

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília • ano 42 • nº 168
Outubro/dezembro – 2005

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Direitos genéticos como direitos da personalidade

Iduna E. Weinert

Sumário

Capítulo I – O surgimento de uma nova ordem de direitos. Capítulo II – Os reflexos dos avanços da engenharia genética na ordem jurídica. Capítulo III – O histórico dos DIREITOS GENÉTICOS e da Biossegurança no Brasil. Capítulo IV – A nova Lei de Biossegurança. Conclusões

Capítulo I – O surgimento de uma nova ordem de direitos

O jurista do século XXI não vai poder mais, como o fizeram seus antecessores, isolar-se em seu campo de trabalho, ante a interdisciplinaridade cada vez maior do Direito com outros ramos da ciência. Assim é que as descobertas científicas reveladas nas últimas décadas do século passado e no limiar do novo milênio vêm produzindo surpreendentes reflexos sobre os relacionamentos do homem em sociedade, a exigir legislação estatal específica.

O Direito Ambiental, por exemplo, vem alcançando, gradativamente, sua autonomia normativa e disciplinar, em face da crescente preocupação mundial e brasileira para com a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais do nosso planeta Terra. Os advogados ambientalistas, que hoje militam em todos os Tribunais do País, são obrigados, sob pena de exclusão, a adquirirem conhecimentos na área de Engenharia Genética, para entenderem, por exemplo, o que são os denominados organismos gene-

Iduna E. Weinert é Juíza Federal aposentada; ex-Procuradora da República; ex-Professora Assistente da Universidade de Brasília

ticamente modificados (OGM), objeto de tanta polêmica internacional. Necessitarão, ainda, de conceitos básicos de Medicina e Biologia, para compreenderem melhor os efeitos danosos dos agrotóxicos sobre o organismo humano e as lavouras, bem como de Engenharia Florestal, com a crescente devastação de nossas florestas.

Por sua significativa expansão, o Direito Ambiental vem-se transformando em importantíssimo ramo do Direito, ao lado de novas áreas de atuação jurídica, em pleno desenvolvimento, a exigir a presença do legislador, tais como o Direito da Informática, o Direito Espacial, o Direito das Telecomunicações e outros.

Há, entretanto, uma nova ordem de direitos que, não obstante sua íntima e indissociável relação com o ser humano, ainda não despertou a devida atenção dos juristas brasileiros, embora já tenha produzido relevantes reflexos nos mais antigos e consagrados ramos jurídicos: o Direito Civil e o Direito Penal, sendo imprevisíveis as repercussões que possam, futuramente, fazer sentir-se em outras áreas da Ciência Jurídica.

E que direitos seriam esses? Embora sua denominação ainda não tenha obtido consagração legal ou doutrinária, parece adequado falar-se em DIREITOS GENÉTICOS, expressão que se originaria do extraordinário desenvolvimento da Genética Humana e que estaria referida, no campo jurídico, a direitos atribuídos ao homem em razão de sua composição genética, ou seja, da coleção de seus genes ou, mais especificamente, de seu genoma, bem como da manipulação desse material genético.

E por que razão o genoma humano, recentemente decifrado, iria gerar direitos na ordem jurídica brasileira quando, à primeira vista, parece tratar-se de conhecimento específico das áreas da Biotecnologia e da Engenharia Genética?

Cumprir fazer, a esse ponto, breve reflexão no sentido de situar os ora em diante chamados DIREITOS GENÉTICOS no contexto da Ciência do Direito.

No que tange à natureza jurídica dessa nova categoria, torna-se impositiva, inicialmente, sua inclusão entre os direitos naturais do homem, vez que diretamente relacionados ao substrato físico do ser humano, colocando-os ao abrigo dos princípios gerais já consagrados do Jusnaturalismo. Vale lembrar, contudo, que a recíproca não é verdadeira: nem todos os direitos naturais são dessa espécie. O direito à liberdade, por exemplo, que de há muito foi reconhecido como um dos direitos naturais fundamentais da pessoa humana, não se confundirá, jamais, com um direito derivado de sua composição genética, dado o caráter personalíssimo dessa última.

Os DIREITOS GENÉTICOS estão a revelar, também, que, além de pertencerem ao homem por sua própria natureza, integram sua personalidade de forma ainda mais íntima e indissociável do que alguns dos direitos da personalidade já consagrados nas ordens jurídicas nacional e internacional, tendo em vista suas características de unicidade, intransmissibilidade e irrenunciabilidade.

Com efeito, a incorporação do chamado código genético humano aos caracteres individuais, diferenciadores da pessoa humana, deixa evidente que se cogita de um elemento que integra sua personalidade de forma objetiva, que forma seu substrato físico, ao lado de outros componentes, tais como a imagem, a filiação e as impressões digitais, passíveis de verificação material, sendo certo, porém, que há dados, concernentes à personalidade do ser humano, que dependem de avaliação subjetiva, tais como a honra, a boa fama e a respeitabilidade, evidenciando a grande diversidade dos bens jurídicos envolvidos no estudo dos direitos da personalidade, em espécie.

Em seu livro “Os Direitos da Personalidade”, o Prof. Carlos Alberto Bittar (1989) oferece extensa classificação dos mesmos, indicando, ainda, a tutela jurídica disponível para sua proteção. A enumeração proposta revela os aspectos de objetividade e

subjetividade a serem considerados no estudo dos direitos que integram a personalidade do homem. Na 2ª edição revista e atualizada do mesmo livro, à pág. 23, oferece o Prof. Bittar (1995) simples e objetiva definição de direitos da personalidade, em que acrescenta, à sua natureza jurídica, sua conotação jusnaturalista, *verbis*: “Por direitos do homem, ou da personalidade, devem entender-se aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição. São como anotamos – os direitos naturais, ou inatos, imposteráveis ao Estado, e inerentes à natureza livre do homem”.

