

MIGUEL ADOLFO KALABAIDE

**LIMITES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE PESQUISA
CIENTÍFICA EM SERES HUMANOS – UM ESTUDO SOBRE O
CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, À LUZ DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**CURITIBA
2002**

MIGUEL ADOLFO KALABAIDE

**LIMITES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE PESQUISA
CIENTÍFICA EM SERES HUMANOS – UM ESTUDO SOBRE O
CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, À LUZ DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

**CURITIBA
2002**

TERMO DE APROVAÇÃO

MIGUEL ADOLFO KALABAIDE

LIMITES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE PESQUISA CIENTÍFICA EM SERES HUMANOS – UM ESTUDO SOBRE O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Professor Doutor Alvacir Alfredo Nicz
Departamento de Direito Público, UFPR



Professor Mestre Eliseu de Moraes Correa
Departamento de Direito Público, UFPR



Professora Doutora Vera Karam de Chueiri
Departamento de Direito Público, UFPR

Curitiba, 07 de novembro de 2002

SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO I – EXPERIÊNCIA CIENTÍFICA EM SERES HUMANOS.....	03
1. Pesquisa com seres humanos e seus problemas.....	03
2. Princípios éticos-jurídicos da experimentação científica em seres humanos.....	05
3. Engenharia genética e pesquisas com genoma humano.....	09
CAPÍTULO II – LIBERDADE DA ATIVIDADE CIENTÍFICA.....	13
1. A livre expressão da atividade científica como direito fundamental.....	13
2. Princípio do primado do direito à vida.....	18
3. Conflito entre a liberdade de atividade científica e o outro direito fundamental.....	20
CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	34
1. O respeito à dignidade humana como paradigma da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito.....	34
2. O princípio da dignidade da pessoa como ponto de equilíbrio do conflito entre direitos fundamentais.....	42
CONCLUSÃO.....	51
BIBLIOGRAFIA.....	55

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a liberdade de pesquisa científica em seres humanos, direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, e o conflito entre esse direito fundamental e outros presentes na Carta, como o direito à vida, integridade física, inviolabilidade da imagem e da honra etc., tendo como solução dessas colisões o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação de bens), à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, sob o marco teórico embasador da teoria estrutural de ALEXY e levando em conta os avanços obtidos nas experimentações genéticas, em especial o Projeto Genoma Humano.

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos observados pela sociedade nos últimos tempos vêm causando surpresas e trazendo esperanças para a solução de muitos males da nossa imperfeita sociedade, ao mesmo tempo que geram profundas discussões no campo ético e jurídico.

Das três grandes empreitadas tecnológicas das quais esteve engajada a humanidade destacam-se: o Projeto *Manhatan*, que permitiu ao homem o controle sobre o átomo e sobre a energia nuclear; o Projeto *Apollo*, por meio do qual a humanidade alcançou o sonho de viajar pelo espaço; e o Projeto *Genoma Humano*, esforço mundial de laboratórios europeus, americanos e japoneses, que visa ao mapeamento do conjunto de genes do corpo humano, permitindo descobrir a função de cada um deles e seu papel na formação do corpo, das doenças e, segundo alguns, sua responsabilidade na constituição de aspectos antes considerados apenas psicológicos e culturais.

O presente trabalho, apesar de tratar do tema “liberdade de pesquisa científica em seres humanos” e, portanto, englobando o Projeto Genoma Humano, não deixou de, ao tratar do tema, relacioná-lo direta e especificamente com um tipo de pesquisa, qual seja, a manipulação genética, donde se encontra o Projeto Genoma Humano. Isto porque, não se poderá mais, a partir do conhecimento de 100% do genoma humano, falar-se em pesquisa científica em seres humanos sem passar pelo conhecimento do que venha a ser o nosso conjunto de genes e suas funções. Se o século XIX foi o da máquina a vapor, o século XX da informática, o século XXI será o da biotecnologia.

Ainda, no capítulo que se tratou do referido Projeto, foram tecidas algumas considerações a respeito dos princípios ético-jurídicos da experimentação científica em seres humanos, explicitando-se, sucintamente,

temas como bioética e seus referenciais básicos e os princípios contidos na Resolução CNS n.º 196/96.

No segundo capítulo, tratamos do direito fundamental à liberdade de pesquisa científica em seres humanos, previsto no art. 5.º, IX, da Constituição Federal Brasileira, estabelecendo as discussões a respeito dos seus limites e abordando, como reflexo desses limites, o princípio do direito à vida, culminando com a problemática do conflito entre a liberdade de atividade científica e outro direito fundamental, como, exemplificativamente, o direito à vida. Neste último item, tratamos da colisão de direitos fundamentais, tendo como solução a aplicação do princípio da proporcionalidade (ponderação de bens), sob o marco teórico da teoria estrutural de ALEXY.

Por fim, ao abordarmos o princípio norteador maior – a dignidade da pessoa humana – estabelecemos um caminho justo a ser seguido quando da aplicação da ponderação de bens, ou seja, ao aplicarmos o princípio da proporcionalidade devemos ter em mente essa dignidade, paradigma da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO I – EXPERIÊNCIA CIENTÍFICA EM SERES HUMANOS

1. Pesquisa com seres humanos e seus problemas

A preocupação mundial com as pesquisas científicas em seres humanos aumenta a cada dia em decorrência dos riscos que podem acarretar aos participantes e das questões ético-jurídicas levantadas pela aplicação de testes em larga escala de vacinas e medicamentos e por experiências biomédicas envolvendo grupos populacionais vulneráveis, visto serem o único meio de acesso a tratamentos novos que possam prevenir ou eliminar determinadas moléstias ou incapacidades.

Aos 16 de outubro de 1996, o Brasil aprovou as Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas em Seres Humanos, através da Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) n.º 196, que estabeleceu os padrões de conduta para proteger a integridade física e psíquica, a saúde, a dignidade, a liberdade, o bem-estar, a vida e os direitos dos envolvidos em experiências científicas, atendendo-se ao princípio da moralidade médica e cirúrgica que consiste em nunca executar no homem uma experiência que possa produzir-lhe malefício, mesmo que o resultado possa ser altamente vantajoso para a ciência, isto é, para a saúde de outrem.

O primeiro Código Internacional de Ética para pesquisas com seres humanos foi o de Nuremberg, publicado em 1947, em resposta às atrocidades e experiências praticadas por médicos nazistas comandados por Josef Mengele, nos campos de concentração, durante a Segunda Guerra Mundial. Esse Código buscou enfatizar o consentimento livre do paciente.

Um ano antes, porém, a Associação Médica Americana, por meio do

Comitê Médico Americano para Experiência de Guerra, já havia fixado três princípios que deveriam ser considerados em tais pesquisas biomédicas: o do consentimento voluntário do experimentado, o do consentimento prévio dos riscos da pesquisa em animais e o da execução, proteção e acompanhamento médico na pesquisa. Em 1949, a Associação Médica Mundial publicou o Código Internacional de Ética Médica, que ressaltou o princípio da beneficência.

Todavia, foi em 1964, com a Declaração de Helsinque, que se aprovaram normas disciplinadoras da pesquisa clínica combinada com o tratamento, diferenciando-a da experimentação não terapêutica.

Nesse trabalho monográfico, apesar dos princípios nele tratados se aplicarem à generalidade das pesquisas com seres humanos, o enfoque primordial se dá na pesquisa genética com seres humanos, enfatizando o Projeto Genoma Humano, do qual vários problemas surgem e questões a serem respondidas. As técnicas de engenharia genética melhorariam a qualidade de vida na atual conjuntura, garantindo às gerações futuras uma existência digna? Ao empregar a biotecnologia não estaria o ser humano assumindo riscos à sua saúde e sobrevivência? Estariam tais experimentos garantindo a preservação da vida no futuro? Estar-se-ia respeitando a dignidade humana ao fazer experimentos com material genético humano? São questões que não temos a pretensão, nesse trabalho, de respondê-las. Entretanto, os princípios aqui tratados e as limitações constitucionais à pesquisa com seres humanos poderão nos dar algumas respostas, evitando que os avanços biotecnológicos nos levem a um perigoso e arriscado caminho sem retorno.

Estes problemas, embora, em geral, tenham sido bem estudados em relação às pesquisas não genéticas, apresentam interesse e exigem especial atenção em relação às pesquisas genéticas em virtude das peculiaridades

diferenciadoras que sua análise ética e jurídica oferecem. No entanto, e pela evidente relação que guardam com esta nova perspectiva, não deveriam ser desperdiçadas as construções éticas e jurídicas já elaboradas, em relação à experimentação não genética, tomando-as, ao menos, como ponto de partida.

