

DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVOS GENÉTICOS

Luiz Edson Fachin*

*“O tropel dos eventos desmente
verdades estabelecidas
e desmancha o saber.”*

MILTON SANTOS

1 Introdução

A vedação constitucional à discriminação em razão de sexo, idade, cor, raça ou religião, aliada ao princípio da igualdade configuram parcela substancial da proteção jurídica da dignidade humana, fundada no respeito aos atributos pessoais, à liberdade, à integridade e à autonomia corporal. Sustenta aquela vedação a tutela do direito à vida, exigindo garantia universal e igualitária para sua promoção, proteção e recuperação, e obstam qualquer forma de eugenia.

No horizonte dessa principiologia axiológica estão os inalienáveis direitos de ser e de estar em igualdade de condições humanas, éticas e jurídicas, e que implicam a ressalva da diferença; dignidade e igualdade pressupõem diversidade que não se instala artificialmente, e sim eleger respeito, possibilidades e limites.

Já se assentou, em matéria de eugenia, que:

Toda forma de eugenia é potencialmente perigosa. A eugenia gerou a higiene social, o controle médico do casamento, com certificação pré-nupcial, a inseminação artificial mediante fecundação das fêmeas, com ajuda de espermatozoides cientifi-

* Professor Titular na Universidade Federal do Paraná.

camente selecionado. Esse poderia ser considerado um *eugenismo positivo*. Mas a história recente registra um *eugenismo negativo*. Invoque-se a esterilização, a imigração seletiva, o holocausto e a exterminação *suave*.

A responsabilidade de adentrar nessa imensa seara de interrogações, cujas premissas sequer estão ainda estabelecidas por completo, fez desde logo ver seus melindres e sua delicadeza, posto que não é possível manufaturar seres humanos por meio de preciosas informações catalogadas.

Os desafios derivados do mapeamento e do seqüenciamento do genoma humano traduzem novos horizontes para a teoria e a prática do direito:

as formulações jurídicas contemporâneas, que têm por finalidade regular relações decorrentes da aplicação da biotecnologia, ainda não constituem um novo modelo jurídico, mas sugerem uma severa revisão principiológica do Direito vigente. A revisão crítica das categorias e conceitos jurídicos com vistas à readequação dos instrumentos jurídicos e sua possível superação se inserem nesse movimento teórico. A par disso, o sentido e alcance dessas novas fórmulas jurídicas dependem de opções éticas e políticas que a sociedade ocidental toma diante dos avanços da ciência, em sua relação com o apelo do mercado.

O tema e seus problemas deixam o investigador contemporâneo atônito. Não obstante, ultrapassado o primeiro momento de atordoamento, alinharei míseros trocados de saber disponível, para refazer a inquietude num *leitmotiv* detonador de questionamentos e de imagens sob interrogação.

O convite foi suficiente para observar que, na paisagem intelectual do momento, o assunto em tela assemelha-se a um fulgurante e suspeito incêndio para o qual muitos se dirigem, uns como bombeiros, outros nem tanto. Por isso mesmo, entre hesitações e o balbuciar de algumas reflexões que se espera sejam aptas para propiciar o debate, seguem tímidas e precárias formulações, as quais são simples mais por escrúpulos e menos por imprudência.

O tema em debate traduz sonhos e pesadelos, pois como afirmou Vicente Barretto (1999, p. 53-75) “o homem contemporâneo interroga-se de forma crescente sobre as dimensões, as repercussões e as perspectivas das novas descobertas científicas e de suas aplicações tecnológicas”, daí emergindo um renovado desafio: “a formulação de uma nova categoria de direitos humanos – a dos direitos do ser humano no campo da biologia e da genética”, [isto é:] “a possibilidade da universalização de direitos morais, fundados em uma concepção ética do Direito e do Estado, vale dizer, uma ordem normativa construída através do diálogo racional entre pessoas livres”.

