

O HOMEM ENTRE O AVANÇO BIOTECNOLÓGICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE MAN BETWEEN THE BIOTECHNOLOGICAL ADVANCE AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS

Julie Katlyn Antunes Schramm¹

Resumo: As relações entre direito e tecnologia principalmente quando o humano se torna objeto de pesquisa e investigação, resultam em grande preocupação quanto à segurança jurídica, devendo o Estado assumir o papel de garantidor dos direitos fundamentais dando-lhe nova estrutura. Com a evolução da biotecnologia o humano se vê cercado por seus próprios interesses, tendo em vista que enquanto representante estatal pretende investigar e obter maior controle da sociedade, enquanto pesquisador objetiva avançar os conhecimentos científicos sobre si mesmo e como ser humano é dotado de direitos e garantias fundamentais. Busca-se analisar qual a ideia de justiça diante dos interesses envolvendo a informação genética, e qual a escolha racional para a possibilidade de conflito ou sopesamento jurídico. As informações genéticas nem sempre serão capazes de trazer benefícios aos seres humanos, pois os dados ao serem digitalizados podem acarretar uma série de ameaças a pessoa humana. Desta forma, a pesquisa centraliza-se em avaliar os limites constitucionais e parâmetros de proteção no ordenamento jurídico brasileiro que possam garantir a intimidade genética como um direito fundamental. O método de abordagem do tema foi o dedutivo e o método de interpretação foi o sistêmico.

Palavras-chave: Biotecnologia. Direitos fundamentais. Dados genéticos

Abstract: The relationship between law and technology, especially when the human becomes the object of research and investigation, results in great concern regarding legal certainty, and the State should assume the role of guarantor of fundamental rights giving it a new structure. With the evolution of biotechnology, the

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia junto ao Centro Universitário Autônomo do Brasil, Unibrasil. Pós-graduação em Direito Penal pela Faculdade Damásio Educacional, Damásio. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR.

human being is surrounded by his own interests, considering that as a state representative intends to investigate and gain greater control of society, while a researcher aims to advance scientific knowledge about himself and how human being is endowed with rights and fundamental guarantees. We seek to analyze what is the idea of justice in the interests of genetic information, and what is the rational choice for the possibility of conflict or legal thinking. Genetic information will not always be able to bring benefits to humans, as data being digitized can pose a number of threats to the human person. Thus, the research focuses on evaluating the constitutional limits and protection parameters in the Brazilian legal system that can guarantee genetic intimacy as a fundamental right. The method of approaching the theme was deductive and the method of interpretation was systemic.

Keywords: Biotechnology. Fundamental rights. Genetic data.

1. Introdução

O corpo humano digitalizado revela uma fase de tensão no Direito, pois envolvendo direitos humanos e fundamentais, acaba se tornando objeto de pesquisa e investigação, não sendo apenas o Estado interessado nas informações genéticas que derivam da pessoa-fonte. Os dados genéticos são de extrema importância para pesquisa científicas, investigação e controle do Estado, além das empresas privadas que pretendem comercializar estas informações, por esse motivo a manipulação genética apesar de ser um avanço na medicina tornou-se uma grande preocupação para o Direito.

Buscar-se-á no primeiro momento investigar o auxílio que os biobancos podem fornecer à investigação criminal, devido as informações genéticas serem capazes de individualizar a pessoa humana. Na tentativa de analisar até que ponto a intervenção estatal pode agir para buscar a verdade real em uma investigação criminal, será avaliada a previsão de obrigação na extração do material genético para compor o banco de dados, uma vez que com o avanço tecnológico o vazamento destas informações pode gerar graves danos às pessoas, cuja intimidade genética deve ser preservada.

Outrossim, serão demonstrados os direitos fundamentais envolvidos na manipulação genética em geral, principalmente pela coercitividade e intervenção

estatal sobre o fornecimento obrigatório de material biológico. Desta forma, analisando o direito de punir do Estado e os direitos fundamentais da pessoa humana, quando o objeto de pesquisa e investigação é o humano digitalizado recorrer-se-á pela busca a ideia de justiça e escolha racional dentro de uma pluralidade de razões.