Trabalho mais recente, de autoria da Profa. Ana Cristina Rafful, publicado em 2000 sob o título “A Reprodução Artificial – e os direitos da Personalidade”, ainda à luz do Código Civil de 1916, analisa de forma extensa e minuciosa as novas técnicas de reprodução artificial, focalizando, também, os reflexos das mesmas nos casos de responsabilização civil por dano moral ao embrião e ao nascituro, bem como a proteção jurídica a este último, ensinamentos esses que impõem, de forma definitiva, a inclusão dos DIREITOS GENÉTICOS, necessariamente envolvidos nas referidas técnicas, entre os direitos da personalidade, de que trata o novo Código Civil.

Sendo incontestável, como se vê, que os direitos que se derivam do substrato físico do homem, de sua composição genética, além de serem direitos naturais, integram de forma objetiva sua personalidade, cabe indagar: por que o legislador brasileiro, ao elaborar o novo diploma civil, não incluiu os DIREITOS GENÉTICOS de forma clara e positiva e não cuidou, pois, de sua proteção, nos arts. 11 a 21, que compõem o Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade, do Título I – Das Pessoas Naturais, do Livro I – Das Pessoas, da Parte Geral do novo Código Civil brasileiro, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor um ano após sua publicação? Várias são as considerações a serem tecidas, em resposta.

Verifica-se, de pronto, que o legislador, ao introduzir no novo diploma civil um capítulo dedicado aos “Direitos da Personalidade”, nada mais fez do que dar regulamentação legal e nova qualificação jurídica a direitos já inscritos na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, mais precisamente no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Com efeito, tem-se que numerosos direitos inscritos nos incisos que compõem o art. 5º, da nossa Carta Magna, vieram a integrar o novo capítulo do Código Civil de 2002, denominado “Dos Direitos da Personalidade”, tais como o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (inciso X); o direito conferido com exclusividade aos autores à utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (inciso XXVII); o direito à proteção das participações individuais em obras coletivas e da reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas (inciso XXVIII, letra a) e outros aspectos de produção intelectual (letra b, mesmo inciso), bem como a possibilidade de restrição à publicidade dos atos processuais, em defesa da intimidade (inciso LX), direitos esses que, além de outros, passaram a ser reconhecidos como de natureza personalíssima, sendo tidos como intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (Código Civil, art. 11).

Observa-se, ainda, que direitos, já consagrados em legislação esparsa, foram incluídos entre os direitos da personalidade, valendo citar o direito ao nome (nele incluído o prenome), ao sobrenome e ainda ao pseudônimo, o direito à disposição de partes do corpo, nas situações previstas, bem como o direito à doação de órgãos para fins de transplante, após a morte.

Constata-se, entretanto, que o legislador civil, apesar de não ter incluído os DIREITOS GENÉTICOS, expressamente, entre os

direitos da personalidade, de que cuidam os artigos 11 a 21, surpreendeu a comunidade jurídica brasileira ao introduzir no mesmo e novo diploma legal, embora de forma totalmente assistemática, a figura da reprodução artificial assistida, em suas modalidades homóloga e heteróloga, mediante manipulação de material genético, ao tratar da filiação, no Livro IV, que trata do Direito de Família.

Com efeito, no Livro IV – Do Direito de Família, Título I – Do Direito Pessoal, Subtítulo I – Do Casamento, Capítulo II – Da Filiação, foram inscritas normas no sentido de que:

“Art. 1597 – Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

.....
III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Ao presumir como concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga ou heteróloga, admitiu o novo Código Civil brasileiro, implicitamente, a existência de uma nova ordem de direitos, oriundos da manipulação genética de material humano, no caso, o óvulo da mãe e o sêmen do pai (incisos III e IV) ou de outro homem (inciso V), dando a essa manipulação efeitos jurídicos, como os da filiação. Deixou de dispor, porém, sobre a natureza personalíssima dos direitos dos detentores do material genético manipulado, bem como do filho assim havido, ao não incluir, sob a proteção conferida aos direitos da personalidade, os DIREITOS GENÉTICOS pertencentes, no caso, à mãe, ao pai, ao filho ou, ainda, ao doador do sêmen, em evidente omissão.

Sendo o código genético individual ou o chamado genoma humano parte indissociável e inconfundível do homem, pela sua unicidade, impõe-se que, aos direitos oriundos da manipulação de material genético nas técnicas de reprodução assistida previstas nos dispositivos supracitados, seja dada a denominação de DIREITOS GENÉTICOS e que, por comporem eles, de forma objetiva, a personalidade do ser humano, sejam incluídos na enumeração contida nos arts. 11 a 21, do novo diploma legal, para que referidos direitos possam dispor da proteção legal ali prevista.

Indiscutível, contudo, a importância do passo dado pelo legislador pátrio ao incorporar ao novo diploma civil conhecimentos oriundos de outro ramo científico, no caso, a Biologia Genética Humana, tentando diminuir a tão proclamada mora da lei em relação ao fato social. Falhou, porém, ao não realizar a indispensável adaptação sistemática do Código, prevendo os inevitáveis reflexos que esses novos conceitos produziram sobre outras áreas do Direito Civil, igualmente cobertas pelo diploma legal, como, por exemplo, o Direito das Sucessões.

