

1. INTRODUÇÃO

O século XX foi marcado pelo início de uma acentuada evolução, em especial no campo da medicina e das novas tecnologias, que incessantemente segue se aperfeiçoando e apresentando novas possibilidades. Dentre as novas realidades decorrentes dessa evolução, vislumbra-se a nanotecnologia, alterações no genoma humano, a neurociência e a física quântica, temas inimagináveis há poucos anos. Esses progressos têm propiciado variadas consequências na sociedade humana que indiscutivelmente geram reflexos no campo jurídico, vez que o direito tem papel fundamental na regulamentação da vida em sociedade, seja impulsionando novas realidades sociais, seja atuando como freio ou limitador às suas mais diversas realidades.

O incessante desenvolvimento das pesquisas científicas e suas aplicações no âmbito biomédico, geram inúmeras possibilidades de intervenção na vida humana. Como por exemplo, tem-se a viabilidade de manipulação sobre a vida em sua fase inicial no que diz respeito a clonagem de embriões e até mesmo a possibilidade de transferir patrimônio genético, propiciando a produção de características genéticas novas ou alterando e ampliando caracteres, sejam patológicos ou meramente estéticos.

Bauman (2001) ensina que vivemos em tempos líquidos, em que tudo muda com muita rapidez e de forma imprevisível. Nessa fluidez, tudo se torna descartável e os valores se alteram quase que instantaneamente. Se tudo perde seu valor, fica o questionamento de como se agirá em relação aos seres vivos, incluindo um embrião, considerado por muitos um ser vivo, ao menos em potencialidade. Nesse limiar, há que se ter o cuidado para não o tratar como algo passageiro, descartável. Cabe aí, além das reflexões morais, éticas e filosóficas, a necessidade de intervenção jurídica, visando a imposição de fronteiras precisas entre o que pode ou não ser aceitável.

O respeito aos direitos humanos já consagrados em declarações internacionais são uma marca ao limite à aplicação desenfreada das técnicas genéticas ao ser humano. Surgindo daí, a bioética e o biodireito como formas de regulamentar os crescentes avanços.

Todo esse diálogo interdisciplinar tem por base a dignidade da pessoa humana. Podendo afirmar-se então, que o Biodireito deve ter como alicerce principiológico a Constituição Federal de 1988, compreendendo outros valores primordiais da sociedade brasileira como a vida, a solidariedade, a liberdade, a autonomia, a diversidade e outros.

Atentando-se a isso, pretende-se apresentar as novas possibilidades e técnicas científicas existentes para manipulação e alteração do genoma humano, em especial ao atinente a manipulação de células-tronco embrionárias e as alterações genéticas com fins estéticos. Far-

se-á então, um contraponto com as limitações ético-jurídicas a luz do princípio da dignidade da pessoa humana e demais princípios constitucionais que a permeiam.

Dessa forma, busca-se examinar suas aplicações na atualidade e necessidade de adequações para que sejam garantidos os limites éticos, morais e jurídicos à dignidade humana frente aos avanços científicos, sem, no entanto, cerceá-los.

2. A TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* E A POSSIBILIDADE DE MANIPULAÇÃO GENÉTICA

Uma das conquistas de maior impacto e importância da evolução biotecnológica foi o mapeamento do Código Genético Humano, ou seja, a decodificação do conjunto de genes que constituem cada ser vivo. Tal descoberta propiciou o conhecimento das leis que presidem a formação da vida, da identidade e das doenças, isso porque os genes são segmentos de DNA responsáveis pelas características hereditárias E, em consequência a esse mapeamento e as novas tecnologias, tornou-se possível controlar, isolar e modificar esses parâmetros naturais – os genes. (Soares; Simioni, 2018)

Não há que se discutir a importância do Projeto Genoma Humano (PGH), que propiciou a compreensão dos mecanismos mais intrínsecos da vida e a consequente melhoria de sua qualidade, ao permitir a cura e prevenção de doenças genéticas graves. O PGH também levou ao reconhecimento do genoma humano como propriedade inalienável da pessoa e patrimônio comum da humanidade pelo artigo 1º da Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos. (Machado, 2008; Diniz, 2017)

Dentre as inúmeras perspectivas, derivadas da possibilidade de manipulação do genoma, sejam positivas ou negativas, podemos citar as poderosas intervenções terapêuticas, a irreversibilidade dos avanços da biologia molecular e da engenharia genética, a privacidade e os usos da informação genética, a eficácia da medicina genética, o uso de embriões em pesquisas, a intervenção genética (**manipulação genética e terapia gênica**¹), seleção de embriões², a discriminação genética, a eugenia, a clonagem, a experimentação em seres humanos, entre tantas outras possibilidades. (Baracho, 2006; Diniz, 2017; Soares; Simioni, 2018)

A fim de viabilizar uma melhor compreensão do tema a ser abordado, deve-se explicitar o que vem a ser a manipulação genética, conceituação ainda muito discutida pelos

¹ Diagnóstico e tratamento de doenças de causa genética, baseadas na introdução ou modificação de genes.