É nesse estado de saberes transitórios que o debate coloca em seu núcleo a bioética e o biodireito, bem como tanto a necessidade da contextualização histórica e socioeconômica da biotecnologia quanto a importância de perguntar a *que* e a *quem* serve. O aparente caos bem se organiza e o acaso frutifica num lógico planejamento.

2 Pessoas e coisas

O mapeamento e a seqüenciação, compreendendo, de um lado, uma espécie de mapa físico da localização dos genes nos 23 pares de cromossomos, e de outro, o conhecimento da seqüência dos elementos que compõem os genes, traduzem uma tentação que pode redundar, mediante o armazenamento sistemático, em procedimento apto a “violar facilmente os direitos fundamentais dos cidadãos ou servir propósitos meramente discriminatórios”.

Mediante uma formulação ímpar, a professora M. T. Meulders-Klein (1994), ao lembrar que do suposto paraíso nosso primeiro ancestral foi expulso por provar a fruta proibida da árvore da ciência e do saber, indica as lógicas fundamentais que, afastando aquela suposta neutralidade, podem estar governando essa mudança fenomenal da vida e de suas condições de reprodução: de um lado, a lógica do conhecimento e do poder, à qual está seguramente associada a lógica do lucro; de outra parte, a lógica do desejo e da livre busca da felicidade, e ligando essas duas ordens está, em sua visibilidade exterior, a lógica da utilidade.

Não por acaso, a ética, ao se propor como ciência de valores, não se mostra apartada da história, da política e das contingências, pois sob esse prisma, como lembra Catherine Darbo-Peschanski (1992, p. 35-56), desde Aristóteles, na *Ética a Nicômano*, a ética pode não dar mais que um conhecimento aproximado do justo.

A apreensão jurídica como limite normativo não pode descurar o fato de que “os progressos biomédicos, os quais sempre colocam dilemas inéditos defronte à moral, podem também contribuir para resolvê-los”, suscitando-se um presente recheado de interrogações que:

fazem emergir duas dificuldades, que se constituem também dois desafios. A primeira está em assumir, diante de fatos que possam desconcertar as nossas idéias precedentes, uma peculiar atitude mental, que seja o menos possível dominada pela moda, pelas pressões e preconceitos. A segunda está no tornar a procurar orientações comuns, em respeito à diversidade de opiniões e considerando a necessidade da coexistência de comportamentos práticos diferentes, que possam todavia constituir a base de um comum sentir, de um comum fazer e de regras comumente aceitas.

O diálogo que repudie discriminações injustificáveis e se abre entre o direito e a engenharia genética não apresenta, ainda, resultados satisfatórios, especialmente ausentes de visões tradicionais e compartimentadas:

Os contrastes entre direito e ciência são às vezes descritos em termos de binômios: a ciência busca a verdade, enquanto a lei visa à justiça; a ciência é descritiva e o direito, prescritivo; a ciência dá ênfase ao progresso e o direito pode ser considerado conservador. Essa caracterização estabelece a percepção de que a investigação legal é sempre associada a uma visão particular de prestação de justiça à sociedade.

Há outras diferenças substantivas entre o pensamento científico e o pensamento legal. A comparação entre ciência e lei consagra o compromisso exclusivo da ciência com a verificação sistemática da validade de suas observações e a capacidade de submeter suas conclusões à avaliação empírica. A ciência, como entendida convencionalmente, preocupa-se em alcançar os fatos corretos, ao menos dentro do alcance permitido por determinado paradigma ou tradição de pesquisa. O direito também busca estabelecer corretamente os fatos, mas de maneira preliminar e acessória a seu objetivo essencial de resolução justa e eficiente de conflito.

Rechaçando essa lógica vertida no modismo apressado das dicotomias, e aprofundado o debate não circunstancial e passageiro, reúnem-se hoje militantes da realidade, todos aqueles que estão tomados por uma densa inquietude, os mesmos que todos os dias, entre a angústia e a esperança, celebram um certo fim e, ao mesmo tempo, uma espécie de eterno recomeço.

