

DADOS GENÉTICOS E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES

PROTECTION OF GENETIC DATA AND THE EFFECTIVENES OF FUNDAMENTAL RIGHTS BETWEEN PRIVATE

Ricardo Marchioro Hartmann¹

Rodrigo Goulart Aguiar²

Recebimento em março de 2014.

Aprovação em abril de 2014.

Resumo: O mundo em que vivemos mantém-se em constante evolução. O homem alcançou conhecimentos no campo da Biotecnologia que lhe permitem o mapeamento genético dos seres vivos, viabilizando sua completa individualização. Conhece-se do estabelecimento de bancos de dados genéticos humanos e muito se ouve falar das ilimitadas possibilidades que as informações neles armazenadas ocasionam. Percebe-se que os dados genéticos podem estar atrelados a relações entre particulares, e que por sua vez estão diretamente relacionados para com os direitos mais íntimos dos seres humanos. Pretendendo-se no presente estudo, através do método monográfico-bibliográfico, tomando como referencial teórico os estudos de Ingo Wolfgang Sarlet, estabelecer o debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares atinentes aos dados genéticos humanos, objetivando-se defender o estabelecimento de uma eficácia direta *prima facie*.

Palavras-chave: Biotecnologia. Dados genéticos. Direitos fundamentais.

Abstract: The world we live in keeps evolving. Man has achieved expertise in the field of biotechnology that allow to mapping genes of living beings, enabling its complete individualization. Speak up of the establishment of human genetic data bancs, and much is said about the unlimited possibilities that the information stored may cause. It is perceived that genetic data can be linked to relations between individuals, and that in turn are directly related to the most intimate rights of human beings. Intending it, this study, through monographic-bibliographical method, taking as its theoretical framework studies Ingo Wolfgang Sarlet, introduce a debate on the effectiveness of fundamental rights in relations between individuals relating to human genetic data, aiming to defend the establishment of a direct *prima facie* efficacy.

Keywords: Biotechnology. Genetic data. Fundamental rights.

¹ Doutorando em Direito pela Universidad de Burgos, Espanha. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUCRS. Advogado. E-mail: ricardo@fmbrs.com.br.

² Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Porto Alegre-RS, Brasil, na condição de Bolsista junto à Pró-Reitoria de Pesquisa e Inovação (Setor Inovação-Tecnopuc). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Advogado. E-mail: rgapoa@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O mundo em que vivemos mantém-se em continua transformação. O homem desvendou mistérios, realizou incontáveis descobertas e segue quebrando todas as barreiras anteriormente tidas como intransponíveis, chegando a níveis de conhecimento intangíveis e de efeitos inimagináveis. Na atualidade o homem possui o poder de remodelar toda a sua realidade, sendo que suas possibilidades parecem a cada dia ampliarem, ou cambiarem, de forma substancial. O que nos parece moderno e revolucionário no dia de hoje, passados alguns anos, meses, dias, ou até mesmo meras horas, pode restar obsoleto, simplesmente ultrapassado. A velocidade com a qual as coisas acontecem, em verdade, somente demonstra o poder detido pelo ser humano sobre sua própria existência, o que nos conduz ao entendimento de que os contornos desta, a bem da verdade, cada vez mais dependem de suas tomadas de decisões.

Muitas das mudanças que são experimentadas em nosso mundo, em realidade, decorrem de descobertas na área da Bioética e da Biotecnologia. Hoje o homem possui uma vasta gama de conhecimentos sobre sua própria existência/estrutura genética. O Homem parece não mais possuir limites, estando sempre apto a apresentar novidades no campo das ciências genéticas. No entanto, este poder aparentemente maravilhoso, a primeira vista voltado para o bem, para o desenvolvimento da sociedade e garantia de uma vida digna ao ser humano, pode apresentar um lado obscuro, consistente no fato de que muitas destas novidades e descobertas possuem efeitos em diversas ocasiões imprevisíveis.

Neste momento depara-se com o fato de que o ser humano, na gana de desvendar o desconhecido, buscando, *a priori*, o bem da humanidade, pode acabar tomando caminhos tortuosos, com reflexos ainda não conhecidos sobre a realidade como conhecida. Tais avanços, em muitas ocasiões, podem estar por modificar diretamente da vida dos seres humanos, bem como do meio em que estes vivem, o que notadamente importa em efeitos sobre seus direitos mais íntimos. Aqui, quando fazemos menção a “direitos mais íntimos”, estamos fazendo alusão aos direitos fundamentais, que guardam estreita relação com a dignidade do ser humano.

Quando pensamos em direitos fundamentais atrelados às novas tecnologias biológicas, visualizamos uma série de desdobramentos, tais como a necessidade de interpretação e adaptação dos direitos já reconhecidos, assim como da possibilidade de surgimento de outros novos. Ao tomarmos conhecimento, nos meios de comunicação, de descobertas biotecnológicas que podem afetar o ambiente, ou mesmo o próprio ser humano,

de pronto sentimos a estreita relação daquelas para com uma série de direitos fundamentais, mas o que nos encanta, e ao mesmo tempo assusta, são as relações entre particulares daí decorrentes.

Ao refletirmos sobre as novas técnicas científicas no campo da genética, surgem algumas interrogantes que nos parecem merecer um estudo adequado e pormenorizado. No que consistem os bancos de dados genéticos, e como opera-se a proteção dos dados ali depositados sob o prisma legislativo e técnico? Qual a relação da proteção de dados genéticos para com os direitos fundamentais? Nas relações entre particulares relativas aos bancos de dados a eficácia dos direitos horizontal dos direitos fundamentais faz-se de fora imediata?

Diante destas interrogantes, acreditamos ser imprescindível um estudo sobre este tema, almejando acrescer o debate sobre a proteção de dados genéticos e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para uma análise da questão posta, acreditamos seja necessário, em um primeiro momento, a tarefa teórico-conceitual, reservando especial atenção à “proteção de dados” e aos “direitos fundamentais e sua eficácia”. Em um segundo momento, estabelecer a relação entre a proteção de dados genéticos e os direitos fundamentais desde uma análise jurídico-filosófica. Chegando-se ao cume do trabalho, consistente na observação da forma de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Acreditando tal sorte de realização ser fundamental para um debate adequado das questões acima levantadas. Almejando, ao final do presente estudo, verificar a forma como operada a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas que estejam afins a proteção de dados genéticos.

