Brazilian Journal of Forensic Sciences,
Medical Law and Bioethics

Journal homepage: www.ipebj.com.br/forensicjournal

Identidade Civil e Genética: Aspectos Jurídicos e Bioéticos

Civil and Genetic Identity: Legal and Bioethical Issues

Carlos Alberto Kastein Barcellos[1]

[1]*Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos – IPEBJ*

Received 16 December 2014

Resumo. A Constituição da República Federativa do Brasil adotou, sob o prisma dos direitos fundamentais, um catálogo aberto. Este catálogo aberto permite o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos ou decorrentes de normas constitucionais. No núcleo esencial de cada direito fundamental está a dignidade da pessoa humana que em nossa constituição é considerada como fundamento da República. Os princípios e normas constitucionais permitem concluir que a identidade civil e genética podem ser considerados como direitos fundamentais implícitos em nosso ordenamento jurídico. O avanço das ciencias médicas, que permitem a alteração do sexo de uma pessoa, assim como alteração do genonoma humano, demonstra a necessária inteface entre a bioética e o direito, nascendo dessa relação o Biodireito. O reconhecimento da identidade civil e genética, com o auxílio da bioética, permite a concreção do principio, também implícito, da busca da felicidade.

Palavras-chave: Princípios constitucionais e bioéticos; Dignidade da pessoa humana; Identidade civil; Identidade genética; Felicidade.

Abstract. The Constitution of the Federative Republic of Brazil has adopted, in the light of fundamental rights, an open catalog. This open catalog allows the implicit recognition of fundamental rights or due to constitutional requirements. In esencial core of every fundamental right is the dignity of the human person in our constitution is considered as the foundation of the Republic. The principles and constitutional norms establish that the civil identity and genetics can be considered as fundamental rights implicit in our legal system. The advancement of medical science, which allow you to change the sex of a person, as well as change the human genonoma demonstrates the necessary inteface between bioethics

http://dx.doi.org/10.17063/bjfs4(2)y2015218

and the law, born of this relationship the Biolaw. The recognition of civil and genetic identity with the help of bioethics, allows the concretion of the principle, also implied the pursuit of happiness.

Keywords: Constitutional and bioethical principles; Human dignity; Civil identity; Genetic identity; Happiness.

1. Introdução

A dignidade da pessoa humana é elemento ético basilar dos direitos humanos fundamentais e da bioética[1]. Por esta razão podemos afirmar que este elemento deve ser visto como um postulado que orienta estes ramos do conhecimento.

Esta dignidade própria do ser humano tem na autodeterminação um dos elementos necessários e imprescindíveis para sua concreção e ajuda a compreender que o homem deve ser visto como um fim em si mesmo.

Partindo destas premissas podemos afirmar que os direitos humanos fundamentais podem ser definidos como sendo aqueles inerentes ao homem e, portanto, indispensáveis para promoção, manutenção e proteção da dignidade da pessoa humana em seus mais variados aspectos. Já a bioética deve ser vista como o estudo interdisciplinar que conforma o avanço da biotecnologia que deve ter como marco limite a dignidade da pessoa humana.

Tendo como norte esta delimitação, podemos afirmar que a bioética surgiu da preocupação com os limites da ciência quando em confronto com a dignidade da pessoa humana. Contudo, considerando a ausência de natureza coercitiva do conjunto de normas e princípios deste ramo do conhecimento, foi necessária a interferência do Estado através de normas (regras e princípios) para disciplinar as condutas dos indivíduos na seara do desenvolvimento da medicina ou da biotecnologia. Desta judiciarização da bioética nasceu o Biodireito[2].

Antes de se seguir para o aspecto de fundo deste artigo algumas ponderações são necessárias. Existem controvérsias quanto a melhor denominação para os direitos humanos fundamentais. Todavia para fins deste trabalho será utilizada a expressão direitos fundamentais para aqueles direitos inerentes ao homem quando positivados na ordem interna de um país, mais precisamente em uma Constituição, enquanto que para direitos humanos será reservado o conjunto de normas positivados na ordem internacional.

Observamos que os direitos fundamentais previstos expressamente na Constituição, considerando a adoção do princípio da não tipicidade dos direitos

fundamentais ou cláusula aberta, não são taxativos.

