

PROTEÇÃO A INTIMIDADE NO DIREITO: QUESTÕES GENÉTICAS

Mariana Maiza de Andrade GOIS¹
Prof. Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO: O direito a intimidade genética é algo especialmente muito novo no contexto jurídico brasileiro e deve ser analisado de uma maneira muito especial. Terá uma grande repercussão na mídia e no Congresso Nacional devido as inúmeras discussões para um direito de quinta dimensão que em uma país subdesenvolvido como o Brasil tem sua discussão mais tardiamente. Dessa forma, trouxemos considerações que devem ser observados diante do contexto exposto.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Direito de personalidade. Intimidade genética.

1. Origem dos direitos humanos

Os direitos fundamentais do homem possuem diversas denominações podendo ser encontrados com as denominações de direitos naturais, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos humanos, direitos fundamentais. Encontramos também uma grande divergência na doutrina quanto ao surgimento desses direitos fundamentais, denominação que entendemos ser a mais apropriada para este trabalho. Para Alexandre de Moraes, surgiram mesmo antes de Jesus Cristo, no antigo Egito e na Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C. Naquelas civilizações já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hamurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direito comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. Todavia, havia estamentos diferentes e um tratamento desigual entre essas classes de pessoas. A influência filosófica - religiosa nos direitos do homem pôde ser sentida com a propagação das

¹ Aluna Bolsista do Curso de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, participante do Grupo de Iniciação Científica ministrado pelo Prof. Sérgio Tibiriçá Amaral. E-mail : marianamaiza@hotmail.com

² Professor Mestre e Orientador do Grupo de Iniciação Científica O Estado de Direito: Aspectos políticos, jurídicos e filosóficos. .

idéias de Buda, basicamente sobre a igualdade de todos os homens (500 a.C.). Posteriormente, já de forma mais coordenada, porém com uma concepção ainda muito diversa da atual, surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estóicos (por exemplo, na obra *Antígona* – 441 a.C. - Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos do homem). Contudo, foi o Direito romano quem estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A Lei das Doze Tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.

A Carta “do bom povo da Virgínia” que data de 1776, constitui o ato formal que apresentou os direitos humanos na História. Todos os homens foram reconhecidos igualmente. Passados alguns anos na história mundial temos a Revolução Francesa que veio para reafirmar os direitos fundamentais. O artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão traz a seguinte redação: “ Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” . Essas declarações representam a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais³.

2. Dimensões do Direito

O direito está dividido em dimensões, antes chamado de gerações, terminologia ultrapassada a qual traz em si uma idéia de ruptura em relação ao estágio anterior, quando, em verdade, as ditas gerações se complementam. A expressão “dimensão” traz a idéia de cumulação visto que, através das diversas dimensões, há a adaptação do mesmo direito a uma nova realidade.

Quando há o surgimento de um novo direito entende-se que o direito anterior está sedimentado e dessa forma garante a existência de um novo direito. O surgimento de novos direitos acontecem devido a necessidade da sociedade de evoluir, buscar novos conhecimentos, atualizar dados, em prol de uma vida melhor.

³ COMPARATO, Fabio Konder.

Podemos mencionar cinco dimensões no direito, que representam do direito à liberdade que se estende ao mais moderno direito que podemos dizer como o estudo das células-tronco, DNA, ou seja, o bio-direito.

2.1. Primeira Geração do Direito

A primeira dimensão do direito surge com a Proclamação da Independência norte-americana e são ratificados com a Revolução Francesa de 1789. Surgem como resposta ao absolutismo monárquico e objetivavam proteger o homem na sua esfera individual contra a interferência abusiva do Estado, são os chamados direitos de liberdade.

Do ponto de vista da evolução o direito a liberdade é o mais importante dos direitos, pois sem ele não conseguiríamos alcançar outros direitos. Sem liberdade ficamos presos e alienados a pensamentos, idéias que se não fosse a liberdade adquirida teria que ser seguida mesmo contra a vontade dos indivíduos.