² É uma vida em desenvolvimento, ainda em estado celular, que é o resultado do encontro de células germinais masculinas e femininas (óvulo e espermatozoide).

doutrinadores por confundir-se com conceitos de engenharia genética e terapia gênica. Adotando-se a conceituação trazida por Maria Helena Diniz (2017),

(...) é uma técnica de engenharia genética que desenvolve experiências para alterar o patrimônio hereditário de um organismo vivo a outro ou operar novas combinações de genes para lograr, na reprodução assistida, a concepção de uma pessoa com caracteres diferentes ou superar alguma enfermidade congênita. É um conjunto de atividades que permite atuar sobre a informação contida no material hereditário ou manipular o genoma humano no todo ou em partes, isoladamente, ou como parte de compartimentos artificiais ou naturais (p. ex., transferência nuclear). (Diniz, 2017, p. 635)

Como se vê, a manipulação genética gera inúmeras possibilidades e concomitantemente, inúmeras controvérsias. No tocante a terapia gênica, alguns pontos são consensuais e bem aceitos, como os testes genéticos que permitem a identificação de genes de algumas doenças como a fibrose cística e o diagnóstico e tratamento de diversas formas de câncer que decorrem de alterações genéticas, evitando a realização de exames dolorosos para o paciente, bem como a identificação de portadores de gene patogênico e de riscos de doenças futuras e morte precoce.

Doutro modo, rechaça-se aquelas manipulações que tem por objetivo o aprimoramento de características embrionárias, ou seja, que interferem nos genes do embrião, alterando suas características genéticas com o fim de consertar-se o “defeito genético”, evitando a manifestação/transmissão de doenças hereditárias, e também, aquelas manipulações com o fim de permitir alterações fenotípicas, como cor dos olhos, aptidões físicas e intelectuais, dentre outras. (Rezende, 2012; Diniz, 2017; Pona; Fachin, 2018)

Tais finalidades e contornos ético-jurídicos, serão divergentes conforme se trate de intervenção com fins terapêuticos ou não, e em que tipo de células as intervenções serão empregadas, germinativas³, somáticas⁴ ou embrionárias⁵. Ainda, é necessário estipular e seguir diretrizes que conceituam anomalias genéticas e doenças graves, para que então se possa falar em terapia gênica, tendo em vista que a concepção de doença grave é muito subjetiva. (Machado, 2008; Rezende, 2012)

³ Qualquer célula que dá origem aos gametas (espermatozoide e óvulo).

⁴ Quaisquer células responsáveis pela formação de tecidos e órgãos em organismos multicelulares, não envolvidas diretamente na reprodução.

⁵ Células pluripotentes, encontradas no embrião.

Quando se fala em manipulação de células embrionárias, em geral, se fala de embriões excedentes dos procedimentos de fertilização in vitro (FIV), onde circunda-se o debate quanto a existência de vida e dignidade humana. (Machado, 2008)

Contudo, assim como acontece com as demais tecnologias, as possibilidades geradas pelo mapeamento e intervenção genética tem seus pontos negativos, pois ao mesmo tempo que permite técnicas que propiciam uma melhor qualidade de vida, tratamento e cura para diversas patologias de ordem genética, podem exterminar características gênicas, criando ainda a possibilidade de intervenção eugênica nas características da humanidade. O que foge do âmbito de tratamento e cura de doenças, abrangendo a possibilidade de alteração de características fenotípicas dos indivíduos com base, em especial, em padrões de beleza e ditames do mercado de trabalho existentes na contemporaneidade das escolhas. (Soares; Simioni, 2018)

Caso a medicina tenha êxito nesta área, a perspectiva parece ser, segundo Habermas, que serão permitidas manipulações genéticas de células somáticas e de células germinativas para evitar doenças graves, que prejudicam significativamente a qualidade de vida de quem as possui, e, como o passar do tempo, no caso de outras doenças, e **se estendendo até mesmo a escolha de traços desejáveis na prole.** Tendo esta perspectiva em mente, Habermas aponta a necessidade de se recorrer à distinção entre ‘eugenia positiva’ e ‘negativa’, classificando os casos contemplados por ambas e restringindo a permissão apenas a negativa, desde que no caso da eugenia negativa parece haver pouca, ou nenhuma objeção moral a ser feita. Para Habermas, no caso da eugenia positiva parece que estamos pisando em terreno proibido. Quando se ultrapassa o limite da ‘eugenia negativa’ começa-se a entrar em jogo a autocompreensão normativa do ser humano, pois parece que passa-se a compreender o ser humano, ou melhor, a vida humana como algo de que podemos dispor livremente para propósitos de seleção. Esta mudança na percepção cultural diante da vida humana pré-pessoal pode ter a consequência de reduzir a sensibilidade moral das pessoas. Pois, é difícil traçar a fronteira entre selecionar fatores hereditários indesejáveis e a otimização de fatores desejáveis. (Castilho; Scaff, s/d) (grifo nosso)