Esse catálogo aberto, que decorre do § 2º, do artigo 5º, do texto constitucional, permite o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos e projeta um contínuo processo de aumento dos níveis de proteção da dignidade humana (continuo geracional[3]).

A previsão constitucional e o conteúdo de essencialidade para manutenção da estrutura da sociedade denunciam dois aspectos da fundamentalidade dos direitos em discussão: a) a formal e, b) a material. Sob o aspecto formal deve-se analisar a forma de positivação do direito, enquanto que sob o enfoque material deve-se enfrentar a questão do conteúdo do direito[4].

A identidade civil, assim como a identidade genética, objeto de fundo deste artigo, não constam expressamente no catálogo de direitos fundamentais, portanto, é através de sua relevância que se buscará a sua inserção no rol de direitos dotados de fundamentalidade pelo ordenamento constitucional brasileiro.

Além da busca acerca da fundamentalidade destes direitos (identidade civil e genética) se buscará demonstrar a sua interface com a bioética, uma vez que como já foi anotado, esses ramos do direito têm em seu núcleo essencial a dignidade da pessoa humana.

Para isso, será feita uma análise dos direitos fundamentais na Constituição Federal, sempre partindo do pressuposto que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República e que dentre os seus pilares estão o pluralismo e a cidadania e tendo em vista que a construção de uma sociedade livre, justa, fraterna e livre de preconceitos é um dos seus objetivos.

O método de abordagem adotado foi o dedutivo porque se pretende demonstrar, como antes observado, que a identidade civil e genética são direitos fundamentais e que esta conclusão está alicerçada nos em princípios constitucionais e em valores éticos da sociedade civil.

Como técnicas de pesquisa (métodos de procedimento), utilizamos a pesquisa bibliográfica, doutrinária, de legislação, além da jurisprudência, uma vez que o tema que se pretende aprofundar se relação com esses elementos de pesquisa.

Pretendemos com os resultados do trabalho contribuir para aumentar os conhecimentos na Ciência Jurídica, além do campo próprio da bioética, na medida que o estudo visa demonstrar que a identidade civil e a identidade genética são

direitos fundamentais e estão em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, o que afasta qualquer necessidade de intervenção legislativa, bem como que esses direitos se relacionam com o avanço da biotecnologia.

O texto estrutura-se, além da introdução, em três tópicos e em uma conclusão. No primeiro capítulo vamos discutir a dignidade da pessoa humana e seus elementos conformadores, no segundo vamos cuidar da identidade civil e em seguida (terceiro tópico) da identidade genética. Nas conclusões apresentaremos nossas conclusões finais, oportunidade que será feita uma abordagem sintética do assunto tratado demonstrando que o ordenamento jurídico brasileiro, em conjunto ou isoladamente como princípios constitucionais ou normas bioéticas, permite o reconhecimento da natureza fundamental ao direito à identidade civil e genética.

2. Dignidade da pessoa humana: fundamento, valor e princípio

A Constituição Federal não acolheu a dignidade da pessoa no rol dos direitos fundamentais, mas como fundamento da República (art. 1º, III).

Essa opção do legislador nos permite invocar a doutrina de Canotilho[5] para quem o indivíduo é “limite e fundamento do domínio político da República”, o que para ele leva a conclusão de que a “República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios”.

Neste contexto, Diniz[6], ao cuidar da dignidade da pessoa humana como princípio da bioética, pondera: “Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico”.

Seja como for, a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial de cada direito fundamental e, portanto, possui eficácia irradiante. Em função dessa eficácia obriga os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no sentido de não atuarem, não editarem lei e não julgarem em sentido contrário à sua manutenção, proteção e promoção.

Embora fundamento da República, ou justamente por essa razão, a dignidade da pessoa é considerada por Barroso[7] como um princípio e, portanto, justificação moral e fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Para ele[7] são três os elementos que integram o conteúdo da dignidade da pessoa humana: o seu valor intrínseco, a autonomia individual e o valor comunitário.

O valor intrínseco cuida da afirmação da pessoa humana no mundo, distinguindo cada um dos outros seres.