Como exemplo temos: direitos civis e políticos como a liberdade de locomoção, de pensamento, inviolabilidade do domicílio, liberdade de religião. Um bom exemplo na história para alcançar a liberdade foi a abolição da escravatura que data de 1888, movimento que garantiu a “igualdade” em tese, a negros que eram obrigados a obedecer ao senhor feudal, por ser o seu dono.

2.2. Segunda Dimensão do Direito

Essa dimensão trata dos direitos sociais, econômicos e culturais já que não basta o direito a liberdade, é necessário ter condições para viver em sociedade.

Após a primeira guerra mundial, o sistema político liberal entrou em crise por adotar uma mínima intervenção do Estado. A sociedade pós-guerra exige uma constituição mais dirigente e que traga normas instituidoras de programas governamentais. Dessa forma, a sociedade passa a exigir do Estado melhores condições, como: direito à saúde, ao trabalho, a assistência social, a educação, liberdade de sindicalização, direito de greve, direito a férias e ao repouso semanal

remunerado. O marco histórico desses direitos está na Constituição Mexicana de 1817 e na Constituição Alemã de Weimar de 1819, as quais trazem no corpo de seu texto direitos sociais, que visam melhores condições na vida em sociedade.

2.3 Terceira Dimensão do Direito

A terceira dimensão do direito trata dos direitos da coletividade. Os direitos anteriormente tratados eram destinados ao homem em quando indivíduo, único, não se preocupando com a coletividade. São estes, direito ao meio ambiente, direito do consumidor, direito a paz, que representam essa terceira dimensão.

2.4 Quarta e Quinta dimensões do Direito

Há doutrinadores que falam em quarta e até mesmo quinta dimensão do direito. Segundo orientação de Norberto Bobbio, a quarta dimensão de direitos decorre dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético. Segundo o mestre italiano: “ ...já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta dimensão, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.

Essas dimensões são muito atuais, e impõem que o homem não seja mais visto como um ente em cada Estado, ele deve ser visto como uma entidade universal. É necessário acompanhar a globalização, a qual une a sociedade e faz dos continentes um bloco único.

A quarta dimensão é representada pelo direito a comunicação, direito a democracia, direito ao pluralismo.

A quinta dimensão tem objeto de estudo o bio-direito, a codificação do DNA e suas conseqüências para a humanidade se usadas de maneira equivocada.

3. Diferença Entre Direitos e Garantias Fundamentais

No artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil encontramos os direitos e deveres como também as garantias fundamentais, apresentados no seu Título II. Um dos primeiros a fazer essa distinção foi Rui Barbosa, quando analisava a Constituição de 1891. Ele as fez da seguinte maneira : separou “as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”⁴.

Dessa forma, os direitos são bens e vantagens prescritos na forma constitucional, enquanto as garantias são instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.

4. Características dos Direitos Fundamentais

Podemos elencar como sendo cinco as principais características dos direitos fundamentais: historicidade, universalidade, relatividade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade.

Os direitos fundamentais são históricos, surgem de acordo com a evolução da história, devido à necessidade da sociedade. São universais, ou seja, valem para todos, todos somos sujeitos de direitos como também de obrigações e por uma questão de razoabilidade temos muitas vezes que tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, para que dessa maneira todos tenham acesso ao direito e assim tornem-se iguais. Como uma das características temos que os direitos fundamentais são relativos, ou seja, nenhum direito é absoluto, muitas vezes um direito se sobrepõe ao outro em busca de proteger um bem jurídico maior. Não há como renunciar a ele, já que é algo inerente a pessoa; existe a possibilidade de ele ficar inerte por algum tempo, ou seja, deixar de usá-lo por um

⁴ BARBOSA, Rui, p. 360

tempo, porém, ele está ali, mesmo que inerte. Não estão sujeitos a prescrição, a qualquer tempo podem ser invocados, já que o decurso do tempo não os prejudica nem os abala.