Com a pesquisa envolvendo direito e tecnologia, verificar-se-á características, objetivo e o âmbito de proteção da Lei Geral de Proteção de dados, também a Proposta de Emenda à Constituição nº 17 de 2019, pois ambas tratam sobre os dados pessoais, sendo que o segundo dispositivo pretende a inclusão destes dados como um direito fundamental.

Por último, doravante o suporte fático na aplicação do direito constitucional, pois a tecnologia não era tema a ser discutido na Constituição da República Federativa do Brasil, na época em que fora promulgada. Indagando-se no tocante à intervenção estatal, a proteção à intimidade genética e a privacidade de informações genéticas, sendo que a pesquisa neste tópico consistirá em verificar se são protegidos por norma e garantidas como direitos fundamentais e se há legislação que ofereça a segurança jurídica necessária.

2. Banco de dados genéticos como auxílio à investigação criminal versus direito à privacidade, dignidade da pessoa humana e consentimento para extração do DNA

As bases de dados genéticos podem ter elevada eficácia na investigação criminal, por ser o meio de prova que pode alcançar o mais próximo da autoria de um crime, sendo o DNA (ácido desoxirribonucleico) primordial na identificação humana. Contudo, estas características podem se revelar normais e/ou patológicas² e desta forma, o humano digitalizado juntamente com sua comunidade torna-se objeto de estudo e de controle do Governo, além das empresas privadas e comerciais, tais como farmácias, empresas de seguro de vida ou planos de saúde, que são interessadas na obtenção destas informações genéticas, o que pode resultar em uma ameaça aos direitos de personalidade e à dignidade da pessoa humana.

² Zatz, Mayana. "Projeto genoma humano e ética". Revista São Paulo em Perspectiva, v. 14, n. 3, 2000, São Paulo SP, Fundação Seade. pp. 47-52.

O banco de dados genéticos é utilizado como fonte na elucidação de crimes desde a década de 1980, quando a análise do DNA se tornou uma técnica precisa de identificação humana na investigação criminal, sendo que no Brasil a técnica é utilizada desde os anos 2000 para comparação de material genético.³

No ano de 2012 a Lei 12.654 inseriu a obrigatoriedade da coleta de material genético em condenados por crimes dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa, bem como por crimes hediondos previstos na Lei 8.072/90. A obrigatoriedade da coleta do material biológico gerou discussão no meio jurídico, de tal forma que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral sobre o tema, conforme o julgamento do Recurso Extraordinário RE 973837/MG, diante da possível violação dos direitos de personalidade e direito de não autoincriminação.

Mesmo diante da repercussão e possibilidade da violação aos direitos fundamentais em um grupo seletivo de condenados a fornecerem de maneira obrigatória o seu DNA, o atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, apresentou um pacote anticrimes para aprovação, e neste projeto há previsão da ampliação do banco de perfis genéticos (Projeto de Lei 882/2019). Contudo, uma das propostas do projeto de lei é de que todos os condenados por crimes praticados com dolo sejam, obrigatoriamente, submetidos à extração do DNA mesmo antes do trânsito em julgado, e essa determinação atingirá aqueles que já estão cumprindo pena, sendo que havendo a recusa constituirá em falta grave. Desta forma, o Projeto de Lei impõe a coleta de material genético sem o consentimento da pessoa-fonte.

Conforme o artigo 18, inciso I do Código Penal, crime doloso ocorre quando há o elemento volitivo representado pela vontade do agente ou quando ele assumiu o risco em produzir o resultado, ao passo que o crime culposos deve ser composto por negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, todo crime é considerado doloso, pois a infração penal de natureza culposa somente é considerada quando expressamente prevista em lei.⁴

Por estas razões, ao buscar respostas na Constituição da República Federativa e ordenamento jurídico brasileiro quanto ao consentimento para coleta de material genético, nota-se que não há tal previsão, contudo no artigo 5º, §2º da CF/88

³ Camelo Viana Lopes, Érica. Duarte Costa, Vanessa. da Silva Sena Barcelos, Rejane, "Banco de Dados de DNA na Área Forense – Uma Realidade Brasileira", *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*. V.2, n.4, 2013, Ribeirão Preto SP, Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos. pp. 353-364.

