

Inovações legislativas contra a discriminação genética: notícia sobre as experiências de Portugal, Estados Unidos e União Européia.

Francisco Vieira Lima Neto*

Sumario: 1. Introdução. 2. A experiência legislativa brasileira contra a discriminação. 3. O genoma como elemento ilegítimo de discriminação. 4. A experiência legislativa de Portugal. 5. A nova legislação federal dos Estados Unidos da América. 6. O direito de não ser geneticamente discriminado como um dos direitos humanos: a posição da União Européia. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas

1. Introdução

Aceitando com muito prazer o convite do Presidente do Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro para participar neste dia 02 de setembro de 2008 do “CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE CULTURA JURÍDICA: Os 200 anos do direito brasileiro Legado e perspectivas. Identidade e diversidade luso-brasileira” como expositor do painel “Desafios da Bioética”, faço uso da palavra não para proferir uma palestra, mas para apresentar com o meu tema “*A persistência histórica do tratamento discriminatório e sua nova face: a discriminação genética*” uma comunicação sobre três recentes criações legislativas relacionadas à discriminação genética.

A primeira, a Lei 12/2005, de 26/01/2005, de Portugal; a segunda, a lei Public Law 110-233, conhecida por *GINA (Genetic Information Nondiscrimination Act)* de 21/05/2008, dos Estados Unidos da América; a terceira, o Tratado de Lisboa, da União Européia, que substituiu a Constituição Européia, ratificado pelo Parlamento de Portugal em 06/2008.

Para Rousseau, “*l’homme est né libre et partout Il est dans les fers*”¹ e, se não for ousadia minha parodiá-lo, podemos dizer que homens devem ser tratados como iguais, todavia em toda parte eles são discriminados.

Não estou me opondo ao gosto pessoal de cada um, pois o elemento subjetivo de empatia e do afeto não pode ser descartado, dado que é natural e não vedado pelo Direito que alguns gostem mais de loiras, outros mais de more-

* Doutor em Direito Civil (USP-2003). Professor da Universidade Federal do Espírito Santo.

1 Em nossa tradução livre: *o homem nasceu livre, mas em toda parte está encarcerado.*

nas, que nos casemos com quem mais nos agrada, que não amamos todas as pessoas, mas somente aquelas com as quais nos identificamos.

Tampouco pertence ao campo jurídico o ódio racial não manifestado, aquele sentimento, produto da ignorância, de que uma “raça” de humanos é superior à outra, sensação que não possui sustentação científica² e às vezes descamba para a patologia. Não tornado público, é irrelevante para o Direito.

O que ultrapassa o âmbito da Psicologia e passa a interessar ao Direito – e à política – é a manifestação do preconceito que atinge a esfera jurídica do outro e viola bens jurídicos, como o patrimônio (por exemplo, acesso a cargos e a empregos e a coisas materiais), a liberdade, a vida, a personalidade. Para o ordenamento jurídico importa, então, a manifestação do preconceito; não o sentimento discriminatório, mas sim a prática da discriminação, a conduta, o ato, a ação externa.

Mas, se sabemos que legislar é discriminar e o ordenamento jurídico, inclusive as Constituições dos países, está repleto de discriminações³, é preciso, antes de avançarmos, alertar que a discriminação a que me refiro, e a que o sistema jurídico repudia, é aquela *antijurídica*, vale dizer, a que se funda em um elemento de diferenciação *ilegítimo*.

Desse modo, o fundamental no debate sobre o tema é a legitimidade – ou a ausência dela – do fator de discriminação, do elemento que falta em uma pessoa e existe na outra; do critério de discriminação eleito pelo legislador.

2. A experiência legislativa brasileira contra a discriminação

A recente história legislativa brasileira prova que nosso país, desde a Lei Afonso Arinos (Lei nº. 1.390, de 03/07/1951), fez uma opção pelo repúdio à discriminação fundada nos elementos *raça* e *cor*. Entendeu a sociedade que esses elementos para de diferenciar as pessoas são ilegítimos⁴.