2. Princípios éticos-jurídicos da experimentação científica em seres humanos

A pesquisa biomédica que, individual ou coletivamente, envolva ser humano, de forma direta ou indireta, em sua totalidade ou em parte, incluindo o manejo de informações ou materiais, tendo por escopo fins terapêuticos ou de prevenção de moléstias, reger-se-á por princípios já consagrados, inclusive em sede constitucional como veremos mais adiante, e por aqueles consignados na Resolução CNS n.º 196/96 e, ainda e principalmente, pelos quatro referenciais básicos da bioética, tendo dois deles caráter deontológico (não-maleficência e justiça) e os demais, teleológico (beneficência e autonomia).¹

Antes, porém, de tratarmos dos referenciais, mister se faz esclarecer, sucintamente, o que venha a ser bioética. O termo foi empregado pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte-americano VAN RENSSSELDER POTTER, da Universidade de Wisconsin, em Madison, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, num sentido ecológico, considerando-a a “ciência da sobrevivência”. Seria a ciência que garantiria a sobrevivência na Terra, que está em perigo, em virtude de um descontrolado crescimento da tecnologia industrial, do uso indiscriminado de agrotóxicos, de animais em pesquisas ou experiências biológicas e da sempre crescente poluição

FERREIRA COSTA, Sérgio Ibiapiana, GARRAFA, Volnei & OSELKA, Gabriel. Apresentando a bioética. In: *Introdução à bioética* (vários autores). CFM, 1998, p. 15.

aquática, atmosférica e sonora.² Esse sentido é totalmente diverso do empregado na atualidade. A bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias gênicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, à clonagem de seres humanos, à maternidade substitutiva, à escolha do tempo para nascer ou morrer, à mudança de sexo em caso de transexualidade, à esterilização compulsória de deficientes físicos ou mentais, à utilização da tecnologia do DNA recombinante, às práticas laboratoriais de manipulação de agentes patogênicos etc., como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas. Constituiria, portanto, uma vigorosa resposta aos riscos inerentes à prática tecnocientífica e biotecnocientífica, como os riscos biológicos, associados a biologia molecular e à engenharia genética, às práticas laboratoriais de manipulação genética e aos organismos geneticamente modificados, que podem ter originado o aparecimento de novas doenças virais ou o ressurgimento de antigas moléstias mais virulentas, e os riscos ecológicos, resultantes da queimada, da poluição, do corte de árvores, do uso da energia nuclear, da introdução de organismos geneticamente modificados no meio ambiente ou da redução da biodiversidade. Como o *know-how* tecnocientífico e biotecnocientífico levanta questões quanto à segurança biológica e à transmutação dos valores morais, apenas a bioética poderia avaliar seus benefícios, desvantagens e perigos para o futuro da humanidade.³ Para tanto, a bioética precisa de um paradigma de referência

² CLOTET, Joaquim. Por que bioética? *Bioética*, 1:14, 1993, p. 14.

³ SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética e biossegurança. In: *Iniciação à bioética* (vários autores). CFM, 1998. p. 218-9.

antropológico-moral: o valor supremo da pessoa humana, de sua vida, dignidade e liberdade ou autonomia, dentro da linguagem dos direitos humanos e em busca de uma qualidade de vida digna, dando, portanto, prioridade ao ser humano.

Assim, tais referenciais básicos da bioética são racionalizações abstratas de valores que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais.

O princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento. Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia. Em suma, autonomia seria a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa. Desse princípio decorrem a exigência do consentimento livre e informado e a maneira de como tomar decisões de substituição quando uma pessoa for incompetente ou incapaz, ou seja, não tiver autonomia suficiente para realizar a ação de que se trate, por estar preso ou ter alguma deficiência mental

O princípio da beneficência requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos. Baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar a injustiça. No que concerne às moléstias, deverá

ele criar na práxis médica o hábito de duas coisas: auxiliar ou socorrer, sem prejudicar ou causar mal ou dano ao paciente. Duas são as regras dos atos de beneficência: não causar dano e maximizar os benefícios, minimizando os possíveis riscos.⁴

O princípio da não-maleficência é um desdobramento do da beneficência, por conter a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere*.

O princípio da justiça requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente. Esse princípio, expressão da justiça distributiva, exige uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente. Essa distribuição estaria assim disposta: a cada pessoa uma parte igual, conforme suas necessidades, de acordo com seu esforço individual, com base em sua contribuição à sociedade e de conformidade com seu mérito.

Dentre os princípios jurídicos consignados na Resolução CNS n.º 196/96, destacam-se o consentimento escrito, livre e esclarecido, a ponderação entre os riscos e benefícios, relevância sócio-humanitária da pesquisa, reparação dos danos causados, entre outros.

Pelo princípio do consentimento escrito, livre e esclarecido do indivíduo ou de seu representante legal é preciso que o envolvido manifeste sua anuência à participação na pesquisa após uma explicação clara, acessível e pormenorizada sobre os procedimentos a serem utilizados na pesquisa, os possíveis riscos, os benefícios esperados, os métodos alternativos existentes, a forma de acompanhamento e assistência, o ressarcimento das despesas decorrentes da participação na pesquisa, a indenização a que fará jus diante

⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco & DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 81-2.

dos eventuais danos, a garantia do sigilo que assegure a sua privacidade quanto aos dados confidenciais e a liberdade de recusar-se a participar ou de retirar seu consentimento, em qualquer fase da experiência, sem penalização alguma e prejuízo ao seu tratamento.

Quanto à ponderação entre os riscos e benefícios, deverão os benefícios para o participante e para a sociedade ser maiores que os danos. A pesquisa tem de prevenir ou aliviar um problema que afeta o bem-estar do paciente, devendo o risco ser justificado pela importância da vantagem esperada. A experiência deve ter condição de ser suportada pelo doente, levando-se em conta sua situação física, psíquica, social e educacional. O pesquisador responsável terá de suspender a pesquisa assim que perceber algum dano grave à saúde do participante. O pesquisador, o patrocinador e a instituição assumirão a responsabilidade de dar assistência integral ao paciente pelas complicações e danos decorrentes dos riscos previstos. Aquele que se submeter a uma pesquisa biomédica terá direito à indenização por dano, e ninguém poderá exigir que dele renuncie.

Quanto aos princípios constitucionais, esses serão tratados em capítulo próprio, juntamente com a temática do conflito entre direitos fundamentais, os quais podem figurar como princípios constitucionais, sem nenhum prejuízo da ordem estabelecida nesta exposição. Assim, busca-se uma melhor compreensão dos direitos fundamentais, que raramente aparecerão de forma estanque; o conflito entre os direitos fundamentais, na maioria das vezes, no caso concreto, surgirá.

3. Engenharia genética e pesquisas com genoma humano

A engenharia genética consiste no emprego de técnicas científicas

dirigidas à modificação da constituição genética de células e organismos, mediante manipulação de genes. Constitui um ramo da ciência genética que utiliza procedimentos técnicos idôneos para a transferência de certas informações genéticas para as células de um organismo.⁵ Tais informações advêm de fonte diversa da carga genética da célula onde são introduzidas e são responsáveis pelas novas características nesta ou no indivíduo receptor. Esse conjunto de informações contidas nos cromossomos de uma célula denomina-se genoma, e o DNA (ácido desoxirribonucléico) é o portador da mensagem genética, podendo ser imaginado como uma longa fita onde estão escritas, em letras químicas, os caracteres de cada ser humano, sendo, por isso, sua imagem científica.

Na engenharia genética estão incluídas as noções de manipulação genética, reprodução assistida, diagnose genética, terapia gênica e clonagem, pois tende à modificação do patrimônio hereditário do ser humano. Isso é assim porque a engenharia genética compreende a totalidade das técnicas dirigidas a alterar ou modificar a carga hereditária com o escopo de superar moléstias genéticas (terapia genética) ou de produzir modificações com finalidade experimental para obter a concepção de um indivíduo com caracteres inexistentes na espécie (manipulação genética).

As técnicas de engenharia genética permitem identificar pessoas portadoras de genes patológicos e retirar genes defeituosos para serem reparados e reinjetados no organismo, possibilitando a correção do mal pela substituição do gene avariado por outro normal, impedindo-se que aquele seja transmitido aos filhos, através da pesquisa, por exemplo, de embriões para detectar doenças antes do nascimento, dando assim origem à terapia gênica ou geneterapia. Luta-se contra as anomalias congênitas, mas não se devem marginalizar deficientes com o único escopo de melhorar a espécie humana.

⁵GRECCIA, Elio. Engenharia genética humana: problemas éticos. In: *Questões atuais de bioética* (vários autores). São Paulo: Loyola, 1990. p. 255.

Como se pode ver, a engenharia genética aponta para a possibilidade de interferência precoce não somente na terapia de alterações patológicas detectadas tecnicamente, mas também em caracteres da personalidade e no comportamento do ser humano, pois o genoma humano totalmente mapeado fornecerá à medicina informações sobre a maneira de funcionamento do corpo humano, dando condições para a criação de remédios melhores, para o emprego da terapia gênica, injetando-se, por exemplo, gene que mata o câncer de próstata, e para o uso de conhecimento dos genes antes do nascimento, com a introdução, nas clínicas de fertilização assistida, de cromossomo humano artificial, que levará consigo genes escolhidos no óvulo fertilizado, antes de colocar o embrião no útero.

A engenharia genética, ou tecnologia do DNA recombinante, é um conjunto de técnicas que possibilita a identificação, o isolamento e a multiplicação de genes dos mais variados organismos. É uma tecnologia utilizada em nível laboratorial, pela qual o cientista poderá modificar o genoma de uma célula viva para a produção de produtos químicos ou até mesmo de novos seres, ou seja, de organismos geneticamente modificados (OGM) (Lei n.º 8.974/95, art. 3.º, IV), cujo impacto poderá produzir efeitos em todas as áreas da sociedade.⁶

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. Através dela os organismos vivos passaram a ser manipulados geneticamente, possibilitando-se a criação de organismos transgênicos ou geneticamente modificados (Lei n.º 8.974/95, art. 3.º, IV e V).

O Projeto Genoma Humano (PGH) visa o conhecimento de todo o

⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental e patrimônio genético*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 151.

código genético humano e de suas alterações, que são as causas de 4 mil moléstias hereditárias. Para tanto, tem procurado identificar os 100.000 genes existentes nos 46 cromossomos componentes do genoma humano.