⁴ Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I* – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017

consta a inclusão de outros direitos e garantias “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Sendo assim, no Direito Internacional pôde-se encontrar um respaldo não observado por tal Projeto de Lei, o que também vale dizer que não foi observado pela Lei 12.654/12 que já prevê a obrigatoriedade do fornecimento do material genético de um grupo seletivo de condenados.

No âmbito internacional, mais precisamente, chama-se a atenção para três declarações, quais sejam, Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos e, por último a Declaração Universal da Bioética e Direitos Humanos, justamente porque estas declarações afirmam que para a manipulação do material genético deve haver respeito à dignidade da pessoa humana e principalmente o consentimento da pessoa-fonte.

É certo afirmar que a digitalização do humano, permite-se chegar a inúmeras informações genéticas, tratando-se da intimidade do indivíduo e, devendo ser amparado pelos direitos e personalidade.⁵ Certamente as informações que derivam do material biológico são de extrema importância para as pesquisas e estudos sobre epidemiologias e farmacogenética ou farmacogenômica, bem como a busca sobre os genomas e o meio em que as pessoas habitam, servindo a base de dados como um “repositório material” para futuras pesquisas.⁶

Assim, indaga-se a veracidade do objetivo real na coleta do DNA quando o Estado quer implantar um banco de dados para a população brasileira, primeiramente restringindo o número de condenados considerados “perigosos”, e em outro momento o Estado quer ampliar esse banco de dados classificando todos os condenados por crimes dolosos ao fornecimento do material biológico. Ou seja, primeiro classificou os mais perigosos condenados e agora quer atingir forçosamente todos os condenados, mas quanto a estes últimos não há necessidade do trânsito em julgado. Assim, é possível observar que o objetivo estatal é a completude do banco de dados genéticos ampliando-o a todos os criminosos.

Apesar da grande contribuição dos bancos de perfis genéticos para a eficácia na resolução de crimes, não é só o Estado o interessado pela biotecnologia e di-

⁵ Espíndola Correa, Adriana. O corpo digitalizado. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P. 216

⁶ Idem. P. 78-79

gitalização do corpo humano, existem empresas com grande interesse nas informações genéticas, para sua comercialização, devendo haver um cuidado ainda maior e o sigilo destas informações. Então, de maneira coercitiva e com o objetivo de exercer o seu direito de punir, o Estado ao mesmo tempo tem maior controle da população dentro das características genéticas de diferentes grupos da sociedade, por isso indaga-se quanto ao real objetivo diante da coerção para obtenção do DNA dos condenados e ampliação do banco de dados genéticos.

Em outros países como o Japão, por exemplo, o banco de dados tem a variedade da “pesquisa da variação genética da população japonesa”, como uma forma de ampliar os estudos na medicina, sendo os dados facilmente acessíveis através da internet, da mesma forma foi realizado na Islândia, Reino Unido, Inglaterra entre outros.⁷ Nestes países a utilidade das bases de dados é descrita pelos governantes como objeto de pesquisas com a proposta de que resultará em medicamentos aprimorados, e descobertas de mutações genéticas.

As informações genéticas podem trazer revelações sobre a saúde do indivíduo que forneceu o DNA e também informações hereditárias, podendo revelar doenças existentes ou futuras que a pessoa humana poderá desenvolver, por isso deve haver a tutela jurisdicional do direito à intimidade genética, pois uma vez lançados estes dados na internet as pessoas ficarão expostas e sua privacidade ficará ameaçada.

A professora Adriana Espíndola Correa, em seu livro “O Corpo Digitalizado” explica que os dados resultantes do Projeto Genoma Humano estão disponibilizados no GenBank, sendo o seu acesso livre e gratuito⁸, e já na página inicial deste site a explicação é de que os dados são trocados diariamente pelas organizações “Data-Bank do Japão (DDBJ), o European Nucleotide Archive (ENA) e o GenBank no NCBI”⁹, porém a explicação é também a de que a organização pressupõe o consentimento dos indivíduos que enviaram suas sequências de DNA. Então caminhamos para o primeiro ponto preciso desta pesquisa, qual seja, o consentimento no fornecimento do DNA para disponibilização nos biobancos e a obrigatoriedade prevista em lei e no Projeto de Lei 882/2019.