O ilustre civilista Silvio Rodrigues (2002), na mais recente edição de seu alentado “Direito Civil”, acrescentou a seguinte anotação, relativamente às inovações contidas no art. 1597 do novo Código:

“Audaz o legislador ao incluir os filhos assim nascidos neste artigo relativo à identificação da paternidade. Porém, irresponsável, e muito, por não ter regulamentado essa matéria no Código. Assim, a introdução desses incisos os tornam órfãos e, totalmente desamparados.

Como, quando, em que circunstâncias a procriação assistida pode ser promovida? Realizada em útero de outra mulher que não a esposa, prevalecem essas regras? O doador do sêmen pode buscar o reconhecimento de seu filho biológico? Dissolvido o casamento, o material genético pode

ser utilizado irrestritamente ou haverá necessidade de autorização do seu fornecedor? Qual o destino dos embriões excedentários não utilizados e até quando pode ser feita a sua transferência à mulher? Os filhos nascidos na forma proposta pelos incisos III e IV, após a morte do pai, serão convocados como herdeiros, considerando que se identificam os herdeiros do falecido na data da abertura da sucessão? E ainda mais grave: os filhos nascidos por inseminação artificial heteróloga podem ser excluídos desse *status* por ação negatória de paternidade ou investigação em face dos pais biológicos?”.

A essas hipóteses, acima aventadas, certamente muitas outras vão somar-se, na medida em que se desenvolvem, de forma espantosamente rápida, as novas técnicas de reprodução assistida, de utilização cada vez maior por casais com problemas de infertilidade.

Algumas questões deverão ser enfrentadas preliminarmente, porém, vez que suas respostas vão constituir os pressupostos de toda uma doutrina a ser construída no campo do Direito Civil, relativamente aos DIREITOS GENÉTICOS, envolvendo as consequências jurídicas de procedimentos médicos relacionados à reprodução humana artificial, seja ela homóloga ou heteróloga, valendo ressaltar, entre elas, as seguintes:

1) Deve o embrião humano ser considerado pessoa de direitos, na qualidade de pessoa concebida, antes mesmo de ser implantado no útero feminino?

2) Se positiva a resposta à primeira pergunta, vale indagar: seria o embrião humano equivalente, do ponto de vista jurídico, ao nascituro, de cuja proteção cuida o art. 2º, segunda parte, do novo Código Civil brasileiro?

3) Se negativa a resposta às perguntas anteriores, ou seja, se não for reconhecido ao embrião humano resultante de fertili-

zação *in vitro* o *status* jurídico de pessoa de direitos ou de nascituro, como qualificá-lo, perante o nosso ordenamento jurídico?

4) Não sendo pessoa, nem nascituro, poderia o embrião humano, fruto de inseminação artificial, antes de ser implantado no útero feminino, ser considerado como coisa e, nessa qualidade, tornar-se objeto de direitos?

As respostas a essas cruciantes questões, até agora oferecidas por alguns juristas e por biólogos, denotam, claramente, estar apoiadas em duas orientações distintas: uma religiosa, ética ou cultural e a outra científica.

Ana Cristina Rafful (2000), na obra antes referida, parece adotar o primeiro posicionamento ao entender que não se pode negar a qualidade de pessoa ao embrião humano, ainda que não investida da capacidade jurídica, ressaltando, porém, não ser razoável qualificá-lo como nascituro, antes que o mesmo seja implantado no útero de uma mulher; rejeita, ainda, a idéia de tratá-lo como coisa e, como tal, torná-lo objeto de direitos. Para resolver o impasse relativo ao destino a ser dado ao número, cada vez maior, de embriões humanos congelados, excedentes de processos de reprodução artificial, a autora defende a solução preconizada pelo Comitê Nacional d'Étique (CNE) da França, em 1989, no sentido de ser permitida a adoção legal de tais embriões, com a inclusão de preceito em nosso ordenamento jurídico.

A Biofísica Lygia da Veiga Pereira (2002), após lembrar que um embrião de cinco dias constitui, basicamente, um conglomerado amorfo de células, reconhece ser delicada a questão relativa ao destino a ser dado aos embriões excedentes de processos de fertilização *in vitro*, por envolver aspectos legais, éticos, culturais e religiosos que dizem respeito à definição de vida, concluindo por garantir que o embrião excedente trará muito mais benefícios à vida de pessoas já vivas na forma de células-tronco embrionárias do

que no fundo de uma lata de lixo, onde é descartado nas clínicas de reprodução assistida.

É imperioso, como visto, que juristas e legisladores se mobilizem, com a maior presteza possível, no sentido de definir os rumos que a legislação brasileira vai seguir, dando respostas claras e objetivas às questões levantadas, bem como promovendo a criação de novos dispositivos legais destinados a suprir as lacunas que, a cada momento, vão-se revelando na aplicação da lei pelos nossos juízes, realizando não apenas a sistematização das normas do novo Código Civil, que entrou em vigor em 2003, à realidade científica do século XXI, bem como acrescentando ao elenco de direitos da personalidade constantes dos arts. 11 a 21, do Código, os DIREITOS GENÉTICOS, como demonstrado anteriormente.

E seria esse acréscimo possível, perante a nova legislação civil?

Na Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Prof. Miguel Reale, lê-se, relativamente à Parte Geral do Código, o seguinte esclarecimento:

“17 –

c) Todo um capítulo novo foi dedicado aos Direitos da Personalidade, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria de *per se* complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência.”

Vê-se, pois, que o legislador brasileiro deixou espaço apenas para que doutrinadores e Juízes possam dar sua contribuição na interpretação das normas do novo capítulo do Código Civil. Parece claro, contudo, que a enumeração de direitos contida nos

referidos dispositivos (arts. 11 a 21) é de *numerus abertus* e não *numerus clausus*, ou seja, meramente exemplificativa e não restritiva, dando margem a que, por meio de futuras emendas ao texto, novos direitos possam ser acrescentados a ela. Entender de outra forma seria condenar tão importante diploma legal, nos seus primeiros anos de existência, a um precoce anacronismo.

