banco para outras áreas do Direito, inclusive o Direito Civil, seja em termos de privacidade, discriminação, reparação civil, contratos (ex. depósito, doação, planos de saúde, etc.), pois o acesso à informação genética torna permanente a possibilidade de uso indevido desta (ibid., p. 49).

Sobre todo o exposto, citemos por breve a autora:

Qualquer estudo que tenha por objeto a biotecnologia ou um tema a ela relacionado deve estar atento a sua dupla composição, de modo a identificar, além das descobertas científicas e inovações tecnológicas, os discursos, as representações e as ideologias que estão por detrás delas, mascarando seus antagonismos e dominações. Nesse aspecto, os estudos antropológicos e, mais amplamente, os interdisciplinares são uma eficaz ferramenta para a adequada complexa compreensão desse fenômeno. (SCHIOCCHET, 2012, p. 53)

Schiocchet afirma que o Brasil está na rota internacional da realização de estudos genéticos multicêntricos para as indústrias farmacêuticas, da biopirataria (até mesmo de material genético humano), dentre outras (SCHIOCCHET, 2012, p. 59).

A pesquisadora defende uma harmonização das soluções dadas aos problemas dos biobancos no Brasil perante aquelas dadas no exterior (adaptação à nossa realidade). Os maiores anseios que demandam os biobancos para fins de persecução penal são quanto à segurança pública, e as maiores preocupações são as ameaças à privacidade. O desafio maior é encontrar o adequado equilíbrio, à luz da normativa da Constituição.

Já no subcapítulo em que defende que não adotemos nem o cientificismo nem o reducionismo, Schiocchet afirma que é possível perceber que a ciência moderna (pós-genômica) projeta um universo de dominação da natureza, submetendo-se a pessoa humana a valores e critérios. A natureza dominada pela ciência mantém e melhora a vida dos indivíduos, mas ao mesmo tempo os submete de forma incisiva a uma intensa dominação (SCHIOCCHET, 2012, p. 65).

Igualmente fala-se na “politização da vida” – atrelado à ideia de biopoder e biopolítica, pois o conceito afirma que está havendo um processo de considerar a vida natural como fator determinante nos mecanismos e cálculos do poder, não sendo mais restrito à apropriação e manipulação de corpos inteiros, mas passando a exercer um biopoder em nível celular, molecular e genético (ibid., p. 70).

Já temos um grande número de documentos nacionais e internacionais, tanto jurídicos quanto bioéticos e de ética da pesquisa, tentando regulamentar situações polêmicas como as em tela.

Acerca disso, vejamos:

As implicações relacionadas às tecnologias genéticas são de diversas naturezas (social, econômica, científica, sanitária, ética e jurídica), incluindo temas como privacidade, confidencialidade, proteção das identidades, garantia de não-discriminação, pesquisa e avanço da ciência, livre circulação de bens, coleta e armazenamento de material genético, acesso e uso de informação genética, credibilidade e licitude da informação coletada e analisada, salvaguarda da cadeia de custódia, biobancos, universalidade de acesso a tais tecnologias etc. Diante disso, atualmente diversos países, e mesmo a sociedade internacional através de seus órgãos representativos, mobilizam-se no sentido de avaliar o impacto das aplicações desse novo conhecimento tecnológico para então regulamentá-las. (SCHIOCCHET, 2012, p. 77)

A pesquisa de Schiocchet tem como objetivo geral analisar, com base no ordenamento pátrio e no Direito Comparado, a relação de possíveis riscos/benefícios e os limites/possibilidades à realização de pesquisas e construção de bancos de dados de perfis genéticos para fins de persecução penal, promovendo e respeitando os direitos fundamentais do cidadão. O pressuposto metodológico de Schiocchet é que a cultura, a experiência, a lei e a doutrina de países desenvolvidos não devem ser usadas como referencial irrefutável e exclusivo para a busca de soluções aos problemas brasileiros. Embora valendo-se do Direito Comparado, a pesquisa dela é toda encaminhada para achar soluções alternativas e estreitar experiências jurídicas latino-americanas, de realidades próximas às do Brasil.

No cap. 2, *Informação Genética Humana: aspectos terminológicos*, Schiocchet busca esclarecer diversas terminologias/conceitos de genética humana dadas em documentos internos e internacionais. Para melhor visualização, leiamos o trecho:

Interessa particularmente a diferenciação que a Declaração faz entre material genético, teste genético e dado genético. O material genético seria a amostra biológica: células do sangue, da pele e dos ossos ou plasma sanguíneo. O teste genético seria o instrumento utilizado sobre esse material biológico para extrair as informações e dados genéticos. Por fim, o dado genético consistiria no conjunto de “informações sobre características hereditárias dos indivíduos”. A Declaração silenciou quanto à definição específica de informação genética ou perfil genético.

[...]

Uma amostra de DNA possui regiões codificantes e não-codificantes. Os denominados perfis genéticos constituem uma parte das informações contidas na amostra de DNA e são extraídos de regiões ditas não-codificantes. Os testes que visam a determinar as impressões genéticas ou perfis genéticos são destinados, em geral, à identificação de uma pessoa no âmbito criminal em função da distribuição de marcadores genéticos polimórficos. As características genéticas nas regiões codificantes seriam, a priori, conservadas e utilizadas apenas para fins médicos ou de investigação científica, enquanto os perfis genéticos utilizados pela polícia e pela Justiça identificariam, segundo os cientistas, apenas os marcadores sexuais e sequências teoricamente não-codificantes. (SCHIOCCHET, 2012, p. 88-89)

Nem toda informação genética do indivíduo, portanto, é capaz de dizer respeito a aspectos físicos dele. Isso depende de onde a informação é retirada, pois nem todas as regiões do DNA possuem informações sobre características físicas da pessoa. Mais de 95% do genoma não trazem informação que se converte em características físicas. A isto se chamava por muito tempo “*junk DNA*”. O DNA é uma molécula que contém muitas informações, enquanto o perfil genético é uma pequena informação extraída do DNA.

Frisa-se aqui que a discriminação que tem havido nos âmbitos públicos e privados é no uso dos genes em si, o que será mais detalhado ao desenvolvermos o terceiro e último capítulo. Portanto, qualquer dado pessoal de caráter genético deve ser considerado dado de intimidade genética, sendo um dado sensível e, conseqüentemente, protegido pelo direito fundamental à intimidade (SCHIOCCHET, 2012, p. 91).

Devemos dar atenção dobrada à “teoria do mosaico”, segundo a qual há dados que se analisados isoladamente não aportam informações pessoais, porém uma vez cruzados com outros, podem trazer informações que afetem a intimidade genética pessoal – ex. existência ou inexistência de relação parental biológica desconhecida anteriormente (SCHIOCCHET, 2012, p. 93).

Fatos como esses demonstram que o acesso à tecnologia e à informação por ela gerada pode ser utilizado – atualmente ou no futuro – de diversas maneiras, muitas vezes desconhecidas ou não previstas, inclusive de forma antiética ou ilegal. Por essa razão, incumbe ao Direito levar em consideração essas possibilidades (ainda que não desejadas) no momento da elaboração da legislação. (*Ibidem*, p. 104)

No capítulo 3, a professora disserta sobre a natureza jurídica da informação genética humana, que reflete direto na forma de regulamentação das mesmas. Para ela, cuida-se de um conhecimento sobre as informações hereditárias dos seres. Veja-se:

A postura que pretende atribuir à informação genética um caráter singular, visando a reforçar a proteção da privacidade individual ou impedir a discriminação genética, acaba por reforçar também a ideologia do “reducionismo genético”. Ela superestima fatores genéticos em detrimento dos ambientais, sociais etc., e, ainda, legitima direitos especiais em razão desses fatores. Na verdade, qualquer informação pessoal sensível pode ser utilizada em desrespeito à privacidade ou de modo discriminatório, dependendo do processo hermenêutico realizado (interpretação) e da finalidade do seu uso. (SCHIOCCHET, 2012, p. 110)

No cap. 4, Schiocchet analisa as modalidades de biobancos e bases de dados genéticos. Biobancos¹⁹ são conceituados como “coleções de material genético associados a dados de diversas naturezas - genéticos, médicos, biológicos, familiares e socioambientais” (SCHIOCCHET, 2012, p. 112).

Já as bases de dados genéticos com eles não se confundem, sendo os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal. A este respeito, visualizemos:

¹⁹ “A terminologia é vasta: biobancos, biotecas, coleções, centros de recursos biológicos, bancos de viventes, bancos de dados genéticos, base de dados genéticos, base de dados de pesquisa em genética humana, biobancos virtuais, biorepositórios, bancos de tecidos, bancos de genes” (SCHIOCCHET, 2012, p. 110)

No entanto, os biobancos diferenciam-se dos bancos de perfis genéticos, de modo que, segundo Noiville e Bellivier, não é possível qualificar um banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal como biobanco. Isso porque ele **não** tem finalidade terapêutica ou de pesquisa. A finalidade dos bancos de perfis genéticos é identificar, mais eficazmente, os autores de delitos, de modo a prevenir, inclusive, a reincidência. (SCHIOCCHET, 2012, p. 212, grifo do autor)

Biobancos, então, têm critérios distintos para o serem considerados: são criados por um estatuto jurídico público ou privado (lei ou contrato), têm finalidade específica (terapêutica ou pesquisa), diferem-se das bases de perfis genéticos também no tamanho e grau de organização e por fim, na possibilidade de circulação das amostras e envio de dados ao exterior. Apresentam-se em três espécies: bancos de dados de identificação genética (dados alfanuméricos relacionados à identificação de pessoas), bancos de arquivos de DNA (amostras de DNA prontas para análise) e bancos de arquivos de amostras biológicas (não são bancos de dados, mas de material biológico, ou seja, de DNA ainda não extraído).