1 BIOTECNOLOGIA

1.1 Conceito e Terminologia

Os avanços tecnológicos nas últimas décadas foram incontáveis. O homem atingiu conhecimento e capacidade técnica para operar manipulação genética, clonagem, entre outras possibilidades³. Tais acontecimentos demonstram a velocidade e a que distância vai os conhecimentos científicos alcançados pelo homem, aclarando a existência de um sem fim de possibilidades para as diversas descobertas que são operadas diuturnamente. Como percebemos dia a dia pelas informações prestadas pela imprensa mundial, os avanços

³ NAVARRO, Adréya Mendes de Almeida Sherer. **O Obscuro objeto do Poder: ética e direito na sociedade biotecnológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 2-4.

tecnológicos são contínuos e cada vez mais espantosos.⁴ Chegamos a um ponto onde a ciência é utilizada cada vez com maior intensidade sobre a vida dos seres humanos, ocasionando sensíveis transformações culturais, sociais, ideologias, entre tantas outras. As maiores novidades no campo da ciência atualmente encontram-se na esfera da Biotecnologia, razão pela qual esta merece ser tratada com maior profundidade, o que se pretende com o presente estudo.

Oportuno referir que o entendimento do termo Biotecnologia passou por diversas fases ao longo dos anos. John Doyle e Gabrielle Persley, em trabalho que levou o nome de *Enabling the Safe Use of Biotechnology*, defendem que Biotecnologia seria qualquer técnica *that uses living organisms, or part of such organisms, to make or modify products, to improve plants or animals, or to develop microorganisms for specific use*.⁵ Já para Douglas Gabriel Domingues a *biotecnologia é a aplicação dos princípios científicos e da engenharia ao processamento de materiais, através de genes biológicos, para prover bens e serviços*⁶ Maria Garcia, ao tratar do tema, posiciona-se no sentido de ser a Biotecnologia *a aplicação dos princípios científicos e da engenharia ao processamento de materiais por meio de agentes biológicos, para promover bens e serviços*.⁷ Visando-se uma aproximação do tema às Ciências Jurídicas e Sociais apresenta-se o entendimento apresentado por Maria Helena Diniz, no sentido de que a Biotecnologia *é a ciência da engenharia genética que visa o uso de sistemas e organismos biológicos para aplicações medicinais, científicas, industriais, agrícolas e ambientais*.⁸

Da observação das definições, e conceitos comumente apresentados nos textos sobre o tema, percebe-se que inexistente um posicionamento uniforme, ou seja, um conceito fixo. Sendo que, mesmo desde uma breve reflexão, percebe-se que a dificuldade de estabelecimento de um conceito ultrapassa o campo da semântica.⁹ Apesar de não

⁴ NAVARRO, Adréya Mendes de Almeida Sherer. **O Obscuro objeto do Poder: ética e direito na sociedade biotecnológica**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2007, p. 4; MIGNON DE ALMEIDA, Aline MIGNON ED ALMEIDA, Aline. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000, p. xvi; VIEIRA LIMA NETO, Francisco. “A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem”, in **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**, org. Maria Celeste. Editora Revista dos Tribunais, 2001, p120-149.

⁵ *Apud.* VIEIRA LIMA NETO, Francisco. **Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética**. São Paulo: Editora de Direito, 1997, p. 29-30.

⁶ MIGNON DE ALMEIDA, Aline. *op. cit.*, p. 14.

⁷ GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 44.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed., aum. e atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 364.

⁹ SOUZA SILVA, J. de. **A Biotecnologia e a economia política de sua definição, Brasília**. Cad. Dif. Tecno. Brasília, 7 (1/3), 2003, p. 100: “A literatura existente indica que com a emergência e o desenvolvimento da Biotecnologia moderna nasce a possibilidade de uma “bio-revolução”, que afetará em diferentes graus todas as atividades humanas já a partir do início do próximo século, e a palavra biotecnologia simboliza todo o

concordarmos com esta instabilidade, ou nebulosidade a respeito do conceito de Biotecnologia, acreditamos ser inadequada a realização de um conceito fixista, uma vez que, assim como as novas tecnologias vão surgindo ou se modificando, aquele deve manter-se aberto, no intuito de seguir adequado à realidade.

Oportuno referir-se que, mesmo acreditando-se na impossibilidade de elaboração de um conceito rígido e fechado de Biotecnologia, não há impedimento na observação de seu respectivo contorno. Assim, buscar-se-á uma delimitação conceitual aberta e abrangente, entendendo-se a Biotecnologia como o emprego, em amplas dimensões, dos avanços científicos e tecnológicos resultantes de pesquisas no âmbito da biologia. Sendo de grande relevância referendar-se que o próprio termo Biotecnologia, em sua primária acepção, implica no entendimento desta como se tratando da utilização de organismos vivos – mesmo que na condição de células e moléculas – para a produção racionalizada de produtos, bens e serviços. Entendendo-se neste momento que ao falar-se em produtos, bens e serviços, se está fazendo referência as mais atuais utilizações da ciência para estudo e desenvolvimento de remédios, tratamentos de doenças genéticas, novos processos alimentícios mais eficientes, melhor rendimento e qualidade na produção agropecuária, soluções energéticas, tratamentos de detritos tóxicos, dentre um sem fim de possibilidades.

Mesmo entendendo-se que a Biotecnologia deve receber um conceito aberto e não-rígido, deve-se aclarar da adoção do entendimento de que aquela é parte integrante da Bioética. Autores que discordam deste entendimento, ou seja, de que a Biotecnologia faz parte da Bioética. Alguns destes defendem uma delimitação mais apertada daquela, ou seja, como abrangendo apenas as vidas biologicamente ditas inferiores acreditando ai residir à incompatibilidade.¹⁰ Dita incompatibilidade consistiria na impossibilidade de defender-se um entendimento restritivo no sentido de que a Biotecnologia deveria ser vista como utilização de

poder científico tecnológico capaz de influenciar a natureza e a direção dessa revolução. No mundo inteiro a Biotecnologia foi elevada ao topo das prioridades nacionais da maioria dos governos; portanto, a dificuldade de um consenso não é acidental.”. Em outra passagem na mesma página o autor já citado menciona que: “(...) Interessantemente, mesmo os especialistas não chegaram a uma definição consensual de biotecnologia. E se “experts” dentro e fora da comunidade científica não foram capazes de chegar a um acordo sobre a melhor definição para biotecnologia, como poderia a sociedade apreender seus significados apenas consultando o número crescente de definições na literatura existente? E embora muitos tentem dar cunho de neutralidade às suas definições, da perspectiva deste autor não existem definições neutras. A impossibilidade de uma definição consensual da biotecnologia está associada à complexidade da conciliação de interesses divergentes e até mesmo conflitantes em uma única definição. E se a simples tarefa de definir biotecnologia vem produzindo confusão e discordância, tornando possível interpretações também conflitantes, então as chances são de que a tarefa de estabelecer suas possibilidades e implicações tem sido e será muito mais difícil e controversa.”