Demonstrando essa tendência ao perfeccionismo, James Watson, o biólogo que descobriu a dupla hélice do DNA junto com Francis Crick, defendia, com base em dados genéticos, que mulheres deveriam ser livres para abortar, quando seu filho fosse, por exemplo, disléxico ou sem talento musical. Hoje se vê uma ambição em poder determinar deliberadamente as características dos filhos, como o sexo, a cor do cabelo, dos olhos e até mesmo aptidões físicas ou psicológicas. Ou, ainda, em eliminar características que não se enquadrem em uma definição de ser humano “perfeito” por meio dos novos métodos de reprodução assistida, diagnósticos pré-implantatórios, testes pré-natais, intervenções cirúrgicas no feto e até mesmo clonagem (Freitas; Zilio, 2015; Diniz, 2017; Sandel, 2018).

Assim, projetar crianças de modo deliberado, segundo as preferências dos pais ou os ditames do mercado, vem a caracterizar o que vem se chamando de “neogenia”, já que se utiliza dos novos conhecimentos científicos para o que seria uma evolução das práticas do passado (Siqueira; Curit, 2018).

Portanto, em razão das experiências e atrocidades já vistas e das crescentes práticas de intervenções genéticas e de suas possibilidades, é preciso que haja maior controle na utilização dos conhecimentos científicos adquiridos. Isso com o objetivo de evitar novas discriminações populacionais e uma massiva busca pelo melhoramento da espécie em clara afronta à dignidade da pessoa humana, que emerge como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF), bem como o limite de atuação as inovações científicas, incumbindo ao Poder Público a preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético, além da fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (Brasil, 1988, art. 225, § 1º, II e V, CF).

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE AS INTERVENÇÕES GENÉTICAS

O ser humano, nos ensinamentos de Kant, é detentor de dignidade em razão de ser ele, indivíduo, um fim em si mesmo, em vez de se submeter às suas inclinações. Assim, ao ser humano é atribuído a sua individualidade, não sendo correta a imputação à pessoa da qualidade de meio para a realização de projetos alheios. Ou seja, todo ser humano possui a sua autonomia, possibilitando-lhe a atribuição de normas a si mesmo. (Lopes; Faria, 2015)

A dignidade, por consequência, é inerente à pessoa humana, de modo que, obviamente, sem a dignidade não há pessoa propriamente dita, mas apenas um ser biológico destituído justamente daquilo que distingue o ser humano dos demais animais, ou seja, sua identidade, racionalidade e liberdade. (Machado, 2008)

Segundo Habermas (*apud* Freitas e Zilio, 2015) o conceito de dignidade humana é responsável por possibilitar a conexão entre “a moral do respeito, igual por cada um, com o direito positivo e com a legislação democrática de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pode emergir uma ordem política fundamentada nos direitos humanos”. Indo além, Habermas define que “independentemente de seu conteúdo moral exclusivo, eles possuem a forma de direitos subjetivos positivos coercitivos que asseguram aos indivíduos um espaço de liberdade e pretensões”. (Habermas, 2010 *apud* Freitas; Zilio, 2015)

A dignidade da pessoa humana não sobreveio do direito brasileiro, mas da união de esforços de diversas nações do mundo todo em prol do desenvolvimento humano. Conforme disposto no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um marco na história dos direitos humanos, tendo sido elaborada com a participação de representantes de inúmeros países, cuja origem jurídica e cultural são as mais diversas, ocorrendo a proclamação deste documento na Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948.

O momento da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos é muito simbólico, visto que a Segunda Guerra Mundial havia acabado pouco tempo antes, em 1945. Face às inúmeras atrocidades ocorridas nesse período de guerra, em que o contexto da individualidade de cada sujeito foi deixada de lado, objetivou-se conferir a defesa da integridade do ser humano, proporcionando a todos os indivíduos a proteção necessária para evitar a repetição de atos que atentem contra a vida. (Lopes; Faria, 2015)

Nesse sentido, a defesa da dignidade humana é o epicentro do discurso jurídico contemporâneo. Uma vez inserida tal norma na Declaração Universal dos Direitos Humanos, passou a ocupar papel central nos ordenamentos jurídicos dos países signatários, que se comprometeram, a partir dessa normatização, a proteger universalmente, em todas as suas dimensões, a pessoa.