A doutora passa a analisar então as finalidades do acesso à informação genética humana, de acordo com a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da UNESCO: diagnóstico e cuidados de saúde; investigação médica e científica; procedimentos civis (ex. investigação de paternidade) e penais (medicina legal e investigação policial), além de quaisquer outras compatíveis com a Declaração – esta última finalidade fragiliza muito, em sua visão, o dispositivo de restrição. No cap. 5, Schiocchet recorre a pesquisas de Direito Comparado, traçando enorme análise do histórico do tratamento legal e doutrinário aos biobancos em outros países, focando muito na questão dos bancos de perfis para fins penais. No cap. 6, analisa relação entre bancos de DNA e criminalidade (sua eficácia no combate ao fenômeno) (SCHIOCCHET, 2012, p. 219).

No capítulo 7, a doutora investiga aspectos normativos para o sistema jurídico brasileiro, quais sejam, as contribuições oriundas da Bioética e do Direito Constitucional à questão. Inicia afirmando que a Bioética se tornou um campo muito controverso, passando a contar com a presença de juristas e políticos em seus debates.

Em seus próprios termos:

É preciso reconhecer os benefícios que um banco de perfis genéticos pode trazer no âmbito da persecução criminal, mas também é preciso levar em consideração a variabilidade da normativa jurídica de cada país, assim como os direitos fundamentais assegurados no âmbito do Direito Constitucional. A crescente utilização de amostras biológicas humanas e informações genéticas, viabilizadas

pelos biobancos e bancos de dados genéticos, faz emergir novos questionamentos éticos, sobretudo, em função da ampliação e aceleração da investigação a partir da conservação e replicação das amostras biológicas. São recorrentes os temas como privacidade, confidencialidade, discriminação, etc. Do mesmo modo, a categoria clássica do consentimento informado, ainda que amplamente discutida, sofre novos impactos. (SCHIOCCHET, 2012, p. 233)

Para Schiocchet, além da identificação genética formal, é fundamental considerar permanentemente as consequências da existência deste tipo de banco para outras áreas do Direito, inclusive o Direito Civil, seja em termos de privacidade, discriminação, reparação civil, contratos (ex. depósito, doação, trabalho, planos de saúde, etc.), pois o acesso à informação genética torna permanente a possibilidade de uso indevido desta.

Neste ponto, pesquisadora parte a analisar então as condições para coleta e armazenamento de dados genéticos nestes bancos (ex. consentimento informado, respeito aos direitos da pessoa, previsões da conhecida Declaração Internacional sobre o Genoma Humano) (SCHIOCCHET, 2012, p. 235).

Avalia-se então a normativa ética interna, ou seja, as Resoluções do CNS. A Resolução 196/96 afirma os quatro princípios basilares da Bioética – autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, e a Resolução 340/04 impõe que dados resultantes de pesquisa não sejam divulgados nem acessíveis a terceiros, preocupando-se a autora com o direito à privacidade genética e necessidade de consentimento informado por meio de termo de autorização para que haja cruzamento de material para propósitos judiciais, tutelando-se os direitos fundamentais e humanos (SCHIOCCHET, 2012, p. 236).

Ao analisar os aspectos jurídicos da questão sob a ótica do Direito Constitucional brasileiro, afirma que o que tem se observado na prática legislativa é o recurso constante às finalidades de política criminal, e vêm se relativizando direitos e garantias constitucionais em nome do atendimento ao direito da coletividade à segurança. Daí temos a relevância da interpretação constitucionalizada para funcionar como baliza à própria polêmica política-jurídica em torno do impacto legislativo que concerne a criação de bancos de dados genéticos para fins de persecução criminal (*ibidem*).

Schiocchet é uma grande defensora das garantias de vedação à autoincriminação, assim como do consentimento informado, do direito ao silêncio, da intimidade (prega pela proibição dos procedimentos invasivos, sendo só

permitida coleta de material expelido ou apreendido pela pessoa), da identificação criminal como procedimento para comprovar a identificação civil e não meio de prova, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, da presunção de inocência e da revisão criminal.

Nos itens subsequentes, empreende-se pesquisa legislativa para investigar o que diz o – provavelmente em breve futuro – ordenamento legal sobre Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal, assim como faz análise qualitativa de projetos de lei, dá especial atenção comentada ao PL 93/11, que prevê a identificação genética dos condenados por crime hediondo, e ao parecer da CCJ. Por fim, no capítulo 9, Schiocchet analisa os parâmetros legais para a criação de um banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal: segundo a docente, é necessário analisar se é constitucional a coleta de material genético compulsória (mesmo mediante técnica não invasiva de coleta) ou voluntária (mediante consentimento informado ou assentimento), tendo em vista os direitos fundamentais possivelmente afetados, dentre eles: integridade corporal em sentido amplo, intimidade tanto corporal quanto genética, autodeterminação informacional, presunção de inocência, direito ao silêncio e não autoincriminação, liberdade de decisão e física, liberdade religiosa, assim como a tutela judicial efetiva (SCHIOCCHET, 2012, cap. 9).

Desse questionamento, decorre a necessidade de analisar qual é a extensão ou o sentido do princípio constitucional da proibição de produção probatória contra si mesmo no Direito brasileiro (do ponto de vista da legislação, da jurisprudência e da doutrina), especialmente tendo em vista que o DNA nesses casos possui dupla natureza, isto é, trata-se de um ato de investigação (identificação) e, ao mesmo tempo, um ato de produção probatória (prova), ainda que probabilística e falível, convém lembrar. Além disso, convém avaliar a forma de constituição do banco, ou seja, se é adequado, ética e juridicamente, criar um banco de perfis genéticos cujas amostras coletadas originam-se de determinado grupo da população.

Finalmente, é preciso compreender nitidamente que os perfis genéticos não oferecem resultados de identificação plena, absoluta (100%) e, portanto, não são irrefutáveis, como sugerem erroneamente algumas pessoas, provavelmente por desconhecimento. Em outras palavras, a genética forense não valora os resultados das análises em termos de fiabilidade absoluta, mas o menor ou maior grau de incerteza em termos de probabilidades, trata-se, portanto, de um resultado ou prova de probabilidade. Por essa razão, os resultados não podem ser aceitos de forma automática.

[...] De fato, para que haja efetivamente um resultado mais próximo da realidade, é preciso levar em consideração dados adicionais não estatísticos que são conhecidos

pelo juiz e não pelo perito. Portanto, ressalta-se, é preciso relativizar os resultados da prova genética e compreender que o poder da perícia é limitado. Isso implica, para os operadores do direito (juizes, advogados, promotores etc.) em não aceitar os resultados do perfil genético automaticamente como se fosse prova irrefutável, bem como apresentar rigor e fundamentação na valoração dessa perícia, necessariamente, em conjunto com as demais provas e indícios do caso concreto.

[...]

A gestão dos bancos é outro ponto muito importante, como no que se refere à garantia de que os dados pessoais dos indivíduos submetidos à coleta serão armazenados em banco de dados distinto daquele onde ficarão os perfis genéticos. É preciso que a legislação defina se a gestão dos bancos de armazenamento será pública ou privada, se haverá um código de conduta, com normas e eventuais sanções, regulamentando os trabalhos efetuados junto aos bancos, e ainda, se haverá fiscalização dos serviços realizados e quem a fará. (SCHIOCCHET, 2012, p. 250-255).

Para concluir, Dra. Schiocchet defende a regulamentação de um claro direito subjetivo de acesso ao banco, defendendo também especial atenção à cadeia de custódia (processo utilizado para manter e documentar a história cronológica da evidência, que tem como objetivo garantir a idoneidade e o rastreamento das evidências utilizadas em processos judiciais) como forma de garantia da fiabilidade da informação genética levada a termo em laudo pericial, que serviria ainda para assegurar a adequada identificação, coleta, conservação, verificação e custódia da amostra de DNA, desde a sua obtenção até que se incorpore definitiva e irreversivelmente ao processo como meio indubitável de prova.

Caso não haja como rastrear o percurso da amostra e do perfil em todas as etapas, a informação deverá ser considerada nula do ponto de vista jurídico. Conclui-se o artigo, então, reiterando a necessidade de diálogos (e até mesmo da criação de uma comissão) interdisciplinares, e traz um *check list* para regulamentação, propondo regras para coleta, armazenamento e processamento, gestão do banco e valoração do perfil genético no processo penal. A título de complementação com o fito de análise cabal, cita-se:

Assim sendo, quanto maior a exposição ou vulnerabilidade dos dados em questão, maior é o imperativo legal de proteção. Desse modo, considera-se importante assegurar, mediante instrumentos jurídicos robustos, a proteção aos demais direitos e garantias fundamentais que devem ser respeitados, sob pena de vício elementar. Nesse sentido, merece destaque o rigor científico e jurídico, isto é, em termos de credibilidade e licitude, em todas as fases da denominada cadeia de custódia. (SCHIOCCHET, 2012, p. 280)

No capítulo a seguir, poderá o leitor vislumbrar de maneira mais cristalina como as questões a cá aportadas se coadunam devidamente com a problemática da discriminação genética lida à luz de um Direito Civil constitucionalizado.

3.

Fatos e dados sobre privacidade e discriminação genética: conceito, extensão, gravidade, presença social e dados acerca da discriminação genética

Para que se busque conceituar de maneira pontual e concisa o fenômeno da discriminação genética, bem como para analisar a extensão, a gravidade e a presença social do mesmo, devemos recorrer ao artigo *Discriminação por Motivos Genéticos*, de Luiz Edson Fachin, professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e, como é cediço, ministro do Supremo Tribunal Federal.

Ao introduzir o trabalho, Fachin afirma que a vedação constitucional à discriminação em virtude de sexo, idade, cor, raça ou religião se trata de parcela substancial da proteção jurídica da dignidade humana, eis que fundada no respeito aos atributos pessoais, à liberdade, à integridade e à autonomia corporal, todas calcadas devidamente no princípio da igualdade, tanto em seu sentido formal quanto em seu aspecto material (FACHIN, 2001, p. 209).