A autonomia está relacionada com a autodeterminação do indivíduo e envolve três dimensões. A primeira é a privada que encontra fundamento na origem dos direitos individuais, enquanto que a dimensão pública está na origem dos direitos políticos e dos direitos de participação na condução da vida pública.

A terceira dimensão, sempre segundo o autor, está relacionada com o mínimo existencial que vem a ser um pressuposto para o exercício das demais. Acrescentamos, que o mínimo existencial, em verdade, está no núcleo dos direitos fundamentais, em especial daqueles de natureza social que visam a satisfação das necessidades dos indivíduos.

Já o valor comunitário "constitui o elemento social da dignidade humana, o indivíduo em relação ao grupo. Aqui, a dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de boa vida".

3. Direito fundamental à identidade civil

Considerando que não existe um direito fundamental à identidade civil expressamente catalogado na Constituição da República, é necessário um esforço interpretativo para se buscar os fundamentos pelos quais é possível afirmar que esse direito é dotado de fundamentalidade.

Para isso, devemos deitar raízes, inicialmente, no conceito de direitos da personalidade. A nossa linha mestra está o conceito apresentado por Sá e Moreira[8]:

> Direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna. São direitos da personalidade a vida, a intimidade, a integridade física, a integridade psíquica, o nome, a honra, a imagem, os dados genéticos e todos os seus demais aspectos que projetam a sua personalidade no mundo.

Agora em obra solo, Sá[9] afirma que "Os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade. Contudo, há tanto o enfoque constitucional quanto o enfoque privatístico dos direitos da personalidade".

Pelo conceito acima indicado o nome e os dados genéticos projetam a personalidade da pessoa humana para mundo. É a partir desse elemento conceitual que Bittar[10] afirma que a identidade é um direito fundamental da pessoa "porque se

constitui no elo de ligação entre o indivíduo e a sociedade em geral".

Diniz[11] afirma que "O nome integra a personalidade por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio da família e da sociedade".

Nesse contexto, ao cuidar dos direitos da personalidade, a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002[12], que instituiu o Código Civil prevê que: Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome (artigo 16).

Esse direito da personalidade é protegido pelo mesmo Código[12]: "O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória" (artigo 17).

Trata esse dispositivo legal do direito à honra objetiva como um direito conexo ao direito ao nome, enquanto que o artigo 18[12] cuida do uso do nome de terceiro em propaganda comercial: "Sem autorização não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial."

O Código Civil[12] projeta essas proteções dadas ao nome ao pseudônimo, como se pode inferir do artigo 19: "O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza de proteção que se dá ao nome."

Enquanto projeção da pessoa humana na sociedade em que vive, o prenome pode ser mudado em algumas hipóteses: a) adoção de menor; b) nome vexatório (artigo 55 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os Registros Públicos[13]); c) erro gráfico; d) homonímia; e) no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, desde que não prejudique os apelidos de família (artigo 56, da Lei de Registros Públicos[13]); f) pessoas em programas de proteção a vítimas e testemunhas (artigo 58 da Lei de Registros Públicos[13]); g) casamento, separação ou divórcio (art. 1.565, §§ 1º e 2º Código Civil[12]) e, h) substituição por apelidos notórios (artigo 58 da Lei de Registros Públicos[13]).

Aqui vamos abrir um parêntese para breves considerações sobre a possibilidade de alteração do nome por transexuais, o que aproxima o direito e bioética.

Para isso fixamos o seguinte: (...) "o nome e outros sinais identificadores da pessoa são os elementos básicos de associação de que dispõe o público em geral para o relacionamento normal, nos diversos núcleos possíveis" (...)[10].

O Conselho Federal de Medicina autoriza a cirurgia de transgenitalização nos termos da Resolução 1955/2010[14]:

> Art. 1º Autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.

Autorizada a cirurgia e submetido o paciente ao procedimento, Diniz[6] apresenta a seguinte indagação:

> Feita a cirurgia de transgenitalização, de redesignação sexual ou de mudança de sexo num transexual, o direito, a sociedade e o Poder Judiciário poderiam proibir que leve vida feliz e normal? Poder-lhe-iam negar efeitos jurídicos oriundos de sua nova condição sexual?