O Brasil foi um dos países signatários da DUDH. Observando as normas existentes na referida declaração, o ordenamento jurídico brasileiro, caminhando em direção à evolução social, sofreu forte influência. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III, consagra, dentre outros fundamentos, a dignidade da pessoa humana como cerne do ordenamento jurídico pátrio. Isso, pois, tal norma se encontra inserida no Título I, que aborda os princípios fundamentais que regem o Estado, atribuindo, portanto, à dignidade da pessoa

humana o papel essencial, inclusive de servir de fundamento à interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

A dignidade da pessoa humana é assegurada no ordenamento jurídico como princípio fundamental, não como direito fundamental, sendo, por consequência, “insopesável”, visto que não foi outorgada com limites constitucionais. A impossibilidade de modificação da garantia de aplicabilidade desse princípio está implícita no art. 1º, III, da Constituição, ao menos para conferir aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a força normativa condizente com tal qualificação e não somente um mero caráter proclamativo. (Martins; Schlink, 2014)

Tal entendimento acerca da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana é esposado por José Afonso da Silva (*apud* Machado, 2008), segundo o qual esse fundamento constitui a essência do ordenamento jurídico, responsável por atrair a realização de todos os direitos humanos, independentemente da dimensão em que esteja inserido. Essa é a razão pela qual recebe valor supremo dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, dimensionando e humanizando as normas constitucionais, eis que a dignidade é atributo intrínseco da pessoa humana, que com ela entranha-se e se confunde. (Silva *apud* Machado, 2008)

Corroborando a esse entendimento, o STF assim decidiu:

É da essência desse fundamental princípio o reconhecimento de que toda pessoa natural é um verdadeiro microcosmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte. Se é parte de algo (o corpo social), é também um algo à parte (BRASIL, Superior Tribunal Federal, HC 82.959-7/SP, 2006).

Ainda no mesmo julgamento, o Min. Ayres Britto asseverou que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana se configura como protoprincípio, no sentido de que é um princípio organizativo de todos os demais princípios jurídicos. Desse modo, toda a ordem jurídica a ele se subordina.

Portanto, a consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, lhe confere o atributo de fundamento e também de justificação última dos direitos fundamentais previstos na Constituição, em todas as suas dimensões, sendo que a partir da dignidade deve ser garantido a todo e qualquer indivíduo a proteção de todos os seus interesses para o cumprimento da finalidade do Estado.

Em consonância com o esposado, é a posição de Daniel Sarmento:

O princípio da dignidade humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. Apesar do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado. Assim, é apenas o respeito à dignidade da pessoa humana que legitima a ordem estatal e comunitárias, constituindo, a um só tempo, pressuposto e objetivo da democracia. Por outro turno, transparece da própria dicção do princípio a sua pretensão universalista, que se evidencia, por exemplo, na redação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em cujo preâmbulo consta que a dignidade inerente a todos os membros da família humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (Sarmento, 2002, p. 59 – 60).

Em relação aos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados a partir da necessária garantia de dignidade a todos os indivíduos, a preservação e promoção desses direitos têm uma dimensão individual e outra social. Esses direitos encontram previsão no Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos e deveres individuais e coletivos, previstos no artigo 5º da Constituição, por possuir uma dimensão individual, estão vinculados ao sujeito do direito, seus comportamentos e suas escolhas. Por outro lado, os direitos sociais possuem, como o próprio nome sugere, uma dimensão social, que envolve a atuação do Estado de forma positiva, entregando prestações aos indivíduos a fim de cumprir a sua finalidade, concretizando os direitos de cada um.

Esclareça-se que os direitos prestacionais pelo Estado, correspondentes aos direitos sociais, previstos no Capítulo II do Título II da Constituição não serão objeto de abordagem no presente trabalho, que possui por escopo a abordagem de um direito individual, que encontra fundamento na dignidade da pessoa humana.

No tocante ao preceito inserido no artigo 5º da Constituição, corresponde à função protetora da dignidade da pessoa humana, que funciona como um limite à atuação do Estado e da sociedade, protegendo, conseqüentemente, direitos fundamentais. (Lopes; Faria, 2015)

Nesse sentido, os direitos fundamentais previstos no referido artigo correspondem aos direitos de defesa, oponíveis pelo indivíduo titular do direito em face do Estado, de modo a impedir que contra a pessoa seja praticada ofensa, especialmente no que tange à sua dignidade. Na mesma medida, corresponde à possibilidade de exigir do Estado a salvaguarda dos direitos contra a atuação de qualquer outro particular que porventura venha a subtrair os direitos individuais ou coletivos.