Tal vedação sustenta a tutela do direito à vida, exigindo garantia universal e igualitária para sua concretização no mundo dos fatos, e obstando qualquer possibilidade de eugenia. Neste momento, Fachin cita José Renato Nalini, segundo quem toda forma de eugenia tem um potencial imenso de perigo, eis que ensejadora de higiene social, controle médico das práticas e instituições sociais, dentre outros fenômenos (NALINI, 2001, p. 39 apud FACHIN, 2001, p. 30).

Fachin afirma que não deve ser possível e lícito manufacturar seres humanos por meio de preciosas informações catalogadas, o que leva por consequência lógica a inferir que tampouco se deve permitir a devassa da privacidade genética do indivíduo, quiçá como condicionamento para a contratação como empregado ou então como adotante ou aderente a planos de saúde e seguros (FACHIN, 2001, p. 210).

É para definir situações como estas – graves, tristes e de crescente relevância – que se cunhou a expressão “discriminação genética”, a qual somente por mera e breve análise da escolha de palavras já deixa cristalinos, até mesmo aos leigos, quais são os fenômenos a que se refere. Na visão macro do ministro cuja obra se analisa, os desafios derivados do mapeamento e do sequenciamento do genoma humano

traduzem novos horizontes para a teoria e a prática do Direito. Defende-se, inclusive, a formulação de uma nova categoria de direitos humanos: aqueles direitos humanos do campo genético e biológico (FACHIN, 2001, p. 211).

Fachin traz um seriíssimo alerta: tal possibilidade de mapeamento e sequenciação genéticos é apta a causar facilmente violações aos direitos fundamentais dos cidadãos, servindo a propósitos meramente discriminatórios (FACHIN, 2001, p. 211). A lógica de mercado, calcada nas premissas de lucro, conhecimento e poder, pode vir a deturpar as vertentes da ciência, com o fim de favorecer a interesses escusos. Mesmo havendo sido escrito no prisco ano de 2001, o artigo ainda se faz pertinente, ao que Fachin prega fato sempre válido: o diálogo que repudie tais injustificáveis discriminações, aberto entre o direito e a engenharia genética, ainda não apresenta resultados satisfatórios (ibid., p. 212).

Após se posicionar fortemente contra a manipulação genética para a criação de seres humanos fáusticos, além de ser igualmente contrário à reificação (nome mais apropriadamente técnico para a já abordada “coisificação”) do corpo humano, Fachin prega que é urgente a adoção de uma principiologia axiológica fundada na dignidade da pessoa humana, cujo respeito impeça que os indivíduos sejam reduzidos a suas características genéticas em pesquisas científicas, incluindo-se aí um bloqueio à vedação por motivos genéticos (ibidem). É neste ponto que oscila o eixo opinativo-argumentativo do doutor aqui estudado: há dois compromissos, em suas palavras, pouco sutis – a lógica da liberdade individual (a autodeterminação sobre o próprio corpo) e a utilidade exterior (marcada pelo avanço na medicina, na pesquisa, na competição internacional entre laboratórios, nos interesses econômicos de instituições públicas e privadas que trabalhem com direito à saúde, família ou dos seguros, dentre outros fenômenos) (ibidem, *passim*).

A partir desta ótica, Fachin afirma que a busca que tenta empreender é simplesmente o encontro da linha limítrofe à qual pode chegar o campo da ciência moderna, a fim de que se vedem formas de eugenia calcadas em uma liberalidade quase absoluta (FACHIN, 2001, p. 214).

Após tecer longa análise sobre os benefícios trazidos pelos exames genéticos, Fachin passa a traçar extenso contexto histórico da discriminação (ibid.), ao que prega que a discriminação genética é um exemplo específico de eugenia liberal: elegem-se “dotados” em grau melhor e excluem-se os “malformados”, sugerindo

um controle biológico seletivo, tudo se tratando de uma verdadeira apropriação de corpos pela lógica das relações de mercado (FACHIN, 2001, p. 215).

Cuida-se, portanto, de questão não meramente jurídica, ética ou moral, mas também imensamente política e econômica, ensejadora de novas ordens globais (ibid.).

É neste ponto que Fachin afirma ser a esfera jurídica vital no debate bioético, havendo uma constante reconstrução do Direito e do papel do sujeito (FACHIN, 2001, p. 216). É na interdisciplinaridade que reside a resposta para as angústias surgidas nas interseccionalidades entre Direito, Ética e Biotecnologia.

Deve-se, portanto, na visão de Fachin com a qual aqui se concorda em ampla monta, não apenas vedar a discriminação plasmada nas ciências genéticas, mas igualmente coibir quaisquer práticas atentatórias aos valores constitucionais (e também supraconstitucionais) consubstanciados mormente na dignidade da pessoa humana que tenham caráter discriminatório.

O ponto em que aqui mais deseja se chegar se trata do fato de que as searas do Direito, da Ética e da Biotecnologia, principalmente na parte em que se interseccionam, não são isentas de parcialidade influenciadora por parte dos amplamente chamados mundo da vida e do capital.

Devem ser criados mecanismos e institutos jurídicos, desta feita, para coibir manifestações gravosas e maléficas do tipo ora comentado, especialmente ao se levar em consideração a situação de vulnerabilidade em que se encontram certos indivíduos frente a determinadas instituições, como é o caso dos potenciais empregados em empresas contratantes, dos possíveis novos consumidores aderentes a planos de saúde e seguros e dos interessados adotantes. Nas palavras de Fachin, “os novos paradigmas civilizatórios não devem se converter em espaços de uma barbárie pós-moderna” (FACHIN, 2001, p. 217). Demonstrados e cristalinos restam, então, o conceito, a extensão e a gravidade do fenômeno tema da presente dissertação. Podemos nos lançar, enfim, à avaliação da presença social e dos dados do mesmo (no sentido de sua existência, sua relevância e seu reconhecível impacto). As relações trabalhistas, consumeristas e público-privadas começam, aos poucos, a serem organizadas utilizando-se de técnicas geradas pela evolução genética ora discutida, como é o caso mais notório de países como Estados Unidos da América. O problema surge na medida em que essas técnicas são postas em uso em desfavor do empregado, contratante ou adotante. As informações geradas pelos respectivos

testes de DNA podem ser usadas para decisões, no campo profissional, a respeito de uma contratação ou de uma promoção; no campo de contratações, para indeferir a adesão a certas modalidades de planos de saúde ou criar contratos de seguro sem risco; para tombar as esperanças de indivíduos que desejam adotar.

Esse tipo de discriminação já era previsto desde o início do Projeto Genoma Humano no final da década de 80. Graig Venter, dono da empresa *Celera Genomics*, uma das principais empresas empenhadas na decifração do código genético humano, já afirmava em 1988 que a discriminação genética iria acontecer e que deveria haver uma legislação específica para estes casos (LIMA NETO, 2008, p. 36). Tanto é que, nos Estados Unidos, foi promulgada em abril de 2008 lei contra discriminação genética, a qual proíbe, principalmente, que as seguradoras de saúde neguem cobertura ou aumentem os preços de planos de pessoas saudáveis com base em predisposição genética ao desenvolvimento de uma doença, como câncer, diabetes ou problemas cardíacos.

O referido diploma legal igualmente impede que as seguradoras obriguem clientes a fazerem testes genéticos, vedando ainda que empresas e agências de emprego usem informações genéticas em decisões de contratação, demissão ou promoção. Isso fez com que os Estados Unidos se tornassem um dos pioneiros na punição desse novo tipo de discriminação. Ainda assim, pesquisas realizadas pela *American Management Association* mostram que 30% das novas contratações pedem informações genéticas sobre seus empregados ou aderentes e 7% admitem usar essas informações para tomar decisões referentes à contratação desses empregados ou aderentes.

A realização de teste genético é normalmente feita através do sangue coletado. O problema maior, porém, reside na forma e nos limites de utilização desses resultados pelas empresas, no sentido de efetuar ou não a contratação, realizar a elaboração de contratos de planos de saúde ou seguro sem risco de cobertura, dentre outros. A vilania discriminatória, como se percebe, é no uso dos dados obtidos pelos genes, e não na feitura de testes em si.

Aportando o estudo para a realidade brasileira, temos que:

Existe no Brasil o Projeto de Lei 4610 de 1998 tramitando no Congresso, o qual já anuncia diversas preocupações das prováveis consequências da divulgação de resultados de testes genéticos. Seus pontos mais relevantes são: a) quanto à limitação, negação ou descontinuação das coberturas de seguros de qualquer natureza depois de analisado o perfil genético do segurado; b) quanto à recusa,

negação ou impedimento de matrícula do aluno em estabelecimento de ensino público ou privado, dentre outros, com base em informações genéticas da pessoa; c) quanto à recusa, negação ou impedimento de inscrição em concursos públicos ou qualquer forma de seleção com base em informações genéticas, ou ainda, com base nessas informações, dificultar ou impedir o acesso ou permanência no emprego, cargo ou função, seja esta na Administração Pública ou entidade privada, d) preocupa-se, ainda, com o sigilo das informações, penalizando aqueles que divulgam as informações genéticas de uma pessoa, a menos, é claro, que haja autorização prévia e incontestável da mesma. (ARAUJO, 2010, p. 7)

No que diz respeito à responsabilidade civil por violação de dados genéticos, como citado anteriormente, traz nossa Carta Magna proteção a diversos direitos constitucionais, tais como a intimidade, a informação, a honra e a imagem. Como sabido, a responsabilidade civil surge da violação a esses direitos. E, como proclama o nosso Código Civil em seus artigos 186 e 927, a violação de um direito significa prática de ato ilícito, o que enseja direito à indenização.

Para a caracterização da responsabilidade civil, é necessário a comprovação de três requisitos: a conduta do agente, a existência de um dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado. A discriminação genética, tal como qualquer outra discriminação, afeta a integridade psíquica do indivíduo (ARAUJO, 2010, p. 9). Esse fator é grave também nas relações de emprego, de contratos ou de adoção, vez que são manifestações plasmadas de diversos direitos garantidos.