Capítulo II – Os reflexos dos avanços da engenharia genética na ordem jurídica

O mundo assiste hoje, num misto de espanto, admiração e esperanças, à revelação de descobertas científicas no campo da Genética que prometem não apenas amenizar o sofrimento físico do ser humano como, também, fornecer valiosos subsídios a outras ciências e, entre elas, à Ciência do Direito. Já se fala mesmo em um novo ramo científico, a GENÔMICA, que se ocupa do estudo do conjunto dos genes existentes nas células dos organismos vivos, de sua distribuição nos cromossomos e da forma como é regulado e controlado seu uso pelas células.

Em novembro de 2001, a prestigiosa revista francesa “Science & Vie” publicou detalhada reportagem sob o título *L’embryon médicament* em que analisou os surpreendentes poderes das chamadas células-tronco ressaltando que, embora milhares de biólogos, no mundo inteiro, debruçem-se sobre os benefícios que essas *cellules à tout faire* poderão trazer para a humanidade, seus trabalhos suscitam ferrenha oposição. Ao abordar as *immenses perspectives thérapeutiques* das células germinais, a reportagem referiu-se a inúmeras doenças que poderão encontrar cura a partir do cultivo de tecidos destinados a reparar os órgãos afetados, pela clonagem terapêutica, sem qualquer risco de rejeição. Vale destacar, entre as enfermidades citadas: afecções da córnea e do cristalino (olhos); males de Alzheimer, Parkinson e esclerose (cérebro); osteoporose e poliar-

trite (ossos, cartilagem); imunodeficiência e hemorragias (sangue); infarte do miocárdio (coração); hepatite e cirrose (fígado); câncer (medula óssea, pulmões e rins) e diabetes (pâncreas), além de a técnica poder ser utilizada com sucesso na recomposição da pele, vítima de queimaduras. A amplitude dos benefícios a serem alcançados faz-nos pensar em verdadeiro milagre da ciência, em descobertas de tal magnitude que se tornam, sem dúvida, marcos irreversíveis na história da humanidade.

No Brasil, expressões como “exame de DNA”, “reprodução assistida”, “inseminação artificial”, “células-tronco” freqüentam o noticiário quase que diariamente e já se tornaram familiares aos leigos que se interessam pelos progressos da ciência. Também no âmbito jurídico, novos conhecimentos e novas técnicas são constantemente acrescentados ao instrumental de que se valem os Juizes para a solução dos litígios que lhes são submetidos.

No que concerne ao destino a ser dado aos embriões excedentários de processos de inseminação artificial, objeto de uma das indagações colocadas pelo Prof. Silvio Rodrigues (2002), verifica-se que o reconhecimento dos DIREITOS GENÉTICOS das partes envolvidas nos mesmos constitui tema de acirrada polêmica em todo o mundo, abrangendo, ainda, os aspectos éticos e religiosos. A propósito, o “Jornal Hoje”, transmitido pela TV Globo, no dia 1/10/2003, trouxe ao conhecimento do público brasileiro decisões da Justiça britânica que, em processos distintos, negou a duas mulheres que se haviam tornado estéreis após o divórcio o direito de utilizarem os embriões congelados que tinham sido gerados durante o casamento de cada uma delas, à consideração de que os ex-maridos negaram a permissão para sua utilização, sendo certo que a lei inglesa exige que ambos os cônjuges concordem com a referida manipulação do material genético, mesmo após o divórcio do casal.

Quanto às novas hipóteses de filiação presumida previstas no art. 1597, do Cód-

go Civil de 2002, vale registrar, pelo ineditismo, caso ocorrido no Estado de Minas Gerais que ganhou projeção nacional graças à mídia televisiva e escrita, consoante se vê de matéria publicada no jornal “Correio Brasileiro” do dia 15/6/2004, sob o título “Criança gerada pela avó é registrada”, e que revelou lacuna existente no nosso ordenamento jurídico.

Em resumo, relata a notícia: uma avó de 53 anos gerou em seu útero o embrião resultante de fecundação em laboratório do óvulo retirado dos ovários de sua nora (que nasceu desprovida de útero) e do esperma de seu filho, em técnica conhecida como “útero de substituição”. Após o nascimento, o tabelião do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais de Nova Lima, região metropolitana de Belo Horizonte, negou-se a proceder ao registro da criança em nome da mãe biológica, tendo em vista que da declaração de “nascido vivo”, fornecida pela maternidade, cuja apresentação é obrigatória para o registro, constava o nome da avó como sendo a mãe da menina.

Suscitada dúvida perante o MM Juiz da 1ª Vara Cível de Nova Lima, e após ter sido realizado, a requerimento do Ministério Público, um exame de DNA que comprovou a maternidade da criança, foi a mesma julgada improcedente. Em sua decisão, destacou o magistrado a falta de amparo legal para sua solução, sustentando que “mesmo o recente Código Civil (de 2002) prevê apenas hipóteses de presunção de paternidade, já que a maternidade era tida como certa” e acrescenta, mais adiante: “Tive de me valer, sobretudo, do bom senso, sem fechar os olhos para os avanços científicos, autorizando, afinal, fosse efetuado o registro da criança em nome da mãe biológica.”