¹⁰ No sentido de a Biotecnologia abarcar apenas vidas biologicamente tidas como inferiores, tem-se o estudo de BLÁZQUEZ, Niceto. **Bioética: La ciencia de la Vida**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000, p. 143.

técnicas científicas apenas em plantas e animais, devendo sim, ser considerada a sua aplicação sobre os seres vivos em sentido *lato sensu*, ou seja, abrangendo seres humanos, animais, vegetais, microorganismos vivos, entre outros. Restando o entendimento de que a Biotecnologia trata-se da aplicação de técnicas científicas sobre organismos vivos – entendida como um conceito amplo e abrangente, abarcando desde técnicas científicas utilizadas sobre microorganismos vivos, até tratos como o da clonagem humana, devendo ser vista sempre como inserta na ciência denominada Bioética.

Sendo que, exatamente por ser a Biotecnologia inserta no âmbito da Bioética, como acima apontado, deve ser entendida como uma ciência multidisciplinar, possuindo relação para com diversas áreas de conhecimento. Em verdade, a Biotecnologia integra questões no âmbito da Biologia, Engenharia, Matemática, Física, Química, entre outras, sem jamais esquecer-se que por estar diretamente relacionada para com a Bioética, acaba por envolver outras tantas, como a Filosofia, a Biologia, e assim por diante. Assim, depara-se com a invariável conclusão de que, exatamente por sua íntima relação para com a Bioética, a Biotecnologia apresenta múltiplas similitudes para com os contornos daquela. No entanto, apesar da íntima relação que se acredita existir entre estas disciplinas, percebe-se que nos dias de hoje, em muitas oportunidades, apesar das tentativas de contornos humanísticos relativos à Bioética, é ofertada uma cientificidade extrema quando enfrenta as questões biotecnológicas.

Está-se diante da dita coisificação do homem, percebida cotidianamente ao observarem-se nos meios de comunicação os galopantes avanços da tecnologia, inclusive em termos de modificação genética de seres humanos, bem como de clonação. Quando se utiliza a expressão “coisificação”, se está fazendo referencia a situações como as enfrentadas pelo desenvolvimento de tecnologias visando, por exemplo, uma “reposição de peças” tal como as pretendidas pelos estudos de clonagem humana, bem como pelo desenvolvimento de técnicas de manipulação das denominadas células-tronco.

1.2 Dados Genéticos e Biobancos

Como já exaustivamente referido nas linhas alhures, o ser humano realiza novas descobertas científicas a cada dia, o que pode influir na sua própria existência – e invariavelmente afetar seus direitos mais íntimos. A tecnologia atual viabiliza o mapeamento

genético de qualquer ser vivo, possuindo condições de individualizá-lo por completo (diferenciá-lo dos demais organismos vivos).¹¹

A informação genética configura o que pode denominar-se de dados involuntários – na medida em que não pode o indivíduo escolher quais serão, eis que decorrem da natureza do ser – portanto diferente dos demais.¹² Cabendo referir-se a amplitude da informação genética, que não se limita a apenas um indivíduo, mas desnuda as características mais íntimas de terceiros (parentes consangüíneos) – que por sua vez podem sequer estar interessados nestes dados¹³.

Se a obtenção de dados genéticos consiste em atividade possível – e até mesmo corriqueira –, certo é que o armazenamento de tal sorte de informações não apresenta maiores dificuldades técnicas. Sendo assim, por certo que não se pretende observar, ou debater, procedimentos técnicos para estruturação de bancos de dados¹⁴ genéticos¹⁵, mas sim centrar-se na observação de aspectos jurídico-ideológico-sociais atrelados.

Neste momento atentar-se-á para o estabelecimento de bancos de dados genéticos de material humano, justamente pela sensível conexão para com os direitos mais íntimos do homem. Sendo oportuno referir que a guarda de informações gênicas de seres humanos implica em uma série de conhecimentos sobre o indivíduo – e até mesmo sobre seus parentes¹⁶ –, tais como a observação de características pessoais, doenças genéticas, entre outras possibilidades.

¹¹ ECHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 79-81.

¹² CASABONA, Carlos María Romeo. **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 55-56

¹³ ECHTERHOFF, Gisele, *op cit.*, P. 81.

¹⁴ SANTOS, Manoel Pereira dos. **Considerações Iniciais sobre a Proteção Jurídica das Bases de Dados**. In LUCÇA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord). *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 321-322: *Embora, para a ciência da computação, as bases de dados representem um conjunto de arquivos destinados à utilização por sistemas de processamento de dados, as bases de dados têm sido conceituadas, de uma forma mais ampla, como a compilação de dados, obras e outros materiais organizados de uma maneira sistemática e ordenada, em função de determinados critérios e para finalidades específicas em condições de serem acessados individualmente por meio eletrônico ou não.* VEIGA, Luiz Adolfo Olsen da Veiga; ROVER, Aires José. *Dados e informações na internet: é legítimo o uso de robôs para formação de base de dados de clientes?* In ROVER, Aires José (org.) **Direito e Informática**. São Paulo: Manole, 2004, p. 29: *Os bancos de dados são estruturas quem permitem a guarda e o gerenciamento de uma grande massa de dados ou informações. São conjuntos de dados estruturados que permitem a respectiva conservação, manipulação, gerenciamento e utilização. Assim, tendo em vista a rápida evolução dos sistemas de informação, em especial por meio da Internet, os bancos de dados aumentam em complexidade e tamanho, contendo cada vez mais informações e determinando mais dificuldades para o gerenciamento e sua utilização.*

¹⁵ Há que se fazer referência a utilização do termo “biobanco” pelos profissionais de saúde – quanto ao material biológico agrupado e organizado –, como refere SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Biobancos, dados genéticos e proteção jurídico-penal da intimidade*. In **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, 56 (3): 268-273, jul-set de 2012, p. 268.