A capacidade laborativa, adimplente e adotiva da pessoa e, conseqüentemente, a sua aptidão para determinado contrato não podem, sob pena de lesão à dignidade da pessoa humana, estar conexas ao fato de esta ter ou não predisposição genética a tal doença ou condição. Tal fenômeno se trata de palpável e inegável retrocesso na evolução dos direitos humanos, além de rejeitar o próprio esforço da ciência de combater doenças no futuro (ARAUJO, 2010, p. 10).

Importante se faz ressaltar que tais predisposições genéticas, contudo, cuidam-se de meras previsões patológicas que o indivíduo pode vir a apresentar, não se tratando de cúmulo de certeza, eis que dependem de variados fatores como o ambiente, a família, a sociedade, a educação e a cultura, próprios de cada um.

Já existe em terras brasileiras legislação esparsa contra a discriminação de uma forma geral, além de algumas leis específicas para outros segmentos (como por exemplo, contra o racismo, contra a exigência de testes de gravidez e comprovante de esterilidade, contra a discriminação da mulher nas relações sociais, etc.). Porém, por entender-se que a discriminação genética é igualmente uma

ameaça à integridade moral e psíquica do aderente contratante, do adotante e do trabalhador, devemos somar esforços para que uma legislação direcionada e especializada seja tão logo promulgada para disciplinar a admissão de testes genéticos no Brasil, vedando de maneira cabal suas realizações para fins discriminatórios.

Outrossim, temos o fato de que o Estado brasileiro é signatário juramentado das Convenções Internacionais que buscam riscar de sua atualidade todas as formas discriminatórias; ou seja, o Brasil assumiu um compromisso diante dos demais Estados de que tais práticas sejam lidas apenas nos livros de história. Além disso, o fato de serem metas a se concretizarem, abalizadas na Carta Suprema, não dá azo para que haja omissão ou até mesmo falta de políticas eficientes de combate às discriminações em todas as suas formas negativas. Pesquisas apontam que cada pessoa tem, no mínimo, entre quinze a vinte genes silenciados que podem desencadear doenças de naturezas atualmente incuráveis. Somem-se a isso as condições ambientais, o hábito de vida como alimentação etc., que devem ser considerados, e facilmente se conclui que todo ser humano se sujeita a tal problemática. Não se trata, portanto, de seletividade de minorias, mas sim de um problema que a todos pode vir a impactar. Neste diapasão, Luís Archer, professor da Faculdade de Ciências e Tecnologias da Universidade Nova de Lisboa, levando em tela a técnica empregada para a obtenção de diagnósticos genéticos, traz o questionamento:

Haverá uma rotulação e marginalização dos indivíduos que estejam geneticamente predispostos a comportamentos socialmente indesejáveis? Passaremos a julgar as pessoas pelos genes que possuem e não por aquilo que são e fazem? A nossa democracia se transformará em uma genocracia? (ARCHER, 2008, p. 8)

Os pesquisadores Javier Sánchez-Caro e Fernando Abellán entendem o reducionismo como a compreensão do contexto real humano baseando-se meramente na informação genética; em outras palavras, simplificando-se, de maneira equivocada, a complexidade da vida do *homo sapiens*, ao interpretá-la apenas a partir das informações contidas nos genes e desconsiderar diversas outras dimensões de extrema relevância (por exemplo, como já afirmado anteriormente, ambiental, social e cultural). Conexo ao reducionismo está o famigerado determinismo, que se trata em encarar como verdade pressuposta a noção de que os genes determinam o comportamento do homem, como se houvesse certeza cabal

científica do conhecimento parcial ou probabilístico que nos trazem (SÁNCHEZ-CARO; ABELLÁN, 2004, p. 126).

Uma das equipes do Projeto Genoma Humano é responsável pelo debate acerca das influências éticas e sociais de tal pesquisa, sendo fato que um dos seus componentes, o estadunidense Ronald Green, no 3º Congresso Nacional de Bioética, realizado em Porto Alegre no ano de 2000, chamou atenção ao perigo contido pelas práticas de discriminação com base nos genes individuais, em especial por parte de empregadores e empresas de seguros.

Um estudo do Projeto Diretrizes (resultado de parceria entre o Conselho Federal de Medicina e a Associação Médica Brasileira) igualmente aponta os riscos de estigmatização e discriminação tido pela realização de certos exames genéticos:

A possibilidade de estigmatização ou discriminação de indivíduos cujo teste revele alguma alteração genética já é fato conhecido na história da genética médica mundial e brasileira. São grandes também as preocupações dos médicos geneticistas quanto ao risco de discriminação por parte de empresas de seguro de saúde e de vida, bem como de outras instituições públicas e privadas, a partir do resultado de determinados testes genéticos. (SOCIEDADE BRASILEIRA DE GENÉTICA CLÍNICA, 2004, p. 6)

Os cientistas João Sebastião de Oliveira e Denise Hammerschmidt pregam que o progresso científico em seara de conhecimento sobre os aspectos completos do genoma humano coloca em estado de extremo alerta o ser humano do século XXI sobre seu status vulnerável de proprietário de seu futuro, já que a aceção de sua individualidade genética por parte de terceiros pode culminar em interferências agressivas ao núcleo de sua vida privada e social e, claramente, no risco de sofrer discriminações genéticas (OLIVEIRA; HAMMERSCHMIDT, 2010, p. 176).

O pesquisador Charles Sykes lembra que por todo o percurso histórico humano há exemplos de discriminação genética, como no caso daquela baseada na cor da pele, expressão externa de características genéticas (SYKES, 1991, p. 131). Contudo, como já avaliado anteriormente, graças ao acesso que temos hoje à informação genética, a estratificação genética das populações está calcada na predisposição individual para doenças e para morte prematura, como ressalta Lawrence Gostin (GOSTIN; AREEN; KING; GOLDBERG; JACOBSON, 2005, p. 87).

Já se ouve falar inclusive em discriminação genética no âmbito dos esportes, como citam Cristiano Guedes e Débora Diniz em seu artigo *Um caso de discriminação genética: o traço falciforme no Brasil*, publicado em 2007 pela

Revista de Saúde Coletiva do Instituto de Medicina Social da UERJ, onde os autores analisam a dispensa de uma atleta por ter, em teste genético coletado em sangue, a tendência a desenvolver anemia falciforme (GUEDES; DINIZ, 2007, *passim*).

Também por diversas e sérias motivações comerciais as seguradoras interessam-se nas informações genéticas de seus segurados, momento em que se dá a discriminação genética no âmbito de tais companhias. Afinal, eis que tratam de atividade de risco por natureza, as mesmas já trabalham com a possibilidade de gastos para cobrir os clientes que vierem a solicitar a cobertura do seguro, gasto este que, porém, é coberto pelo que os demais segurados adimplem, num verdadeiro rateio de ônus.

Ainda assim, visam as seguradoras a ter o mínimo de custos e, por conseguinte lógico, o maior lucro possível. Desta feita, camuflam seus interesses verdadeiros em uma suposta necessidade de cadastro de dados para planejamento. Nesse caminho de raciocínio, visualizemos a compreensão da pesquisadora escocesa Sheila A. M. McLean:

Já às seguradoras interessa sobretudo aumentar ao máximo os benefícios e minimizar os riscos. Ainda que os fundamentos mesmos do seguro sejam a aceitação e a repartição de riscos não previsíveis, existe uma linha de argumentos, perfeitamente plausível, segundo a qual esse setor, do qual dependemos cada vez mais, deveria ter direito à informação mais completa possível, antes de avaliar os riscos ou calcular os prêmios. No entanto, tal como ocorre com o emprego, o temor a essas demandas é a discriminação ulterior. Pela mesma razão, teme-se que os argumentos, que em princípio se baseiam na boa-fé e na possibilidade de escolha, sejam aplicados, por extensão, à necessidade de informações dessas companhias, e que elas estabeleçam um sistema de exames obrigatórios, suprimindo o princípio da liberdade de escolha. (MCLEAN, 2002, p. 151)

Além das previsões principiológicas constantes da Carta Magna e da codificação civil unificada, faz-se mister salientar outras cominações legais que já possuímos em terras brasileiras para coibir práticas discriminatórias calcadas em motivos genéticos, com o fito de analisar o que falta na seara legal para uma concreta vedação do fenômeno. Por motivos de tratar-se a presente dissertação de trabalho na área de Direito Civil Constitucional, opta-se por trazer e explanar apenas qual(is) o(s) diploma(s) normativo(s) já existente(s) e apto(s) à regulamentação ou inadmissão de fenômenos similares à discriminação genética no âmbito de empresas de seguros e de companhias de planos de saúde. Adianta-se que não há, ainda, diploma normativo que discipline a questão quando envolvido o

poder público em situações de cadastro de pessoas com interesses em adoção de crianças e adolescentes.

No Brasil, com o advento da Lei n. 9656/98, de 03 de junho de 1998 (a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde), as operadoras de planos de saúde foram obrigadas a oferecer cobertura para pessoas com doenças preexistentes ou congênitas, incluindo as deficiências de qualquer tipo.

Para que haja a aceitação de cliente com doença preexistente, é preciso, contudo, que ele (ou seu responsável), quando da contratação, declare à empresa as enfermidades de que sabe ser portador, por meio do preenchimento (para o qual pode pedir orientação) de formulário elaborado com linguagem acessível; sob pena de, em até 24 meses depois, haver recusa de cobertura por parte da operadora (a quem cabe o ônus da prova da má-fé do consumidor).

Tal fato, inclusive, pode parecer uma medida de proteção às companhias de seguro; mas, no entender do pesquisador Mârius Berenguer, trata-se na verdade de proteção à solvência destas, a fim de evitar que a atuação fraudulenta de uns prejudique os demais segurados.