Embora, como bem lembrou o MM Juiz supracitado, o novo Código Civil não tenha regulamentado a questão, sabe-se que a Resolução nº 1358, de 11/11/1992, do Conselho Federal de Medicina, tem dado amparo a procedimentos médicos similares, quando estabeleceu “Normas Éticas para a Utili-

zação das Técnicas de Reprodução Assistida”. Entre seus “Princípios Gerais”, incluiu um item (VII) relativo ao que chamou de “gestação de substituição (doação temporária do útero)”, em que é permitida a utilização das técnicas de que trata, “desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética”, dispondo, ainda, que “as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau”, requisitos que, como visto, achavam-se presentes no caso ocorrido no Estado de Minas Gerais.

A situação acima referida deixou evidente a importância do exame de DNA na solução de processos de investigação de maternidade, hipótese não prevista no novo diploma civil, embora esse procedimento venha sendo largamente utilizado quando se trata de investigação de paternidade. Conquanto alguns juristas brasileiros sustentem que o exame de DNA não poderá ser exigido do réu, sob pena de violação do seu direito à privacidade, cabendo ao autor da ação produzir as provas cabíveis, a imprensa já registrou caso em que houve inversão do ônus da prova: ante a recusa do réu em fazer o referido exame, decidiu a Justiça brasileira que caberia a ele provar que não era o pai (“Jornal Nacional” de 20/10/2004 – Rede Globo de Televisão).

No campo do Direito Penal, tem-se que novos casos concretos estão a demonstrar a importância cada vez maior dos conhecimentos da Genética Humana no deslinde de delitos, conforme se vê de reportagem publicada no jornal “O Globo”, edição do dia 16/11/2003, sob o título “DNA abre horizontes na apuração de crimes”. Dela verifica-se que o exame de DNA foi utilizado com sucesso para a solução de caso de estupro em que a vítima, na ocasião do exame de corpo de delito, conseguiu colher e conservar material genético do estuprodozador suficiente a comprovar a autoria do crime, quando da ocorrência de novo estupro, em nova vítima.

Outro e relevante exemplo de utilização do exame de DNA em processo criminal, citado na reportagem, ocorreu em Brasília, Distrito Federal, onde, pela primeira vez, em julgamento perante o Tribunal do Júri, verificou-se a condenação de acusado de homicídio com base em exame de DNA de pequena quantidade de sangue da vítima, encontrada no porta-malas do carro do réu, sem que o corpo da mesma tenha sido localizado, ressaltando, ainda, a reportagem, que o resultado do julgamento dá partida a um novo capítulo no deslinde dos crimes, embora a modernização dos órgãos de segurança pública, bem como a apuração dos delitos, esteja muito atrasada em nosso País.

Sobre esse último julgamento, e na mesma reportagem, encontra-se registrada a opinião do ilustre advogado criminalista Nélio Machado, amplamente favorável ao acolhimento, pelo Tribunal do Júri do Distrito Federal, da prova pericial representada pelo exame de DNA, embora ressalte o ponto polêmico que esse exame ofereceria, qual seja, o direito individual de recusa em submeter-se ao mesmo, que qualquer um pode exercitar, em defesa do seu direito à privacidade ou à vida privada, aspecto controverso esse abordado na mesma reportagem, à luz dos dispositivos da Constituição Federal (art. 5º, inc. X) e do novo Código Civil (art. 21), que cuidam de sua proteção. Sendo os direitos à privacidade e à vida privada reconhecidos como direitos da personalidade do ser humano, mostrou-se evidente, no caso em tela, a existência de outro direito, da mesma natureza e que seria igualmente violado, qual seja, o DIREITO GENÉTICO, o direito de propriedade do material genético pertencente ao réu, contido nas células de seu organismo, a ser utilizado no exame de DNA.

A preocupação com a privacidade parece ter algum fundamento, especialmente quando, na vida moderna, deparamo-nos com situações em que o acesso ao código genético de uma pessoa poderá transformar-se em fator de discriminação ou prejuízo para a mesma.

Sendo certo que a Biologia Genética Humana já foi capaz de identificar e continua a fazê-lo, em número crescente, alguns dos genes contidos nos cromossomos, presentes no DNA, responsáveis por terríveis doenças que flagelam a humanidade, tais como o mal de Alzheimer, o câncer de mama, o mal de Parkinson, a obesidade e muitas outras, a mídia internacional vem periodicamente registrando casos em que empresas privadas estariam a exigir, como parte do *curriculum vitae* apresentado por candidatos a empregos, a inclusão de exame de DNA, recusando-se a admitir aqueles cujo resultado revele a presença de gene responsável por alguma doença que possa vir a impedi-los, no futuro, de trabalhar. O fato representaria não apenas a violação ao direito à privacidade individual como também a introdução de novo elemento de discriminação, de natureza genética, nas relações de trabalho, sendo certo que a Ciência vem seguidamente demonstrando que a simples presença, no DNA, de gene responsável por alguma doença não significa, necessariamente, que o indivíduo vá desenvolvê-la no futuro, vez que outros fatores terão que estar presentes, para que isso ocorra.

Outro exemplo, que vem sendo noticiado pela imprensa, fala de companhias seguradoras que estariam exigindo a apresentação do exame de DNA quando da assinatura de contrato de seguro de vida, objetivando, igualmente, discriminar o pretendente ao seguro, com base em informações contidas no referido exame. Se isso já está ocorrendo no Brasil ainda não é certo; pode-se afirmar, contudo, que a inexistência de lei regulamentando o assunto propiciará, certamente, que casos de discriminação genética, ou de violação de DIREITOS GENÉTICOS, venham a desaguar no Judiciário, dificultando o labor dos magistrados.

Caberia, a este ponto, perguntar: estariam os DIREITOS GENÉTICOS cobertos pela proteção à vida privada, ou à privacidade, assegurada pela Constituição Federal e pelo

novo Código Civil, confundindo-se com esses direitos?