O referido projeto constitui um dos mais importantes empreendimentos científicos dos séculos XX e XXI e um dos mais fascinantes estudos que poderia ter sido feito nesta nova era científica, em virtude de seu potencial para alterar, com profundidade, as bases da biologia, por ser uma revolucionária tecnologia de seqüenciamento genético baseada em marcadores de ADN, que permitem a localização fácil e rápida dos genes. Com isso o genoma humano, que é propriedade inalienável da pessoa e patrimônio comum da humanidade (art. 1.º da Declaração Universal sobre o Genoma e Direitos Humanos), passará a ser a base de toda pesquisa genética humana dos próximos anos. Esse projeto, ao descobrir e catalogar o código genético da espécie humana, efetuando um mapeamento completo do genoma humano, possibilitará a cura de graves enfermidades, explorando as diferenças entre uma célula maligna e uma normal para obter diagnósticos de terapias melhores.

O mapeamento e seqüenciamento do genoma revelará a informação necessária para o desenvolvimento biológico do ser humano, por possibilitar: a) a identificação de genes por clonagem; b) o diagnóstico e tratamento de doenças genéticas, pois o conhecimento dos genes é primordial para o tratamento de doenças oriundas de alterações genéticas, como se dá com diferentes formas de câncer. Deveras, o efeito mais imediato do Projeto Genoma Humano é a disponibilidade de testes genéticos que possibilitam a confirmação de diagnósticos, evitando a realização de exames dolorosos para o paciente, a identificação dos portadores de um gene patogênico e o fornecimento de informações pré-sintomáticas, incluindo o risco de doenças futuras e morte precoce.

CAPÍTULO II – LIBERDADE DA ATIVIDADE CIENTÍFICA

1. A livre expressão da atividade científica como direito fundamental

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, IX, proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, estabelecendo que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”, mas isso não significa que ela seja absoluta e não contenha qualquer limitação, pois há outros valores e bens jurídicos reconhecidos constitucionalmente, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade etc., que poderiam ser gravemente afetados pelo mau uso da liberdade de pesquisa científica.

A Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa aprovou, em setembro de 1996, o Projeto de Convenção do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano em relação às aplicações da biologia e da medicina, cujo art. 16, fazendo referência ao genoma humano, prescreve que não poderá ser realizada nenhuma intervenção ao genoma humano se não for com fins preventivos, terapêuticos ou de diagnóstico e sob a condição de que não tenha por escopo interferir na linha germinal, inclusive nos casos em que a manipulação tiver por objetivo evitar uma moléstia hereditária ligada ao sexo. E o art. 12, *b*, da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos dispõe que “a liberdade de pesquisa, que é necessária para o progresso do conhecimento, faz parte da liberdade de pensamento. As aplicações das pesquisas com o genoma humano, incluindo aquelas em biologia, genética e medicina, buscarão aliviar o sofrimento e melhorar a saúde dos indivíduos e da humanidade como um todo”.⁷

⁷ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 369.

A discussão sobre qualquer investigação que possa recair, de algum modo, sobre seres humanos, incluída a que tem por objeto a investigação genética e a investigação genética médica, deve situar, em primeiro lugar, o seu modelo jurídico. Aceita-se sem maior discussão que o direito à produção e investigação científica se apresenta como outro interesse evidentemente digno de proteção, mas contraposto, em algumas ocasiões, a outros valores, individuais ou coletivos, como dito acima. Com efeito, a investigação científica tem por suporte irrenunciável a liberdade de investigação, concebida como direito à criação e à produção científicas, com a qual se atende, de forma primária, aos interesses do pesquisador ou cientista e também aos coletivos de promover o progresso científico, em razão dos benefícios gerais que podem proporcionar à sociedade. Daí surge outra consequência que deve ser igualmente garantida e protegida: a difusão e circulação da informação e do conhecimento científicos.

De qualquer maneira, não é pacífica a consideração do alcance deste direito no que se refere à aquisição do conhecimento. As posições são, fundamentalmente, três: conforme a primeira, a obtenção de informação, de conhecimento científico, não deve estar sujeita a nenhum tipo de limitação, posto que o conhecimento, enquanto tal, não é prejudicial, mas sim a utilização posterior que dele se faça. A segunda posição sustenta que a investigação dirigida diretamente à aquisição de determinados conhecimentos para valer-se deles posteriormente, em prejuízo de indivíduos ou da sociedade, pode ser contrária à ética e, por isso, estaria justificada a sua proibição. Finalmente, a posição que sustenta que a aquisição de conhecimento enquanto tal não deve sofrer nenhum tipo de limitações, sem prejuízo das (limitações) que correspondam a sua posterior utilização ou aplicação. Posição esta com a qual é necessário estar de acordo, acrescentando-se que é legítima a proibição de determinados procedimentos ou métodos de obtenção do conhecimento científico na medida que envolvam

seres humanos (incluído o conceito), outros componentes biológicos humanos ou outros bens dignos de proteção (p. ex., os animais).

Portanto, embora se reconheça a legitimidade da investigação científica e se propugne que esta seja eficazmente impulsionada tanto pelos poderes públicos, quanto pela iniciativa privada, esta liberdade – como qualquer outra liberdade – tem seus limites. Limites que nos recordam a necessidade que sejam determinados e de que devem ser estabelecidos uma vez mais, tanto nos interesses individuais como nos coletivos. Assinalou-se que o limite infranqueável se acha no ser humano, em seu desenvolvimento e em seu ambiente imediato, ou que, em todo caso, encontrará seus limites onde um procedimento médico ou científico acarrete infrações previstas no direito civil ou penal, entrando em conflito com a proteção de um bem garantido constitucionalmente ou por outra norma jurídica; em outras palavras, os direitos fundamentais do indivíduo constituem esse limite intransponível, sem prejuízo das diferenciações que exijam as situações concretas. O ser humano, cada ser humano, é um valor em si mesmo que deve ser respeitado mesmo sem considerar os benefícios que possam ser obtidos para terceiros ou para a coletividade em seu conjunto.

Esta conciliação de interesses e de respeito aos direitos humanos é a mais adequada para a categoria da liberdade de pesquisa que, como direito fundamental, encontra aprovação na Constituição Brasileira de 1988, e por isso que as limitações devem ser estabelecidas quando se confronte com outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

A investigação genética médica pretende, entre seus diversos objetivos, fornecer informação para chegar-se a um conhecimento mais preciso sobre as doenças genéticas que o ser humano pode padecer para assim poder diagnosticá-las, preveni-las e tratá-las melhor.

Por outro lado, as doenças genéticas apresentam um dupla vertente,

que as diferenciam das não genéticas: uma horizontal, quando podem afetar não só as pessoas em particular, como também a suas famílias e, em certa medida, à coletividade; e outra vertical, já que tais doenças podem ser transmitidas às gerações futuras. Em conseqüência, os resultados das investigações presumivelmente serão muito valiosos, pois poderão beneficiar tanto à pessoa que é submetida à pesquisa, quanto a terceiros (freqüentemente aparentadas geneticamente com aquela), inclusive ainda não nascidas. Por tal motivo, a pesquisa com fins médicos deverá contar com a máxima informação possível e isso coloca a necessidade de facilitar, ao máximo, o seu acesso e a colaboração das pessoas pertencentes a grupos de risco, ou seja, com antecedentes familiares ou com alta probabilidade de serem portadoras de genes defeituosos e, por conseguinte, também fonte dessa informação necessitada de pesquisa. Quando esta colaboração não é oferecida voluntariamente, mas, não obstante, se delineia a oportunidade de sua obtenção, inclusive, por procedimentos coercitivos, surge o conflito entre os direitos de autonomia e intimidade (do qual deriva o dever de confidencialidade), em face dos interesses e valores da pesquisa, como meio de beneficiar a terceiros pessoas, inclusive ainda não nascidas.

Quando a investigação vai além da obtenção de informação, posto que se pretende a aplicação e verificação da eficácia preventiva ou terapêutica dos conhecimentos científicos, estamos nos movendo no campo da experimentação, tanto em pessoas, como em conceitos. Diferentemente da primeira fase investigatória, que deveria apresentar riscos às pessoas que são a ela submetidas, esta segunda fase pode trazer riscos para a saúde ou integridade (e mesmo para a vida) das pessoas e seres humanos concebidos sobre os quais se realiza a experimentação, perigos a que a investigação genética não é alheia, e a respeito da qual são também desconhecidos freqüentemente seus efeitos secundários.

No que se refere à investigação sobre o genoma humano dentro daquilo

que constitui o marco do Projeto Genoma Humano e outros programas de investigação semelhantes, isto é, relacionados à conformação da cartografia genética humana, não há especiais problemas jurídicos em jogo. A identificação das seqüências de DNA, sua localização e o descobrimento de suas funções respectivas, configuram-se como atividades científicas de aquisição de conhecimentos sobre as quais o Direito, em princípio, não deve interferir, a não ser, em todo o caso e sempre que necessário, para apresentar os instrumentos jurídicos que a propiciem e fomentem, dentro do marco de liberdade de investigação e de promoção de avanços científicos. Provavelmente, e dada a alta tecnologia que exigem e seus potenciais perigos para o meio ambiente, poderiam ser exigidas garantias sobre a qualidade dos meios materiais e recursos humanos destinados às equipes investigadoras e sobre a adoção de medidas suficientes de segurança. Como comprovamos nas linhas precedentes, são os resultados desta investigação, ou seja, a utilização das informações que são fornecidas e suas aplicações no ser humano, aquilo que requer a intervenção do Direito. De qualquer maneira, a utilização de determinados materiais biológicos para realizar essas pesquisas, o recurso a embriões e fetos humanos, estabelecem também a necessidade de regulações jurídicas.