⁷ Idem. P. 81-84

⁸ Idem. P. 80

⁹ NCBI. GenBank. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/genbank/>> Acesso em 09 de agosto de 2019.

O Estado está se mostrando demasiadamente interessado no seu direito de punir, não demonstrando atenção aos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana e previstos na Constituição. Embora o DNA seja um dos meios de prova determinantes na autoria de crimes, este fornecimento obrigatório do material biológico previsto na Lei de Execução Penal, e ainda se estendendo a todos os condenados por crimes dolosos, como dispõe o projeto de lei em comento, ofende a dignidade da pessoa humana, primeiro porque classifica determinado grupo de pessoas sugerindo que estas podem voltar a delinquir, segundo porque a lei é clara em não se importar com o consentimento da pessoa determinando de imediato o seu submetimento à extração do DNA.

Por esse motivo adentramos no segundo ponto desta pesquisa investigando qual seria a escolha racional que o Estado deveria fazer para que se possam eliminar as injustiças, pois temos por esta análise dois vieses, a ampliação do banco de dados genéticos para auxiliar na investigação criminal sustentando o direito de punir do Estado ou a preservação do direito à intimidade genética do indivíduo reservando assim ao seu consentimento para coleta de material biológico. O direito de punir do Estado está insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo o princípio da legalidade a sustentação no âmbito criminal.¹⁰ Há, portanto, um conflito entre direitos fundamentais.

As instituições estatais devem buscar a justiça e o equilíbrio na sociedade para o seu desenvolvimento e não forçar os indivíduos a se submeterem aos objetivos do Estado sem prover os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Rawls afirma que a busca da justiça deve se entrelaçar e derivar da ideia de equidade, para tanto em sua “teoria da justiça como equidade” adota-se a posição original para haver imparcialidade, não sabendo ao certo qual será a posição dentro da sociedade, e os representantes ao utilizar o véu da ignorância não poderão se valer de suas ambições e do próprio benefício, pois haverá uma ignorância sobre seus interesses pessoais¹¹. Assim, para que o Estado possa exercer o seu direito de punir utilizando-se da biotecnologia, digitalizando assim o humano, deve atentar-se ao fato de que está lidando com pessoas, pois “a informação genética empurra ao limite a diluição

¹⁰ de Souza Nucci, Guilherme. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2014.

¹¹ Sen, Amartya. A ideia de Justiça. São Paulo. Companhia das letras, 2011. p. 84-85

das fronteiras entre pessoa e coisa, entre o privado e público, entre particular e coletivo, entre indivíduo e espécie”.¹²

É altamente perceptível que há uma pluralidade de razões envolvendo a informação genética como objeto de pesquisa ou de investigação criminal e controle do Estado, pois o DNA como fonte de pesquisa tanto para pesquisadores científicos quanto para indústrias farmacêuticas objetiva exercer a liberdade de pesquisa científica, já o Estado justifica que o DNA é fonte para investigação criminal utilizando-se da argumentação pública para tal fim, exercendo assim o seu direito de punir através do princípio da legalidade. Pode-se notar então que em ambos os casos se utiliza a tecnologia baseada na biologia onde o corpo humano é alvo de estudos e investigação. A obrigatoriedade no fornecimento do material biológico demonstra, portanto, o conflito dos direitos fundamentais do Estado e do indivíduo diante do desenvolvimento tecnológico e biotecnológico.

3. O avanço tecnológico e a ameaça aos direitos fundamentais

Nesta abordagem, notou-se que o choque entre direitos fundamentais se deu através da evolução tecnológica com o uso da biologia, o homem possui direitos fundamentais expressos na Carta Maior, e utilizou da pesquisa científica e meios tecnológicos para estudar o corpo humano e informações genéticas. A pesquisa científica através do DNA trouxe inúmeras contribuições e descobertas de doenças resultando no avanço para a medicina, mas não só é possível trazer benefícios para a pessoa humana, incorre o risco de ameaçar seus direitos humanos e fundamentais.¹³

Desta forma com o avanço e uso da biotecnologia, buscou-se dentro do sistema jurídico brasileiro meios eficazes para o uso correto dos dados genéticos. O resultado da pesquisa na legislação sobre direito e tecnologia nos leva até a Lei 13.709/18 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais que alterou a lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) e entrará em vigor no ano de 2020.