A resposta do Tribunal do Justiça do Estado de São Paulo é negativa, ou seja, não se pode negar os efeitos jurídicos da nova condição social do transexual, neles incluindo a modificação do nome e do sexo.

Em acórdão paradigma[15], relatado pelo Desembargador Elliot Akel, o Tribunal Bandeirante entendeu pela possibilidade de alteração do nome e do sexo do transexual, adotando, dentre outros, os seguintes fundamentos: a) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRF) e, b) o objetivo da República consubstanciada na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). São importantes alguns trechos do relatório:

> (...)
> Considerando que o ser humano vive em sociedade, fazendo parte integrante de uma comunidade de personalidades, Hubmann atribui à ordem jurídica o escopo de tornar possível a cada ser humano realizar sua tarefa ética, seu desenvolvimento criador, enfim, sua evolução. À ordem jurídica incumbe, portanto, outorgar a todo ser humano a qualidade de sujeito de direito e uma esfera de autonomia de vontade em suas relações sociais. Nisto consiste o direito da personalidade.
> A tutela da personalidade, sob todos os seus aspectos, e a garantia de que todo ser humano leve sua vida com pleno desenvolvimento e

> com igualdade de oportunidades, exigem a existência, no direito positivo, de uma cláusula geral de proteção da personalidade.
> (...)
> Poder-se-ia, nesse ponto, indagar o que teria tudo isso a ver com a pretensão do autor, de obter a alteração de seu assento de nascimento.
> Uma vez que a Constituição Federal de 1988 reconhece a existência de um direito geral ao livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana, negar ao portador de disforia do gênero o direito à adequação do sexo morfológico e o sexo psicológico e a conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento acaba por afrontar a lei fundamental.

Outra decisão[16] referente ao tema do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo adotada como paradigma apresenta a seguinte ementa:

> Ementa: Retificação de registro público prenome civil transexual que se submeteu à transgenitalização nome constante em seu registro de nascimento que o submete a ridículos transexualismo, que, ademais, é patologia e não perversão sexual entendimento. Possibilidade de modificação do nome inteligência dos artigos 55, parágrafo único e 109 da lei de registros públicos solução que, além disso, atende ao postulado da dignidade da pessoa humana alteração do sexo também deferida, até porque solução contrária, tal como a aposição do termo transexual, em lugar do masculino ou feminino, seria adversa ao próprio direito constitucional vigente, importando séria violação à dignidade humana. Sentença reformada, acolhendo-se, ademais, o pedido de concessão do benefício da justiça gratuita e a retificação do registro civil público do assentamento do autor, quanto ao seu prenome, que passa a ser Josiany Neres Glória, modificado também o gênero para o feminino e observando-se que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial - recurso provido. (TJ/SP, Apelação nº 0074021-08.2010.8.26.022, 5ª Câmara – Seção de Direito Privado, Relator Desembargador A.C.Mathias Coltro, j. 9.05.2012.)

Nesta esteira de entendimento foi aprovado na IV Jornada de Direito Civil o seguinte enunciado:

> 276 – Art.13. O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

Com essas considerações, concluímos os parênteses abertos e, assim o fazendo voltamos ao cerne das discussões.

Se o nome, enquanto um dos atributos da personalidade, identifica a pessoa, não apenas durante sua vida, mas também após a sua morte, é através do registro civil que esse atributo se projeta no tempo.

O artigo 9º do Código Civil[12] indica quais os atos que são sujeitos a registro: a) os nascimentos, casamentos e óbito; b) a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz; c) a interdição por incapacidade absoluta ou relativa e, d) a sentença declaratória de ausência de morte presumida.

Além desses atos que serão levados a registro, outros, previstos no artigo 10 do Código Civil[12], deverão ser averbados: a) as sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal; b) os atos judiciais ou extrajudiciais que declarem ou que reconhecerem a filiação e, c) os atos judiciais ou extrajudiciais de adoção.