Aos direitos fundamentais individuais e coletivos é conferida, portanto, a função protetora ou de defesa. Entretanto, além da dificuldade para definir acerca de eventual ocorrência ou de não afronta à dignidade, que é fundamento desses direitos, há outro elemento que torna o conceito de dignidade humana muito problemático: a tendência de utilização do conceito em caráter absoluto, com vistas a encerrar toda e qualquer discussão, face à sua força superior às demais previsões dentro do ordenamento jurídico. A dignidade é um atributo que nasceria com a pessoa e que não poderia ser perdido, alienado ou renunciado. (Barroso, 2016)

Não obstante se apresentar como óbvia a impossibilidade do Estado violar a dignidade da pessoa humana, a ser interpretada *stricto sensu* para que não acabe por gerar a banalização desse fundamento, assim como, em que pese a evidente dificuldade de circunscrição casuístico-indutiva das situações ensejadoras de violação, como escravização, humilhação, tortura, entre outros, a norma constitucional que outorga a dignidade humana pode, mesmo assim, acabar por gerar um aparente conflito o mínimo necessário a ser praticado pelo Estado para proporcionar o respeito à dignidade de outro titular. (Martins; Schlink, 2014)

Conforme disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

Em decorrência da proteção constitucional, consagrando a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade do direito à vida ganha contornos de essencialidade dentro do contexto do Estado Democrático de Direito. A todo indivíduo é garantido o direito à vida como direito de defesa, oponível contra possíveis arbitrariedades do Estado e até mesmo contra as maiorias.

Apesar da aparente clareza e objetividade da previsão constitucional acerca da inviolabilidade do direito à vida, esse ponto apresenta relevante problemática no tocante à determinação do alcance da dignidade humana. Isso, pois, à pauta vem, em primeira linha, o

problema do reconhecimento da dignidade não somente aos nascituros, como também, principalmente, aos embriões na fase pré-nidacional. (Martins; Schlink, 2014)

Posto isso, evidencia-se que questões como do descarte de embriões e da possibilidade de realização de aborto, ensejam enorme controvérsia sobre o início da personalidade jurídica e, por consequência, da incidência da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que nesses estágios do desenvolvimento se está diante de uma impossibilidade, em questões biológicas, de existência das capacidades mentais necessárias para a autonomia atribuível a todo indivíduo, que fundamenta o seu fim em si mesmo (Lopes; Faria, 2015).

Dúvidas não restam acerca da inegável inviolabilidade à vida de qualquer pessoa após o nascimento, não importando para tanto as características a ela atribuíveis, como nacionalidade, etnia, origem, cor da pele, do gênero, da identidade sexual e afins. Do mesmo modo, para a atribuição desse direito ao indivíduo após o nascimento, se torna irrelevante as suas capacidades e características pessoais específicas, como habilidades físicas, intelectuais ou espirituais. A simples capacidade de autonomia ou autodeterminação racional é pressuposto suficiente à incidência do direito ao indivíduo.

Portanto, apesar de não haver maiores dificuldades em relação à atribuição da dignidade ao indivíduo após o nascimento, o mesmo não se aplica aos momentos anteriores a esse no contexto da concepção humana. As dificuldades e as opiniões começam a se apartar entre si no reconhecimento da dignidade humana no período em que ainda se trata de um nascituro ou embrião humano em todas as fases de desenvolvimento.

Os novos conhecimentos da medicina reprodutiva aumentaram a divisão de opiniões, argumentando-se se a dignidade estaria presente somente no embrião desenvolvido in vivo ou também naquele desenvolvido in vitro antes da nidação. Essa delimitação é um dos mais importantes problemas da bioética. (Martins; Schlink, 2014)

Sendo assim, face às constantes mudanças existentes no contexto da biologia e da medicina, especialmente no tocante às possíveis manipulações genéticas, emerge uma relevante preocupação social, envolvendo a existência ou não da incidência da proteção à dignidade humana no momento anterior ao nascimento e, caso não exista limite nesse sentido à manipulação genética do embrião, quais serão as consequências à coletividade para o futuro.

As transformações do mundo que vivenciamos nos últimos anos, seja por causa da precipitação da crise de um sistema de poder que parecia muito sólido e, aliás, ambicionava representar o futuro do planeta, seja por causa da rapidez dos progressos técnicos, suscitam em nós o duplice estado de espírito do encurtamento e da aceleração dos tempos.

Sentimo-nos por vezes à beira do abismo e a catástrofe impende. Nós nos salvaremos? Como nos salvaremos? Quem nos salvará? (Bobbio, 2004, p. 230).

Devendo a pessoa ser tratada como um propósito em si e nunca como um meio para alcançar outros propósitos ou objetivos, qualquer forma de instrumentalização do ser humano, deve ser vedada, em razão da igual dignidade pertencente a todos. (Martins; Schlink, 2014)

A não observação do ser humano para aplicação das tecnologias genéticas, apresenta uma real afronta à tutela do ser humano. A definição de um limite jurídico passando pela dignidade da pessoa humana, é essencial. O cerne do debate, está na possibilidade ou não de definições sobre o indivíduo que ainda irá nascer, baseando-se na manipulação genética, e os impactos à sua dignidade.