A dimensão jurídica que os limites podem assumir não afronta as possibilidades da investigação científica; na tensão entre esses dois vetores, impende ressaltar que “como decorrência dum ‘estatuto da dignidade’, a manipulação genética não está submetida ao só interesse da ciência. Aqui, só são válidos os critérios éticos, de aceitação generalizada, em benefício de todos os homens (inclusive o circunstancialmente manipulado). Daí a inadmissibilidade da manipulação para, por exemplo, criar seres mais fortes, clones ou híbridos”.

A reificação (“coisificação”) e a apropriação de elementos do corpo humano tornam urgente a adoção de uma principiologia axiológica fundada na dignidade da pessoa humana, cujo respeito “visa a impedir que os indivíduos sejam reduzidos a suas características genéticas nas pesquisas científicas. A singularidade e a diversidade do genoma humano devem ser respeitadas em sua totalidade”.

As coisas podem ser classificadas aprioristicamente sob gênero e espécie; as pessoas existem e pré-determinam os juízos e conceitos. Não se trata de um surto da razão iluminista para dar significado à falta de sentido. Cogita-se, isso sim, da “repersonalização” do sistema jurídico, sem o voluntarismo individualista, abstrato e generalizante.

Oscilamos entre dois compromissos pouco sutis: o da lógica da liberdade individual e o da utilidade exterior, esta marcada pelo avanço na área da medicina, na pesquisa, na competição laboratorial internacional, nos interesses econômicos das empresas de saúde e assim por diante.

3 Tecnociência e genética

Para tentar arrostar esse desafio, impende trazer ao palco o desenvolvimento da tecnociência nas elucidações genéticas.

Dúvida não há da relevância da pesquisa genética para identificar riscos de certas enfermidades ou para administrar tratamentos precoces em diagnósticos do pré-natal, por exemplo. A questão está no limite que esse campo pode representar, de algum modo, forma de eugenia.

O avanço científico é inegável; do exame serológico tradicional adveio a prova por teste em DNA, o qual “tornou obsoletos todos os métodos científicos até então empregados para estabelecer a filiação”. Aqui não se coloca em questão o frutífero desenvolvimento da tecnologia, saudado por Gustavo Tepedino (1999, p. 389-426) como “extraordinária descoberta da metodologia de impressões digitais de DNA (ácido desoxirribonucléico)”.

O *dado genético* se expressa em diversas metodologias de testes em DNA. Nas relações familiares, o pai tem tal qualidade posta previamente definida. A revelação dos dados genéticos trouxe enormes benefícios para as ações de estado. O fim do pai anônimo foi decretado pelo progresso da ciência médica. O que foi anunciado, porém, estava aquém da promessa. Ascendência e paternidade não se confundem. Sem embargo, longo e interessante caminho foi percorrido.

Em verdade, resta agora mais evidenciado que a tecnologia em DNA se propõe a fixar a designada “impressão digital molecular”. A doutrina já reconheceu essa evolução, particularmente na genética e na biologia molecular.

4 Discriminação e contexto histórico

Tal percurso tem o selo histórico, datado que está no tempo e no espaço. *Place counts*, como se infere da expressão anglo-saxônica. Há um lugar, um contexto e uma história que têm relevância. Indaga-se, pois, do conceito histórico da discriminação. Nesse sentido, a palavra do professor e sociólogo José de Souza Martins (1994) se mostra legitimada a revelar os paradoxos discriminatórios da sociedade brasileira que teve seu processo histórico sob freio, tendo, a propósito, que vivemos a “persistência do passado”, vale dizer, “o passado que se esconde, e às vezes se esconde mal, por trás das aparências do moderno”.