Considerando a importância do registro civil que se projeta não apenas para a pessoa, mas ressoa perante terceiros particulares e toca em particular ao Estado, a Constituição Federal[17] prevê a gratuidade do registro civil de nascimento e a certidão de óbito:

> LXXVI – são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da Lei:
> a) o registro civil de nascimento;
> b) a certidão de óbito;

A Lei 9.534[18], de 10 de novembro de 1997, ampliou a proteção constitucional alterando a Lei de Registro Públicos ao estabelecer que: “Não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito,

bem como pela primeira certidão respectiva" (artigo 1º).

Por sua vez, o inciso LVIII do artigo 5ª da Constituição Federal prevê que: o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei".

Essa norma de eficácia contida foi regulamentada pela Lei 12.037, de 1º outubro de 2009[19], que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.

Por essa regra, a identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos (artigo 2º): I – carteira de identidade; II – carteira de trabalho; III – carteira profissional; IV – passaporte; V – carteira de identificação funcional; VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Para os fins dessa lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares (artigo 2º, parágrafo único).

A reserva imposta pela norma constitucional, ou seja, a possibilidade de identificação criminal daquele que possui identidade civil está prevista no artigo 3º da lei em referência:

> Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:
> I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
> II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
> III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
> IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
> V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
> VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Já vimos que a Lei 9.534/97[18] ampliou a abrangência do direito previsto no artigo 5º, LXXVI da Constituição da República. Podemos afirmar que um dos

fundamentos de ponderação levados a efeito pelo legislador ordinário ao ampliar a proteção é a previsão constitucional inserta no inciso LXXVII: (...) “são gratuitos as ações de habeas corpus e habeas data e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.”

Este inciso foi regulamento pela Lei 9.265, de 12 de fevereiro de 1997[20], que dispõe sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania:

> Art. 1º São gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, assim considerados:
> I - os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular, a que se reporta o art. 14 da Constituição;
> II - aqueles referentes ao alistamento militar;
> III - os pedidos de informações ao poder público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública;
> IV - as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude;
> V - quaisquer requerimentos ou petições que visem as garantias individuais e a defesa do interesse público.
> VI - O registro civil de nascimento e o assento de óbito, bem como a primeira certidão respectiva.

A cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, II). Podemos afirmar, com apoio em Tavares[21], que a concepção de cidadania adotada pela Constituição:

> (...) coincide com a aquela introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e vincula-se, portanto, ao movimento de incorporação (internalização) dos direitos humanos e, acrescente-se, ao movimento da máxima efetividade dos referidos direitos.

Araújo e Nunes Júnior[22] adotam o mesmo entendimento, pelo que se infere da afirmação lançada ao estudarem os fundamentos do Estado Brasileiro:

> A expressão cidadania, aqui indicada como fundamento da República, parece não se resumir à posse de direitos políticos, mas,

> em acepção diversa, parecer galgar significado mais abrangente, nucleado na ideia, expressa por Hanna Arendt, do direito de ter direitos. Segue-se, nesse passo, que a ideia de cidadania vem intimamente entrelaçada com a de dignidade da pessoa humana.

Dantas[23], após discorrer sobre a cidadania em sentido amplo e restrito, apresenta a seguinte conclusão:

> (...) o termo cidadania, quando empregado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, não deve ser entendido em sua acepção mais restrita, de simples atuação do indivíduo, como nacional do país, no processo político-eleitoral do Estado, mas sim em seu sentido amplo, de efetiva participação atividade em toda a vida da sociedade, não só exigindo que o Estado respeite todos os seus direitos individuais, sociais, econômicos e culturas (e não apenas os eleitorais), como também cumprido todos os deveres que mesma sociedade lhe impõe.

Adotando-se um critério mais ou menos amplo de cidadania o que se pode afirmar é que a identidade civil é um instrumento para a sua concreção. Adota-se como paradigma de validação dessa afirmação a Lei 4.717, de 19 de junho de 1965[24], que regula a ação popular.

De acordo com o artigo 1º dessa Lei:

> Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Ocorre que a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda (artigo 1º, § 3º).

Voltemos ao texto da Lei 9.265/96[20], que dispõe sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania. O inciso I, do artigo 1º garante a gratuidade dos atos necessários para capacitar o cidadão ao exercício da soberania popular e remete ao artigo 14 da Constituição[17].