4. O ENFRENTAMENTO DA ENGENHARIA GENÉTICA COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E AS MANIPULAÇÕES VEDADAS NO BRASIL

Conforme anteriormente exposto em tópico específico, a dignidade da pessoa humana, é o cerne da Constituição, apresentando-se como fundamento à existência dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados a todos os indivíduos e à coletividade. Nesse sentido, a inviolabilidade do direito à vida, previsto expressamente no caput do artigo 5º da Constituição se apresenta como essencial à concretização dessa dignidade.

Os direitos individuais e coletivos possuem por característica, portanto, proporcionar a dignidade necessária a todos os sujeitos, de modo a consagrar a finalidade do Estado, um de seus elementos constitutivos, sendo que, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, podendo, por consequência, ser invocado a todo e qualquer momento pelos seus titulares.

Uma vez estabelecido na Constituição o direito fundamental, individual ou coletivo, imediatamente o preceito nele inserido é atribuível ao sujeito, devendo ser a ele garantido o cumprimento desse direito, não podendo haver contra ele qualquer violação, seja por particulares, seja pelo próprio Estado.

Nesse sentido, os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição se apresentam como direitos de defesa, que de um lado impedem a intervenção por parte do Estado em relação à garantia de liberdade a todo indivíduo, atribuindo-lhes, ainda, a sua autonomia da vontade, e de outro exigem do Estado a atuação efetiva no intuito de impedir a afronta a esses direitos por outros particulares.

Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais. Ex: o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos. O mesmo acontece com numerosos direitos como o direito de inviolabilidade de domicílio, o direito de proteção de dados informáticos, o direito de associação. Em todos estes casos, da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado de adoptar medidas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticados por terceiros. (Canotilho, 1998, p. 374-375)

Em que pese a dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conformando a existência dos direitos fundamentais, dentre eles a inviolabilidade do direito à vida, em alguns casos ocorre um conflito aparente entre as normas constitucionais. Isso, pois, assim como a inviolabilidade do direito à vida é um direito fundamental, o artigo 5º, inciso IX, da Constituição define, também como direito fundamental, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”.

Nesse sentido, em tese existe a obrigação do Estado assegurar a salvaguarda não apenas da inviolabilidade do direito à vida, mas também da liberdade da atividade científica, sendo que, em termos práticos, ao tratar da intervenção em relação ao genoma humano ambos os direitos fundamentais se contrapõem. Ou seja, “na conflituosidade da vida cotidiana, tais direitos podem ser violados a qualquer instante. É o que ocorre, por exemplo, com os direitos fundamentais à vida, à privacidade, à liberdade de locomoção e à propriedade intelectual”. (Fachin, 2012)

Quando da ocorrência de conflito entre direitos fundamentais, não haverá a extinção de um deles, mas apenas a redução da amplitude dos efeitos daquele direito que, no caso concreto, deve ceder espaço à efetividade na máxima amplitude do outro direito. Evidencia-se, então, que os direitos fundamentais podem entrar em conflito entre uns e outros. Ocorre que não se pode estabelecer, de antemão, qual é o direito que deve prevalecer no caso concreto.

A partir da utilização de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, quando da ocorrência de conflito entre direitos fundamentais, no caso concreto, deverá ocorrer a ponderação para definir qual dos direitos deverá, naquela ocasião, prevalecer em detrimento do outro, devendo ser buscada a solução que proporcione a máxima efetividade possível a todos

os direitos que estejam em conflito, sem que ocorra sacrifício integral de algum deles. (Dimoulis; Martins, 2008)

Quando há norma infraconstitucional regulamentando a matéria acerca da qual esteja ocorrendo o conflito entre os direitos fundamentais, a ponderação e a prevalência de um direito em relação ao outro se torna facilitada, não havendo maiores dificuldades ao aplicador do direito para tal definição.

Entretanto, nas hipóteses em que não há previsão expressa na legislação e nem consenso na doutrina acerca do conteúdo ensejador do conflito entre os direitos fundamentais, torna-se deveras complexa a atuação do aplicador do direito no trabalho de avaliação e ponderação no caso concreto.

Essa situação é o que ocorre quando se trata dos limites para a intervenção no genoma humano. A inexistência de legislação específica acerca da temática, bem como a dificuldade de definição sobre o início da vida fazem com que o debate sobre a possibilidade de manipulação das características dos seres humanos seja cada vez mais acalorado, imputando ao Poder Judiciário, nesse caso ao Supremo Tribunal Federal, a incumbência de realizar a leitura constitucional, conferindo a interpretação capaz de, se não solucionar, ao menos conformar a discussão.