É significativo destacar um novo fenômeno que se produziu em relação às pesquisas e intervenções sobre o genoma humano, diferentemente do ocorrido com outras descobertas e avanços tecnológicos e científicos de grande magnitude para a humanidade: a reflexão e o debate sobre suas repercussões sociais (incluídas as éticas e jurídicas) está sendo realizada de forma paralela e aberta, com o objetivo de alcançar a respeito o consenso nacional e internacional.

2. Princípio do primado do direito à vida

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.⁸

Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. Ainda que não houvesse tutela constitucional ao direito à vida, que, por ser decorrente de norma de direito natural, é deduzida da natureza do ser humano, legitimaria aquela imposição *erga omnes*, porque o direito natural é o fundamento do dever-ser, ou melhor, do direito positivo, uma vez que se baseia num consenso, cuja expressão máxima é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, fruto concebido pela consciência coletiva da humanidade civilizada.

A vida humana é amparada juridicamente desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide (CC, art. 4.º, Lei 8.974/95 e CP, arts. 124 a 128). O direito à vida integra-se à pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho honesto (art. 7.º, da CF) ou prestação de alimentos (arts. 5.º, LXVII, e 229, da CF), pouco importando que seja idosa (art. 230, da CF), nascituro, criança, adolescente (art. 227, da CF), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (arts. 203, IV, 227, § 1.º, II, da CF), que esteja em coma

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 181.

ou que haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico.⁹

A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouca o direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal. SAVIGY não admite, com razão, a existência de um direito sobre si próprio; isso seria legitimar o suicídio. A vida não é o domínio da vontade livre. A vida exige que o próprio titular do direito a respeite. O direito ao respeito da vida é *excludendi alios*, ou seja, direito de exigir um comportamento negativo dos outros.¹⁰

Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea (art. 5.º), que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar. Daí conter uma força paralisante total de toda legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-la, por força do art. 60, § 4.º, da Constituição Federal. O art. 5.º da norma constitucional tem eficácia positiva e negativa. Positiva, por ter incidência imediata e ser intangível, ou não emendável, visto que não pode ser modificado por processo normal de emenda. Possui eficácia negativa por vedar qualquer lei que lhe seja contrastante, daí sua força vinculante, paralisante total e imediata, permanecendo intangível, ou não emendável pelo poder constituinte derivado. O direito à vida deverá ser respeitado ante a prescrição constitucional de sua inviolabilidade absoluta, sob pena de se destruir ou suprimir a própria Constituição Federal, acarretando a ruptura do sistema jurídico.

No mundo atual deverá haver uma tomada de consciência pelo mais

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 65-6.

¹⁰ *Id., ibid.*, p. 66.

primário e indeclinável dos direitos, que é o respeito pela vida humana. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a inviolabilidade do direito à vida, pois qualquer atentado a ele estaria eivado de inconstitucionalidade.

Jamais se poderia legitimar qualquer conduta que vulnerasse ou colocasse em risco a vida humana, que é um bem intangível e possui valor absoluto. Diante da inviolabilidade do direito à vida (art. 5.º, da CF) e à saúde (arts. 194 e 196, da CF), não podem ser admitidos a eugenia negativa e os experimentos científicos ou terapias que rebaixem a dignidade humana.

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Conseqüentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade de pesquisa científica, de integridade física ou mental etc. Havendo conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado mais relevante. Assim, por exemplo, se se precisar mutilar alguém para salvar sua vida, ofendendo sua integridade física, mesmo que não haja seu consenso, não haverá ilícito, nem responsabilidade médica.

3. Conflito entre a liberdade de atividade científica e o outro direito fundamental

As constituições democráticas contemporâneas, entre as quais figura a brasileira de 1988, consagraram um extenso catálogo de direitos fundamentais. Abstratamente, esses direitos mantêm entre si e com outros bens constitucionalmente protegidos uma relação de harmonia. Porque são atribuídos por normas constitucionais, não há entre eles ordenação hierárquica e nem exclusão *a priori*. Contudo, na vida social, seja nas relações

individuais, seja nas relações entre indivíduo e poderes públicos ou comunidade, nem sempre se verifica a realização plena, harmônica e simultânea dos direitos fundamentais de diferentes titulares. Em concreto, no que nos interessa, há conflitos de direitos: entre a liberdade de pesquisa científica e o direito à vida e integridade física, ou mesmo, entre os direitos da personalidade (direito à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada), e a saúde pública, entre outros. A esse fenômeno a dogmática constitucional denomina de colisão de direitos fundamentais.

É certo que, quando tratamos da liberdade de atividade científica, nos vem a mente o conflito com o princípio do primado do direito a vida, primordialmente. Porém, não há somente o conflito com esse princípio, mas tantos outros que estão albergados na Constituição. Dentro dos limites desse trabalho, passaremos a tratar, agora, da questão da colisão dos direitos fundamentais, dando uma visão de solução dos conflitos, a fim de culminar no capítulo que tratará da dignidade da pessoa humana. Antes, porém, como dito, faz-se a necessária incursão neste tópico.

Os limites aos direitos fundamentais decorrem da própria sociabilidade humana. Essa limitação é demonstrada não somente na perspectiva histórica como na dogmática constitucional, que é o que interessa no presente trabalho. Primeiro, porque os direitos fundamentais são direitos positivados, constitucionalizados. Segundo, porque as liberdades jurídico-fundamentais são liberdades jurídicas e, como tais, sempre determinadas materialmente, isto é, limitadas, ou seja, cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material. Terceiro, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados porque possuem uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Não o são na sua dimensão subjetiva, pois que os preceitos constitucionais não remetem para o arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do respectivo interesse e não o são também enquanto valores constitucionais (dimensão objetiva), visto que

a comunidade não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma idéia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários.

No campo da dogmática dos direitos fundamentais há uma intensa investigação sobre a problemática geral dos limites. No universo dessa problemática, encontram-se as restrições ou limitações legislativas, os limites imanentes, a concorrência acumulativa e a colisão de direitos fundamentais. Nos interessa essa última e o tratamento metódico de solução, ou seja, como solucionar de forma racional e intersubjetivamente a colisão de direitos fundamentais.

As normas legais restritivas limitam ou restringem posições que, *prima facie*, se incluem no domínio de proteção dos direitos fundamentais. A restrição é uma modificação normativa ou fatural, justificada na ou não-contrária à Constituição, de um ou de alguns dos elementos configuradores do direito fundamental, tais como : a) os sujeitos dos direitos fundamentais (titular e destinatário); b) o âmbito de proteção material, definido e delimitado com base no objeto de proteção (suposto de fato mais bem jurídico regulado) e os limites que tenha o direito fundamental; e c) a justificação constitucional dos limites, que se funda, primeiro, na autorização de restrição (reserva de lei), portanto, no aspecto formal, e, segundo, nos limites materiais (princípio da proporcionalidade e conteúdo essencial do direito fundamental).

Os limites imanentes podem ser considerados um fenômeno distinto das colisões de direitos fundamentais se a construção dogmática dos limites imanentes tiver por finalidade a justificação da restrição legislativa dos direitos fundamentais instituídos sem reserva de lei. Essa tese diz que o legislador poderá instituir limites aos direitos fundamentais sem reserva de lei, porque tais limites são imanentes ao sistema dos direitos fundamentais e à Constituição como um todo, limites que derivam da conexão interna entre os

diferentes direitos fundamentais e/ou bens constitucionais em razão de uma virtual ou potencial tensão por ocasião do exercício destes direitos por diferentes titulares. São limites que estão implícitos no sistema, basta explicitá-los ou concretizá-los.

A existência na Constituição de direitos fundamentais garantidos sem reserva de lei poderia induzir, em uma análise simples e apressada, à conclusão de que há direitos não passíveis de restrição. Porém, como alerta ALEXY ¹¹, apenas *prima facie* não são restringíveis. Nem tudo que cai sob o suposto fático de uma norma de direito fundamental sem reserva está protegido definitivamente. Pode ocorrer que, no caso concreto, um direito fundamental colida com um outro direito fundamental ou um bem constitucionalmente protegido. E, então, segundo ALEXY, de uma ponderação de bens resultará a restrição.

A vinculação da teoria dos limites imanes se dá com a possibilidade de o legislador infraconstitucional restringir direitos fundamentais instituídos sem reserva de lei, ao passo que a colisão dos direitos fundamentais reserva-se às situações concretas de conflitos de direitos fundamentais e/ou bens constitucionalmente protegidos, ou seja, no âmbito das decisões judiciais. Em outras palavras, a restrição de direitos fundamentais operada pelo legislador ordinário, antecipando-se a futuros conflitos (conflitos em potencial), pode ser justificada invocando-se a teoria dos limites imanes; já a restrição judicial a direitos fundamentais na hipótese de conflito real e presente, em que um direito fundamental deverá prevalecer em relação ao outro, é legítima se operada mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo especial, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. É de se perceber a distinção entre colisão de direitos e limites imanes.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.119.