Ora, se a lei assegura a inclusão, nos planos de saúde, de portadores de doença - respeitadas as condições exigidas -, o que dizer dos que apenas apresentam suscetibilidade ao desenvolvimento de enfermidades, as quais, inclusive, a depender de uma série de fatores, podem sequer virem a, de fato, se desenvolver no dito indivíduo? (BERENGUER, 2001, p. 101)

Com base no referido diploma legal, é irrefutável que deve se erigir nova doutrina, oxigenada jurisprudência e emergente legislação com o fito de coibir práticas geneticamente discriminatórias, tendo em tela todo o quadro apresentado anteriormente no presente trabalho.

Cediço é que a humanidade, no atual milênio, começará a se deparar com discussões sobre eugenia científica. Outro perigo que se tem é o de criar-se um verdadeiro racismo científico, com o descobrimento, por parte da genética, de que alguns fenótipos considerados como desfavoráveis podem se encontrar mais frequentemente em certos grupos étnico-raciais, o que ampliará as questões aqui discutidas, podendo levar esse processo a desembocar em violentos distúrbios no seio social e nas instituições privadas e públicas.

Inegavelmente, tratar um indivíduo de forma discriminatória com fulcro na herança genética ostentada por ele ostentada é uma maneira de se consagrar cabalmente a injustiça e se perpetuar um sistema mais que desigual.

Por tal motivo, exigir-se igualdade em sentido substancial elevando-a como valor fundamental de sociedades civilizadas, abarcando-se nessa noção a proibição de práticas geneticamente discriminatórias, constitui-se e caracteriza uma aspiração basilar que pode ser encontrada na verdadeira e primeira raiz do conceito contemporâneo de Estado Democrático de Direito.

Ao alcançarmos tamanho ponto evolutivo ímpar da Humanidade em suas ciências e tecnologias, caberá ao legislador identificar os valores sociais em ebulição, no intento de estabelecer modelos de conduta a serem exteriorizados através de regras propriamente jurídicas.

Nesta esteira, temos que o movimento científico apelidado de “Ciência Aberta” vem norteando a comunidade científica global face a uma necessidade de rever-se seu modelo de produção, organização e difusão do conhecimento científico. Este paradigma novo em folha põe em xeque o monopólio informativo e de dados que retroalimentam o desenvolvimento científico, fato que não mais condiz com o modo de fazer ciência que emerge de maneira incisiva (GRUPO DE TRABALHO EM CIÊNCIA ABERTA DA FIOCRUZ, 2018, *passim*).

As novas condutas de elaboração e os novos métodos científicos, propulsionadas pelas ascendentes tecnologias de informação e comunicação, dão ensejo a uma pesquisa mais solidária e calcada em colaborações, e que se vale de enormes volumes de dados cuja coleta, uso, reuso, descarte e armazenamento devem se dar à luz primária dos padrões de ética da pesquisa e da responsabilidade das instituições perante a ciência e a sociedade, bem como no que concerne direitos e garantias individuais e coletivos que podem guardar relação com estas (*ibidem*).

Porém, o ordenamento jurídico pátrio que vigora é deveras insuficiente, ao que pouco ou nada regulamenta os inúmeros casos concretos que advêm da abertura de dados correlatos à pesquisa, apresentem-se eles em qualquer espécie ou natureza, momento em que se alinham e interseccionam problemáticas éticas, interesses de mercado, a mais que frágil questão da privacidade, a polêmica do tratamento e do reuso de dados de pesquisa científica de saúde, o acesso aos dados e informações, a segurança e a titularidade dos famosos bancos de dados, etc.

Foram calcados em tais breves linhas que pesquisadores de diversas áreas, membros do crescente e relevante Grupo de Trabalho em Ciência Aberta da Fundação Oswaldo Cruz (GTCA-Fiocruz) realizaram o estudo *Marcos Legais Nacionais em face da Abertura de Dados de Pesquisa em Saúde: Dados Pessoais, Sensíveis ou Sigilosos e Direitos Autorais*.

Trata-se de relatório que explicita as normas jurídicas encontráveis no ordenamento jurídico nacional as quais, pelo entendimento dos autores, incidem diretamente em temas pertinentes à pesquisa em saúde, como por exemplo o licenciamento e a proteção de dados pessoais, sensíveis ou sigilosos, os direitos autorais, a segurança da informação, o reuso e o compartilhamento de dados, dentre outros itens de igual relevância (*ibidem*).

Com o fito claro de realizar um mapeamento didático e intrigante dos marcos legais nacionais para nos apontar, no que diz respeito à pesquisa em ciências da saúde, subsídios legais, doutrinários e jurisprudenciais à elaboração de uma por eles defendida Política de Abertura de Dados para Pesquisa da Fiocruz, a qual culminará na diminuição de dúvidas e riscos advindos do vazio normativo no Brasil sobre proteção e o tratamento dispensado aos dados de pesquisa, os autores empreendem árdua tarefa, valendo-se de diversas searas do saber.

A pesquisa realizada por todo o ordenamento jurídico nacional abrange o período de 1988 ano de promulgação da chamada Constituição Cidadão, até o ano de 2017, o que resulta em competente esquematização das normas nacionais relacionadas com a abertura de dados de pesquisa em saúde, compreendidas em sede constitucional, legal e infralegal, incluindo-se aí também análises de alguns decretos, regulamentos, portarias e projetos de lei, das quais podemos averiguar diretrizes adotadas ou por adotar, bem como enxergar cristalinas tendências que impactarão direta ou indiretamente a disciplina ora estudada no futuro (GRUPO DE TRABALHO EM CIÊNCIA ABERTA DA FIOCRUZ, 2018, p. 15).

Cuida-se de trabalho de extrema importância para quem quer que se debruce sobre as questões de dados relativos à saúde, onde se insere, indubitavelmente, a problemática sobre dados genéticos.

No que mais diz respeito ao que se visa mormente sustentar na presente dissertação, temos que os autores da pesquisa em tela alegam que a ausência de legislação brasileira específica para a gestão de dados para pesquisa em saúde, particularmente aquela financiada por recursos públicos, tem levado algumas

instituições a enfrentarem o desafio da normatização interna a partir das diretrizes existentes.

Sempre justa e honesta perante a chamada “filosofia aberta no campo da ciência”, a Fiocruz, que já publicou sua dita “Política de Acesso Aberto ao Conhecimento e de Abertura de Dados”, volta-se agora para o desafio de erigir uma nova Política de Abertura de Dados para Pesquisa. O aplicar desta política emergente sobre dados impõe novo compromisso e novo aspectos de responsabilidade social. Por exemplo, pregam veementemente os autores que os resultados e os dados obtidos em pesquisas em saúde financiadas com recursos públicos sejam devolvidos à sociedade de uma forma ordenada e segura, observando-se, por óbvio, as decisões estratégicas e as eventuais normas pertinentes (GRUPO DE TRABALHO EM CIÊNCIA ABERTA DA FIOCRUZ, 2018, p. 58).

Cuida-se de estudo que providencia um panorama amplo e, claro, não exaustivo, com o fito primordial de realizar a identificação dos marcos legais nacionais a respeito de tais temas, baseando-se em pesquisa documental, de cunho exploratório e natureza calcada em qualidade.

Todas as normas expostas impactam a questão da abertura de dados para pesquisa em saúde, seja direta, indireta ou geralmente, e são indicadas em planilhas onde se apresentam os diplomas legais, seus dispositivos correlatos a tais questões, o conteúdo ou objeto destes dispositivos, os motivos para serem elencados e breves comentários explicativos (GRUPO DE TRABALHO EM CIÊNCIA ABERTA DA FIOCRUZ, 2018, p. 63).

Após extensa análise, a equipe de pesquisadores da Fiocruz conclui que no ordenamento legislativo pátrio há normas relacionadas com a referida abertura (qual seja, a abertura de dados para pesquisa), além de estarem em análise certas propostas normativas, porém ainda não vige lei alguma que regule de forma específica o acesso, o tratamento e o uso de dados para pesquisa em saúde ou de dados pessoais, exceto a Lei Geral de Proteção de Dados, cujo dispositivo pertinente só vigorará dezoito meses após a data de publicação da lei (ibidem).

Frisa-se aqui que concordamos em ampla monta com os autores e membros do dito grupo de pesquisa que afirmam ser papel das instituições científicas, que possuam o ímpeto de avançar na utilização de tais dados, regulamentar a temática em seu regimento interno, com base no que dispõem os limites legais, como meio

para que sejam oferecidas maiores garantias e segurança àqueles pesquisadores que perquirirem seus trabalhos em tal seara.

Muito além de sua contribuição ao que orienta caminhos jurídico-normativos para que haja a abertura de dados para pesquisa, o relatório em análise também busca esclarecer e certificar eventuais dúvidas no tocante à área normativa sobre proteção e tratamento de dados científicos.

Tendo como norte o imenso déficit regulatório que temos no Brasil, os pesquisadores autores do estudo em tela perguntam-se quais são os atos normativos nacionais que impactam ou têm potencial de impactar a abertura de dados para pesquisa em saúde, simples questionamento de pesquisa, porém cujas respostas muitíssimo têm a nos dizer.

Dá-se destaque especial à normatização trazida pela Lei Geral de Proteção de Dados de 2018, que determina os direitos tidos pelos cidadãos sobre seus dados e a série de critérios aos quais devem se submeter quaisquer instituições para sua devida, conforme e lícita utilização.

A este respeito e no que concerne à questão sobre o uso dos dados genéticos por empresas e pelo governo, citemos:

Não se trata de somente uma lei sobre Internet ou sobre a tecnologia, pois é um verdadeiro novo pacto que vai definir as bases do tratamento de dados pessoais, cada vez mais importante em nossa sociedade, procurando garantir tanto a preservação dos direitos e liberdades dos cidadãos quanto proporcionar segurança para os que realizam o tratamento de dados de forma legítima e transparente.