Uma clara existência do conflito entre as normas existentes no Brasil é o que traz como objetivo a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Veja-se que em seu inciso (iii), mostra-se a necessidade de promover o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, assegurando o respeito pela vida dos seres humanos e pelas liberdades fundamentais de forma consistente com a legislação internacional de direitos humanos.

Já no inciso seguinte (iv), traça-se a necessidade de reconhecer a importância da liberdade da pesquisa científica e os benefícios resultantes dos desenvolvimentos científicos e tecnológicos, evidenciando, ao mesmo tempo, a necessidade de que tais pesquisas e desenvolvimentos ocorram conforme os princípios éticos dispostos nesta Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Tanto a dignidade da pessoa humana quanto a liberdade científica são direitos fundamentais tutelados pela Constituição. O que não se pode deixar de observar é que a dignidade da pessoa humana, mais que um direito, é o preceito fundamental do Estado Democrático de Direito, sendo o cerne de todo o ordenamento jurídico, devendo prevalecer frente aos direitos fundamentais.

Portanto, evidencia-se que os direitos fundamentais não são absolutos, permitindo, e muitas vezes demandando, regulamentação específica para restringir ou potencializar a sua amplitude de efeitos, utilizando a dignidade da pessoa humana como parâmetro de atuação, de

modo a evitar a ocorrência de restrição desproporcional ou retrocesso na tutela de direitos fundamentais.

Da análise dos direitos individuais é possível extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição, sendo que as restrições possivelmente aplicáveis são limitadas. Os limites imanentes ou “limites dos limites”, postos nesse sentido, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas. (Mendes, 2012)

O núcleo essencial dos direitos fundamentais, aqui representado pelo direito à vida e pelo direito à atividade intelectual e científica, está atrelado ao mínimo necessário para uma existência condigna. A garantia desse mínimo, em forma de proteção à dignidade da pessoa humana, justifica a existência de uma reserva última de eficácia sob a forma de um direito fundamental autônomo. (Bitencourt Neto, 2010)

No tocante à proibição de retrocesso, o que se apresenta em debate não é a supressão do direito do texto constitucional, mas a drástica diminuição da tutela já implementada no ordenamento jurídico, não podendo, por consequência, ser excluídas abruptamente das considerações sobre o quanto integram o conteúdo essencial do direito. (Sarlet; Zockun, 2016)

É nesse sentido que, segundo Canotilho, o núcleo essencial legislativamente concretizado de um direito fundamental previsto na Constituição se perfaz em direito de defesa face à supressão ou restrição arbitrária e desproporcional, especialmente se não houver outro mecanismo hábil para assegurar tal conteúdo essencial. (Sarlet; Zockun, 2016)

Ou seja, a demanda por segurança jurídica sobre o tema torna imperiosa a regulamentação pelo ordenamento jurídico acerca dos limites e disponibilidade de atuação em cada circunstância, objetivando retirar do Poder Judiciário a necessidade de fixar aos casos concretos uma solução de ordem exclusivamente principiológica e possibilitando a aplicação de regras de conduta aos agentes envolvidos.

A regulamentação específica da manipulação genética embrionária ao mesmo tempo em que deve tutelar a atividade intelectual e científica, não pode resultar em proteção insuficiente ao direito à vida, pois abaixo do mínimo será atentatório ao dever de efetivação progressiva dos direitos fundamentais no Estado, resultando em contrariedade à sistemática constitucional.

Mostra-se relevante, nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, que deve atuar como norteador da atuação do Estado e também dos particulares, objetivando ao mesmo tempo possibilitar a regulamentação da temática referente à manipulação genética embrionária, conferindo segurança jurídica, e também a proteção do núcleo essencial dos direitos

fundamentais aparentemente em conflito no caso concreto, potencializando e restringindo a produção de efeitos de cada um deles na medida da sua necessidade, em vinculação ao dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por certo, o tema não se esgota nesse trabalho. A constante evolução biotecnológica, vem a cada dia trazendo novos dilemas ético-jurídicos, de modo que fica até difícil de a normatização conseguir acompanhar. O que não se pode olvidar, é a quantidade de valores que merecem tutela jurídica dentro das aplicações das novas biotecnologias, fazendo-se indispensável a intervenção do direito neste campo.

Afinal, não se pode negar que a biotecnologia propiciou um grande avanço no que concerne a diagnósticos e tratamentos de doenças decorrentes de alterações genéticas. Contudo, o mau uso que se faz desses conhecimentos, é que vem a gerar os maiores embates morais, éticos, filosóficos e jurídicos atuais, levantando a ideia de não se estar respeitando a dignidade humana. Afinal, quem poderia afirmar que a vida de um deficiente, seja físico ou mental, não é digna de ser vivida? Ou que ele não merece viver? O que se caracterizaria por deficiente? Não se estaria praticando uma discriminação ao escolher que determinado embrião não tem o direito a “nascer” por ter maior propensão a desenvolver certa doença ou anomalia? Qual a necessidade de se extinguir as diferenças e objetivar uma população humana mais “perfeita”? O que seria perfeito?