A colisão de direitos fundamentais se caracteriza por um *conflito in concreto* de direitos fundamentais. Nas palavras de ANDRADE: “haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta (...) O problema agora é outro: é o de saber como vai dar solução ao conflito entre bens, quando ambos (todos) se apresentam efectivamente protegidos como fundamentais”.¹²

E por que há colisões? Como dito acima, os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitáveis. LARENZ ensina: “Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são ‘abertos’, ‘móveis’, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada”.¹³

É de se ressaltar, ainda, os dois tipos de situações de conflito: a concorrência de direitos fundamentais, a colisão de direitos fundamentais e os conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucional. A concorrência de direitos fundamentais se dá quando através de um único comportamento o titular de um direito fundamental exerce vários direitos de uma só vez, de tal modo que a mesma ação pode ser subsumida em vários supostos de fato de distintos direitos fundamentais. Os conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais se dá quando o exercício de um direito fundamental implica uma contradição ou um prejuízo de um bem jurídico protegido pelo texto constitucional. Por fim, a colisão de direitos fundamentais se dá quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou prejudica o exercício de outro direito fundamental de outro titular, sendo indiferente que se trata do mesmo direito ou outro distinto.

¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 220.

¹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 575.

A segunda e a terceira hipóteses de conflito, conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais e colisão de direitos fundamentais, referem-se a um mesmo fenômeno: colisão de direitos fundamentais. ALEXY distingue entre colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisões de direitos fundamentais em sentido amplo. Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito ocorrem "(...) quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais".¹⁴ Colisões de direitos fundamentais em sentido amplo ocorrem quando há uma colisão entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.

Em síntese, os conflitos no âmbito dos direitos fundamentais se manifestam sob as formas de concorrência de direitos fundamentais, colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Nos interessa essas duas últimas hipóteses, que serão referidas apenas como colisão de direitos fundamentais.

Assim, três propostas metodológicas podem ser consideradas para a resolução desses conflitos: a subsunção lógica da colisão a normas abstratamente formuladas, a teoria estrutural das normas aplicada ao direito constitucional (MÜLLER) e o método da ponderação de bens, que se operacionaliza mediante o princípio da proporcionalidade, com a qual nos filiamos. Longe de tratarmos de cada uma delas, nos concentraremos à análise de algumas características da terceira proposta (ponderação de bens), para podermos chegar ao objeto do qual trataremos: a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação de bens) na solução da colisão de direitos fundamentais, à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

¹⁴ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.º 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

Em matéria de direitos fundamentais, a teoria estrutural de ALEXY, apresentada à comunidade jurídica alemã em meados da década de 80, é referência obrigatória. É uma teoria geral dos direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn, porém isso não a torna uma teoria particular ou uma teoria regional, porque os problemas que analisa são universais na teoria e na dogmática dos direitos fundamentais. Tem como ideal regulador uma teoria integrativa dos direitos fundamentais, porque, *“para realizar en mayor medida posible la teoría de los derechos fundamentales (en el sentido de la teoría ideal), hay que reunir muchas teorías verdaderas o correctas de los derechos fundamentales”*.¹⁵ De uma teoria integrativa pretende ser a primeira peça e também a base e o marco para o tratamento de todos os problemas existentes no âmbito dos direitos fundamentais.

A teoria estrutural é, primeiramente, uma teoria analítica, porque investiga os conceitos fundamentais no âmbito dos direitos fundamentais, a influência destes direitos no sistema jurídico e a fundamentação dos direitos fundamentais. Sendo a jurisprudência da Corte Maior alemã a matéria mais importante, é uma teoria empírico-analítica. Por fim, orientada pela pergunta sobre qual é a decisão correta desde do ponto de vista dos direitos fundamentais e da fundamentação racional destes direitos, a teoria estrutural é uma teoria normativo-analítica.

A base da teoria estrutural, como parte geral da dogmática dos direitos fundamentais, é constituída pela teoria dos princípios e a teoria das posições jurídicas básicas e, com base nisso, ALEXY investiga os problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais (teoria do suposto de fato e teoria das restrições, o direito geral de liberdade e o direito geral de igualdade, os direitos à proteção e à organização, o devido processo judicial, os direitos sociais fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 36.

jurídico, a argumentação e a decisão sobre direitos fundamentais).

Na análise da estrutura das normas de direitos fundamentais, para a teoria estrutural dos direitos fundamentais, a principal distinção teórico-estrutural é a distinção entre regras e princípios. ALEXY espousa a tese de que entre as normas-princípios e as normas-regras existe não só uma diferença gradual mas também qualitativa. Para ele, *“el punto decisivo para la distincion entre reglas e principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas e reales existentes”*. São mandatos de otimização que podem ser realizados em diferentes graus. Em contrapartida, *“(…) las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas ou no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”*.¹⁶

O fato de que a realização dos princípios depende das possibilidades jurídicas (além das fáticas), ou seja, é determinada pelo peso dos princípios opostos, implica que os princípios não só são suscetíveis mas necessitam de ponderação. As regras, por sua vez, não são suscetíveis nem necessitam de ponderação. A subsunção é o modo típico de aplicação de regras ao caso concreto.

Um conflito de regras, caracteriza pelas conseqüências contraditórias quando da aplicação (das regras) ao caso concreto, pode ser solucionado de dois modos: a) ou introduzindo uma cláusula de exceção em uma das regras, ou b) declarando a invalidade de, ao menos, uma delas, com base em critérios como *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*.

¹⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 86-7.

Distintamente, em hipótese de colisão de princípios, ALEXY ressalta que *“cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”*.¹⁷

Portanto, uma colisão de princípios não se resolve com uma cláusula de exceção nem com um juízo de (in) validade. Requer um juízo de peso. Trata-se de ponderação de bens, com a qual, tendo presente as circunstâncias relevantes do caso e o jogo de argumentos a favor e contra, decidir-se-á pela precedência de um princípio em relação ao outro. Ao se proceder dessa forma, no caso concreto, a validade jurídica do princípio preterido não é negada. O princípio não desaparece do ordenamento jurídico. Como se vê, estabelece-se uma relação de precedência condicionada que *“(...) consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”*.¹⁸ Essa ponderação se realiza mediante a máxima da proporcionalidade e suas três submáximas ou máximas parciais.

Para descrever a estrutura das soluções de colisões, ALEXY formula a

¹⁷ *Id., ibid.*, p. 89.

¹⁸ *Id., ibid.*, p. 92.

lei da colisão. Essa lei descreve a estrutura lógica da solução da colisão e indica o que precisa ser fundamentado: o resultado da ponderação. E uma categoria relevante é a metáfora do peso. Para ALEXY, *“El principio P¹ tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P² cuando existen razones suficientes para que P¹ preceda a P², bajo las condiciones C dadas en el caso concreto”*.¹⁹ Portanto, peso, aqui, não tem significado quantitativo. Peso equivale a razões suficientes.

Assim, valendo-se do caso da incapacidade processual, ALEXY formula a lei da colisão, válida para a descrição de todas as soluções de colisões: *“Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”*.²⁰

Vale lembrar que, a interpretação constitucional, evidentemente, é indispensável na resolução dos problemas que emergem do sistema de direitos fundamentais. Contudo, na hipótese de colisão de direitos fundamentais é necessário algo mais. Não basta interpretar as disposições colidentes no caso concreto. É preciso um método, um procedimento, que torne possível a decisão de prevalência de um direito sobre o outro, salvaguardando a unidade da Constituição. Como procedimento, ALEXY propõe a ponderação, porque a natureza principial dos direitos fundamentais torna possível a solução de colisões mediante a aplicação do método da ponderação.

Para CANOTILHO, as noções de ponderação ou de balanceamento representam uma viragem metodológica no âmbito do direito constitucional. Identifica três razões para isso: a) inexistência de uma hierarquia abstrata de bens constitucionais, o que exige uma norma de decisão que considere as

¹⁹ *Id., ibid.*, p. 93.

²⁰ *Id., ibid.*, p. 94.

circunstâncias do caso; b) a natureza principal de muitas normas constitucionais, de modo especial aquelas que conferem direitos fundamentais, o que, na hipótese de colisão, exige um juízo de peso, um balanceamento, uma ponderação, portanto, uma solução diferenciada do conflito de regras (antinomia), na qual há um juízo de validade; c) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fundamentação rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos”.²¹

E se operacionaliza essa ponderação concreta de bens mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. A ponderação de bens deve ser entendida como parte integrante do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, que compreende os princípios parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação também denominado princípio da idoneidade ou conformidade, ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido.

O princípio da necessidade refere-se ao questionamento se a decisão normativa restritiva de direito fundamental para atingir o fim constitucional justificado. Em caso de haver apenas uma medida idônea, trata-se de verificar se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilização ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão. Na hipótese da existência de vários meios idôneos, ordena-se a escolha daquele que é menos gravoso ao exercício do

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.ed. Coimbra: Almedina. 1998, p. 1109.

direito fundamental.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito implica que os meios elegidos devem manter-se uma relação razoável com o resultado perseguido. Examina-se a relação de proporcionalidade, de racionalidade, entre a decisão normativa – observando-se os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental que restringe ou afeta – e a finalidade perseguida. Portanto, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens propriamente dita, é o mandato de ponderação. Tratando-se de colisão de direitos fundamentais, ALEXY formula, de forma magistral, a lei da ponderação, que nada mais é que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito: *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*.²²

Assim, o princípio da proporcionalidade se revela um princípio formal. Na hipótese de colisão, por exemplo, o princípio da proporcionalidade não pretende que o resultado de sua aplicação seja a única resposta correta e nem pretende que em diferentes casos de colisão, com idênticos direitos fundamentais em oposição, o resultado seja o mesmo. O que o princípio, por meio dos três princípios parciais, exige é que se considere o peso de cada princípio no caso concreto, as circunstâncias do caso.