Esse artigo de nossa Constituição cuida da capacidade eleitoral ativa (§§ 1º e 2º), além de tratar da capacidade eleitoral passiva (§ 3º).

Para aquisição da cidadania, seja ela ativa ou passiva, são necessários diversos requisitos, como por exemplo a prova da idade e da nacionalidade. Essas provas são feitas através da identidade civil.

Logo, é possível afirmarmos que a identidade civil é pressuposto para o exercício da cidadania.

Anotamos que os direitos da personalidade podem se projetar para além da vida da pessoa humana. Nesse contexto, a identidade civil se apresenta com especial relevância para a identificação de cadáveres.

A Lei 8.501, de 30 de novembro de 1992[25], dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científicas. Por cuidar de pesquisas cientificas esta norma mais vez aproxima o direito da bioética

Essa lei estabelece que “O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico” (artigo 2º).

O artigo 3º dessa lei prevê duas condutas que devam ser adotadas antes de destinar o cadáver para fins de pesquisa. Uma pressupõe a ausência de identificação e a outra a identificação do cadáver.

Se identificado o cadáver mas não havendo informações relativas a endereços de parentes ou responsáveis legais, a autoridade competente deverá publicar, nos principais jornais da cidade, a título de utilidade pública, pelo menos dez dias, a notícia do falecimento (artigo 3º, inciso II, § 1º).

Acrescentemos que para fins de reconhecimento, a autoridade ou instituição responsável deverá manter sobre o falecido: a) os dados relativos às características gerais; b) a identificação; c) as fotos do corpo; d) a ficha datiloscópica; e) o resultado da necropsia, se efetuada; e f) outros dados e documentos julgados pertinentes (artigo 3º, § 4º).

4. Identidade Genética

No extenso catálogo de direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal não consta expressamente um direito fundamental à identidade genética.

Entendemos, no entanto, considerando que os dados genéticos projetam a individualidade da pessoa humana, que a identidade genética é um direito fundamental previsto implicitamente pela Constituição da República.

Antes de focarmos a identidade de genética como direito fundamental, vamos verificar os limites das ciências médicas.

Sabemos que a individualização humana através de seus dados genéticos só foi possível em função do avanço da biotecnologia.

Esse avanço, no entanto, não pode ser irrestrito. Nesse contexto, podemos afirmar que o Direito Constitucional, enquanto limitador dos direitos fundamentais (direitos humanos) e a Bioética enquanto ciência da ética na área da saúde, devem apresenta limites para esse avanço da ciência.

Por ser princípio comum ao Direito e à Bioética invocamos a Dignidade da Pessoa Humana como valor limitador da biotecnologia. Aliás, nesse sentido pondera Echterhoff[26]: (...) “o princípio da dignidade humana deve ser o suporte axiológico de toda e qualquer interpretação dos progressos que venham a atingir a direta ou indiretamente o ser humano e a humanidade como um todo”.

E, portanto, para ela (...) “não sem razão se assevera que limite ético-jurídico de todo (...) avanço tecnológico é o ser humano e, consequentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana”

Feitas essas consideramos, é preciso, desde logo, fixar a delimitação da expressão genoma humano. Para esse fim nos socorremos de Myszczuk[27]: “Genoma é o conjunto de genes que constituem cada ser vivo, ou seja, a constituição genética total do ser”.

Esse conjunto de genes não se repete e, portanto, torna e cada indivíduo um ser único. Em função dessa realidade, Sá e Naves[28] fazem a seguinte afirmação: “O direito à identidade afigura-se como um direito à diferença, sendo vedadas a repetibilidade programada e alteração dessa base biológica, a não ser, no último caso, se se tratar de escopos terapêuticos”.

Essa vedação à repetibilidade programada nos remete à clonagem, que pode ser dividida em reprodutiva e terapêutica. Kelch[29] apresenta sobre ela a seguinte definição: “A clonagem pode ser definida como o processo de produção de

organismo geneticamente modificados por reprodução assexuada".

Em seguida, a autora afirma que "Os indivíduos criados por meio da técnica de clonagem terão as mesmas características genéticas cromossômicas do fornecedor".