2 Como é cediço, a espécie humana não é suficientemente antiga a ponto de se subdividir em subespécies, sendo o conceito de raça uma invenção cultural européia (Carl Linnaeus – Suécia 1707/78) sem sustentação científica (PENA, Sérgio Danilo. *Humanidade sem raças?*, São Paulo: Publifolha, 2008).

3 Somente brasileiros natos podem se candidatar a cargo de Presidente da República; o período de licença maternidade é mais extenso do que o de licença paternidade; os professores de ensino fundamental se aposentam com menos tempo de serviço do que os docentes universitários, somente as pessoas de reputação ilibada e grande conhecimento jurídico podem ser ministros do Supremo Tribunal Federal, o serviço militar é obrigatório apenas para os homens *etc.*

4 Em Portugal, cito como leis mais importantes sobre discriminação: Lei nº. 134, de 28/08/1999 e Lei nº. 18, de 11/05/2004, que acatou a Diretiva 2000/43 da antiga Comunidade Européia.

E o instrumento utilizado pelo legislador brasileiro para combater os atos discriminatórios foi a sua criminalização (tipificação), de modo que, ao contrário da França, por exemplo, que possui uma tradição de se valer do Direito Civil para sancionar a discriminação, o Brasil utiliza o Direito Penal. Desse modo, esta primeira lei considerava contravenções penais algumas práticas fundadas em preconceito de raça e de cor, tais como a recusa no atendimento de clientes em restaurantes, a recusa de matrícula de alunos, impedir o acesso a lojas e estádios.

Quase quatro décadas depois, com a Lei nº. 7.437, de 20/12/1985, alguns dos atos discriminatórios motivados por raça e cor passaram à condição de crimes⁵ e outros foram tipificados, tendo o legislador criminalizado também o preconceito baseado em sexo e estado civil.

Posteriormente, com a Lei nº. 7.716/1989, atendendo à Constituição Federal de 05/10/1988, o legislador transformou em crime o que antes era apenas contravenção, de tal sorte que a prática discriminatória decorrente de preconceito de raça e cor passou a ser crime.

Mais tarde, com a Lei nº. 9.029, de 13/04/1995, a legislador brasileiro ampliou o rol dos elementos discriminadores proibidos e torna crime atos fundados não apenas em preconceitos, mas também em elementos de ordem econômica, de modo que se tornou crime exigir atestados de gravidez, de esterilização, de situação familiar ou de idade⁶ como meios de impedir o acesso ao emprego.

Por fim, para não nos estendermos em tema periférico, a Lei nº. 9.459, de 13/05/1997, alargou a lista de atos proibidos, criminalizando também os atos preconceituosos fundados em etnia, religião e procedência nacional, assim como tornou crime a divulgação de símbolos e propaganda nazista.

Pois bem, dessa lista podemos concluir que o legislador brasileiro considera como elementos de diferenciação não legítimos os seguintes: raça, cor, etnia, capacidade para engravidar, nacionalidade, religião, idade, estado civil e estado familiar⁷.

5 No Brasil, crime é um ato mais grave que uma contravenção e sujeita o infrator a uma pena mais rigorosa.

6 Salvo nos casos em que a idade seja elemento de diferenciação razoável, como no caso de cargos públicos cuja natureza exigir uma idade máxima ou mínima (Lei nº. 10.741/2003 – Estatuto do Idoso). Neste sentido, a Súmula 683 do STF: O LIMITE DE IDADE PARA A INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO SÓ SE LEGITIMA EM FACE DO ART. 7º, XXX, DA CONSTITUIÇÃO, QUANDO POSSA SER JUSTIFICADO PELA NATUREZA DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO A SER PREENCHIDO.

7 Por exemplo, proibição de impedir o acesso à escola (matrícula) de criança adulterina ou de mãe solteira.

Mas, o que dizer da discriminação baseada em componentes genéticos do corpo de uma pessoa? Seria jurídico utilizar a ausência ou a presença de certo gene como um fator para impedir o acesso ao emprego ou ao sistema de ensino ou ao sistema de saúde?