Em face de uma colisão de direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos protegidos constitucionalmente, mediante a ponderação de bens (um juízo de peso), observadas as condições do caso, um direito ou um bem deverá prevalecer ante o outro.

No âmbito da pesquisa científica, os cientistas devem ser orientados em seu trabalho, principalmente na seara da biotecnologia, para salvaguardar

²² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 161.

a sobrevivência da espécie humana e respeitar a dignidade do ser humano, evitando sua coisificação, pois as preocupações ligadas ao avanço biotecnológico dirigem-se aos valores fundamentais do homem, visto que a biotecnologia poderá lesar alguém ou alterar sua qualidade de ser único e irrepetível e até mesmo modificar seu patrimônio genético, transformando sua identidade e a das gerações presentes e futuras.

Tal é a gravidade do assunto que a Constituição, no art. 225, § 1.º, incumbiu o Poder Público de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e de fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético. As implicações éticas dos avanços biotecnológicos são conducentes a um paradigma de racionalidade ética contido no art. 1.º, III, da Carta Magna, a dignidade humana, que deve servir de diretriz a todo aplicador do direito, inclusive ao Poder Legislativo.

O respeito que o ser humano deve a si mesmo é a verdadeira medida da atuação do direito para assegurar a adequação da conduta dos cientistas às pautas axiológicas que realizem e concretizem o fundamento constitucional da dignidade humana, pois, se assim não fosse, transformar-se-ia o homem de sujeito em objeto, de fim em meio, assegurando-se a sua destruição e não sua sobrevivência. Convém uma tomada de consciência no que atina à biotecnologia, por manipular a própria vida, para evitar que situações de alto risco sejam geradas em laboratórios, como, por exemplo, o aparecimento de um novo vírus que dizime o gênero humano ou de uma praga incomum que o prive de sua alimentação básica.

Deve-se admitir, por ora, o emprego moderado desses processos para detectar a presença de moléstias ou determinar a propensão da pessoa de contrair certas enfermidades, para que os cientistas possam encontrar a solução para seus padecimentos.

Admitir, também, sob rigoroso controle, não só as experiências de

recombinação genética com microorganismos vegetais e animais, mas também a realização de manobras experimentais com material genético humano, limitando-se, porém, tal possibilidade à utilização de pré-embriões e selecionando-se quais experiências serão permitidas e quais serão proibidas em função de objetivos relevantes de interesse geral.

Além disso, as experiências de terapia gênica envolvendo seres humanos deverão adequar sua instrumentalização aos lineamentos que regem os casos de terapia experimental ou de experimentação pura, porque o uso indiscriminado de material genético humano poderá acarretar sérios danos físicos-mentais, ou até mesmo levar à comercialização, se se permitir, por exemplo, sua utilização na fabricação de cosméticos.

Poder-se-ia alegar que isso geraria um conflito entre o direito à liberdade de investigação científica e o direito à vida e à integridade físico-psíquica, mas, sendo o direito à vida inviolável (art. 5.º, *caput*, da CF), valor maior da comunidade organizada, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF), deverá ser tutelado juridicamente ante a possibilidade de sua lesão mediante experimentos em substância embrionária humana, alteração no patrimônio genético de um ser em gestação ou implementação de técnicas experimentais de engenharia genética em enfermos, por serem vulneráveis à garantia de sua integridade física e mental e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes proibidos pela Constituição Federal (art. 5.º, III), pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (arts. 3.º e 5.º), pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 7.º) e pelo Comitê de Direitos Humanos (art. 7.º).²³

²³ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 367.

CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1. O respeito à dignidade humana como paradigma da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade (estóicos). Os nomes de SAMUEL PUFENDORF e IMMANUEL KANT se destacam nesse período, em especial o último, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto.

KANT assinala que a autonomia da vontade, entendida como faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Com base nesta premissa, sustenta que "O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua

natureza os distingue já como fins em si mesmos, que dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meios e que, por conseguinte, limita essa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)”.²⁴

É justamente no pensamento de KANT que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e estrangeira – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana. É certo que, tanto o pensamento de KANT como as outras concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana, estão sujeitos à crítica por um excessivo antropocentrismo, porém, incensurável é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.

Na perspectiva jurídico-constitucional, a noção de dignidade da pessoa humana não é menos difícil. Uma das principais dificuldades reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa.

Contudo, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não

²⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. In: Os Pensadores – Kant (II). Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134 e 141.

diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.

Cumprê salientar - ainda que a noção de dignidade esteja em permanente desenvolvimento – que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU (1948), bem como os entendimentos doutrinários, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). CANOTILHO refere que o princípio material que subjaz à noção de dignidade da pessoa humana consubstancia-se “no princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastes et fctor*)”.²⁵

Esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 219.

capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz. Não se está a sustentar a equiparação, mas a intrínseca ligação entre as noções de liberdade e dignidade, já que, como ainda teremos ocasião de melhor analisar, a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral), constituem uma das principais (senão a principal) exigências da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana, isto na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente. Vale registrar a lição de ERNST BENDA, citado por SARLET²⁶, de acordo com o qual, para que a noção de dignidade não se desvaneça como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana. Sustenta-se que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 46.

autodeterminação. Assim, a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido).

Ainda no que diz com a tentativa de clarificação do sentido da dignidade da pessoa humana, importa considerar que apenas a dignidade de determinada (ou determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa em abstrato, razão pela qual não se deverá confundir as noções de dignidade da pessoa e de dignidade humana, quando esta for referida à humanidade. Assim, também para o nosso direito constitucional positivo, é a dignidade da pessoa humana (de cada e, à evidência, de todas as pessoas) concreta e individualmente considerada o objeto precípua do reconhecimento e proteção pela ordem constitucional.

O que se percebe é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade

intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁷

Mister se faz, neste ponto, abordar a dignidade da pessoa humana como norma (princípio e valor) fundamental para a ordem jurídico constitucional brasileira. O Constituinte de 88 deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. Assumimos, igualmente, a posição dos que entendem a dignidade da pessoa humana como princípio normativo fundamental, conferindo-lhe a qualificação de norma jurídica fundamental de uma determinada ordem jurídico-constitucional.

Muito embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que – do próprio princípio da dignidade da pessoa (isoladamente considerado) podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados, não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade. Num primeiro momento a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1.º,

²⁷ *Id., ibid.*, p. 60.

inciso III, da CF/88 não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídica-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.

Na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa.

Mas pode o princípio assumir feições de regra, como bem demonstrou ALEXY, sem que se entre em demasia na discussão. Na sua perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa atua, portanto – no que comunga das características das normas-princípio em geral – como um mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras contêm prescrições imperativas de conduta. Ainda no que diz com a dupla estrutura (princípio e regra) da dignidade, verifica-se que, para ALEXY, o conteúdo da regra da dignidade da pessoa decorre apenas a partir do processo de ponderação que se opera no nível do princípio da dignidade, quando cotejado com outros princípios, de tal sorte que absoluta é a regra, mas jamais o princípio.²⁸

Importa frisar, tendo em conta as discussões que consideram o princípio da dignidade como absoluto, que a dignidade, na condição de valor intrínseco da pessoa humana, evidentemente não poderá ser sacrificado, já que, em si mesma, insubstituível; ALEXY, em momento algum, sustenta que

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 108-9.

pelo fato de não se cuidar de um princípio absoluto (até mesmo por não existirem – na sua definição – princípios absolutos), poderão ser justificadas violações da dignidade, de tal sorte a sacrificá-la.

Os pesquisadores devem ter como paradigma a dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III, da CF) e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. O Estado é que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. Conseqüentemente, não poderão as pesquisas científicas em seres humanos admitir conduta que venha reduzir a pessoa à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna.

O direito deve aceitar as descobertas científicas cuja utilização não se demonstre contrária à natureza do homem e de sua dignidade. O direito, como a biologia, parte da observação dos fatos. Devem ignorar as ciências tudo o que estiver em detrimento do homem²⁹. Mais que um renascimento do jusnaturalismo, se deveria falar do retorno daqueles valores que tornam a vida humana digna de ser vivida e que os filósofos proclamam, com o fim de justificar segundo os tempos e as condições históricas, com argumentos tomados da concepção geral do mundo prevalecente na cultura de uma época³⁰.

Os limites devem ser impostos às modernas pesquisas, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se se

²⁹ GLEBER, *Le droit français de filiation et la vérité*. In DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p.18.

³⁰ BOBBIO, Norberto. XVI Congresso Internacional de Filosofia. México: 1963. In DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p.18.

estiver atento à dignidade humana, considerando-a como um valor ético, ao qual a prática científica está condicionada e obrigada a respeitar.

O respeito à vida humana digna, paradigma bioético, deve estar presente na ética e no ordenamento jurídico de todas as sociedades humanas. Isso foi acatado internacionalmente. A Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, feita pela ONU em 10 de novembro de 1975, contém em seu art. 6.º o seguinte: “Todos os Estados adotarão medidas tendentes a estender a todos os estratos da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto nos aspectos sociais quanto materiais, das possíveis conseqüências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos do indivíduo ou do grupo, em particular relativamente ao respeito à vida privada e à proteção da pessoa humana e de sua integridade física e intelectual”. A Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina, que foi adotada pelo Conselho da Europa em 19 de novembro de 1996, após advertir no Preâmbulo que o mau uso da biologia e da medicina pode conduzir à prática de atos que colocam em risco a dignidade humana, prescreve em seu art. 2.º que “os interesses e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse isolado da sociedade ou da ciência”.