A Lei de Biossegurança[30] considera crime a clonagem humana (Lei 11.105/2005, artigo 26). O fundamento da norma proibitiva é a proteção da diversidade genética.

Essa diversidade genética como objeto de proteção da regra de natureza penal aparece bem definida nas considerações Souza[31]:

> (...) em relação à clonagem humana reprodutiva, os juridicamente tutelados são a identidade genética e a dotação genética dupla (ou diferenciada) do ser humano; quanto à clonagem embrionária, a dignidade reprodutiva humana, a identidade genética e a dotação genética dupla (ou diferenciada) do ser humano.

Aliás, essa proteção encontra eco no artigo 225 da Constituição da República, que trata do direito fundamental ao meio ambiente. Para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado, o § 1º, II, desse artigo prevê que incumbe ao Poder Público: (...) II- "preservar a diversidade e a integridade genética do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa de material genético".

A dignidade da pessoa humana projeta a proteção da diversidade genética em nosso ordenamento jurídico, com ou sem acento constitucional, o que nos permite concluir que, efetivamente, existe um direito fundamental à essa identidade.

Partindo dessa proposição e como reforço de sua validade, invocamos as ponderações de Petterle[32]:

> (...) quando a doutrina faz referência a um direito fundamental à identidade genética, pretende salvaguardar a constituição genética individual (a identidade genética de cada ser humano) enquanto base biológica de sua identidade pessoal, está em constante construção, no âmbito das relações interpessoais.
>
> Tal reforço de proteção, considerando a identidade genética como bem jurídico fundamental, busca justamente evitar as leituras reducionistas, notadamente à luz dos novos conhecimentos científicos aportados pelo projeto humano, como examinado.

> Pretende-se, pelo exposto, salvaguardar a constituição genética individual como uma das manifestações essenciais da personalidade humana.

E esses dados genéticos, que compõe um direito fundamental à identidade, são objetos de proteção pelo direito à privacidade? Abre-se, aqui, uma nova questão.

E a resposta para essa questão, de acordo Echterhoff[26] é positiva. Para ela:

> (...)os dados genéticos humanos são dados pessoais, pois se referem às características genéticas dos seus portadores, identificando-os, bem como a seus familiares.
> Consequentemente, a coleta, tratamento e armazenamento destas informações também se submetem à disciplina de proteção dos dados pessoais.

Sá e Naves[28] reconhecem um direito à intimidade genética e afirmam: "O reconhecimento da autonomia privada, como poder de autodeterminação do indivíduo, volta-se também para o controle desses dados genéticos e tomada de decisão após sua coleta."

Por sua vez, a proteção do patrimônio genético também resulta do princípio da dignidade, como bem salienta Barboza[33]: "A proteção do patrimônio genético humano, compreendo os dados genéticos, por sua natureza, encontra-se na cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, que resulta do princípio da dignidade humana."

Esse direito à intimidade genética, cujo fundamento está no artigo 5ª, X, da Constituição Federal, pode conflitar com outros princípios ou direitos fundamentais, implícitos ou explícitos, previstos em nosso ordenamento.

Pensemos no direito fundamental de uma pessoa em conhecer a sua origem genética, quando fruto de um procedimento de reprodução assistida homóloga ou mista. O direito à intimidade genética persistirá?

No mesmo sentido, as seguintes indagações levadas a efeito em uma hipotética investigação criminal: a) Podemos coletar provas genéticas no lixo daquele que a descartou? e, b) e se a prova for descartada em local público?

Entendemos que a resposta a essas perguntas deverá ser obtida em cada caso concreto a partir do processo de sopesamento.

Aliás, o resultado da ponderação entre direito à intimidade genética e o direito à segurança individual ou coletiva resultou na edição da Lei 12.654, de 28 de maio de 2012[34], que alterou a Lei 12.037/2009[19].

Por essa lei, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético (artigo 5º, parágrafo único), observadas as seguintes diretrizes:

> Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.
> § 1o As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.
> § 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.
> § 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

Não obstante as questões relativas ao direito à intimidade genética, o que se pode afirmar é que os dados genéticos definem um aspecto individual e caraterizador do ser humano e, portando, a identidade genética é um direito fundamental.