Exemplos práticos, anteriormente referidos, respondem à questão: no caso das mulheres britânicas divorciadas que tiveram negado pela Justiça o direito de utilização dos embriões produzidos na constância do casamento, esteve em causa o DIREITO GENÉTICO dos ex-maridos, a quem pertencia o esperma utilizado nos processos de fertilização, não se vislumbrando qualquer aspecto relacionado ao seu direito à privacidade; o mesmo pode-se dizer do DIREITO GENÉTICO da mãe biológica, de ter sua filha registrada, embora tenha sido ela gerada no útero da avó, caso ocorrido em Nova Lima, região metropolitana de Belo Horizonte. Enquanto isso, nos episódios relativos à exigência de apresentação do exame de DNA para obtenção de emprego ou seguro de vida, nota-se que, além de uma possível violação ao direito à privacidade, ocorreria, também, a violação a um DIREITO GENÉTICO, vez que a decifração do genoma, pelo exame de material genético encontrado nos 23 pares de cromossomos da célula, opera-se mediante a manipulação desse material, que é parte integrante do corpo humano e é propriedade exclusiva do indivíduo.

Em alguns países do chamado Primeiro Mundo, porém, polêmicas de caráter moral ou ético, ou preocupações com a privacidade individual, vêm cedendo lugar à praticidade e ao auxílio valioso dos conhecimentos da genética humana. Exemplo disso está ocorrendo na Inglaterra em que, por determinação do Primeiro Ministro Tony Blair, deverá ser elaborado um cadastro genético de toda a população do País, com o objetivo de fornecer dados mais precisos que as impressões digitais na apuração de crimes ou mesmo nos casos de investigação de paternidade, segundo informação dada pelo Dr. Gustavo Dalton, perito criminal e biólogo, durante o programa “Globo Comunidade”, transmitido em 9/3/2003 pela Rede Globo de televisão, que versou o tema “Exame de DNA”.

Muitos outros exemplos envolvendo a discussão de DIREITOS GENÉTICOS poderão ser citados para salientar os benefícios extremamente importantes que as mais recentes descobertas científicas no campo da Genética Humana poderão ter no desenvolvimento da Ciência do Direito, casos que deixarão evidente a existência de lacunas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como de obstáculos de várias naturezas, a dificultarem não apenas o progresso da pesquisa científica no País, mas também o trabalho dos Juizes, ao julgarem as situações inéditas que lhes são submetidas.

Em verdade, observa-se verdadeira corrida de âmbito internacional objetivando novas conquistas no campo da Biologia Genética Humana, corrida essa nem sempre movida por preocupações humanitárias, mas, antes, por grandes interesses econômicos, uma vez que grandes empresas privadas estão investindo enormes recursos visando obter, afinal, o patenteamento das descobertas científicas, para sua exploração econômica.

Também no âmbito acadêmico, nota-se a mesma competitividade movida, dessa vez, pelo desejo de notoriedade dos cientistas. Nesse sentido, notícia publicada em página da WEB, em 11 de agosto de 2004, registra que o Reino Unido, em posição pioneira na Europa, autorizou a Universidade de Newcastle a promover a clonagem de embriões humanos para serem utilizados em pesquisas para tratamentos contra os males de Parkinson e Alzheimer, e a diabetes (NOTÍCIAS - CIÊNCIA... , 2004), ou seja, liberou a chamada clonagem terapêutica, enquanto, nos Estados Unidos, segundo notícia vinculada na WEB em 29 de julho de 2004, cientistas da Escola de Medicina da Universidade de Stanford, na Califórnia, obtiveram sucesso na utilização de células-tronco fetais para reflorestar com novos neurônios regiões do cérebro de ratos que foram danificadas, mostrando-se animados ante a possibilidade de utilização de células-tronco fetais humanas em pesquisas com o

mesmo objetivo, tendo em vista que sobre as mesmas não recaem as limitações impostas pela legislação americana quanto às células embrionária (NOTÍCIAS - CIÊNCIA..., 2004).

Capítulo III – O histórico dos DIREITOS GENÉTICOS e da Biossegurança no Brasil

Nosso País deu importante passo no sentido de regulamentar as questões relativas ao tema ao editar a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, mais conhecida como Lei de Biossegurança, de cujo projeto foi autor o então Senador Marco Maciel, diploma esse que, embora tenha representado expressivo avanço no equacionamento de novas e relevantes questões surgidas no meio social, mostrou-se tímido, ao se deixar limitar pelas graves restrições que ao legislador foram impostas por questões de caráter ético e religioso. Por essa razão, tornou-se logo anacrônico, pressionado pelo espantoso progresso alcançado por outros ramos do conhecimento científico, especialmente no campo da Biogenética Humana.

O anacronismo da Lei de Biossegurança de 1995 bem como os reflexos que vinha produzindo sobre o labor diário dos juizes brasileiros foi assinalado pelo Ministro Nilson Naves (2003), à época Presidente do Superior Tribunal de Justiça, em artigo publicado sob o título “Bioética e Justiça”:

“Certo é que a rápida evolução científica trará aos tribunais feitos em número crescente. O Judiciário não pode funcionar num vazio jurídico, e o vácuo aumentará à medida que a ciência evoluir aceleradamente, porque a feitura da lei é, por necessidade, fruto de longa reflexão. O Judiciário haverá de guiar-se sempre por normas legais e, não as tendo, haverá de se socorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, levando em conta, sempre, as exigências do bem comum e o papel criador da ju-

risprudência. Contudo, atuará com orientação mais firme, menos sujeita a disputas, se dispuser formal e materialmente de normas diretas e claras, que se nortearão pelas decisões emanadas de um diálogo multidisciplinar e acordadas – oxalá – por todos os interessados”.