A LGPD estabelece normas específicas para o tratamento de informações pessoais para pesquisa pública em saúde, proporcionando o espaço necessário para que o desenvolvimento de reflexão crítica e de normativa específica referente à matéria seja empreendido em um futuro imediato. (GRUPO DE TRABALHO EM CIÊNCIA ABERTA DA FIOCRUZ, 2018, p. 3)

Em termos mais explícitos, temos como novo argumento o fato de que, se a própria Lei Geral de Proteção de Dados traz um regulamento específico que rege devidamente informações pessoais para pesquisa pública em saúde, vedando práticas discriminatórias ou o uso indevido de dados de saúde, é ululante a consequência de que, à luz do referido diploma legal, atos de discriminação calcados em dados genéticos também merecem uma concreta, palpável e severa vedação por meio de lei ou instrumentos normativos.

Carece-se ainda, no entanto, de efetivos mecanismos legais, ou ao menos jurisprudenciais, que vedem tais práticas. Como já visto, a matéria é até hoje apenas disciplinada por Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Conforme pregado pelos autores do relatório agora avaliado, porém, faz-se necessário mudar a consciência coletiva sobre o fenômeno, construindo-se novos conhecimentos no ideário social e também reconstruindo significados previamente estabelecidos e agora passíveis de serem considerados não mais adequados à nossa realidade jurídica, social, humanística, econômica, teórica, científica e, como não poderia deixar de ser, filosófica.

O trabalho em tela, portanto, consegue de maneira prima atingir seu objetivo-mor: reunir elementos normativos que dialogam diretamente com as questões da saúde e conseqüentemente extrair princípios e estabelecer analogias que preencham tais lacunas na lei, minimizando incertezas e gerando garantias para o pesquisador e o gestor de dados, para que ajam com a maior segurança jurídica possível, meta primordial da pesquisa (GRUPO DE TRABALHO EM CIÊNCIA ABERTA DA FIOCRUZ, 2018, p. 8)

Segundo o defendido pelos autores no capítulo *Sobre os atos normativos nacionais que impactam ou têm potencial de impactar a abertura de dados para pesquisa*, o desenvolvimento das políticas institucionais de promoção e abertura de dados, plasmado-mor do postulado do movimento da ciência aberta, se dá num contexto de constitucionalidade – momento em que os pesquisadores estudados se coadunam em larga monta com os autores anteriormente abordados na dissertação (ibid., p. 12 et seq.).

Destacam os autores que a Ciência Aberta também deve se dar por meio da proteção da dignidade da pessoa humana como norma-valor que deve sempre servir de norte para o elaborar de ações, políticas e decisões. Nucleares para o sistema constitucional são, da mesma forma, a proteção dos direitos humanos e fundamentais individuais e sociais, dentre os quais se destacam a intimidade e a privacidade (que dizem mais respeito à questão da privacidade genética, por óbvio), o acesso à informação e a proteção da propriedade intelectual – aqui, pensa que deve inserir-se igualmente as garantias e a disponibilidade exclusiva sobre o patrimônio genético. Os autores dividem os campos legislativos mais específicos em três grandes grupos de incidência em relação à pesquisa científica: a proteção dos dados pessoais, o sigilo e acesso à informação e a propriedade intelectual. É fato que as questões sobre privacidade genética se incluem nos dois primeiros grupos. Segundo os pesquisadores em análise, é patente o seu papel cada vez mais central em uma série de situações, desde modelos de negócio até a própria

realização da pesquisa científica, onde se inserem, com certeza inafastável, os casos de discriminação genética (ibidem, p. 13)

Trata-se, portanto, de mais um trabalho de imenso valor para o que se argumenta na presente dissertação, tendo em mente as discussões sobre os limites entre público e privado, os embates entre vácuo normativo e universo principiológico e, falando-se mais pragmaticamente, das interseccionalidades entre as questões pertinentes à saúde, à ética de pesquisa e à ciência do Direito (GRUPO DE TRABALHO EM CIÊNCIA ABERTA DA FIOCRUZ, 2018, *passim*).

4

Conclusão

O alcance a dados que antes tinham um fim única e exclusivamente científico alargou-se de maneira intensamente ligeira, o que traz à tona como consequência direta polêmicas e complexas implicações na seara ético-jurídica, para as quais faz-se mister ter um olhar atento.

Em paralelo ao sucesso das pesquisas e trabalhos em engenharia genética, tornou-se imprescindível uma atualização escalonada em vertical ascendente da ciência do Direito, com a finalidade de que, coadunando-se com as preocupações éticas correlatas à temática, as ciências jurídicas tomem parte e posicionamento perante os novos quadros fáticos tornados realidade pela evolução da biomedicina e da biotecnologia, ao que se tenta hodiernamente dar uma resposta satisfatória às mutações sociais, seja pelo intermédio da implantação de novas normas jurídicas, seja por meio da releitura de outras já existentes, porém buscando sempre a conciliação entre os optares coletivos no progresso científico com os interesses de cada indivíduo.

Trata-se, portanto, de necessidade urgente de uma análise interseccional entre diversas áreas do saber humano contemporâneo, na qual se fundem as ciências biomédicas e as ciências humanas para o erigir de um novo saber, o qual se faz mais que necessário.

É irrefutável o sucesso das pesquisas científicas, mormente no que concerne a seara aqui mais debatida – a genética. Todavia, cuida-se de precaução imprescindível que a aplicação pragmática e concreta dos dados e do conhecimento oriundo delas se dê de uma forma responsável e prevenida, com extrema cautela, garantindo-se que não se desvirtue o emprego dos dados obtidos – que a princípio se enxerga como fenômeno benéfico – em prol de interesses econômicos, políticos, institucionais ou exclusivamente pessoais.

Considerando-se fundamento de um Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana torna a pessoa física/natural o objeto-fim e o sujeito de toda a coletividade social e do Estado, estando em patamar superior a qualquer progresso tecnológico e científico, de maneira que é inegável que o conhecimento serve como ferramenta à humanidade, e não o contrário.

Nesta esteira e conforme a análise extensa empreendida aqui sobre todos os autores estudados, averigua-se que não deve ser considerado constitucional, e tampouco lícito, ter acesso aos dados genéticos de um indivíduo sem seu consentimento, muito menos em virtude de suas características genéticas reduzir ou fulminar suas possibilidades profissionais, negociais, familiares ou sociais, quiçá quando tal forma de discriminação se pautar em interesses egoísticos pautados nas regras de mercado do capital, das instituições, políticas ou meramente em interesses pessoais escusos, ao que se gera um alerta geral.

Como é cediço, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Outrossim, duas das metas desta, que são um postulado primário do Direito, se tratam da promoção do bem de todos, sem nenhuma forma de discriminação (incluindo-se aí por conseguinte, é claro, a discriminação por razões de saúde, ainda mais sobre aquelas de doenças que apenas hipoteticamente poderão vir a se desenvolver); e a construção de uma sociedade solidária, justa e livre, cujo projeto não comporta, cristalinamente, a seleção de indivíduos com base nas características ditas por seus genes.

Indo mais além, a Constituição Federal de 1988 e a codificação civilista vigente proíbem a violação de diversos outros direitos, ao que cominam várias vedações ao desrespeito à igualdade, à liberdade, à honra, intimidade, vida privada e imagem, onde estão alocados, é fato transparente, o sigilo de dados pessoais, donde se extraem obviamente os dados genéticos.

Frisemos que, ao teor do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna, o fato de os direitos à não-discriminação genética e ao sigilo do patrimônio genético pessoal não constarem expressamente na mesma não significa que os mesmos foram excluídos de qualquer proteção constitucional, visto que decorrem de interpretação conjugada do regime, dos postulados normativos e dos princípios adotados na mesma e nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte.

No núcleo dos chamados direitos fundamentais, traz também o Código Civil, como já analisado, os ditos direitos de personalidade (integridade psíquica, liberdade, imagem, honra e vida privada), os quais igualmente servem para embasar a ilicitude plasmada diante de todo o exposto neste estudo. A interpretação de outros instrumentos normativos do Direito brasileiro também se coaduna com tal conclusão, conforme visto.

Tendo-se em mente a progressão dos direitos humanísticos, devem ser enxergados como direitos a não discriminação genética e a privacidade genética. Levando-se em conta que no momento eles não são parte fagocitada pelo ordenamento jurídico brasileiro, deve-se solucionar a questão com uma análise conjugada entre leis, doutrina e jurisprudência que estão em vigor.

Nas discussões no âmbito da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), uma das maiores preocupações versa sobre como realizar uma conciliação concreta e aplicável entre os direitos humanos fundamentais com o desenvolvimento tecnológico na área da genética, dada a grande potencialidade das descobertas desta afetarem os seres humanos, o que chama atenção para a necessidade de controle do seu uso.

É imprescindível, portanto, juntar-se uma frente ampla de cientistas sociais e da área biomédica como juristas, biotecnólogos, biomédicos, médicos e enfim, profissionais de todas as áreas do saber correlatas à problemática apresentada, com o fito primordial de se debaterem mais a fundo as questões a cá aportadas e, por fim, levar para os legisladores uma proposta concreta para a elaboração de novos diplomas legais que tenham o condão de coibir e, com otimismo, vedar as práticas de discriminação calcadas em motivos genéticos.

Em 16 de outubro de 2003, em sessão da Conferência Geral da UNESCO, foi aprovada a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, com o fulcro principal de proteger os dados genéticos da pessoa, em especial quanto ao seu recolhimento, utilização e conservação; garantiu-se, por conseguinte, o respeito a direitos fundamentais do indivíduo.

Segundo do Bú, tal convenção afirma, em seu artigo 14, que o acesso a tais dados não deve alcançar terceiros (ressalta a carta a questão nas companhias de seguro, empregadores e instituições de ensino), salvo por relevante motivo de interesse público restritivamente previsto pelo direito interno, em consonância com os direitos humanos do direito internacional; ou tendo havido prévio, livre, esclarecido (com informação acerca de riscos e consequências) e expresso consentimento da pessoa, o qual, a teor do artigo 9º., é revogável a qualquer momento, a partir de quando os dados eventualmente obtidos não mais poderão ser utilizados (vide DO BÚ, 2014, p. 244).