3. O genoma como elemento ilegítimo de discriminação

Como já tive oportunidade de mencionar⁸, parece não constituir heresia afirmar que no Século XX a humanidade engajou-se em três grandes empreitadas tecnológicas:

O *Projeto Manhattan*, 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, abrindo perspectivas relacionadas com a conquista do universo e colonização de outros mundos; e o *Projeto Genoma Humano*, esforço mundial de laboratórios europeus, americanos e japoneses, que visa ao mapeamento do conjunto de genes do corpo humano – o genoma humano –, permitindo descobrir a função de cada um deles e seu papel na formação do corpo, das doenças e, segundo alguns, o grau de sua influência no comportamento do homem antes considerado apenas fruto de elementos culturais, ambientais e psicológicos.⁹

Pois bem, a descoberta do papel dos genes no nosso comportamento e no desenvolvimento de doenças, despertou o temor da inauguração de uma conduta que se constitui em um novo tipo de preconceito: a *discriminação genética* ou *discriminação por motivos genéticos*.

Essa prática se conceitua como *um tratamento desigualitário ao qual um ser humano é submetido porque não possui um conjunto de genes rotulado como ideal ou desejável pelo Estado ou por grupos privados, lhe sendo negado o direito de participar de certas relações jurídicas e sociais, tais como contrato de seguro-saúde, contrato de trabalho, e obter benefícios estatais como financiamentos públicos para educação e participação em treinamentos*.

8 LIMA NETO, Francisco Vieira. *Obtenção de DNA para exame: direitos humanos versus exercício da jurisdição*. In *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*, Eduardo de Oliveira LEITE (Coordenador), Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 115.

9 Considerando que a genética não tem como esclarecer todas as dúvidas, pois os processos orgânicos dependem das proteínas já que são estas substâncias que comandam as transformações químicas que ocorrem dentro das células, já se fala no *Projeto Proteoma*, esforço conjunto de laboratórios que tem por objetivo descobrir o papel de cada proteína no jogo da vida (Jane Bradbury *Proteomics: the next step after genomics?* Revista *The Lancet*, n.º 356, 01/07/2000: Londres: 2000, páginas 51-54).

Esse preconceito típico da era do genoma tem merecido repúdio nas legislações de vários povos e em importantes documentos supra-nacionais de direitos, como o Tratado da União Européia.

Referentemente à precisão terminológica, elegemos a expressão *discriminação genética*, usando também *discriminação por motivos genéticos*, para designar essa conduta agressora da personalidade porque é a que vem merecendo acolhida na doutrina especializada.

Nada obstante, as normas jurídicas daqueles países que legislaram sobre a matéria e as declarações de direito internacionais não consagraram especificamente essa expressão, optando por uma redação quase unânime no sentido de declarar que “ninguém poderá ser discriminado em razão de seu patrimônio genético”. Quando lemos, concluímos que essa norma está a dizer que esse tratamento inigualitário está sendo concretizado por uma razão, vale dizer, um juízo preconceituoso, por parte do agressor, da composição genética peculiar dos indivíduos vitimados, os quais ou possuem genes tidos como indesejáveis pelo agressor ou não contam com aqueles genes por ele considerados “perfeitos”.

Ora, a primeira conclusão lógica, então, é que estamos diante de uma conduta que discrimina a pessoa em razão de seus genes; a segunda conclusão inafastável é que o motivo, portanto, não guarda vínculo direto com a genética, que é, grosso modo, *a ciência que estuda os genes e as características hereditárias e sua transmissão*, mas sim com os genes em si, donde se retira a conclusão de que os motivos não são genéticos, mas sim *gênicos*. Aliás, sendo coerente com essa linha de raciocínio, não seria adequado falar em *doenças genéticas*, mas sim em *doenças congênitas* – hereditárias ou não – vale dizer, aquelas que têm os genes como causa.

Por sua vez, aquilo que está relacionado com o genoma (o conjunto de genes de um indivíduo) é *genômico*, e não genético; aliás, por esta razão a literatura especializada vem anunciando a *Era Genômica* e não uma *Era Genética*, embora se possa falar em uma *Era da Genética*.

O fim desta viagem pela semântica implica reconhecer, derradeiramente, que aquilo que se associa à genética é *genético*, mas o que se vincula aos genes é *gênico*, de tal sorte que seria mais apropriado nos valermos da expressão *discriminação gênica ou discriminação por motivos gênicos*, e não discriminação genética ou por motivos genéticos.