¹² Espíndola Correa, Adriana. O corpo digitalizado. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p.12

¹³ Wolfgang Sarlet, Ingo. Rodrigues Petterle, Selma, “Liberdade de pesquisa como direito humano e fundamental e seus limites: a pesquisa com seres humanos e os parâmetros protetivos estabelecidos pelo direito internacional e sua recepção no Brasil”, Revista Espaço Jurídico, v. 15 n.1, 2014, Chapecó SC, Universidade do Oeste de Santa Catarina. pp.13-38.

Ao analisar a LGPD, pode-se vislumbrar que a lei estabelece um conjunto de regras que se aplicam aos dados pessoais estabelecendo limites para sua utilização seja pelo setor privado ou o setor público, trata de dados disponibilizados na internet e traz a tutela dos dados pessoais neste âmbito. Os dados pessoais são qualquer informação que se referem à uma pessoa, não são categorizados, desta forma qualquer dado pessoal pode ser protegido perante a lei, seja um dado cadastral, dados de saúde, ou dados de localização, contudo no que tange aos dados genéticos a lei os trata como dados sensíveis.

Os dados sensíveis são dados pessoais sobre a “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” e estão dispostos no artigo 5º, inciso II da referida lei. A LGPD também prevê que para o acesso aos dados sensíveis deve haver consentimento do titular ou o responsável legal. Insta ressaltar, que qualquer dado que seja associado à pessoa humana é passível de proteção, no entanto estar protegido não quer dizer mantê-lo privado, ou secreto, ou dar uma possibilidade de disposição total do que pode ser feito com estes dados, há dados pessoais que podem ser utilizados por força de lei, como é o caso dos dados genéticos para investigação criminal, mas nem por isso deixam de ser dados pessoais.

Neste ano de 2019 foi proposta uma Emenda à Constituição, PEC 17/2019, que objetiva inserir no artigo 5º da Constituição Federal complementando o inciso XII pela inclusão da proteção e tratamento de dados pessoais nos direitos fundamentais. Além disso, a PEC17/2019 também objetiva a inclusão da proteção de dados como uma das competências privativas da União para legislação, no artigo 22 da Constituição Federal.

Podemos ver que o mais próximo de os dados genéticos terem proteção constitucional está na Proposta de Emenda à Constituição, mas não como dado genético a ser expressamente protegido e sim embutido nos dados pessoais sendo considerado um dado sensível pela lei de proteção de dados, não havendo, desta forma, um suporte fático como aplicação no direito constitucional que seja capaz de estruturar e impor limites e restrições à manipulação genética, nem para a pesquisa científica, tampouco para a investigação criminal.

4. Privacidade e Intimidade genética do humano digitalizado sob a ótica do suporte fático

No tocante a liberdade de pesquisa científica e intervenção estatal para investigação criminal através do uso de informações genéticas digitalizadas, a pesquisa consistiu em verificar se a intimidade genética e a privacidade de informações genéticas são protegidas por norma e garantidas como direitos fundamentais, e ainda se há legislação que ofereça a segurança jurídica necessária para estes dados. Desta forma, foi preciso analisar os direitos fundamentais e a aplicação do suporte fático no direito constitucional.

A Constituição de 1988 fará 31 anos em 05 de outubro de 2019, por esse motivo, vale ressaltar que a época em que fora elaborada e promulgada, a privacidade e intimidade genética não eram ameaçadas pelo avanço tecnológico como ocorre nos dias de hoje¹⁴. Por tal motivo, a Constituição Federal não foi capaz de prever expressamente as informações genéticas e dar um suporte, que neste caso, o suporte fático.