Esses e outros questionamentos vêm sendo levantados com as possibilidades trazidas pela manipulação genética. Por isso se faz necessária a intervenção do legislador, com o fito de regular o uso das práticas eugênicas, que também não podem ser de todo descartadas, tendo em vista as diversas formas de manipulação possíveis e seus diferentes objetivos.

O que se pode concluir, é que a legislação hoje existente não é suficiente para salvaguardar o patrimônio genético, tampouco para garantir o respeito à Dignidade da Pessoa Humana. Mais que isso, as normas apresentam-se de forma desconectada e não raramente, apresentando conflitos em entre si.

Não se pode esquecer, que tanto a elaboração quanto a aplicação de quaisquer políticas legislativas devem se pautar pela edificação do ser humano. Algo que embora seja visado pelas declarações e conselhos internacionais, ainda de se vê muito longe de ser efetivado. Portanto, a necessidade de edição de normas mais precisas, não se restringe ao nosso Estado. Sendo o patrimônio genético pertencente a humanidade, e os riscos das possíveis manipulações serem

aptos a atingir o mundo todo, a necessidade de revisão e edição de normas mais claras, faz-se a nível mundial.

É imprescindível tutelar garantias e direitos fundamentais, de forma alguma podendo-se afastar a necessidade de enfrentamento das questões bioéticas no que tange ao embrião e as intervenções genéticas, assim como o diagnóstico e aconselhamento genético. Também merecem mais atenção, de modo a garantir-se a inviolabilidade da herança genética contra qualquer manipulação artificial, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Neste diapasão, as técnicas merecem maiores limites com o fim de proteger a humanidade e sua dignidade, preservando suas características.

REFERÊNCIAS

BARACHO, J. A. O. Vida Humana e Ciência. Complexidade do Estatuto Epidemiológico da Bioética e do Biodireito. Normas Internacionais da Bioética. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 56, pg. 113-161, jul-set, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 167.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. STF. Habeas Corpus n. 82.959-7-SP, do Tribunal Pleno, voto do MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO, Brasília, DF, 23 fev. 2006.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 374-375.

CASTILHO, Maicon; SCAFF, João Henrique. Filosofia e Biodireito: Alguns aspectos da correlação entre as duas ciências. (Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b950c9c45c390b48>), acesso em 23 de janeiro de 2023.

DINIZ, M. H. O estado atual do Biodireito. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 57, 2008.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 242-243.

FREITAS, R. S.; ZILIO, D. A Eugenia Liberal: Um Olhar a partir da obra O Futuro da Natureza Humana de Jurgen Habermas. Revista de Biodireito e Direitos dos Animais. In: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis: UFMG, FUMEC, Dom Helder Câmara: 2015.

LOPES, Nairo; FARIA, Lincoln. Considerações Sobre o Conceito de Dignidade Humana. Revista Direito GV, São Paulo, v. 11, nº 2, p. 649-670, jul-dez, 2015.

MACHADO, J. A. L. S. Direito, ética e biossegurança: a obrigação do Estado na proteção do genoma humano. 1ª ed. São Paulo: UNESP, 2008.

MARTINS, L.; SCHLINK, B. Bioética à luz da liberdade científica. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-64. p. 56.

PONA, Éverton Willin; FACHIN, Melina Girardi. Ciência, Dignidade e Natureza Humana: Da Possibilidade à Conveniência. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 30, n. 2, pg. 75-98, jul-dez, 2014.

REZENDE, D. F. C. Direito e genética: limites jurídicos para a Intervenção no genoma humano. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SANDEL, M. Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética. Trad. Ana Carolina Mesquita. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, mai./ago. 2016. p. 132.

SARMENTO, D. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CURTI, Letícia Mársico. EUGENIA, NEOGENIA E BIOÉTICA: Aproximações e Distanciamentos sob uma Perspectiva Jurídica de Reconhecimento de Direitos. Revista Direito em Debate, Ijuí: Unijjuí, nº 49, pg. 248-276, jan-jun, 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2018.49.248-276>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2023.

SILVA, J. A. da. Poder Constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000. Apud MACHADO, J. A. L. S. Direito, ética e biossegurança: a obrigação do Estado na proteção do genoma humano. 1ª ed. São Paulo: UNESP, 2008.

SOARES, J. N.; SIMIONI, R. L. Direitos Fundamentais, democracia e o Projeto Genoma Humano: bioética e biopolítica. Revista Bioética, Brasília, vol. 26 nº 4, out-dez, 2018.