2. O princípio da dignidade da pessoa como ponto de equilíbrio do conflito entre direitos fundamentais

Com o reconhecimento do respeito à dignidade da pessoa humana, a bioética e o direito correlato às pesquisas científicas passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos,

decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. As tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o progresso científico em prol da humanidade devem ser repudiadas. Se em algum lugar houver qualquer ato que não assegure a dignidade humana, ele deverá ser repudiado por contrariar as exigências ético-jurídicas dos direitos humanos. Assim sendo, intervenções científicas sobre a pessoa humana que possam atingir sua vida e a integridade físico-mental deverão subordinar-se a preceitos éticos e não poderão contrariar os direitos humanos. As práticas das “ciências da vida” , que podem trazer enormes benefícios à humanidade, contém riscos potenciais muito perigosos e imprevisíveis, e, por tal razão, os profissionais da saúde devem estar atentos para que não transponham os limites éticos impostos pelo respeito à pessoa humana e à sua vida, integridade e dignidade.

Impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. De modo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna – acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico-sistemático, não esquecendo que toda a interpretação ou é sistemática ou não é interpretação.

É justamente para efeitos da indispensável hierarquização que se faz presente no processo hermenêutico, que a dignidade da pessoa humana (ombreado em importância talvez apenas com a vida – e mesmo esta há de

ser vivida com dignidade) tem sido reiteradamente considerada como o princípio (e valor) de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram, aspecto que nos remete ao problema de uma eventual relativização da dignidade e da necessidade de uma ponderação (e, por conseguinte, também de uma hierarquização) de bens.

O que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”³¹, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.

Relembrando que a noção de dignidade repousa na autonomia pessoal, isto é, na liberdade que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de direitos, já não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa, de tal sorte que nos parece difícil questionar o entendimento de acordo com o qual sem liberdade não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada.

Da mesma forma, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa, do que decorre a proibição da utilização da pessoa para experiências científicas.

E quando houver conflito entre a liberdade de pesquisa científica e

³¹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212. 1998. p. 92.

outros direitos fundamentais? Deve-se sustentar que o princípio da dignidade da pessoa humana, em relação aos direitos fundamentais, pode assumir, mas apenas em certo sentido, a feição de *lex generalis*, já que, sendo suficiente o recurso a determinado direito fundamental (por sua vez já impregnado de dignidade), inexistente, em princípio, razão para invocar-se autonomamente a dignidade da pessoa humana, que, no entanto, não pode ser considerada como sendo de aplicação meramente subsidiária, até mesmo pelo fato de que uma agressão a determinado direito fundamental simultaneamente poderá constituir ofensa ao seu conteúdo em dignidade. A relação entre dignidade da pessoa humana e as demais normas de direitos fundamentais não pode, portanto, ser corretamente qualificada como sendo, num sentido técnico-jurídico, de cunho subsidiário, mas sim, caracterizada por uma substancial fundamentalidade que a dignidade assume em face dos demais direitos fundamentais. Em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.

Considerando, agora, a perspectiva da dignidade como limite, ou ainda, como ponto de equilíbrio entre o conflito de direitos fundamentais ligados às experimentações científicas, cabe lembrar que, no âmbito da indispensável ponderação de valores, inerente à tarefa de estabelecer a concordância prática na hipótese de conflitos entre princípios (e direitos) constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental.

Os tipos de limites às restrições em matéria de direitos fundamentais, assim como diversificado também o sentido e alcance outorgado a estes limites, constata-se certo consenso quanto ao fato de que, em princípio, nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional - como já tivemos oportunidade de tratar - e/ou afetar o núcleo essencial do direito

objeto da restrição.

É justamente neste contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, notadamente pelo fato de que o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições. Uma violação do núcleo essencial – especialmente do conteúdo em dignidade da pessoa – sempre e em qualquer caso será desproporcional.

Verifica-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre dupla função. Com efeito, sendo também parte – ainda que variável – integrante do conteúdo dos direitos fundamentais, e para além da discussão em torno de sua identificação com o núcleo essencial, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas. Todavia, também serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes.

No que diz respeito ao Projeto Genoma Humano, por sua própria natureza e em razão de ser herança da humanidade, entre as muitas questões ético-jurídicas envolvidas, destaca-se o respeito aos direitos e à dignidade humana, pois todos têm direito ao reconhecimento desta, independente de seus caracteres genéticos. Conseqüentemente, tal dignidade faz com que seja um imperativo não reduzir os indivíduos a suas características e respeitar sua singularidade (art. 2.º da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos). Além disso, ninguém poderá sujeitar-se à discriminação baseada em características genéticas que vise infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade

humana (art. 6.º). Nenhuma pesquisa relativa ao genoma humano poderá prevalecer sobre a dignidade humana e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, nem mesmo sendo permitidas quaisquer práticas contrárias à dignidade humana, como a clonagem reprodutiva de seres humanos (arts. 10 e 11). Os Estados deverão tomar medidas necessárias para prover estruturas ao livre exercício das pesquisas com o genoma humano, salvaguardar o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana, proteger a saúde pública, assegurar que os resultados das pesquisas não sejam usados para fins não pacíficos (art. 15) e para encorajar outras formas de pesquisa, treinamento e disseminação de informações que conduzam à conscientização da sociedade e de todos seus membros quanto às responsabilidades com relação às questões fundamentais relacionadas à defesa da dignidade humana que possam ser levantadas pelas pesquisas em biologia, genética e medicina (art. 21). O Comitê Internacional de Bioética da UNESCO deverá contribuir para a disseminação do princípio da dignidade humana, organizando consultas com as partes envolvidas, fazendo recomendações e emitindo conselhos relativos à identificação de práticas contrárias ao respeito daquele, tal como as intervenções em células germinativas (art. 24).

Reza a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, no art. 12, a, que “os benefícios decorrentes dos avanços em biologia, genética e medicina, relativos ao genoma humano, deverão ser colocados à disposição de todos, com a devida atenção para a dignidade e os direitos humanos de cada indivíduo”.

Mais importante, porém, é o uso que se poderá fazer das informações trazidas pelo Projeto Genoma Humano. A manipulação genética é, como dito, uma técnica de engenharia genética que desenvolve experiências para alterar o patrimônio genético, transferir parcelas do patrimônio hereditário de um organismo vivo a outro ou operar novas combinações de genes para lograr,

na reprodução assistida, por exemplo, a concepção de uma pessoa com caracteres diferentes ou superar alguma enfermidade congênita. É um conjunto de atividades que permite atuar sobre a informação contida no material hereditário ou manipular o genoma humano no todo ou em partes, isoladamente, ou como parte de compartimentos artificiais ou naturais (p. ex., transferência nuclear), excluindo-se os processos citados nos arts. 3.º, V, parágrafo único, e 4.º da Lei 8.974/95 (Instrução Normativa n.º 8/97 da CTNBio, art. 1.º), tais como: mutagênese, formação e utilização de células somáticas de hibridoma animal, fusão celular, autoclonação de organismos não patogênicos que se processe de maneira natural, manipulação de moléculas ADN/ARN recombinante etc.

A manipulação genética envolve riscos e, dependendo da forma como utilizada, uma séria afronta à dignidade humana, que podem levar a humanidade a percorrer um caminho sem retorno, por trazer a possibilidade de: a) obtenção, por meio da clonagem, de uma pessoa geneticamente idêntica a outra; b) produção de seres híbridos, mediante utilização de material genético de espécies diferentes, ou seja, de homens e de outros animais; c) seleção de caracteres de um indivíduo por nascer, definindo-lhe o sexo, a cor dos olhos, a contextura física etc.; d) criação de bancos de óvulos, sêmens, embriões ou conglomerados de tecidos vivos destinados a servir como eventuais bancos de órgãos, geneticamente idênticos ao patrimônio celular do doador do esquema cromossômico a clonar; e) produção de substância embrionária humana para fins de experimentação; f) transferência de substância embrionária animal ao útero da mulher e vice-versa para efetuar experiências; g) implantação de embrião manipulado geneticamente no útero de uma mulher, sem qualquer objetivo terapêutico; h) criação de seres transgênicos, ou seja, de animais cujo DNA contenha genes humanos, para que possam produzir hormônios ou proteínas humanas a serem utilizadas como remédio para certas moléstias; i) introdução de informação

genética animal para tornar a pessoa mais resistente aos rigores climáticos; j) produção e armazenamento de armas bacteriológicas etc.

Trata-se de desvios não desejáveis e altamente reprováveis juridicamente por serem atentórios à dignidade humana (CF, art. 1.º, III). Por tal razão, no Brasil são vedadas: a) a manipulação genética de células germinais humanas (Lei 8.974/95, arts. 8.º, II, e 13, I); b) qualquer intervenção em material genético humano *in vitro* e *in vivo*, salvo para tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos como os da autonomia e beneficência e com aprovação prévia da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (Lei 8.974/95, arts. 8.º, III, e 13, II); c) a produção, o armazenamento ou a manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível (art. 13, III, da Lei 8.974/95); d) a atividade com humanos envolvendo experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica (IN CTNBio n.º 8/97, art. 2.º, II). A Lei n.º 8.974/95 chega a considerar tais atos como crimes, consignando uma série de agravantes e impondo em alguns casos pena de reclusão.