Além disso, estabelece de maneira concisa e direta a referida resolução internacional, em seu artigo 7º, que deverão ser feitos todos os esforços a fim de

impedir o uso de modo discriminatório dos dados genéticos. Nesse sentido, em seu artigo 3º dispõe contra o reducionismo genético, estabelecendo que a identidade humana não deve ser limitada a seus traços genéticos, sob consideração da influência de fatores externos na formação do indivíduo (DO BÚ, 2014, p. 244).

Cabe-se ressaltar, ainda, que a dita Declaração, em seu artigo 5º, traz restrição ao uso de informações genéticas a hipóteses de cuidados de saúde, pesquisas médicas e científicas, procedimentos legais (medicina legal, processos civis e penais etc.), e outras hipóteses com fins compatíveis com o Direito Internacional e com os direitos internos sobre direitos humanos (ibid.).

Mesmo para tais utilizações, é também imprescindível consentimento prévio, livre, informado e expresso, só podendo alterar-se o uso por meio de outro consentimento ou com base em interesse público respaldado pelos direitos interno e internacional, leia-se o artigo 16 (ibid., p. 255 et seq.).

O Brasil possui, portanto, compromisso internacional de adotar em ampla monta os princípios de tal Declaração, tanto que a delegação brasileira à época expôs de maneira factual, enxuta e direta ao ponto, dentre muitos outros receios, a urgente necessidade de administrar os riscos relacionados à coleta, ao processamento e ao armazenamento de dados genéticos.

É com base também nestas disposições internacionais que se deve buscar argumentar em prol da vedação, por meio de emenda constitucional ou ao menos em legislação, dos fenômenos de crescente impacto, gravidade e imensa relevância da discriminação genética.

Segundo Rodrigo Bernardes Dias, nos moldes adotados pela Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, a privacidade genética consubstancia-se na adoção do princípio da autodeterminação informativa dos indivíduos, que lhes atribui amplo poder sobre suas informações genéticas, visando a impedir a utilização destas para quaisquer fins contrários aos princípios de direitos humanos fundamentais universalmente aceitos (DIAS, 2008, p. 162-163).

Assim, é garantido que o indivíduo possa controlar quem tem acesso a suas informações genéticas e qual uso fará delas, no interesse de diminuir as possibilidades de discriminação (DIAS, 2008, p. 164-167).

Na Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Direito, Bioética e Genoma Humano (Santiago, 29 de agosto de 2001), consta preocupação com a privacidade genética, estabelecendo-se que a informação genética da pessoa não pode ser

revelada a terceiros sem seu expresso consentimento (artigo 4º, f); bem como preocupação com a liberdade em face da realização das provas genéticas, que devem suceder consentimento livre e informado (artigo 5º, d).

A Recomendação 1512 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, adotada em 25 de abril de 2001, aborda a aplicação de testes genéticos preditivos e a divulgação dos diagnósticos obtidos, pondo em questão, quanto a estes, se parentes do examinado, escolas, companhias de seguro e empregadores teriam direito de usá-los.

Visando a uniformizar os requisitos mínimos de adequação ética para o uso de métodos diagnósticos e de tratamento, a Organização Mundial de Saúde, em 1998, propôs Diretrizes Internacionais para Aspectos Éticos em Genética Médica e Serviços de Genética, contendo, entre outros princípios, a prevenção, em emprego, seguros ou sistema escolar, de discriminação baseada em informação genética.

Ademais, tais diretrizes dispõem que a confidencialidade dos resultados dos testes genéticos deve ser garantida, não devendo empregadores, seguradores, escolas ou outras instituições ter acesso a eles (ainda que com o consentimento do examinado), nem sequer saber que a pessoa foi testada; além de deverem ser levados à Justiça caso tentem forçar alguém a revelar resultado. O documento traz, ainda, previsão de aconselhamento genético e consentimento livre e informado antecedendo a realização de teste genético.

O que se prega mormente na presente dissertação é, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro igualmente busque se inovar conforme os postulados de tais diplomas internacionais, vedando-se a discriminação genética com um Direito Constitucional oxigenado e, é claro, à luz de um verdadeiro e palpável Direito Civil constitucionalizado – definível, como já analisado anteriormente, como uma normatização e uma codificação civilista calcada e lida conforme os princípios e diretrizes presentes e irradiados pela Constituição.

A Bioética e o Biodireito são uma seara do conhecimento que proporcionam um estudo conjugado e transdisciplinar com o poder indiscutível de questionar e lançar a fundo uma discussão sobre os aspectos nevrálgicos da catalogação, coleta, armazenamento e uso de perfis genéticos.

A bem da verdade, como já visto anteriormente, a manipulação e regulamentação da informação genética encontram-se encostadas em documentos internacionais, passíveis de clara conjugação com normas jurídicas nacionais, o que

é capaz de gerar-nos verdadeiras e concretamente aplicáveis diretrizes de comportamento, postulados de intervenção, de estabelecer políticas institucionais de proteção da privacidade e de acesso aos dados e mecanismos de governança que fiscalizam e aplicam na prática tal aparato de normas éticas e legais.

Ao que se sustenta que é uma emergência a elaboração de políticas públicas acerca das novas tecnologias jurídicas, bem como sua regulação jurídica, crê-se real e piamente que outras trilhas podem ser tomadas no que diz respeito diretamente à relação entre o homem e os objetos de ciência.

A manifestação bioética e biojurídica, mesmo quando plasmada em uma leitura de um Direito Civil constitucionalizado, desta feita, inclui concretamente em seu cerne conceitos biopolíticos.

Destarte, não só a Bioética e o Biodireito, mas também, como vimos, o Direito Civil Constitucional, se preocupam em larga escala com as práticas biopolíticas e seus usos nada adequados ou pertinentes em um Estado Democrático de Direito, como são os casos do Brasil e de outras nações ocidentais.

Pode ser entendida essa parcela do Direito Civil Constitucional, então e por consequência lógica, como uma ferramenta nova de análise e criação de normas calcadas em uma moralidade da biopolítica, assim como uma aplicação prática do Direito enquanto meio de resistência democrática a efeitos e resultados moralmente questionáveis da ciência e da tecnologia, mormente aquelas genéticas.

Outrossim, devem ser vedadas as práticas discriminatórias por motivos genéticos para evitar-se a possível futura eugenia liberal arguida pelos autores abordados no primeiro capítulo, e de um modo respeitoso a um Direito Civil lido à luz da Constituição conforme defendido na segunda parte da presente dissertação.

Além de termos buscado evidenciar a necessidade de regulamentação jurídica, diante de tantas implicações advindas desta prática, defende-se que cabe também demonstrar, por meio da ética e de um Direito Civil Constitucional, a relevância de ser incorporar a sociedade no debate e decisões acerca desses novos dilemas advindos dos avanços biotecnológicos.

Pelo vácuo normativo existente – leia-se, a ausência gritante e ensurdecidora de legislação específica que regule tal prática –, procuraram-se nessas disciplinas explicitadas (quais sejam, a Epistemologia, a Metafísica, a Sociologia, os Direitos Fundamentais e Humanos, e especialmente o Direito Civil Constitucional) caminhos que possam não só limitar a ação do homem sobre a vida

humana, como também, harmonizar as relações cada vez mais comuns, presentes, intensas e de difícil delimitação entre o homem e as biotecnologias.

As ciências da vida, portanto, tratam-se de verdadeiras fontes das novas relações jurídicas, conforme pregam os pesquisadores Alaerte Antonio Martelli Contini, Paulo Roney Ávila Fagúndez, Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira em artigo publicado digitalmente no site *Âmbito Jurídico* (CONTINI; FAGÚNDEZ; OLIVEIRA, 2016, *passim*).

No texto, expõem os autores que acreditam que tal temática é de extrema importância, não somente pelo fato de que as biociências são potencialmente capazes de transformar as formas da política, do Direito e da sociedade, mas mormente porque têm o poder cabal de nortear e alterar o destino da natureza humana (*ibidem*).

Neste contexto, buscou-se considerar as diversas funções do Direito Civil Constitucional e do Biodireito, cuidando de questões jurídicas que impactam a natureza humana que é enxergada até o presente momento inviolável e absoluta, porém que com os enormes avanços da genética é ameaçada, ao que entram em pauta o uso legítimo do corpo ou parte do mesmo.

Desta feita, assim como no texto em análise, procurou-se no presente trabalho de dissertação abordar algumas facetas da evolução científica e biotecnológica em uma sociedade democrática, o que concerne especialmente o imenso problema do embate entre normas morais, jurídicas, políticas e econômicas.

Retoma-se nesse ponto a defesa empreendida logo na introdução da presente dissertação: prega-se, conforme o ideário do pesquisador Francisco Amaral, por um novo direito – o chamado “direito da vida humana” (AMARAL, 1997, *passim*), calcado na consideração da pessoa humana e seus aspectos característicos não somente como o cerne dos direitos da personalidade, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, mas também como o núcleo de proteção de toda a sociedade, devendo ser vedada qualquer manifestação não apenas discriminatória, porém igualmente atentatória a quaisquer dos ditos direitos.

Como pugna o pesquisador ora avaliado, faz-se mister para uma sociedade democrática a elaboração de um real Estatuto Jurídico da Vida Humana, diploma jurídico mais do que conveniente, pertinente e necessário ao atual ordenamento jurídico, no qual constem as regulações devidas acerca de engenharia genética, embriogênese humana, regulação do aborto, casos de manutenção da vida e doação

e órgãos, tipificação dos delitos contra a vida e a dignidade humana, suicídio assistido e eutanásia, proibição de penas perpétuas ou cruéis e, por fim, a vedação de práticas discriminatórias por quaisquer dos motivos advindos das novas ciências, especialmente a biotecnologia (AMARAL, 1997, p. 117).