No artigo acima, seu autor colocou, ainda, temas concernentes à Bioética, ou seja, à ciência que leva em consideração os aspectos éticos necessariamente envolvidos em todas as questões relacionadas à manipulação de material genético humano e que, em grande parte, interessam ao Direito. Trata-se, em verdade, de campo extremamente polêmico no qual assistimos aos constantes embates entre os avanços da Biogenética e os entraves de ordem ética, religiosa, econômica e social que a eles são opostos.

Para a Igreja Católica, por exemplo, aceitar qualquer forma de manipulação desse material genético, seja para fins reprodutivos ou terapêuticos, representa, em última análise, a negação de um dos seus mais poderosos dogmas, segundo o qual o fenômeno da fecundação e da geração de uma nova vida é obra divina, não sendo de se admitir a participação da mão humana no processo.

No que concerne aos aspectos éticos envolvidos nas modernas técnicas da Engenharia Genética, vozes contundentes têm-se levantado contra a utilização das mesmas com fins lucrativos, como se vê do livro “O Mercado Humano – Estudo Bioético da Compra e Venda de Partes do Corpo”, de autoria de Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa (2001), valendo lembrar, ainda, artigo intitulado “Bioética e Biodireito – Princípios e Paradigmas”, escrito por Vito Antônio Boccuzzi Neto ([200-?]), bem como trabalho apresentado por Dirce Guilhem e Mauro Machado do Prado (2001) sob o título “Bioética, Legislação e Tecnologias Reprodutivas”, em Simpósio promovido pelo Conselho Federal de Medicina.

Críticas são feitas, por outro lado, aos aspectos econômicos e sociais envolvidos

nas atuais conquistas científicas no campo da Biologia Genética Humana, no sentido de que tais avanços, por exigirem altíssimos investimentos financeiros em pesquisas, tanto públicos como privados, tornarão o acesso a eles privilégio de pouquíssimos, em detrimento do restante da humanidade, sendo de se lembrar, por fim, a possibilidade, existente em alguns países, de patenteamento, por entidades de pesquisa particulares, das descobertas científicas obtidas em seus laboratórios, restringindo, ainda mais, a utilização das mesmas.

Nesse tumultuado cenário, uma questão destacou-se sobremaneira, não apenas pelas fantásticas perspectivas que promete abrir à Medicina, como pelos inevitáveis reflexos que trará à Ciência do Direito: a clonagem humana, em suas modalidades reprodutiva e terapêutica, sendo certo que a clonagem de animais é técnica conhecida e já largamente utilizada em vários países, inclusive no Brasil. A popularização do tema clonagem humana gerou, até, uma novela televisiva que se chamou “O Clone”, produzida pela Rede Globo de televisão...

O que se observa, em verdade, é uma grande desinformação, para não dizer ignorância, sobre tão relevante matéria e, na tentativa de esclarecer as inúmeras dúvidas existentes, livros para leigos, contendo ensinamentos altamente esclarecedores, têm surgido, tais como “Clones Humanos”, de Clara Pinto Correia (2000), e “Clonagem – Fatos e Mitos”, de Lygia da Veiga Pereira (2002), ambas as autoras cientistas, reconhecidamente qualificadas na área de Biologia Genética Humana, mas que não enfrentam, nem era de esperar que o fizessem, os aspectos jurídicos necessariamente decorrentes da utilização das técnicas de clonagem, no que concerne aos DIREITOS GENÉTICOS dos fornecedores do material manipulado. No mesmo sentido, visando melhor esclarecer leigos interessados no palpitante assunto, vêm sendo publicados livretos sob o título “Folha Explica”, com

valiosas informações sobre DNA, alimentos transgênicos e clones, entre outros temas.

A clonagem para fins reprodutivos, ou seja, sua utilização para criar seres humanos pelo método que deu origem à ovelha Dolly, na Inglaterra, tem merecido condenação internacional quase unânime, embora já se tenha ouvido, por vezes, notícia sobre experiências nesse sentido, realizadas em países que não proíbem expressamente o processo.

O mesmo não ocorre, porém, com a clonagem chamada terapêutica, voltada para o tratamento de inúmeras enfermidades que afligem a humanidade por meio de técnicas de Engenharia Genética. Com efeito, a modalidade vem ganhando, a cada dia, um número cada vez maior de defensores, entre médicos e cientistas, com o apoio fervoroso daqueles que serão eventualmente beneficiados por essas técnicas, já se falando, inclusive, em uma “terapia genética”. A crítica mais contundente que se levantava contra a clonagem terapêutica referia-se à utilização de células germinais humanas encontradas nos embriões, obstáculo esse não apenas de caráter ético e religioso, como também legal, devido a Lei 8974/95 que capitulava como crime, em seu art. 13, a manipulação genética de tais células.

A Biologia Genética Humana avança a passos largos, porém. E, em resposta às limitações impostas à utilização das células germinais humanas contidas nos embriões, vem revelando a existência de células-tronco em outros tecidos do organismo humano, tais como a medula óssea, os cordões umbilicais e outros, cujo emprego afastaria não apenas os óbices éticos e religiosos, como também os riscos de rejeição.

O Congresso Nacional, diante do evidente anacronismo da nossa legislação e sensível à necessidade urgente de legislar sobre tão importante matéria, aprovou, após longos debates, a nova Lei de Biossegurança, já sancionada, com alguns vetos, pelo Presidente da República (Lei nº 11.105, de 24 de

março de 2005), que veio a abrir amplas possibilidades à pesquisa genética no País, não somente no que tange à genética humana, como também à proteção do meio ambiente contra a utilização indiscriminada de produtos agrícolas geneticamente modificados, os chamados organismos geneticamente modificados, ou OGM.