Entretanto, como nos referimos acima, a unanimidade da literatura sobre o tema se vale da expressão *discriminação genética*, sendo este o motivo pela qual foi adotada nesta exposição, ficando a crítica, contudo, para um futuro desenvolvimento do problema.

4. A experiência legislativa de Portugal

Este país possui uma das normas mais completas sobre a matéria; trata-se da *Lei n.º 12/2005*, de 26/01/2005¹⁰, que regular de forma minuciosa a informação genética pessoal e a informação de saúde, diploma que em seu art. 11º insere no ordenamento o Princípio da Não Discriminação, proibindo expressamente prejudicar alguém em função de seu patrimônio genético, de discriminar com amparo em resultados de testes genéticos, inclusive na admissão ou manutenção de empresa, obtenção de seguro de vida e de saúde, de acesso ao ensino, na adoção, bem como no direito a acompanhamento médico (acesso ao sistema de saúde).

O art. 12º da lei em referência proíbe as companhias de seguros, inclusive de seguro-saúde, de pedir ou utilizar qualquer tipo de informação genética para recusar seguro de vida ou estabelecer prêmios mais elevados

O art. 13º veda a seleção com base em dados genéticos para acesso ao emprego e estabelece que um teste genético somente pode ser exigido de trabalhadores se for para permitir que receba um melhor tratamento médico em razão das conseqüências da interação *gene-ambiente de trabalho*, pois efetivamente há casos em que as condições físico-ambientais do local onde se executam as tarefas do emprego deflagram ou propiciam o aparecimento de doenças originadas do genoma do trabalhador.

A meu juízo, a lei portuguesa é adequada, embora ainda careça de regulamentação pelo Executivo, vedando a prática da discriminação genética em todas as situações que a literatura especializada vislumbrou que poderia ocorrer: uso dos dados do genoma do ser humano para fins de seleção e acesso ao emprego, para beneficiar ou prejudicar quem já se encontra empregado, na adoção, na relação de seguro de vida e de seguro saúde, no sistema de saúde pública e no sistema privado.

5. A nova legislação federal dos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América já possuíam em seus sistemas jurídicos estaduais uma série de leis que proibiam a prática da discriminação genética.¹¹ Porém, a grande novidade vem por conta da aprovação do *Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA - Public Law 110-233)*, há três meses (21/05/2008)¹².

10 *DIÁRIO DA REPÚBLICA — I SÉRIE-A N.º 18 — 26 de Janeiro de 2005, p. 606.*

11 Naquele país, a Constituição garante aos Estados da Federação autonomia para legislar sobre essa matéria, seja no campo penal, seja no civil.

12 Biblioteca do Congresso Nacional dos EUA: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d110:h.r.00493>;

Essa lei federal nº. 110-233 (Projeto de Lei 493 da *House of Representatives*¹³ – HR 493) estabelece um modelo mínimo de proteção, sendo complementar, mas sem enfraquecer as legislações estaduais.

Seu campo de aplicação é restrito, limitando-se aos seguros de saúde e às admissões e às relações de emprego, e seu ponto de maior crítica é o fato de não incidir sobre os contratos de seguro de vida e de acidentes e incapacidade.

A nova lei traz proibições que demonstram que o temor do uso inadequado das informações genéticas é algo real na sociedade norte-americana; assim, a empresa de seguro-saúde é proibida de oferecer coberturas para grupos ou pessoas baseada o perfil genético do segurado, seja estabelecendo bônus ou fixando o valor das prestações.

Proíbe-se também que as companhias de seguro exijam a submissão a testes genéticos ou mapeamento genético, bem como, se de posse desses dados, divulguem resultados.

Também os empregadores são proibidos de exigir resultados de testes genéticos, bem como se valer de informação sobre o genoma da pessoa para recusar sua contratação, demiti-la ou, se empregada da empresa, privilegiá-la ou premiá-la com base no seu genoma.