5. Diretos de Personalidade

A personalidade é algo inerente à pessoa humana, não há como renunciar um direito dessa natureza, já que o classificamos como absolutos, gerais, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, intransmissíveis, indisponíveis, imprescritíveis e ilimitados. O direito a personalidade é *“resguardado a partir do momento que surge o ser humano, pois nesse instante o mundo jurídico já lhe garante proteção mesmo não tendo este adquirido ainda o status de pessoa, o que ocorrerá quando do seu nascimento”*⁵. Eles remontam aspectos que referem-se a identidade, como corpo, imagem, nome.

Direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas. O primeiro deles é o da personalidade em si mesma, que bem se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registro do nascimento de que lhe vem o nome, que é direito de personalidade após o direito de ter o nome, já esse, a seu turno, posteriormente, logicamente, ao direito de personalidade como tal. Pontes de Miranda⁶.

De acordo com Charles Taylor⁷, esses direitos pressupõem algumas condições que são essenciais: autonomia da vontade, alteridade e dignidade.

A autonomia da vontade configura-se no respeito à autonomia moral de que deve gozar toda pessoa humana. A alteridade representa o reconhecimento do ser humano como entidade única e diferenciada de seus pares, que só ganha forma com a existência do outro. A dignidade é uma qualidade derivada, ou seja, pode existir somente se o ser humano for autônomo em suas vontades e se lhe for reconhecida alteridade perante a comunidade em que vive.

⁵ PINHO, Leda de Oliveira, 2005, p, 307

⁶ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, 2000. t. 7, p. 31.

⁷ TAYLOR, Charles - Sources of the Self: the making of the modern identity. Cambridge: Harvard University Press, 1989

Os direitos de personalidade são de extrema importância para que tutelem os valores fundamentais da pessoa, protegendo da evolução desenfreada e garantindo a segurança jurídica dos atos realizados.

6. Dados Genéticos

Em 16 de Outubro de 2004 foi aprovada na Conferência Geral da UNESCO, por unanimidade, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, que tem como objetivo garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em matéria de recolha, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos, em conformidade com os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade. Nesta Conferência é reconhecido que a informação genética é parte do acervo geral dos dados médicos e que o conteúdo de qualquer dado médico, os quais compreendem os dados genéticos e os proteômicos, está intimamente ligado ao contexto e depende das circunstâncias de cada caso, bem como, a informação genética também se encontra presente nas amostras biológicas. A Declaração afirma que os dados genéticos são singulares e por sua vez são dados sensíveis, e definem que os dados genéticos humanos consistem na informação sobre as características hereditárias das pessoas, obtida por análise dos ácidos nucleicos e outras análises científicas.

Os dados genéticos são de extrema importância para que a cura de doenças antigas, mas que até nos dias atuais perturbam a vida dos pesquisadores e estudiosos, seja encontrada facilitando a vida de pessoas condenadas a viver sem perspectivas. O movimento na economia seria estrondoso, mexendo com um país inteiro, gerando empregos e melhores condições de vida na sociedade, já que pode haver o aumento de emprego.

A de se tomar um grande cuidado com os dados genéticos, pois são singulares e pertencem a cada indivíduo, trazendo consigo informações muito preciosas, as quais podem identificar uma pessoa, oferecer informação desconhecida pela pessoa objeto da prova, revelar uma enfermidade genética de

importância futura e incerta. São de caráter pessoal, médicos, sensíveis e singulares.

Ao decifrar a seqüência de DNA o homem deu um grande passo na história, algo que traz uma grande repercussão no mundo da medicina, como também no mundo jurídico, já que toda relação que interfere na vida social deve estar amparada pela legislação vigente, ou pelo menos deveria em se tratando de estar trabalhando com um bem jurídico de suma importância que é a vida. Por um lado tem diversos pontos positivos, por outro vemos inúmeras conseqüências e uma delas é a discriminação genética por parte de terceiros.

Por isso, tem que haver uma das possibilidades na apresentação da informação genética. Uma primária que pode ser apresentada ao público e que não permite a identificação do indivíduo, e uma secundária que identifica plenamente a pessoa e as patologias que afetam ou que podem afetá-la, sendo que esse segundo tipo de informação requer segurança jurídica maior.