Suporte fático concreto é realização dos elementos dispostos na norma jurídica em abstrato, para a realização desta previsão há uma determinada consequência jurídica.¹⁵ Os dados genéticos como objeto de estudo e investigação resultam na colisão entre direitos fundamentais, e para avaliar a colisão ou sopesamento destes direitos deve-se analisar o suporte fático, verificando os seus componentes e fundamentação, assim “o preenchimento do suporte fático de uma norma é condição para que sua consequência jurídica possa ocorrer”.¹⁶

O âmbito de proteção dos direitos fundamentais são apenas uma parte do suporte fático, contudo para sua caracterização e configuração, é preciso a outra parte, qual seja a proteção contra a intervenção estatal. Para Alexy e Borawski o suporte fático é a soma do âmbito de proteção e intervenção estatal, de maneira que se a ação estatal não for devidamente fundamentada deve haver uma consequência jurídica que irá cassar tal intervenção.¹⁷ Entretanto, para Virgílio Afonso da Silva, apenas estes dois elementos não são suficientes para a consequência jurídica de

¹⁴ Afonso da Silva, Virgílio. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁵ Idem, p. 68.

¹⁶ Idem, p.69-70.

¹⁷ Idem, p. 74.

um direito fundamental ser acionada, devendo, portanto, incluir a ausência de fundamentação constitucional.¹⁸

O suporte fático pode ainda ser restrito ou amplo. O suporte fático restrito, é aquele em que não há uma previsão em abstrato de algumas ações, estados ou posições jurídicas, ao passo que o suporte fático amplo se concentra na “argumentação possível no âmbito da fundamentação constitucional das intervenções”.¹⁹

Desta forma a proteção da informação genética ou manipulação genética, não obteve previsão constitucional no âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais, e não havendo previsão se está diante de um suporte fático restrito. Virgílio Afonso da Silva explica que a Constituição Federal do Brasil foi escrita com base na história brasileira, tratando o histórico-genético como suporte fático restrito que à época de sua promulgação não foi previsto porque não era objeto de proteção estatal.²⁰ Entretanto, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal são diretamente afetados com o avanço biotecnológico e a ciência genética, o que resulta na necessidade de o Direito Constitucional dar nova estrutura aos princípios constitucionais, justamente por haver um novo bem jurídico a ser tutelado.²¹

5. Conclusão

O direito de punir do Estado e a liberdade de pesquisa científica deixou o homem dividido entre a tecnologia e os seus direitos fundamentais. O objetivo desta pesquisa foi buscar no ordenamento jurídico os direitos fundamentais envolvidos quando o Estado se interessa pela manipulação genética, pois o Estado não é o único interessado nestes dados, existem além de pesquisadores, as empresas privadas que pretendem comercializar estas informações.

A manipulação genética resulta em informações preciosas para a pessoa humana, são dados que envolvem a saúde, bem-estar, histórico de doenças existentes, preexistentes e hereditárias, caracterizando o ser humano dentro da normalida-

¹⁸ Idem, p. 74-75.

¹⁹ Idem, p. 94

²⁰ Idem, p. 96

²¹ Fabiana Lopes Sparemberger, Raquel. Berlesi Thiesen, Adriane, “O direito de saber a nossa história: Identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição”, Revista Direitos Fundamentais e Democracia, v. 7 n.7, 2010, Curitiba PR, Centro Universitário Autônomo do Brasil. pp. 33-65

de ou patologia. Sendo assim, as informações genéticas que o corpo humano digitalizado dispõe, tratam-se do mais íntimo do ser humano.

O Estado exercendo o direito fundamental da legalidade, princípio basilar no âmbito criminal, interessou-se no seu direito de punir encontrando meios para se utilizar de uma tecnologia precisa na apuração da autoria criminal, contudo, para que isso possa ocorrer valeu-se da coercitividade obrigando um grupo seletivo de condenados ao fornecimento de DNA para composição do banco de dados genéticos. Como se isso não bastasse o Estado vai além, quer implantar a obrigatoriedade no fornecimento de material genético para todos os condenados por crimes dolosos. Essa ação estatal é incompatível com as declarações no âmbito internacional.

O consentimento para manipulação genética não é previsto em lei dentro do ordenamento jurídico brasileiro, entretanto de acordo com declarações internacionais apresentadas nesta pesquisa, é necessário o consentimento da pessoa-fonte para a extração do DNA. Não sendo o Estado o único interessado nas informações genéticas, há uma certa dificuldade em compreender o seu real objetivo nos dados genéticos, pois além da investigação criminal, com estas informações poderá haver também um maior controle da população ou de determinados grupos, conforme seleção da legislação e Projeto de Lei 882/19, dando lugar a uma maior intervenção estatal.