A proteção jurídica eficaz de bens jurídicos complexos, abordados a partir dos parâmetros característicos dos direitos fundamentais e dos direitos humanos presentes num conjunto de regras internacionais e nacionais, é o que restará mais garantida (e por que não dizer salvaguardada) após a efetivação concreta da vedação à discriminação por motivos genéticos.

Somente desta maneira conseguir-se-á conjugar as urgências dignidade da pessoa humana e de outros direitos civis constitucionais, postulados primários dos sistemas jurídicos ocidental e brasileiro, com o advento das novas e incisivas tecnologias biológicas.

Conclui-se, portanto e finalmente, por opinar-se de maneira veemente e intensa em prol da vedação legal e constitucional do fenômeno da discriminação genética, tendo em mente a defesa de ser a privacidade genética um recorte de tutela mais que devida e crucial do feixe dos direitos da personalidade, dos direitos fundamentais e, vale dizer igualmente, dos direitos humanos plasmados na Carta Magna, na codificação e na legislação civilista vigente.

Referências

AMARAL, Francisco. Por um estatuto jurídico da vida humana. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 109-119, jul./dez. 1997. Disponível em: <[http://www.ablj.org.br/revistas/revista12/revista12 – Por um Estatuto Jurídico da Vida Humana – A Construção do Biodireito.pdf](http://www.ablj.org.br/revistas/revista12/revista12-Por%20um%20Estatuto%20Jur%C3%ADdico%20da%20Vida%20Humana%20-%20A%20Constru%C3%A7%C3%A3o%20do%20Biodireito.pdf)>. Acesso em: jun. 2018.

ARAUJO, Antonio Castro Alves de. Discriminação genética é uma ameaça ao trabalhador. **Revista Consultor Jurídico**, 28 jul. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador>>. Acesso em: jul. 2018.

ARCHER, Luís. **Genética e pessoa humana**. Coimbra: Centro de Estudos de Bioética, 1991, p. 8. In: LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos de personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.146.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: bioética e direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 32, p. 88-92, jul./set. 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. A proteção da identidade genética. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio. (Org.). **Dignidade da pessoa humana: Fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010. p.7-14.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. São Paulo: Zahar, 2006.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito e discriminação genética**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Discrimina%C3%A7%C3%A3oGen%C3%A9ticaDeniseHammerschmidt.pdf>>. Acesso em: fev. 2019

BODIN DE MORAES, Maria Celina; VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 19, n.3, p.779-818, set./dez. 2014.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. In: _____. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 3-13, acesso em ago. 2018

_____. Ampliando os Direitos da Personalidade. In: VIEIRA, José Ribas. (Org.). **20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 7-24, acesso em jul. 2018

_____. O Princípio da Dignidade Humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 2-34, acesso em jul. 2018

_____. Os últimos vinte e cinco anos e o futuro. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, editorial, 2013.

_____. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: _____. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Quando morrer na contramão não mais atrapalha o tráfego. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a.4, n.2, 2015.

CONTINI, Alaerte Antonio Martelli; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. A ciência da vida como fonte das novas relações jurídicas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 146, mar. 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16932>. Acesso em: jan. 2019.

DE CICCO, Maria Cristina. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a.2, n.2, 2013.

DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS, 2008.

DO BÚ, Maysa Amanda Aquino. Discriminação da pessoa com base em suas informações genéticas e a proteção ao sigilo do patrimônio genético pessoal. **Revista da DPU**, Brasília, n. 7, p. 235-262, jan./de. 2014. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/download/126/108/>. Acesso em: jan. 2019.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EMERICK, Maria Celeste. **Recursos genéticos humanos – limites ao acesso**: debates sobre a regulamentação do acesso e do uso do genoma humano no Brasil. Rio: FIOCRUZ, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. Discriminação por motivos genéticos. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, p. 209-219, 2001.

FELDHAUS, Charles. O futuro da natureza humana de Jürgen Habermas: um comentário. *Revista ethic@*, Florianópolis, v.4, n. 3, p.309-319, dez. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/20241/18613>

FONSECA, Márcio Alves. Fazer viver e deixar morrer: as sociedades modernas e a tipologia de seus poderes. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 15, n. 44, p. 171-193, out. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092000000300013>. Acesso em: dez 2018.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France, 1976. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade - vol. 1: a vontade de saber**. Curso no Collège de France, 1976. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GASPERONI, Arthur José Ramos. Resenha do Livro: “O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado”, de Michael J. Sandel. **JusBrasil**, out. 2015.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44088/resenha-do-livro-o-que-o-dinheiro-nao-compra-os-limites-morais-do-mercado-de-michael-j-sandel>>. Acesso em: ago 2018.

GOSTIN, Lawrence O.; AREEN, Judith; KING, Patricia A.; GOLDBERG, Steven; JACOBSON, Peter D. **Law, Science and Medicine**. Nova York: Foundation Press, 2005, p. 87. In: DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS, 2008, p. 171.

GRUPO DE TRABALHO EM CIÊNCIA ABERTA DA FIOCRUZ. Marcos legais nacionais em face da abertura de dados para pesquisa em saúde – dados pessoais, sensíveis ou sigilosos e propriedade intelectual. FIOCRUZ, 2018.

GUEDES, Cristiano; DINIZ, Débora. Um caso de discriminação genética: o traço falciforme no Brasil. **Physis Revista de Saúde Coletiva**. v. 17. n. 3. Rio de Janeiro: Instituto de Medicina Social da UERJ, p. 503-511, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução: Karina Jannini. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito e discriminação genética**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/DiscriminacaoGeneticaDeniseHammerschmidt.pdf>>. Acesso em: jan. 2019.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2001.

ITÁLIA. Constituição da República Italiana. Art. 32. 1947. Edição em português. Disponível em:

<https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>.

KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e Corpo: convergências possíveis. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 354-400, mai./ago. 2013.

_____. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, vol. 60, p. 193-213, jan./abr. 2015.

KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, out./dez. 2016. Disponível em:

<<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/42>>. Acesso em: jul. 2018.

KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Diálogos sobre Direito Civil**, v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

MCLEAN, Sheila A. M. A regulamentação da Nova Genética. In: CASABONA, Carlos María Romeo. **Biotecnologia, direito e bioética: perspectivas em direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 151.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NALINI, José Renato. O juiz e a proteção da privacidade genética. In: **Revista da Academia Paulista de Magistrados**, São Paulo, n. 1, p. 30, dez. 2001.

LIMA NETO, Francisco Viera. **O direito de não sofrer discriminação genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BONALUME NETO, Ricardo. Genética é destino: os problemas éticos que os exames podem trazer. **Revista Super Interessante**. São Paulo, set. 1994. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/tecnologia/genetica-e-destino-os-problemas-eticos-que-os-exames-podem-trazer/>>. Acesso em: mar 2018.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Estudos em homenagem a Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 38. n. 2., p. 581-604, 2010. Disponível em: <www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/download/18524/9925>. Acesso em: jun. 2018.

NUNES, Ricardo Ferreira. **Bancos de dados genéticos para fins criminais: aspectos bioéticos e biopolíticos**. 2012. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Universidade de Brasília. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11697/1/2012_RicardoFerreiraNunes.pdf>. Acesso em: abr. 2018.

OLIVEIRA, João Sebastião de; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Genoma humano: eugenia e discriminação genética**. Genoma Humano: eugenia e discriminação genética. In: **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 176-191. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jose_sebastiao_de_oliveira.pdf>. Acesso em: jan. 2019

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Normas constitucionais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 6 e 7, p. 63-77, 1998/1999.

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

RODOTÀ, Stefano. **La Vita e Le Regole**. Milano: Feltrinelli, 2006.

_____. **Transformações do Corpo**. Revista Trimestral de Direito Civil, 2004.

_____. **A vida na sociedade de vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro; FINGER, Brunize. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 53, p. 45-66, 2011. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/30768/19876>>. Acesso em: fev. 2019

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. **Revista trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 22, abr./jun. 2005.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. 1997. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Lua Nova, São Paulo, nº 30, p. 105-124

- SCHALCHER, Tayana Wood. Constitucionalização do Direito Civil. **DireitoNet**, jun. 2011. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6341/Constitucionalizacao-do-Direito-Civil>>. Acesso em: jan. 2019.
- SCHIOCCHET, Taysa. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal. **Série Pensando o Direito**, Brasília, v.43, p. 1-87, 2012.
- SPAREMBERGER, Raquel; THIESEN, Adriane. O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da Bioconstituição. **Revista direitos fundamentais e democracia**, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 33-65, jan./jun. 2010.
- SIBILIA, Paula. **O Homem Pós-Orgânico**. Contraponto, Rio de Janeiro, 2015.
- SIMÃO, José Fernando. Uma leitura constitucional do direito civil. **Carta Forense**, out. 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uma-leitura-constitucional-do-direito-civil/2654>>. Acesso em: dez. 2018.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 173-180, mai. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35274/34067>>. Acesso em: nov. 2018.
- SOCIEDADE BRASILEIRA DE GENÉTICA CLÍNICA. **Projeto Diretrizes sobre Genética médica: teste laboratorial para diagnóstico de doenças sintomáticas**. 2004.
- SOUSA, Alice Ribeiro de. As situações subjetivas existenciais segundo Pietro Perlingieri: análise crítica. **Diritto.it**, nov. 2011. Disponível em: <<https://www.diritto.it/as-situacoes-subjetivas-existenciais-segundo-pietro-perlingieri-analise-critica/>>. Acesso em: jan. 2019.
- SYKES, Charles J. The end of privacy. Nova York: St. Martin's Griffin, 1999, p. 131. In: DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade genética**. São Paulo: SRS, 2008, p. 170.
- TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento**. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5-44.
- TEPEDINO, GUSTAVO. **Temas de direito civil**. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 1999.
- VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. **Bons Costumes no Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017.
- ZWEIG, Stefan. **Autobiografia: o mundo de ontem**. São Paulo: Zahar, 2014.