¹⁶ RODOTÀ, Stefano. *Transformações do corpo*. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 19, Julho/Setembro, 2004, pág. 94.

No momento em que alguém (ou alguma empresa) detém conhecimento do material genético de um indivíduo, pode deter: a capacidade técnica de “diagnosticar” doenças (ou deficiências) que o próprio indivíduo desconhece; o poder de prever o desenvolvimento de problemas de saúde no futuro; condições de identificar o melhor parceiro para procriação; condições de individualizar o ser humano para fins de responsabilidade civil e criminal, entre um sem fim de outras possibilidades. Aqui se percebe a relevância do tema desde o aspecto econômico, pois facilmente visualiza-se o potencial das informações genéticas para empresas de seguro, da indústria farmacêutica e de tantas outras.

Visualizando-se que a Biotecnologia, e mais especificamente, o estabelecimento de “bancos de dados genéticos humanos”, além de encadear toda uma gama de debates éticos, possui vinculação direta para com os direitos mais íntimos dos indivíduos, aspecto que merece atenção.

1.3 Proteção de Dados Genéticos no Brasil

Importante quando se trata de dados genéticos a observação quanto a proteção ofertada no ordenamento brasileiro. Para tanto, invariavelmente, deve-se realizar uma observação da Constituição Federal brasileira, assim como da legislação infraconstitucional.

No que tange ao texto constitucional, cabe referir-se que o tema é abarcado pelas disposições constantes do seu artigo 1º, inciso III, eis que este trata da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. De onde se extrai estar toda a experimentação científica, na qual se enquadra a obtenção de dados genéticos humanos, assim como todo o trato dado a tal espécie de informações (bancos de dados), atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Já o artigo 225, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988 *estabelece o direito ao meio ambiente equilibrado e assegura a efetividade deste direito através da preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do país.*¹⁷

Sendo que o artigo 5º do texto constitucional, em seu inciso X, proclama o direito à privacidade. Restando evidente que qualquer pesquisa, obtenção de dados, ou formação de banco de dados genéticos está adstrita ao direito em questão. Salientando-se que a Constituição apresenta uma série de direitos correlatos (que merecem atenção quando do trato do tema dados genéticos), quais sejam o da inviolabilidade do domicílio, do sigilo de dados,

¹⁷ ECHTERHOFF, Gisele, *op cit.*, p. 163.

assim como o que prevê ferramenta processual-constitucional para proteção ao direito à privacidade (*habeas-data*).¹⁸

Sem que se acredite que a tutela constitucional esteja limitada aos artigos e direitos acima referidos, mas sim que toda a questão do trato de dados genéticos mereça ser observada desde uma análise tópicos-sistemática – valendo-se de uma série de princípios e normas constitucionais. Merecendo qualquer estudo em termos de Biotecnologia (com atenção especial para novas técnicas biológicas que guardem relação para com a identidade genética do ser humano) ser centrado na pessoa humana e em sua dignidade.

No que tange a legislação infraconstitucional, cabe referir-se a Lei de Biosegurança (Lei 11.105/2005) – que regulamenta o artigo 255 da Constituição Federal, fixando normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) – em especial seu artigo 43, que trabalha com a questão de dados constantes de arquivos de consumo. Sendo que – apesar de que aqui não se pretende tratar do tema – ainda merecem atenção algumas orientações e resoluções que emanam da medicina (Ministério da Saúde, Conselhos de Medicina, entre outros) quando da análise de um caso concreto.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Delimitação Conceitual e Terminológica

Em um primeiro momento, faz-se importante esclarecer a opção conceitual e terminológica adotada no presente estudo – ou seja, de que os Direitos Fundamentais são aqueles previstos em um texto constitucional de determinado Estado¹⁹, no entanto, fazendo-se mister, mesmo que em breves linhas, uma adequada justificação. Esta se faz relevante pelo feito de que, tanto a doutrina, como o direito positivo em diferentes Estados, em algumas oportunidades, quando tratam desta espécie de direitos, utilizam indistintamente uma série de

¹⁸ ECHTERHOFF, Gisele, *op cit.*, p. 165.

¹⁹ GOMES CANOTILHO, Joaquim José. **Direito Constitucional**, 5.ed.. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 528; MARQUES DA SILVA CABRAL PINTO, Luiza. **Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.141; PEREIRA DE FARIAS, Edmilson. **Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Fabris, 1996, pg. 59-60; MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca. Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales. Del Análisis del Carácter Fundamental de los Derechos Humanos a la Distinción Conceptual. In J. Ballesteros (Ed.). **Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos**. Madrid: Ed. Tecnos, 1992, p. 42-45; MUÑOS ARNAU, Juan Andrés. **Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1998, p. 21-32.

termos, como “direitos humanos”, “direitos subjetivos públicos”, “direitos do homem”, “liberdades públicas”, “direitos humanos fundamentais”, entre diversos outros.²⁰ Não sendo por acaso, que alguns autores vêm manifestando-se pela ambiguidade e heterogeneidade na utilização indistinta das referidas expressões.²¹ Nesta linha, imprescindível que encontremos uma unidade semântica, que possibilite um adequado desenvolvimento do presente estudo.

Salientando-se que relevante uma análise do aspecto terminológico em comento, exatamente porque alguns dos textos constitucionais mais avançados do mundo em termos de direitos fundamentais acabam por fazer uso de diversos termos como tratando do mesmo objeto, sendo possível tomar-se como exemplo desta situação a Constituição espanhola e a brasileira.²² Sendo de suma relevância referir-se que o debate a respeito da terminologia mais adequada para o desenvolvimento do presente estudo não configura um mero problema semântico, alcançando aspectos ideológicos, filosóficos e de eficácia dos direitos. Restando claro que as distintas expressões antes aludidas, em realidade, não têm o condão de abarcar a integralidade do objeto contido nos “direitos fundamentais”²³, abrangendo apenas determinadas categorias dos mesmos, por esta razão não podendo ser utilizadas indistintamente neste trabalho.