Expor o corpo e o sujeito até o limite desvela a vitrine consumista que reduz quase tudo e a todos a objeto de circulação: “Uma sociedade tangida pelo factóide e pelo espetacular se caracteriza por despudorada exibição de suas entranhas, com exorbitante divulgação de intimidades”.

E para isso, na tentativa de encontrar resposta àquela pergunta, é possível apontar, como o fez Boaventura Sousa Santos (1996), a superficialização do modo de pensar e das condições de existência, fruto da sociedade de consumo e da cultura de massas; além disso, a intensificação da globalização da economia das interações transnacionais não deixa de enquadrar a biotecnologia, seus *royalties* e seus recursos industriais, como aqueles derivados dos efeitos da inventividade científica em DNA, na dimensão amesquinhada do ser, vale dizer, no *homo economicus*.

A eleição dos “dotados” em grau melhor, ou a exclusão dos “malformados”, sugere o controle que remete a uma suposta “qualidade” das raças, sendo a seleção de embriões um exemplo de “una nueva vía para la selección *a priori* de los hijos que modifica radicalmente la viabilidad y la eficacia de la eugenesia médica”.

Não se pode negar o eco dos que apontam a apropriação nítida, nesse campo, pela lógica das relações de mercado.

Trata-se, então, de pensar os avanços da engenharia genética e a entender como a cidadania e as Nações podem ser reduzidas à noção de mercado. Com efeito, a questão não é apenas jurídica, ética ou moral, ela é profundamente política e econômica, fincada no que se designa de nova ordem global. Por tal razão, parece-nos que devemos estar atentos porque podemos estar debatendo o que, a rigor, vem docemente embalado pela “ordem global que busca impor, a todos os lugares, uma única racionalidade”.

Teria razão o que fez soar como aviso, ao dizer, em Portugal, o professor Guilherme de Oliveira (1999): “Os novos métodos de reprodução humana assistida são apenas, e afinal, as novas mandrágoras, para satisfazer os mesmos velhos anseios que suscitam eternas angústias”.

A resposta negativa recoloca o sentido e o lugar do jurídico. Descobre-se, então, que a esfera jurídica é vital no debate da bioética, e que a discussão sobre a crise de valores passa pelo jurídico, e por isso mesmo o direito não pode ser uma evidência ao qual devemos nos adaptar ou nos acostumar.

A busca de respostas não se resume na edição de leis. Almeja-se, ainda mais, que não seja esse o fim da jornada e sim o incessante reconstruir do direito e o papel do sujeito.

5 Conclusão

Esse enfrentamento requer, isso sim, enfoques plurais, eis que será encontrado na interdisciplinariedade o terreno mais apto para compreender as *décalages* entre direito, ética e biotecnologia. Isso tudo para que no corpo do direito não ingresse tão simplesmente um novo estatuto do corpo humano a título de objeto de mercancia suscetível de trânsito na arena jurídica.

É o tempo presente, clamando por ousadia, audácia e firmeza que não pode desafinar diante da voracidade econômica que torna cidadãos apenas consumidores. Nesse momento, porque somos sujeitos de direito e não objeto de crédito, cabe rejeitar, no máximo das forças, na advocacia, no magistério, na magistratura e em todas as funções, a bestificação da vida, a “reificação” de todos e a propaganda subliminar de que a história acabou e só nos resta conformar com isso que aí está.

Retomando reflexões anteriores e apontando mais para perplexidade e menos para soluções simplórias, talvez isso nos leve a entender melhor os novos

artefatos da mercantilização e as supostas novas utopias, cientes de que não há neutralidade na ética nem na biotecnologia. Os novos paradigmas civilizatórios não se devem converter em espaços de uma barbárie pós-moderna. Um Estado Democrático de Direito e uma sociedade com mínimo de justiça econômica reconstroem a dignidade humana e a igualdade no cenário da ciência e do desenvolvimento tecnológico.