Capítulo IV – A nova Lei de Biossegurança

O meio científico brasileiro, que se achava tolhido pelas barreiras impostas pelo art. 13 da Lei nº 8974, de 1995, mostrou-se entusiasmado ante as perspectivas de avanço em suas pesquisas, em razão das inovações introduzidas pela nova Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005) que, em seu art. 5º dispõe, *verbis*:

“Art. 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º – Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º – Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º – É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da

Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

Os preceitos contidos no artigo supra deixam evidente a opção feita pelo Congresso Nacional, no sentido de negar ao embrião humano, obtido em processo de fertilização feita em laboratório, a qualificação jurídica de pessoa, para todo e qualquer efeito legal, tipificando como crime, outrossim, a comercialização do material biológico obtido, sob as penas da lei. Pressionado pela comunidade científica bem como por imensa legião de portadores de doenças incuráveis ou lesões irreversíveis, cuja única esperança repousa na terapia genética, adotou o legislador pátrio postura rigorosamente científica, sem qualquer conotação religiosa, embora revestida de cuidados éticos e de preocupação cultural.

Ocorre, porém, que a possibilidade de progresso científico que a nova Lei de Biossegurança enseja, no que se refere à pesquisa e cura, mediante terapia genética, de moléstias que castigam a nossa população, trazendo enormes gastos aos serviços de saúde pública, acha-se obstaculizada, pelo menos, temporariamente, por atos do Poder Executivo e ações do Ministério Público Federal.

Com efeito, sete vetos foram apostos pelo Presidente da República ao novo diploma legal, aguardando apreciação pelo Congresso Nacional, que poderá rejeitá-los ou não.

Por outro lado, o Procurador-Geral da República ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, duas ações, questionando a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

Na primeira ação, protocolizada em 30 de maio subsequente (ADI nº 3.510), arguiu a inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos, que permitem a utilização de células-tronco de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, sob o fundamento de que os mesmos ferem a proteção que a nossa Carta Magna confere ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Numa segunda ação (ADI 3.526), o Chefe do Ministério Público Federal questiona a constitucionalidade de diversos artigos do mesmo diploma legal, que estabelecem normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (OGMs) e seus derivados, bem como de dispositivos versando a competência atribuída à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), cabendo, agora, à nossa Suprema Corte manifestar-se, em definitiva instância, sobre a conformidade dos preceitos da nova Lei de Biossegurança à Constituição Federal.

O certo, porém, é que nem o acatamento pelo Congresso Nacional, dos vetos presidenciais à Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, nem o provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade interpostas pelo Ministério Público Federal, acima referidos, invalidarão as inovações introduzidas pelo Código Civil que entrou em vigor em 2003, no que diz respeito a atribuir efeitos jurídicos a procedimentos de inseminação artificial, homóloga ou heteróloga (art. 1.597, incisos III, IV e V), no caso, os da filiação.

Conclusões

Toda essa profusão de informações coletadas e aqui referidas representa, apenas, uma gota no oceano imprevisível de perspectivas que a ciência moderna, e, em especial, a Biologia Genética, vem abrindo aos nossos olhos, trazendo a esperança de dias melhores, com menos sofrimentos, para a espécie humana.

Quanto ao Brasil, espera-se que faça o que estão fazendo os países do chamado Primeiro Mundo, investindo recursos na pesquisa científica a fim de colhermos, certamente, valiosos resultados, com a cura de doenças e a diminuição do encargo social do Estado no campo da saúde.

Cabe aos nossos juristas e, em especial, aos civilistas fazerem um estudo sistemáti-

co da nossa legislação visando a apontar as situações nela previstas que serão necessariamente afetadas pelos novos conhecimentos e técnicas da Engenharia Genética Humana, fornecendo subsídios aos legisladores para que possam, no âmbito do Congresso Nacional, atualizar e complementar, com a presteza possível, o nosso ordenamento jurídico, tornando-o capaz de solucionar os inevitáveis conflitos de interesses que vão brotar no seio de nossa sociedade e fornecendo instrumental seguro aos nossos Juízes.

Somente por meio desse esforço conjunto, poderá o Brasil capacitar-se a usufruir o admirável progresso da ciência no século XXI.

Referências

- BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano*. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- _____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BOCCUZZI NETO, Vito Antonio. Bioética e biodireito: princípios e paradigmas. [S. l: s. n], 16 maio 2003. Disponível em: <<https://intranet2.bb.com.br/juridico/informativos/Artigos/bioetica.html>>. Acesso em: [200-?].
- CHAMBON, Philippe. L'embryon médicament. *Science & Vie*, Paris, n. 1010, p. 82-101, nov. 2001.
- CORREIA, Clara Pinto. *Clones humanos: nossa autobiografia coletiva*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- GUILHEM, Dirce; PRADO, Mauro Machado do. Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas. *Revista Bioética*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 113-126, 2001.
- LACHTERMACHER-TRIUNFOL, Márcia. Os clones. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, Folha Explica, 2003.
- LEITE, Marcelo. O DNA. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, Folha Explica, 2003.
- _____. Os alimentos transgênicos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, Folha Explica, 2000.
- NAVES, Nilson. Bioética e justiça. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, n. 145, p. 28-29, jan. 2003.
- NOTÍCIAS - CIÊNCIA e meio ambiente. *Terra Notícias*, [S.l.], 29 jul 2004, 11 ago. 2004. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/O>>. Acesso em: [2004?].
- PEREIRA, Lygia da Veiga. *Clonagem: fatos e mitos*. São Paulo: Moderna, 2002.
- RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis, 2000.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: com anotações sobre o novo Código Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 341.