Interessante um breve esclarecimento a respeito dos termos mais utilizados, conforme apregoadado exhaustivamente por grande parte da doutrina ao tratar de direitos fundamentais, mesmo que esta análise não seja o objeto central do presente estudo. Existem doutrinadores que entendem pelo uso da expressão “direitos naturais”, posição esta, notadamente, de cunho *jusnaturalista*. O uso deste termo implica no entendimento de que haveriam direitos anteriores à existência do Poder e do direito positivo; que estes seriam descobertos por meio de uma análise racional da natureza e que deveriam ser levados em consideração quando da elaboração de normas de direito criadas pelo legislador, ademais de

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33; MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca, *op. cit.*, p. 42-43; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, **Derechos Fundamentales**. 4. ed.. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1986, p. 13-31; MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo; OTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos Fundamentales y Constitución**. Madrid: Civitas, 1988, p. 47.

²¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Eudema, 1991, p. 19-34.

²² Alegação elaborada na obra de MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo; OTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos Fundamentales y Constitución**. Madrid: Ed. Civitas, 1988, p. 47, e que se enquadra a situação da Constituição Federal brasileira de 1978. Importando ressaltar que mesmo as Constituições espanhola e brasileira apresentando, em algumas oportunidades, termos distintos, adotaram a teoria dualista entendendo pela existência de uma distinção não somente de cunho terminológico-conceitual, como no que tange ao seu alcance ideológico e filosófico, e no plano da eficácia.

²³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *op. cit.*, p. 32-34.

serem um limite a ação deste último.²⁴ Esta posição se encontra desvinculada da história, e da realidade social²⁵, quando da identificação dos direitos, por esta razão inadequada e praticamente em desuso²⁶. Assim, não se pretende retirar a relevância desta posição quando do estudo dos direitos humanos e fundamentais, no entanto, necessário o esclarecimento de que esta se encontra em descompasso com a realidade, para fins de evitar-se o uso indiscriminado do termo em testilha.²⁷ Neste rumo, acreditamos que a expressão “direitos naturais” não se presta como sinônimo de “direitos fundamentais”, razão pela qual, não será adotada no presente trabalho.

Outro termo utilizado largamente é o de “direitos públicos subjetivos”. A respeito desta expressão, inicialmente, importa referir que causa dificuldades do ponto de vista da generalização do debate em torno dos “direitos fundamentais”, vez que estes últimos devem ser “popularizados”, não podendo se restringir ao âmbito dos juristas - razão suficiente para justificar a sua não utilização.²⁸ Segundo Gregório Peces Barba, de alguma maneira *los derechos subjetivos son la versión positivista de los derechos naturales, amparados ambos en el mismo marco cultural antropocêntrico, aunque este segundo término, probablemente por ser un cultismo jurídico, alcanzó menor expresión en su uso como lenguaje natural*²⁹. No entanto, não é a dificuldade em generalizar o termo o seu maior problema, mas sim, o fato de que este se encontra inadequado a atual situação dos direitos fundamentais inseridos no Estado social.³⁰ O esclarecimento a respeito desta expressão vai justificado na necessidade de afastar o uso desmedido e impreciso da mesma, ao tratar-se de “direitos fundamentais”.

Outro termo corriqueiramente utilizado por alguns autores ao tratarem do tema direitos fundamentais é “liberdades públicas”. Esta expressão possui um caráter eminentemente positivista. Este termo possui conteúdo muito semelhante aos compreendidos pela expressão “direitos públicos subjetivos”, no entanto, com uma maior possibilidade de difusão³¹ - na medida em que mais próximo de uma linguagem corriqueira. Por outro lado,

²⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *op. cit.*, p. 22-24.

²⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, **Derechos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 338-339.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 26 e ss. O autor em questão esclarece que os direitos humanos, e por consequência lógica também os direitos fundamentais, possuem dimensão histórica e relativa, portanto desapegados de um direito natural.

²⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales. Teoría general**. p. 22-24.

²⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Op. cit.*, p. 24-25.

²⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Idem*, p. 24.

³⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Ibidem*, p. 25.

³¹ Ao utilizarmos o termo “difusão”, pretendemos manifestar-nos quanto a possibilidade de alcance da população de um modo geral, ou seja, atingindo e surtindo efeitos sobre pessoas que não integrem o mundo acadêmico jurídico.

está no mesmo rumo das expressões anteriormente referidas, não abarcando a integralidade dos direitos fundamentais, na medida em que, acaba por abranger somente os ditos direitos de “autonomia da vontade”, não alcançando os de “participação e prestação”. Em verdade, esta terminologia tem raiz na filosofia liberal, que possui como interesse os direitos civis individuais. Por esta razão, não nos parece adequada sua utilização como sinônimo de direitos fundamentais, assim como apregoados por renomados autores ao tratarem do tema.³²

A confusão mais comum³³, observada tanto na doutrina como em textos legais, seja de direito interno ou internacional, é a utilização dos termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos” como se sinônimos fossem - situação esta que, para nós, não guarda correspondência com a realidade. Fazemos referência à existência de debate a despeito do tema por grande número de estudiosos³⁴, não em razão de mera eleição semântica, mas para esclarecer a posição adotada no presente estudo quanto a aspectos ideológico-filosóficos. Como muito eloquentemente foi aclarado por Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais são *direitos dos seres humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado*³⁵, enquanto que, o termo direitos humanos *guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supra nacional (internacional)*³⁶. Interessante, neste momento, observar que A. E. Peres Luño, para elucidar a diferenciação entre os termos direitos fundamentais e direitos humanos, faz uso da concreção positiva, aclarando que o último possui um conceito de contornos mais amplos e imprecisos do que o entendimento a despeito dos direitos fundamentais.³⁷

³² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Idibidem*, p. 27-28.

³³ Importante esclarecer que o presente estudo não tem a intenção de dissecar as confusões terminológicas que giram em torno dos direitos fundamentais, no entanto, para visualizar o equívoco da utilização indistinta e indiscriminada de diversos termos para tratar-se de direitos fundamentais, importa a leitura das obras de PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *op. cit.*, p. 19-34; WOLFGANG SARLET, Ingo, *op. cit.*, 33-66.

³⁴ Cabe mencionar que, na Espanha, existem diversos autores que se posicionam pela distinção dos termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, tais como, MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca, *op. cit.*, p. 42-45; MUÑOS ARNAU, Juan Andrés, *op. cit.*, p. 21-32; RODRÍGUEZ PALOP, Maria Eugenia, in **La Nueva Generación de Derechos Humanos: Origen y justificación**. Madrid: Dykinson, p. 147. No Brasil, autores como PEREIRA DE FARIAS, Edmilson. **Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação**. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 59-60; SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 33-41.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, *idem*, p. 36-37.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *ibidem.*, p. 37.

³⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 46-47. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *op. cit.*, p. 32-34.

Nesta seara, apropriada a leitura de passagem de Ingo Wolfgang Sarlet, que menciona que *em face dessas constatações, verifica-se, desde já, que as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” (ou similares), em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam a significados distintos. No mínimo, para os que preferem o termo “direitos humanos”, há que se referir - sob pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos - se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva*³⁸. Importando ressaltar que o fato de tê-los como sendo distintos, não importa no entendimento de que seriam desconexos. Em realidade, evidente que os direitos fundamentais - tidos como previstos no direito interno de determinado Estado Constitucional, são inspirados nos textos de direito internacional, pertinentes aos direitos humanos. Podendo-se até mesmo dizer que todos os direitos fundamentais, de certa forma, são, em realidade, também direitos humanos.³⁹ Exatamente por esta razão, cada vez maior a aproximação entre ambos, em busca de uma harmonização, que está a conduzir ao que alguns autores chamam de uma constitucionalização internacional.⁴⁰

Portanto, não existe a pretensão de negar a estreita ligação entre os ditos direitos fundamentais e os direitos humanos, mas em realidade, referendar, mesmo que rasamente, a distinção existente entre seus conceitos, possibilitando uma abordagem de diversos pontos de crucial relevância para o presente estudo, desde uma perspectiva filosófico-ideológico-constitucional. Restando imprescindível a diferenciação entre os conceitos, para não existir confusão quando se vier a tratar do plano da eficácia dos direitos - uma vez que os direitos fundamentais (tidos como os previstos em um ordenamento jurídico específico, de um determinado Estado), ao menos na teoria, possuem um maior grau de eficácia, eis que existem instâncias com poder de garantir o seu respeito e realização. Notadamente, os direitos humanos, para fins de uma concreta efetividade, dentro de um determinado Estado dependem de um reconhecimento por parte do ordenamento jurídico deste. Significando dizer que os direitos humanos para serem efetivamente exigidos, e realizados dentro de uma certa nação, necessitam de um prévio reconhecimento do ponto de vista legislativo, do contrário não

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *ibidem*, p. 38.

³⁹ Entendemos por fazer tal sorte de colocação, por acreditarmos que o titular de direitos fundamentais invariavelmente será um ser humano, mesmo que desde uma coletividade. A respeito do tema Direitos Humanos, interessam os estudos de BELLOSO MARTÍN, N., BELLOSO MARTÍN, N. La fundamentación de los Derechos Humanos em La doctrina española actual. In: **Estudios filosóficos**. Salamanca: San Esteban vol.45, nº128, 1996, pp.127-159, e *Planteamientos doctrinales de los derechos humanos a través de la historia*. In: **Humana Iura**. Suplemento de Derechos Humanos de Persona y Derecho, Universidad de Navarra, Eunsa, 5, 1995, pp.51-91.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 38.

possuem qualquer força impositiva ou diretiva - não passando de um mero discurso formal, sem qualquer aplicação material.⁴¹ Por outro lado, os direitos fundamentais, enquanto reconhecidos constitucionalmente, tanto no aspecto formal, como material, possuem uma eficácia direta no que refere ao Estado que os previu, visto que, aos menos em teoria, detém meios de serem aplicados.⁴²

2.2 Eficácia dos Direitos Fundamentais: Primeiros Passos

Ao pretender-se realizar qualquer estudo quanto à eficácia dos direitos fundamentais, tal como preceitua Ingo Wolfgang Sarlet⁴³, faz-se relevante aclarar quanto à opção terminológica e conceitual a ser adotada. No presente faz-se uso da tradicional distinção entre vigência e eficácia⁴⁴ percebida na doutrina pátria. Sem que se pretenda negar a existência de uma relação entre ambas, deve-se aqui – mesmo que de forma muito singela - ser desenhada a eficácia. Há que adotar-se a distinção operada por José Afonso da Silva entre eficácia social da norma – real aplicação aos fatos - da eficácia jurídica da norma – possibilidade de sua aplicação.⁴⁵ Entendendo-se que a dita eficácia social identifica-se com a noção de efetividade⁴⁶

Adotando-se no presente texto a *eficácia jurídica como possibilidade (no sentido de aptidão) de norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.*⁴⁷ Sendo que, deste entendimento seminal pode-se pretender uma observação da eficácia dos direitos fundamentais⁴⁸.

⁴¹ Esta alegação é feita de forma estritamente legalista, para fins de esclarecimento a despeito da diferença entre os ditos “direitos fundamentais” e os “direitos humanos”, no entanto, de forma alguma se pretende menosprezar estes últimos. Muito pelo contrário, como se perceberá ao longo deste estudo, acreditamos que os direitos humanos possuem grande relevância funcional, bem como sensível vinculação com os direitos fundamentais.

⁴² ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional e Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo** (RDA) n° 217, 1999; e SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 39.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Ano I, Vol. I, Abril de 2001.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 226: *Tomando-se a paradigmática lição de José Afonso da Silva, a vigência consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente (após regular promulgação e publicação), tornando-a de observância obrigatória, de tal sorte que a vigência constitui verdadeiro pressuposto da eficácia, na medida em que apenas a norma vigente pode vir a ser eficaz.*

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, *idem.*, p. 226.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *ibidem*, p. 228.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, *idibidem*, p. 229.

⁴⁸ É possível a observação de um pormenorizado estudo quanto a doutrina clássica da eficácia das normas constitucionais no direito brasileiro na obra de Ingo Wolfgang Sarlet intitulada *A eficácia dos direitos fundamentais*.

No que tange, especificamente, aos direitos fundamentais, importa fazer-se referência inicial ao artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal (*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*). Acreditando-se que o trato ofertado por Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que aludido artigo consiste em *norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais*⁴⁹. Extraído-se que a aplicabilidade imediata e eficácia plena constituem regra, e que ocorrências distintas demandam adequada fundamentação (análise tópico-sistemática).

2.3 Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais

Sem que se cogite diminuir a relevância da vinculação do poder público aos direitos fundamentais (legislador, órgãos administrativos, Juízes e Tribunais)⁵⁰, pretende-se focar o estudo, neste trabalho, na esfera jurídico-privada. Esclarecendo que a delimitação proposta decorre da ambição de verificar-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares decorrentes da informação genética.