A informação genética revela nossa herança e a ligação com nossos parentes e familiares. Ela é uma informação geracional, é transmitida de geração a geração. E se é tomado o conhecimento sobre a família genética as pessoas podem se conhecer melhor.

7. A Intimidade no Direito Brasileiro

O direito a intimidade no nosso sistema legislativo está disposto no rol dos direitos e garantias fundamentais no homem na Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (art.5, X), que tem sua composição em bases históricas, porém não se afastando uma concepção moderna. Possui aplicabilidade imediata, e é uma norma constitucional auto-aplicável. A intimidade é um direito inerente à pessoa, que não é preciso ser conquistado para possuí-lo nem se perde por desconhecê-lo. É uma característica própria do ser humano pelo mero fato de sê-lo.

Deriva da dignidade da pessoa, protege uma necessidade ou um bem básico para a livre autodeterminação individual. A intimidade é inalienável, imprescritível e irrenunciável, sendo que a dignidade humana depende da sua

observância. Ela não pode ser extraída do texto constitucional, pois trata-se de cláusula pétrea, mesmo que por Emenda à Constituição (art 60, par. 4, inciso IV).

Os dados genéticos fazem parte do íntimo do ser humano, sendo que através dessas informações podemos constatar todo seu histórico mais intrínseco, chegando à possibilidade de se detectar a propensão de poder a vir adquirir certas doenças hereditárias devido o histórico genético da família, o que acarretaria numa grande conseqüência na vida das pessoas, já que as empresas poderiam solicitar esse histórico e evitar contratar determinados funcionários por futuros prejuízos que trariam para as empresas. Dessa forma, os médicos são orientados pelo Código de Ética Médica para seguir passos fundamentais para assegurar o direito à intimidade. O paciente possui inteira e inquestionável disposição sobre seus dados médicos e mesmo os genéticos. Não há a possibilidade de divulgação de dados genéticos sem que haja a prévia autorização do paciente.

Podemos encontrar no art. 225, inciso II, da Constituição Federal de 1988 a seguinte proteção disposta pela redação: “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e a manipulação de material genético”. Tal inciso foi regulamentado pela Lei nº 8.974 de 05 de Janeiro de 1995, conhecida como a Lei de Biosegurança, a qual trouxe uma maior segurança a área genética do ponto de vista jurídico, algo fundamental para evitar a insegurança que existia antes desse mecanismo reforçador. A palavra biossegurança é uma designação genérica da segurança das atividades que envolvem organismos vivos (bio = vida + segurança). É uma junção da expressão "segurança biológica", voltada para o controle e a minimização de riscos advindos da exposição, manipulação e uso de organismos vivos que podem causar efeitos adversos ao homem, animais e meio ambiente.

A biotecnologia, embora seja uma ciência ainda jovem, já mostrou seu potencial para melhoria da qualidade de vida do homem. Neste particular, a biotecnologia voltada diretamente para ser humano já deu suas primeiras contribuições, a exemplo da insulina transgênica, produzida por bactérias. O potencial à frente é enorme, passando pela diagnose e cura de doenças fatais, produção de novos medicamentos, redução do custo de produção de medicamentos de grande uso, produção de tecidos e órgãos para transplante, etc.

8.Considerações Finais

Diante do exposto neste trabalho devemos assegurar a dignidade da pessoa humana, o direito a intimidade e preservar no mais particular as questões genéticas criando meios jurídicos de tutelar esses bens, visando o bem jurídico maior que é a vida.

9. Bibliografia

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos de personalidade**. São Paulo: 2005.

FONSECA, Rodrigo Rigamonte. **Os dados genéticos e a proteção à intimidade no direito brasileiro**.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direito da personalidade**. Curitiba : Juruá, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Método, mar.2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 7.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: 2007.

PINHO, Leda de Oliveira, 2005.

TAYLOR, Charles - **Sources of the Self: the making of the modern identity**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.