Trabalhar com as possibilidades sem aferrar-se ao pretérito ultrapassado nem ao presente que se quer estável numa era da incerteza: eis o desafio que reúne cidadania e ética. Os limites podem estar na dignidade do ser humano e nas condições materiais da igualdade substancial. Para encontrá-los não se deve temer o futuro nem o debate universal em todas as arenas sociais.

A ata do presente será assinada pelo amanhã que já se vai constituindo sob o sonoro silêncio daqueles que ainda não foram chamados à colação. O porvir registrará nossas ações e omissões.

Referências

- ALMEIDA, Maria de Lourdes Rachid Vaz de. O DNA e a prova na ação de investigação de paternidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo. *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Ed. RT, 1996. v. 3. p. 128-148.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, a.91, v. 797, p. 11-26, mar. 2002.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Direito ao corpo e doação de gametas. In: RIOS, André Rangel et alii. *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999. p. 41-52.
- BARRETTO, Vicente. Problemas e perspectivas da bioética. In: RIOS, André Rangel et alii. *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999. p. 53-75.
- BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Trad. de Isabel Regina Augusto. Brasília: UnB, 1996.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Os dilemas do avanço biotecnológico e a função do bio-direito*, p. 1-15. (trabalho inédito.)
- DERBO-PESCHANSKI, Catherine. Humanidade e justiça na historiografia grega. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 35-56.
- DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997.
- DIAFÉRIA, Adriana. Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesses difusos. In: CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste. *Limite: a ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: Fiocruz, dez. 2000. p. 167-184.

- FERRAZ, Sergio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- GEDIEL, José Antônio Peres. Declaração universal do genoma humano e direitos humanos: revisão crítica dos instrumentos jurídicos. In: CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste. *Limite: a ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: Fiocruz, dez. 2000. p. 159-166.
- . Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 57-86.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Europa-América, 1997.
- LENTI, Leonardo. *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*. Padova: Cedam, 1993.
- LIMA NETO, Francisco Vieira. Clonagem e biotecnologia: alguns aspectos jurídicos, políticos e econômicos. In: _____ (Org.). *Estudos jurídicos: homenagem aos 67 anos do curso de direito da Ufes*. Vitória: Edufes, 1997. p. 86-99.
- . *Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética em busca de um paradigma bioético no direito civil*. São Paulo: Leud, 1997.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n.1, p. 67-78, abr.-jun. 1999.
- LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal-Brasil ano 2000: Tema Direito*, 1999, p. 263-390.
- MADALENO, Rolf. A sacralização da presunção na investigação de paternidade. *Síntese Jornal*, Porto Alegre, a.3, n.29, p. 10-18, jul. 1999.
- MARTINS, António Carvalho. *Bioética e diagnóstico pré-natal: aspectos jurídicos*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.
- MARTINS, José de Souza. *O poder do atraso: ensaios de sociologia da história lenta*. São Paulo: Hucitec, 1994.
- MEULDERS-KLEIN, M. T. *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: LGDJ, 1994.
- NALINI, José Renato. O juiz e a proteção da privacidade genética. *Revista Academia Paulista de Magistrados*, São Paulo, n.1, p. 27-34, dez. 2001.
- NEIRINK, Claire (Dir.). *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: LGDJ, 1994.
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999.
- PENA, Sérgio Danilo J. Engenharia genética – DNA: a testemunha mais confiável em determinação de paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 343-352. (Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família.)
- SANTOS, Boaventura Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade* 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.
- SANTOS, Joel Rufino dos. A bioética e o Brasil. In: RIOS, André Rangel et al. *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999. p. 127-163.

- SCHOLZE, Simone H. C. Política de patentes em face da pesquisa em saúde humana: desafios e perspectivas no Brasil. In: PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Márcio Iório (Org.). *Política de patentes em saúde humana*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 31-69.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 389-426.
- TESTARD, Jacques. La eugenesia médica: una cuestión de actualidad. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.8, p. 21-27, ene.-jun. 1998.
- VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