Ao adentrar-se em temática tão interessante, não há como furtar-se a um breve esclarecimento quanto a opção terminológica, fazendo-se mister referir que adota-se o entendimento esposado por Ingo Wolfgang Sarlet no sentido de que o termo “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, comumente utilizado na doutrina, deve ser evitado – uma vez que mesmo nas relações entre particulares o estado segue atrelado (exemplo quando cabe ao judiciário resolver litígio) -, merecendo fazer-se uso da expressão “eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares”⁵¹.

Apesar de a Constituição brasileira não fazer expressa menção à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, deve-se atentar para o fato de que superado o Estado Liberal – no qual os direitos fundamentais eram essencialmente vistos como direitos de defesa do indivíduo em face do Estado -, encontra-se o Estado Democrático de Direito – onde a dicotomia entre público e privado extingue-se. Como não poderia deixar de ser, deve-se

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 264.

⁵⁰ Sobre a vinculação do poder público aos direitos fundamentais ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 351-362.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. Revista eletrônica de direito civil - **Civillistica.com**, ano 1, 2012.

reconhecer que os direitos fundamentais são aplicáveis sobre o sistema como um todo, não podendo cogitar-se a exclusão da esfera privada.⁵²

Momento em que visualiza-se ao menos duas distintas possibilidades de relações entre particulares que podem ser comentadas, a primeira na qual existe uma diferença de poder social – *que se cuida indubitavelmente de relações desiguais de poder, similares as que se estabelecem entre os particulares e o poder público*⁵³-, e uma segunda onde há uma igualdade de condições. Existindo posicionamento doutrinário no sentido de que, em existindo igualdade – mesmo que relativa – nas ditas relações entre particulares, deveria prevalecer o princípio da liberdade, defendendo-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais apenas em situações em que a dignidade da pessoa humana fosse atingida. Dita doutrina defende que nas relações privadas – em condições de igualdade, mesmo que relativa – é possível sustentar-se uma eficácia mediata dos direitos fundamentais, na medida em que se entende pela impossibilidade de normas de cunho privado contrariarem os direitos fundamentais (sendo que as normas de direito privado devem, imperiosamente, ser interpretadas conforme a Constituição – Publicização e Constitucionalização do privado).⁵⁴

Fazendo-se mais coerente o ensinamento no sentido de que há que entender pela vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, e reconhecer-se que não se trataria de uma aplicação uniforme destes direitos. Significando dizer-se que adota-se uma aplicação literal da Constituição (aplicabilidade direta dos direitos fundamentais), sem que deixe-se de reconhecer o princípio da autonomia privada (que em dados momentos pode justificar, em um caso concreto, aplicação diferida de direitos fundamentais).⁵⁵

Apesar de entender-se pela necessidade de uma análise tópico-sistemática, para fins de observação do (ou dos) direito fundamental que merece preponderar, não acreditamos seja o momento para o estudo de uma técnica científica em específico, mas sim a abertura para o debate desde uma perspectiva geral. Acreditando-se que o trato com material genético humano, diante de suas infundáveis possibilidades, em termos de relações entre particulares, enquadra-se em campo do direito em que a vinculação aos direitos fundamentais deve *prima facie* ser imediata. Defendendo-se que os contratos envolvendo material genético (seja para

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang, *opcit*, p. 366-367: (...) *fato de que também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos.*

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. P. 368.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, *Op. Cit*, p. 368-369.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, *Idem*, p. 370.

fins de depósito, pesquisas, ou outros serviços não vedados por lei) devam ser realizados em consonância com os direitos fundamentais dos envolvidos e de terceiros (seja da coletividade, seja de pessoas diretamente envolvidas). Sendo que, qualquer desrespeito aos direitos fundamentais, invariavelmente, poderá ser levantado junto ao Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do presente estudo, percebe-se que os dados genéticos – enquanto informações genéticas capazes de individualizar o ser por completo – são englobados nas ditas capacidades técnicas dos seres humanos, estando insertos no campo da denominada Biotecnologia – ciência atinente as novas técnicas científicas no campo da biologia. E quando trata-se de dados genéticos humanos, percebe-se estar diante de informações de poderes ilimitados, capazes de afetar os direitos mais íntimos dos homens.

Ao visualizar-se que inexiste maiores dificuldades técnicas para a obtenção e armazenamento de dados genéticos humanos, chega-se ao entendimento de que diversas relações entre particulares podem advir deste campo do conhecimento. Se está falando de um sem fim de possibilidades para a indústria farmacêutica, medicina, empresas de seguros, e para tantas outras atividade. Ou seja, sente-se a ciência muito próxima da economia, e, por conseguinte, para com a vida dos indivíduos.

Ao entender-se a ciência como intimamente ligada para com a vida dos seres humanos, percebe-se que, como não poderia deixar de ser, também diretamente vinculada para com os seus direitos fundamentais – enquanto direitos constitucionalmente reconhecidos. Momento em que deve-se observar como operasse a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares atinentes aos dados genéticos. Acreditando-se, no presente estudo, pela possibilidade de estabelecimento de uma eficácia direta *prima facie*. Esclarecendo-se que, mesmo com a defesa de uma eficácia direta, de forma alguma conclui-se por um fixismo em matéria de direitos fundamentais, eis que não se pretende a desconsideração da autonomia privada (princípio fundamental), ou a defesa de uma hierarquia rígida entre os distintos direitos que podem estar envolvidos em um caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABA CATOIRA, Ana. **La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español**. Valencia: Tirantlo Blanch, 1999.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional e Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *In Revista de Direito Administrativo (RDA)* n° 217, 1999.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMARAL, Francisco. **O poder das ciências biomédicas: os direitos humanos como limite. A moralidade dos atos científicos**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – fundação Oswaldo Cruz, 1999.

ARA PINILLA, Inácio. Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática. *In* J. Muguerza y otros. **El fundamento de los derechos humanos**. A cargo de G. Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, p. 57-65.

BALLESTEROS, Jesús (editor). **Derechos humanos: conceptos, fundamentos, sujetos**. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. Rio de Janeiro: **Revista Bioética 2000** – v.8 – n°2, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5. Ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2001.