A pesquisa envolvendo o direito e a tecnologia revelou momentos de tensão entre os direitos fundamentais envolvidos com o uso do corpo humano digitalizado, tendo em vista que o Estado tem o direito de punir, pesquisadores tem o direito à liberdade de pesquisa científica, mas o ser humano dotado de direitos e garantias fundamentais acaba se tornando objeto de pesquisa e investigação sendo tratado como coisa e não como pessoa. A pessoa humana digitalizada envolve o direito à vida, direitos de personalidade, integridade física e moral ou a não discriminação. Desta forma há uma pluralidade de razões, e o Estado deve fazer uma escolha racional, que na figura de seus representantes, farão o uso do véu da ignorância, conforme a “teoria da justiça e equidade” de John Rawls, para encontrar a melhor maneira de exercer o seu direito de punir, limitando-se para não violar os direitos fundamentais da pessoa-fonte do material genético.

Ainda que a Lei Geral de Proteção de Dados tenha cedido um espaço para os dados genéticos, os tratou como dados sensíveis, comparando-os a outras situações não menos importantes, mas que não revelam o ser humano em sua essência

como ocorre com as informações genéticas. No mesmo sentido a Proposta de Emenda à Constituição nº 17 de 2019, visa incluir os dados pessoais como um direito fundamental, mas nada fala sobre a manipulação genética.

Senão, vejamos, a PEC 17/2019 busca pela inclusão dos dados pessoais como um direito fundamental, e para saber o que são considerados dados pessoais deve-se recorrer à LGPD. Esta lei prevê que os dados genéticos são tratados como dados sensíveis, e sendo assim considerados, para que sejam manipulados os dados pessoais sensíveis deve haver consentimento do titular ou responsável legal daqueles dados. Dessa forma, sempre haverá um conflito entre normas, pois a Lei de Execução Penal e o Projeto de Lei 882/19 preveem a obrigatoriedade no fornecimento de tais dados.

Além disso, o último tópico deste artigo nos trouxe uma informação que deixou esta pesquisa sem uma solução, e aberta para novos questionamentos, pois de acordo com o suporte fático restrito não há uma colisão ou sopesamento entre direitos fundamentais, o que ocorre é a não previsão legal de ações, estados ou posições jurídicas. O que nos leva a conclusão de que os dados genéticos se enquadram no conceito de suporte fático restrito, tendo em vista que enquanto a intimidade genética e consentimento para manipulação genética não forem expressamente previstos como direito fundamental, estes dados ficarão sempre à sombra dos direitos fundamentais de personalidade, integridade física, ou futuramente de dados pessoais.

6. Referências

Afonso da Silva, Virgílio. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009

Camelo Viana Lopes, Érica. Duarte Costa, Vanessa. da Silva Sena Barcelos, Rejane, “Banco de Dados de DNA na Área Forense – Uma Realidade Brasileira”, Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics. V.2, n.4, 2013, Ribeirão Preto SP, Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos. pp. 353-364.

Espíndola Correa, Adriana. O corpo digitalizado. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

Fabiana Lopes Sparemberger, Raquel. Berlesi Thiesen, Adriane, “O direito de saber a nossa história: Identidade genética e dignidade humana na concepção da

bioconstituição”, Revista Direitos Fundamentais e Democracia, v. 7 n.7, 2010, Curitiba PR, Centro Universitário Autônomo do Brasil. pp. 33-65.

Greco, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017

NCBI. GenBank. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/genbank/>> Acesso em 09 de agosto de 2019.

Sen, Amartya. A ideia de Justiça. São Paulo. Companhia das letras, 2011.

Wolfgang Sarlet, Ingo. Rodrigues Petterle, Selma, “Liberdade de pesquisa como direito humano e fundamental e seus limites: a pesquisa com seres humanos e os parâmetros protetivos estabelecidos pelo direito internacional e sua recepção no Brasil”, Revista Espaço Jurídico, v. 15 n.1, 2014, Chapecó SC, Universidade do Oeste de Santa Catarina. pp.13-38.

Zatz, Mayana. “Projeto genoma humano e ética”. Revista São Paulo em Perspectiva, v. 14, n. 3, 2000, São Paulo SP, Fundação Seade. pp. 47-52.