Lícita será a análise molecular do genoma humano para seqüenciação total ou mapeamento genético com a finalidade de identificar a função dos genes que integram o cromossomo humano, atendendo a um programa específico em saúde e diagnóstico genético que assegure o direito à identidade, esclareça conflitos relativos a filiação, reconstruindo laços parentais, com base em técnicas de identificação pessoal por meio de ADN, e solucione delitos, podendo até mesmo levar à criação de um banco de dados genéticos. Permitidas serão também, se feitas com prudência, cuidado e bom-senso, sem caráter especulativo, não só a inclusão de genes humanos no cromossomo de organismos animais, desde que se tenha por objetivo a produção de substância essencial para o ser humano, mas também, havendo fim terapêutico conducente a melhorar o estado de saúde de um paciente, a manipulação de células somáticas, por não serem responsáveis pelo

processo de reprodução humana e de transferência do patrimônio genético.

Portanto, a análise do conflito entre a livre expressão da atividade científica em seres humanos e outro direito fundamental da pessoa é medida que se impõe neste século, visando garantir o respeito à dignidade humana, ponto de equilíbrio dessa controvérsia e fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1.º, III, da Constituição.

CONCLUSÃO

Concluimos que as construções éticas e jurídicas sobre as experimentações científicas não genéticas com seres humanos nos deram, no século que passou, o balizamento necessário para lidar com aquelas questões. Agora, com o avanço das pesquisas genéticas, somam-se tudo o que já foi construído com as novas orientações e perspectivas, principalmente no âmbito constitucional. O pós-guerra foi importantíssimo nesse avanço, tendo sido produzidos instrumentos legislativos significativos como o Código de Nuremberg, que enfatizou o consentimento livre do paciente, o Código Internacional de Ética Médica, que ressaltou o princípio da beneficência, e a Declaração de Helsinque, com normas disciplinadoras da pesquisa clínica combinada com o tratamento (experimentação terapêutica).

Assim, temas como a bioética, que é uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde e seus quatro referenciais básicos – princípios da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça –, racionalizações abstratas de valores que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais; e, ainda, princípios jurídicos consagrados internacionalmente e concretizados no nosso meio médico, pela Resolução CNS n.º 196/96, tais como, consentimento escrito, livre e esclarecido, ponderação entre os riscos e benefícios, relevância sócio-humanitária da pesquisa, reparação dos danos causados, nos deram embasamento necessário para tratarmos, agora, com as pesquisas genéticas, que apresentam interesse e exigem especial atenção em virtude das peculiaridades diferenciadoras que sua análise ética e jurídica oferecem. No entanto, e pela evidente relação que apresentam com esta nova perspectiva, não deveriam ser desperdiçadas essas construções já elaboradas, em relação à experimentação não-genética, tomando-se, ao menos, como ponto de

partida.

Ao tratarmos, hoje, com a temática da liberdade de pesquisa científica, em especial, a engenharia genética, que avança à medida que se desvenda o genoma humano (que será a base de toda a pesquisa genética nos próximos anos), recentemente anunciado o mapeamento de 98% do nosso genoma, restando menos de dois anos para que se chegue a 100%, não podemos mais deixar de adentrar na esfera constitucional. Se antes uma visão civilista predominava, hoje não há mais como falar em direitos humanos sem essa visão constitucional. Os princípios da liberdade da pesquisa científica, direito à vida, integridade física e moral estão todos presentes na nossa Constituição servindo para nos orientar quando tratamos da pesquisa científica, em especial a genética, em seres humanos.

É certo que a Constituição Federal de 1988 proclama a liberdade de atividade científica, em seu artigo 5.º, IX, como direito fundamental, mas isso não significa que ela seja absoluta e não contenha qualquer limitação. Deve-se deixar claro que o conhecimento enquanto tal, e aqui temos como exemplo o Projeto Genoma Humano, não deve sofrer nenhum tipo de limitações, nem prejuízo das limitações que correspondam a sua posterior utilização ou aplicação. Assim, o limite se acha no próprio ser humano; em outras palavras, os direitos fundamentais do indivíduo constituem esse limite intransponível. O ser humano, cada ser humano, é um valor em si mesmo que deve ser respeitado. E aqui já aparece um limitador, qual seja, o direito à vida que por ser essencial ao ser humano condiciona os demais direitos. A vida não é o domínio de vontade livre. A vida exige que o próprio titular do direito a respeite. Destarte, toda e qualquer atividade científica que ceife a vida pura e simplesmente, sob o escopo de progresso científico deve ser proibida. Não se está a falar das atividades com risco de vida pois, em maior ou menor grau todas possuem esse risco.

A parte do direito à vida, que é primário e indeclinável, outros tantos direitos fundamentais estão presentes nas constituições democráticas, inclusive a brasileira, e nem sempre se verifica a realização plena, harmônica e simultânea desses direitos. A esse fenômeno dá-se o nome de colisão de direitos fundamentais que de certa forma impõe limites a liberdade de pesquisa. Em concreto, no que nos interessa, há conflitos de direitos: entre a liberdade de pesquisa científica e a vida; a integridade física; ou mesmo entre os direitos da personalidade (honra, imagem, intimidade, vida privada) e a saúde pública, entre outros. A colisão de direitos fundamentais se caracteriza por um conflito concreto de direitos fundamentais. E sua solução passa pelo estudo da teoria estrutural de ALEXY, o qual expôs a tese de que entre regras e princípios existe não só uma diferença gradual mas também qualitativa. A realização dos princípios depende das possibilidades jurídicas (além das fáticas), ou seja, é determinada pelo peso dos princípios opostos, implicando que os princípios não só são suscetíveis mas necessitam de ponderação; as regras não. Portanto, uma colisão de princípios requer um juízo de peso, trata-se de uma ponderação de bens com qual decidir-se-á pela precedência de um princípio em relação ao outro. Essa ponderação se realiza mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. A ponderação de bens deve ser entendida como parte integrante do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, que compreende os princípios parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Este último implica que os meios elegidos devem manter uma relação razoável com resultado perseguido.

Na hipótese de colisão o princípio da proporcionalidade não pretende que o resultado de sua aplicação seja a única resposta correta e nem pretende que em diferentes casos de colisão, com idênticos direitos fundamentais em oposição, o resultado seja o mesmo. O que o princípio, por meio dos três princípios parciais, exige é que se considere o peso de cada princípio no caso concreto, as circunstâncias do caso. Em face dessa colisão,

mediante a ponderação de bens (um juízo de peso), observadas as condições do caso, um direito ou um bem deverá prevalecer ante o outro.

No âmbito da pesquisa científica, os cientistas devem ser orientados em seu trabalho, principalmente na seara da biotecnologia, para salvaguardar a sobrevivência da espécie humana e respeitar a dignidade do ser humano, evitando sua coisificação, pois as preocupações ligadas ao avanço biotecnológico dirigem-se aos valores fundamentais do homem, visto que a biotecnologia poderá lesar alguém ou alterar sua qualidade de ser único e irrepetível e até mesmo modificar seu patrimônio genético, transformando sua identidade e a das gerações presentes e futuras.

Por fim, concluímos que o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua qualidade de princípio fundamental constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa. Impõem-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação, integração e resolução de conflitos não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. A dignidade da pessoa humana pode ser vista como o ponto de equilíbrio entre o conflito de direitos fundamentais ligados às experimentações científicas, pois ela acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos. Como o conteúdo em dignidade da pessoa acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial, uma violação do núcleo essencial, mesmo na hipótese de colisão, sempre e em qualquer caso será desproporcional.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

———. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.º 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica (cidadania e ciência)*. Artigo acessado, via internet, na homepage do Mestrado da UFRGS.

BIOÉTICA. Pesquisa em seres humanos. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 3, n. 2, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

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

- CHAVES, Antonio. Pesquisa em seres humanos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 27, n. 108, p. 229-252, out./dez. 90.
- CLOTET, Joaquim. Por que bioética? *Bioética*, 1:14, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- . *Conflito de normas*. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- FERREIRA COSTA, Sérgio Ibiapiana, GARRAFA, Volnei & OSELKA, Gabriel. Apresentando a bioética. In: *Iniciação à bioética* (vários autores). CFM, 1998.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco & DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental e patrimônio genético*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- GEDIEL, José Antônio Peres. Declaração Universal do Genoma Humano: revisão crítica dos elementos jurídicos. In: CARNEIRO, Fernanda & EMERICK, Maria Celeste. *Limite: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000. p. 159-166.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. In: Os Pensadores – Kant (II). Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LAKATOS, Eva Maria & MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalho científico*. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1992.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamago. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAYMERT, Garcia dos Santos. Invenção, descoberta e dignidade humana. In: CARNEIRO, Fernanda & EMERICK, Maria Celeste. *Limite: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000. p. 55-64.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 3.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRADA, Juan Luis Iglesias. *La proteccion juridica de los descubrimientos geneticos y el proyecto genoma humano*. Madrid: Civitas S.A., 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética e biossegurança. In: *Iniciação à bioética* (vários autores). CFM, 1998.

- SGRECCIA, Elio. Engenharia genética humana: problemas éticos. In: *Questões atuais de bioética* (vários autores). São Paulo: Loyola, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- . A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212, 1998.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.