6. O direito de não ser geneticamente discriminado como um dos direitos humanos: a posição da União Européia

Por fim, mais recentemente, em junho de 2008, Portugal ratificou o Tratado de Lisboa o qual, dentre outras importantes conseqüências, dota a Carta de Direitos Fundamentais de Nice (França – 2000) de eficácia jurídica, dado que antes desse ato somente possuía o *status* de declaração política¹⁴.

Além disso, pelo Tratado (art. 6º, 2), os países da União Européia aderem à Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Por sua vez, a Carta dos Direitos Fundamentais proíbe expressamente a discriminação em razão de características genéticas (art. 21º), norma que se estende e obriga a todos os países signatários do Tratado de Roma.

13 Equivalente no Brasil à Câmara dos Deputados.

14 Tratado de Lisboa, art. 6º, 1: A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, de 7 de dezembro de 2000, com AS ADAPTAÇÕES QUE LHE FORAM INTRODUZIDAS EM 12 DE DEZEMBRO DE 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os tratados.

7. Conclusão

Portugal e EUA, assim como a União Européia Comunidade Européia, consideram a discriminação genética uma prática a ser combatida, pois fere o direito do ser humano à igualdade e o direito de não ser discriminado por critérios injustos.

Essas opções legislativas decorreram do reconhecimento do potencial ofensivo e agressor das novas técnicas de biotecnologia na área da genética, cujo potencial de benefícios é tão grande quanto o de malefícios.

Diante desse reconhecimento, a comunidade de nações vem procurando limitar o uso da informação genética, procurando garantir o direito à privacidade de dados genéticos, visando ao respeito ao direito da personalidade à intimidade.

Se a obtenção das informações só pode ocorrer em certas situações, fazer uso delas contra a pessoa examinada, negando-lhe trabalho, demitindo-a do emprego, dificultando acesso a contratos de saúde, a contratos de seguro de vida, é absolutamente proibido em quase todas as nações.

Essa proibição decorre do fato de que a uma pessoa que apresente um gene deletério (que possa redundar em doenças no futuro) ou que enseje determinado comportamento ou características não desejadas (propensão a vícios, subversão, agressividade, homossexualismo, obesidade, inteligência) não podem ser negados direito e possibilidades, pois no momento da formação do negócio jurídico de que quer participar (contrato de trabalho, de seguro, de plano de saúde, etc) ela não está doente e nem incapacitada.

Assim, impor limites a essa pessoa é reduzi-la a seu conjunto de genes – o reducionismo genético - o que implica atingir duramente a *dignidade de pessoa humana*, pois propaga a concepção do homem como mero objeto da natureza, incapaz de superar as adversidades e submetido aos desígnios de um destino biológico do qual não pode escapar e contra o qual não pode lutar por mais terrível que seja.

A discriminação genética, portanto, é conduta que acaba por *reificar* (“coisificar”) o homem, que passa de agente de sua vida, de sujeito de seu futuro, a mero objeto do destino biológico e da natureza; essa tomada de posição viola o *fator de igualação* que foi adotado pelo ordenamento jurídico que é o valor social consistente em *não reduzir a pessoa humana à sua carga genética*. Como conseqüência, em pólo oposto, advém a proibição de não utilizar o perfil genético do indivíduo como *fator de desigualação*. Por todos esses motivos, a comunidade internacional considera que a discriminação genética infringe a dignidade da pessoa humana.

8. Referências bibliográficas

BRADBURY, Jane. *Proteomics: the next step after genomics?* Revista The Lancet, nº. 356, 01/07/2000: Londres: 2000, páginas 51-54.

Lei nº 12/2005. *DIÁRIO DA REPÚBLICA — I SÉRIE-A N.º 18* — Portugal, 26 de Janeiro de 2005, p. 606.

Lei 110-233. *Biblioteca do Congresso Nacional dos EUA: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d110:h.r.00493>*: acesso em 01/09/2008

LIMA NETO, Francisco Vieira. *Obtenção de DNA para exame: direitos humanos versus exercício da jurisdição*. In *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*, Eduardo de Oliveira LEITE (Coordenador), Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 115.

PENA, Sérgio Danilo. *Humanidade sem raças*, São Paulo: Publifolha, 2008