5. Conclusões

Durante o desenvolvimento deste trabalho pudemos concluir que a dignidade da pessoa humana é elemento básico tanto dos direitos humanos fundamentais, quanto da bioética.

Também pudemos observar que nossa Constituição Federal adotou um catálogo aberto, o que nos permitiu concluir que a identidade civil e genética podem ser consideradas como direitos fundamentais.

Não podemos deixar de considerar que o reconhecimento da identidade civil,

que se desdobra inclusive no direito à mudança de nome após cirurgia de redesignação de sexo, assim como o direito à identidade genética, são formas de concreção do direito fundamental, também implícito, da busca da felicidade.

Partindo deste pressuposto podemos concluir inclusive, que esses direitos se relacionam com o princípio da qualidade de vida e, mesmo que instrumentalmente, estão relacionados com o direito à saúde. Isso porque a saúde deve ser vista, de acordo com a Organização Mundial de Saúde, não apenas como a ausência de doença, mas como o mais completo bem estar físico, mental e social.

Referências

1. Oliveira AAO. Bioética e direitos humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2011
2. Barros SR. A difusão dos direitos humanos fundamentais. In: Kim RP, Barros SR, Kosaka FKM (Coords.). Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre fundamentalidade. São Paulo: Verbatim, 2012
3. Gracia D. Fundamentos de bioética. Trad. Manuel Luís Pinheiro e Vítor Coutinho. 2 ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra 2, 2007
4. Sarlet IW. Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011
5. Canotilho JJ. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. 12 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
6. Diniz MHO estado atual do biodireito. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
7. Barroso LR. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: Fórum, 2012
8. Sá MFF, Moureira DL. Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: DelRey, 2012.
9. Sá MFF. Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido. 2 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005.
10. Bittar, CA. Os direitos da personalidade. 7 ed. rev.atual: Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
11. Diniz MH. Código civil comentado: contém notas à licc. 14 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
12. Brasil. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm
13. Brasil. Lei n. 6.015, 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm

14. Conselho federal de Medicina. Resolução nº 1.955, de 3 de setembro de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm

15. São Paulo. TJ/SP, Apelação Com Revisão nº 994.01.040985-3, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Elliot Akel, j. 9.04.2002

16. São Paulo. TJ/SP, Apelação nº 0074021-08.2010.8.26.022, 5ª Câmara – Seção de Direito Privado, Relator Desembargador A.C.Mathias Coltro, j. 9.05.2012.

17. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11350.htm

18. Brasil. Lei n 9.534, de 10 de novembro de 1997. Dá nova redação ao art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos; acrescenta inciso ao art. 1º da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania; e altera os arts. 30 e 45 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9534.htm

19. Brasil. Lei n. 12.037, de 1º outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm

20. Brasil. Lei n. 9.265, de 12 de fevereiro de 1996. Regulamenta o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição, dispondo sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9265.htm

21. Tavares AR. Curso de direito constitucional. 11 ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2013

22. Araújo LAD, Nunes Júnior VD. Curso de direito constitucional. 17 ed. atual. São Paulo: VERBATIM, 2013.

23. Dantas, PRF. Curso de direito constitucional. 2 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

24. Brasil. Lei n. 4.717, de 19 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm

25. Brasil. Lei n. 9.265, de 13 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8501.htm

26. Echterhoff G. Direito à privacidade dos dados genéticos. Curitiba: Juruá, 2010.

27. Myszczuk AP. Genoma humano: limites jurídicos à sua manipulação. Curitiba: Juruá, 2005.

28. Sá MFF, Naves BTO. Manual de biodireito. 2 ed. rev.atual. ampl. Belo Horizonte: DelRey, 2012.

29. Kelch R. Direitos da personalidade e clonagem humana. São Paulo: Método, 2009.

30. Brasil. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de

fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm

31. Souza PVS. Direito penal genético e a lei de biossegurança. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

32. Petterle SR. O direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

33. Barboza HH. A proteção da identidade genética. IN: Almeida Filho A., Melgaré P. (Orgs). Dignidade da pessoa humana: critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010.

34. Brasil. Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nos 12.037, de 1o de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm#art2