BELLOSO MARTÍN, N.. La fundamentación de los Derechos Humanos en la doctrina española actual. *In Estudios filosóficos*. Salamanca: San Esteban vol.45, n°128. 1996, pp.127-159.

_____. Planteamientos doctrinales de los derechos humanos a través de la historia. *In Humana Iura*, Suplemento de Derechos Humanos de Persona y Derecho. Universidad de Navarra: Eunsa, 5, 1995, pp.51-91.

_____. Sociedad tecnológica y cuestiones de bioética: la búsqueda de fundamentos de una nueva disciplina. En M^a.I. Bringas López y E.J. Ibeas Cuasante. **Una nueva disciplina: la Bioética**. Burgos: Universidad Popular para la Educación y Cultura de Burgos. 2004, pp.13-74.

BERNARDO, O. Perspectivas de bioética. *In* Acção Médica. Porto: Associação dos Médicos Católicos Portugueses, nº3, 1992, p. 33-40.

BLÁZQUEZ, Niceto. **Bioética: la nueva ciência de la vida**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

BOLZAN MARMELESTEIN LIMA. **Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

____. **O princípio da proporcionalidade e o direito fundamental à ação: um estudo constitucionalmente adequado acerca das limitações ao direito de ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BOFF, Salete Oro e BORTOLANZA Guilherme. As relações de consumo e o amparo principiológico: análise a partir do sistema constitucional contemporâneo. *In* PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio Horn (org.). **Relações de consumo: humanismo**. Caxias do Sul: Educs, 2011.

BUÍSAN, Lydia. Bioética y principios basicos de ética médica. *In* **Materiales de bioética y derecho**. Edición a cargo de Maria Casado. Barcelona: Cedecs, 1996.

BUXO I REY, M. Jesús. Bioética y antropología. *In* **Materiales de bioética y derecho**. Edición a cargo de Maria Casado. Barcelona: Cedecs, 1996.

BRAGA PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 1997.

CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, José. Limites da ciência e o respeito à dignidade da pessoa humana. *In* Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.org. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Revista dos Tribunais, 2001.

CARONE SLABI CONTI, Matilde. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCCrim, 1999.

____. **El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

CASADO, Maria. La Bioética. *In* **Materiales de Bioética y Derecho**. Edición a cargo de Maria Casado. Barcelona: Cedecs, 1996.

CELESTE CORDEIRO LEITE SANTOS. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. Revista dos Tribunais, 2001.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. Concepto de Derecho Fundamental: Identidad, Estatus, Carácter. *In* José Maria Sauca (Ed.), **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Imprenta Nacional Del Boletín Oficial del Estado, 1994.

CURVO LEITE, Rita de Cássia. Os direitos da personalidade. *In* **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. Org. Maria Celeste. Editora revista dos tribunais, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed., aum. e atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005, São Paulo, Saraiva, 2006.

DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8196-8195-1-PB.htm>. Acessado em 21 de novembro de 2013.

DUTRA, Delmar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas – a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FEITO GRANDE, Lydia. ?Por qué bioética?. *In* **Estudios de Bioética**. Lydia Feito Grande (ed.). Madrid, Dykinson, 1997.

FLECHA, Jose-Roman. **La fuente de la vida**. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2000.

FREEMAN, Michael. Direitos humanos universais e particularidades nacionais. *In* **Cidadania e justiça. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**. Brasília, ano 5, nº 11, 2001.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GAFO, J., (Editor). **Nuevas técnicas de reproducción humana**. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1986.

GALÁN JUÁREZ, Mercedes. **Antropología y derechos humanos**. Madrid: Dilex, 1999.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

_____. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. Trad. Marina Gascón e Miguel Carbonell. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

HARBELE, Peter. El Concepto de Los Derechos Fundamentales. *In* José Maria Sauca (Ed.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Imprenta Nacional Del Boletín Oficial del Estado, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACKLIN, Ruth. Bioética, vulnerabilidade e proteção. In PESSINI, Léo; GARRAFA, Volnei (org.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003, pp. 66-67.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo; OTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos Fundamentales y Constitución**. Madrid: Ed. Civitas, 1988.

MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca. Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales. Del Análisis del Carácter Fundamental de los Derechos Humanos a la Distinción Conceptual. In J. Ballesteros (Ed.). **Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos**. Madrid: Ed. Tecnos, 1992, p. 42 e ss.

MARTINS-COSTA, Judith, Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito. In **Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, volume 3, 2001.

MIGNON DE ALMEIDA, Aline. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

MUÑOS ARNAU, Juan Andrés. **Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1998.

NAVARRO, Adréya Mendes de Almeida Sherer. **O Obscuro objeto do Poder: ética e direito na sociedade biotecnológica**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2007.

NOGUEIRA, João Rui Duarte Farias; LOUREIRO, Rui Pedro Cardoso; BATOCA SILVA, Ernestina. **O homem, a ciência e a bioética**. Disponível em <http://www.ipv.pt/millenum/Millenum30/2.pdf>. Acessado em 15 de maio de 2013.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoria general**. Madrid: Eudema, 1991.

_____. **Derechos fundamentales**. 4.ed., Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1986.

_____. **Derechos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. Madrid: Dykinson, 2002.

PEREIRA DE FARIAS, Edmilson. **Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

RODOTÀ, Stefano. *Transformações do corpo*. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 19, Julho/Setembro, 2004.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANTOS, Manoel Pereira dos. Considerações Iniciais sobre a Proteção Jurídica das Bases de Dados. In LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord). **Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Algumas notas sobre a relação entre Direitos Fundamentais e o Processo: o caso da controvérsia entre a tutela processual individual e/ou transindividual do direito a saúde. *In* Araken de Assis... (et. al.). **Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tescheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Revista eletrônica de direito civil - Civilistica.com*, ano 1, 2012.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *In* **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Ano I, Vol. I, Abril de 2001.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. Biobancos, dados genéticos e proteção jurídico-penal da intimidade. *In* **Revista da AMRIGS**. Porto Alegre, 56 (3): 268-273, jul-set de 2012.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES, Bruno. Introdução ao biodireito: da zetética à dogmática. *In* **Biodireito**. Maria de Fátima Freire de Sá (org). Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VEIGA, Luiz Adolfo Olsen da Veiga; ROVER, Aires José. Dados e informações na internet: é legítimo o uso de robôs para formação de base de dados de clientes? *In* ROVER, Aires José (org.) **Direito e Informática**. São Paulo: Manole, 2004

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.